



HAL
open science

Le Droit international privé des négociations précontractuelles

Aurelia Guedj

► **To cite this version:**

Aurelia Guedj. Le Droit international privé des négociations précontractuelles. Droit. Université Paris 11, 2012. Français. NNT: . tel-03630990

HAL Id: tel-03630990

<https://hal.science/tel-03630990v1>

Submitted on 5 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE PARIS-SUD

ÉCOLE DOCTORALE

Faculté Jean Monnet
Institut Droit, Ethique et Patrimoine

DROIT PRIVE

THÈSE DE DOCTORAT

Soutenue le 12 décembre 2012
Mention Très honorable avec les félicitations du jury
par

Aurélia PIACITELLI-GUEDJ

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE DES NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES

Directeur de thèse : **Christophe SERAGLINI** Professeur, Université Paris Sud

Composition du jury :

<i>Président du jury :</i>	Xavier BOUCOBZA	Professeur, Université Paris Sud
<i>Rapporteurs :</i>	Sandrine CLAVEL	Professeur, Université Versailles-St Quentin en Yvelines
	Pierre CALLE	Professeur, Université de Caen-Basse Normandie
<i>Examineur :</i>	Daniel COHEN	Professeur, Université Panthéon-Assas

SOMMAIRE

SOMMAIRE	- 3 -
LISTE DES ABREVIATIONS	- 5 -
INTRODUCTION GENERALE	- 9 -
PARTIE 1. LA QUALIFICATION DES NEGOCIATIONS INTERNATIONALES PRECONTRACTUELLES	- 27 -
TITRE 1. L'IDENTIFICATION DE LA QUESTION DE DROIT, OBJET DE LA QUALIFICATION	- 31 -
<i>Chapitre 1. La définition des négociations internationales précontractuelles</i>	- 33 -
<i>Chapitre 2. Les singularités nationales dans l'appréciation des négociations précontractuelles</i>	- 98 -
TITRE 2. LE CLASSEMENT DE LA QUESTION DE DROIT, OBJET DE LA QUALIFICATION	- 174 -
<i>Chapitre 1. La nécessité d'une qualification autonome</i>	- 176 -
<i>Chapitre 2. Les essais de qualification</i>	- 224 -
PARTIE 2. LE TRAITEMENT DES NEGOCIATIONS INTERNATIONALES PRECONTRACTUELLES	- 296 -
TITRE 1. LE REGIME GENERAL DU TRAITEMENT DES NEGOCIATIONS	- 297 -
<i>Chapitre 1. L'application des règles de conflit de juridictions</i>	- 297 -
<i>Chapitre 2. L'application des règles de conflit de lois</i>	- 354 -
TITRE 2. LES FACTEURS PERTURBATEURS DU TRAITEMENT DES NEGOCIATIONS	- 452 -
<i>Chapitre 1. Les compétences concurrentes en matière de conflit de juridictions</i>	- 453 -
<i>Chapitre 2. Les compétences concurrentes en matière de conflit de lois</i>	- 518 -
CONCLUSION GENERALE	- 560 -
BIBLIOGRAPHIE	- 566 -
ANNEXES	- 598 -
ANNEXE 1 : REGLEMENT BRUXELLE I	- 600 -
ANNEXE 2 : REGLEMENT ROME II	- 602 -
ANNEXE 3 : REGLEMENT ROME I	- 604 -
INDEX	- 606 -
TABLE DES MATIERES	- 618 -

LISTE DES ABREVIATIONS

<i>A.C.</i>	<i>Appeal cases</i>
<i>AJPI</i>	<i>Actualité juridique de la propriété immobilière</i>
<i>Al.</i>	<i>Alinéa</i>
<i>All ER Rep.</i>	<i>All England Law Reports Reprint</i>
<i>All ER</i>	<i>All England Law Reports</i>
<i>Am. J. of Comp. Law</i>	<i>American journal of comparative law</i>
<i>Art.</i>	<i>Article</i>
<i>BGB</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil)</i>
<i>BGH</i>	<i>Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice)</i>
<i>Boston Univ. ILJ</i>	<i>Boston University International Law Journal</i>
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. CCI</i>	<i>Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI</i>
<i>Bull. Joly</i>	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
<i>CA</i>	<i>Cour d'appel</i>
<i>C. civ.</i>	<i>Code civil</i>
<i>C. com</i>	<i>Code de commerce</i>
<i>Cah. Arb.</i>	<i>Cahiers de l'arbitrage</i>
<i>Cah. Dr. entr.</i>	<i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
<i>Cah. dr. eur.</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
<i>Cass. civ.</i>	<i>Cour de cassation, Chambre civile</i>
<i>Cass. Civ. sez.</i>	<i>Cassazione civile Sezione</i>
<i>Cass. com.</i>	<i>Cour de cassation, Chambre commercial</i>
<i>Chron.</i>	<i>Chronique</i>
<i>CJCE</i>	<i>Cour de justice des Communautés européennes</i>
<i>CCC</i>	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
<i>CCI</i>	<i>Chambre de commerce internationale</i>
<i>Colum. LRev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
<i>Comm.</i>	<i>Commentaire</i>
<i>Comp.</i>	<i>Comparer</i>
<i>C. proc. Civ.</i>	<i>Code de procédure civile</i>
<i>C.T.</i>	<i>Cour du travail</i>
<i>CVIM</i>	<i>Convention de Vienne sur les contrats de vente international de marchandises (11 avril 1980)</i>
<i>CYIL</i>	<i>CZECH Yearbook of International Law</i>
<i>D.</i>	<i>Dalloz</i>
<i>D.P.C.I</i>	<i>Droit et pratique du commerce international</i>
<i>Dr.& patr.</i>	<i>Droit et Patrimoine</i>
<i>Dr. prat. com. int.</i>	<i>Droit et pratiques du commerce international</i>
<i>Dr. Soc.</i>	<i>Droit social</i>
<i>Ed.</i>	<i>Edition</i>
<i>E.R</i>	<i>English Reports</i>
<i>ERPL</i>	<i>European review of private law</i>
<i>EWHC</i>	<i>High Court</i>
<i>Fasc.</i>	<i>Fascicule</i>

<i>Foro it.</i>	<i>Foro italiano</i>
<i>Harv. LRev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i>
<i>In</i>	<i>Dans</i>
<i>Infra</i>	<i>Ci-dessous</i>
<i>J. Int. Arb.</i>	<i>Journal of International Arbitration</i>
<i>JCL</i>	<i>Journal of Contract Law</i>
<i>J.-Cl</i>	<i>Juris-Classeur</i>
<i>JCP</i>	<i>Semaine juridique (édition générale)</i>
<i>JCP E</i>	<i>Semaine juridique (édition Entreprises)</i>
<i>JCP N</i>	<i>Semaine juridique (édition Notariale)</i>
<i>J.L.M.B</i>	<i>Revue de jurisprudence de Liège</i>
<i>Gaz. Pal</i>	<i>La Gazette du Palais</i>
<i>Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.</i>	<i>George Washington Journal of International Law and Economics</i>
<i>Giur.it.</i>	<i>Giurisprudenza italiana</i>
<i>Lav.</i>	<i>Lavoro</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international</i>
<i>LGDJ</i>	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>LQR</i>	<i>Law Quarterly review</i>
<i>MDR</i>	<i>Monatsschrift für deutsches Recht</i>
<i>NIPR</i>	<i>NEDERLAND INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT</i>
<i>NJ</i>	<i>Nederlanden Jaarverslag</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
<i>NSWLR</i>	<i>NEW South WALES LAW Reports</i>
<i>N.Y.U.L.Rev</i>	<i>New York University Law Review</i>
<i>Obs.</i>	<i>Observations</i>
<i>OLG</i>	<i>Oberlandesgericht</i>
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citao</i>
<i>p.</i>	<i>Page</i>
<i>pan.</i>	<i>Panorama de jurisprudence</i>
<i>Pas.</i>	<i>Pasicrisie Belge</i>
<i>PDEC</i>	<i>Principes du droit européen du contrat</i>
<i>Préc.</i>	<i>Précité</i>
<i>Principes UNIDROIT</i>	<i>Principes relatifs aux contrats du commerce international (UNIDROIT)</i>
<i>PUAM</i>	<i>Presses universitaires d'Aix-Marseille</i>
<i>PUF</i>	<i>Presse universitaire de France</i>
<i>Q.B</i>	<i>Queen'Bench Division</i>
<i>RabelsZ Bd.</i>	<i>Rabel Journal of Comparative and International Private Law</i>
<i>Rapp.</i>	<i>Rapport</i>
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>RCDIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>RDAI</i>	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>Rép. De jur. dr. comm.</i>	<i>Répertoire de jurisprudence de droit communautaire</i>
<i>Rev. Arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. dr. unif.</i>	<i>Revue de droit uniforme</i>
<i>Riv.Dir. Comm.</i>	<i>Rivista di Diritto Commerciale</i>
<i>RG</i>	<i>Reichsgericht</i>
<i>R.G.Z.</i>	<i>Amtliche Sammlung des Reichsgerichtsrechtsprechung in Zivilsachen (Recueil officiel des décisions de la Cour suprême de l'Empire de justice en matière civile)</i>

<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD euro.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>s.</i>	<i>Suivant</i>
<i>S.</i>	<i>Sirey</i>
<i>Spéc.</i>	<i>Spécialement</i>
<i>Supra</i>	<i>Ci-dessus</i>
<i>T.</i>	<i>Tribunal</i>
<i>T. civ.</i>	<i>Tribunal civil</i>
<i>T. com.</i>	<i>Tribunal de commerce</i>
<i>TGI</i>	<i>Tribunal de grande instance</i>
<i>T.L.R</i>	<i>Times Law Reports</i>
<i>V.</i>	<i>Voir</i>
<i>Va. L. Rev.</i>	<i>Virginia Law Review</i>
<i>Vol.</i>	<i>Volume</i>
<i>W. L. R.</i>	<i>Week Law Reports</i>
<i>WM</i>	<i>Wertpapier Mitteilungen</i>
<i>YCA</i>	<i>Yearbook commercial Arbitration</i>

INTRODUCTION GENERALE

1. La négociation est l'essence même de la vie des affaires¹. Elle « consiste en un ensemble d'échanges précédant la formation de l'accord, en vue d'identifier, puis de résoudre les problèmes que posera la relation économique envisagée et d'accorder, ensuite, les volontés des intéressés sur la discipline que constitue le contrat. C'est l'entonnoir dans lequel vont s'entrechoquer et se fondre les projets, les préoccupations des différents partenaires »². Négocier signifie donc discuter, échanger des propositions et contre-propositions, afin de parvenir à un accord. Le succès des négociations est donc couronné par la formation du contrat.

La période des négociations constitue ainsi la phase essentielle de la vie contractuelle. De sa bonne réussite dépend la naissance même du contrat puisque la conduite adoptée par les parties lors de la formation du contrat s'avère aussi déterminante pour la réussite de l'opération que leur attitude pendant l'exécution du contrat formé³. Les pourparlers prennent de nos jours une importance grandissante dans la formation du contrat⁴. Cet impact se justifie notamment par l'originalité du projet contractuel envisagé qui nécessite une phase longue de préparation de montages inédits⁵, mais aussi par la valeur financière importante de l'objet du contrat qui réclame la réalisation d'études préliminaires. Le sérieux des pourparlers s'accroît davantage encore lorsque les négociations présentent un caractère international⁶. Cette phase permet en effet aux parties d'origines et de cultures différentes de se rejoindre pour parvenir progressivement à se comprendre et à s'accorder⁷. Toutes ces préoccupations conduisent à étirer la période des pourparlers dans le temps et à la complexifier.

2. En pratique, les techniques de négociation adoptées sont choisies en fonction de leur efficacité à aboutir à la conclusion du contrat. Chaque partie à la négociation cherchera donc à atteindre quatre objectifs. Le premier consiste, pour une partie aux pourparlers, à se montrer particulièrement attractif. Un auteur a très justement comparé les négociations à une sorte de petite campagne électorale, propice à la vantardise⁸. Pour ce faire, chacune des parties mettra

¹ A. BESSONNET, Ph. E. LAMY, *Contrats d'affaires internationaux*, Pearson, 2^{ème} éd., 2008, p. 48.

² J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010, n°21, p. 34.

³ F. DIESSE, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », *RDAl* 1999, p. 737.

⁴ B. FAGES, « L'importance des pourparlers », *Dr. & patr.* 1999, p. 72.

⁵ D. PORACCHIA, La réception juridique des montages conçus par les professionnels, PUAM, 1998.

⁶ P.-Y. GAUTIER, « Les aspects internationaux de la négociation », *RTD com.* 1998, p. 493.

⁷ J.-M. LONCLE, J.-Y. TROCHON, « La phase de pourparlers dans les contrats internationaux », *RDAl* 1997, p. 3.

⁸ B. FAGES, « L'importance des pourparlers », *op. cit.*; du même auteur, « Des comportements contractuels à éviter », *Dr. & patr.* 1998, pp. 67 et s., spéc. p. 77.

alors en avant ses aptitudes et spécificités, tout en essayant d'estomper l'image de ses lacunes. En pratique, les parties tenteront de masquer certaines informations peu avantageuses et, au contraire, d'en embellir d'autres. Le second objectif consiste à gagner la confiance de son partenaire dans les pourparlers. L'élément humain est en effet incontournable dans les négociations⁹ et nécessite un rapprochement effectif entre les parties. Chacun des négociateurs essaiera ainsi de conquérir la foi de l'autre en dévoilant des données importantes, souvent confidentielles, telles que des bilans d'entreprise ou des secrets de fabrication, voire encore des informations personnelles. En Chine, par exemple, le dévoilement d'informations strictement privées constitue effectivement un gage de confiance, essentiel au bon déroulement des négociations¹⁰.

Le troisième objectif recherché par les parties est ensuite d'obtenir d'un projet contractuel qui satisfasse leurs intérêts propres de la façon la plus exhaustive possible. Pour cela, elles ne peuvent accepter n'importe quel compromis et doivent rester intransigeantes sur certains points de discussions.

Le quatrième et dernier objectif est dicté par les enjeux financiers du projet contractuel, souvent considérables, qui commandent aux parties de s'ouvrir à la concurrence et de s'intéresser à d'autres partenaires potentiels, pour pouvoir *in fine* contracter avec le partenaire qui leur procure les avantages maximaux.

3. Cette conduite des négociations se déroule dans la situation paradoxale dans laquelle reposent les parties : chacune se considérant libre quant à la poursuite des négociations, tout en cherchant à obtenir, de la part de son cocontractant, une assurance du maintien de sa participation aux pourparlers¹¹. Face aux nécessités du commerce international, le droit a réagi et cherché à garantir un équilibre nécessaire entre liberté contractuelle et sécurité juridique lors des négociations. A travers le prisme de l'obligation de bonne foi, l'existence de certains devoirs précontractuels a été reconnue. Ces devoirs ont pour but de corriger les effets pervers de la recherche individualiste, par les parties, de la satisfaction de leurs intérêts propres au cours des pourparlers.

Ainsi, à chacun des objectifs précités, poursuivis par les parties lors des négociations, répond une obligation, inhérente à la bonne foi, qui vient atténuer les risques générés par le comportement des parties. L'obligation précontractuelle d'informations encadre la circulation des renseignements échangés entre les parties afin de garantir leur intégralité et leur sincérité. Parallèlement, un devoir de confidentialité impose aux parties de garder secrètes les données confidentielles qui leur ont été transmises au cours des tractations. De même, l'intransigeance intempestive d'une partie peut également être sanctionnée sur le terrain de bonne foi qui exige des efforts de la part de chacun des partenaires avec un esprit ouvert pour parvenir à un accord. Enfin, l'ouverture à la concurrence est circonscrite par un devoir d'exclusivité qui, s'il ne prohibe pas les négociations parallèles avec des tiers, engage fortement les parties à s'informer mutuellement sur l'existence de discussions entretenues avec des concurrents.

⁹ A. BESSONNET, Ph. E. LAMY, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰ G. ROUGIER-BRIERRE, « Spécificités de la négociation et de la pratique contractuelles en Chine », *RDAL* 2007, p. 151.

¹¹ J.- M. LONCLE, J.- Y. TROCHON, *op. cit.*

La phase des négociations représente ainsi une période de risque pour chacune des parties : en cas d'échec des pourparlers, non seulement la victime peut craindre la perte des investissements réalisés pour préparer la formation du contrat, mais l'auteur de la rupture est également menacé. Sa responsabilité précontractuelle peut effectivement être engagée.

4. Dans l'hypothèse de la survenance d'un dommage précontractuel au cours de négociations internationales, les parties seront donc soucieuses de savoir si leur dommage sera réparé. La réponse à cette interrogation réside dans le contenu du droit applicable à la relation précontractuelle. Or, la valeur juridique de la négociation diverge d'un régime juridique à un autre. Alors que le droit anglo-saxon adopte une conception précontractuelle individualiste avec pour principe une liberté contractuelle absolue, considérant la négociation comme une période de risque¹², le droit romano-germanique instaure des limites au principe de liberté contractuelle en imposant une certaine déontologie¹³.

Par conséquent, il apparaît essentiel, pour les parties, de connaître avec certitude le droit applicable à leur relation précontractuelle. Pour interroger le droit compétent, il faudra préalablement résoudre le conflit de lois généré par la dimension internationale des pourparlers. Sur ce point, la difficulté majeure réside dans l'identification de la qualification pertinente du rapport de droit considéré ; dès lors que les négociations se placent à l'exacte frontière entre les matières contractuelle et extracontractuelle¹⁴.

5. Conscient de ces difficultés, le droit international privé a récemment entrepris l'édiction de règles spécifiquement réservées à la phase des pourparlers. Cette évolution a conduit à faire éclore un nouveau droit international des négociations précontractuelles. Il apparaît alors essentiel d'appréhender la singularité de ce droit émergent en dessinant les contours de la présente thèse (I), pour pouvoir ensuite appréhender les questionnements actuels soulevés par l'intervention de ces nouvelles dispositions (II).

I. La délimitation du nouveau droit international privé des négociations précontractuelles

6. Pour appréhender l'importance de ce droit, il est indispensable d'établir sa délimitation *rationae temporis* en retraçant les différentes étapes qui ont mené à la construction de ce droit international des négociations (A), avant de concevoir sa délimitation *rationae materiae*, en exposant ses spécificités qui feront l'objet de la présente thèse (B).

¹² V. la décision rendue par les juridictions britanniques : *William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis*, [1957] 1 W.L.R. 932, 934 (Q.B.), à l'occasion de laquelle les négociations ont été comparées à un jeu de hasard (« gamble »).

¹³ R. MONZER, « Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle : Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons », *RIDC* 2007, p. 523.

¹⁴ V. sur ce point les Professeurs MAZEAUD et TUNC considèrent que « tracer la ligne de démarcation entre les deux domaines [contractuel et délictuel] est, sans conteste, l'un des problèmes les plus ardues de notre droit », H., L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 130.

A. La délimitation *rationae temporis*

7. Le droit international privé des négociations précontractuelles a été rythmé par la survenance de deux événements majeurs, d'origine communautaire. Le premier événement émane d'une source jurisprudentielle, puisqu'il concerne la décision rendue par la Cour de justice des Communautés européennes¹⁵, le 17 septembre 2002, dans l'affaire *Tacconi*¹⁶. Le second présente une source réglementaire. Il est constitué par l'édiction, le 11 juillet 2007, du Règlement communautaire n° 864/2007 du Parlement et du Conseil, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit «Rome II». Pour retracer l'historique du droit international des pourparlers, il est possible de constater que ce droit s'est construit en trois temps, marqués par la survenance des événements précités. Le premier temps repose sur la période s'étalant des origines à 2002 (1). Le second s'étend de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes en 2002 jusqu'à l'intervention du Règlement Rome II (2). Et enfin, la troisième période correspond à l'époque contemporaine, au cours de laquelle doivent s'appliquer les nouvelles règles établies par le Règlement Rome II (3).

1. Des origines à la décision *Tacconi*

8. Au cours de cette période, la doctrine se préoccupait déjà du traitement des négociations précontractuelles. L'inquiétude des auteurs reposait sur deux constats. Ils avaient, en effet, remarqué la divergence d'appréhension de la phase de l'avant-contrat par les différents droits. Ce qui conduisait à une gestion différente du contentieux précontractuel selon la loi qui lui était reconnue applicable (a). Ils avaient alors pris conscience que la résolution du conflit de lois ne pouvait s'effectuer que par l'adoption d'une qualification adéquate, mais oscillaient entre l'adoption d'une qualification délictuelle ou contractuelle (b).

a. Le constat des divergences entre les droits nationaux

9. Le principe de la liberté de négocier préside les relations précontractuelles en *common law*. Ce système de droit repose sur le principe de l'absence de responsabilité contractuelle jusqu'à ce qu'un contrat soit conclu par l'acceptation d'une offre. Avant l'acceptation par le destinataire d'une offre, l'initiateur est libre de se retirer d'une transaction imminente par la révocation de l'offre. En règle générale, les parties dans les relations précontractuelles peuvent rompre les négociations à tout moment et pour un motif quelconque : un changement d'avis, un changement de circonstances, ou une meilleure affaire, ou encore sans aucune raison du

¹⁵ Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, au 1^{er} janvier 2009, la Cour de Justice des Communautés Européennes a été renommée Cour de Justice de l'Union Européenne. Cependant, pour des soucis de lisibilité, cette institution sera désignée, tout au long de cette étude, sous l'appellation unique de Cour de Justice des Communautés Européennes.

¹⁶ CJCE, 17 sept. 2002, Aff. C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c/Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*.

tout¹⁷. Le principe de droit commun de la liberté contractuelle reflète la préoccupation que les parties aux négociations deviendraient réticentes à engager des négociations si elles craignaient l'exercice d'une action en responsabilité précontractuelle à leur encontre. Ainsi, si les parties ne sont pas parvenues à un accord, à savoir qu'aucune offre n'ait rencontré d'acceptation valable, la *common law* autorise les négociations à expirer sans imposer de responsabilité fondée sur une obligation morale d'agir de bonne foi¹⁸. Dans le cas des négociations précontractuelles, la *common law* a donc choisi de faire prévaloir la prévisibilité de l'issue juridique sur une justice équitable ou des concepts potentiellement vagues d'équité¹⁹.

10. Le droit civil, en revanche, a toujours reconnu une obligation de bonne foi dans les négociations précontractuelles, sur la base de la doctrine du droit romain de *bona fides*. Comme le note un commentateur : « La notion de droit civil de contrat porte sur la relation entre les parties. Le contrat formel n'est pas l'événement dramatique dans les pays de droit civil qu'il est dans les pays de *common law*. En conséquence, les tribunaux des juridictions de droit civil sont plus susceptibles de déclarer des parties légalement liées à un stade précoce du processus de négociation que les tribunaux des pays de *common law* »²⁰. Suivant cette tendance, le juriste allemand du XIX^{ème} siècle, Rudolf von Jhering, a avancé la thèse que les parties à des négociations précontractuelles sont tenues à une obligation de bonne foi et responsables des dommages générés par la violation de cette obligation, sur le fondement de la *culpa in contrahendo*²¹. Cette doctrine a reçu un écho favorable en France. En 1907, le français Raymond Saleilles a affirmé que la partie qui a engagé des négociations ne peut les rompre arbitrairement, sans compenser les pertes subies par l'autre partie. L'auteur de la rupture serait susceptible de rembourser à son partenaire les frais engagés vainement dans des négociations avortées, conduites de façon contraire à la bonne foi.

11. Ces divergences d'appréhension de la période précontractuelle par la *civil law* et la *common law* conduisent à des différences de règlementation des pourparlers. Ainsi, le droit français accepte de reconnaître la responsabilité précontractuelle de la partie à la négociation qui crée un dommage à son partenaire au cours des pourparlers, alors que le droit anglais reste réticent à reconnaître l'engagement d'une quelconque responsabilité lors des pourparlers. Les parties à la négociation reçoivent donc un traitement différent selon le droit auquel leurs échanges précontractuels sont soumis. Cette dissonance sur le fond se répercute également sur

¹⁷ E. A. FARNSWORTH, « Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations », 87 *Colum. L. Rev.* 1987, pp. 217 et s., spéc. p. 221.

¹⁸ Un devoir implicite de bonne foi inhérent à tout contrat déjà existant a cependant été reconnu par le droit américain, v. Restatement (Second) of Contracts (1981) § 205 : « every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement »,

¹⁹ B. NICHOLAS, *The United Kingdom and the Vienna Sales Convention : Another Case of Splendid Isolation?*, Rome, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1993, disponible sur le site : <http://www.cnr.it/CRDCS/nicholas.htm>.

²⁰ R. B. LAKE, « Letters of Intent : A Comparative Examination Under English, U.S., French, and West German Law », 18 *Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.* 1984, pp. 331 et s, spéc. p. 342.

²¹ R. VON JHERING, *De la culpa in contrahendo. Œuvres choisies*, t. II, trad. Meulenaere, 1893.

la nature de la responsabilité engagée. Conformément à sa doctrine ancienne de la *culpa in contrahendo*, le droit allemand, notamment, retient une qualification contractuelle de la responsabilité engagée par une faute commise lors des pourparlers. Au contraire, d'autres droits, à l'instar du droit français, sanctionnent les comportements précontractuels dommageables sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Cette divergence s'explique par la nature particulièrement ambiguë des négociations. Elle a depuis longtemps suscité l'hésitation des auteurs entre les qualifications délictuelle et contractuelle des pourparlers.

b. La conscience des difficultés de qualification

12. Le droit international privé ne connaissait essentiellement²² que deux catégories susceptibles d'accueillir le contentieux des négociations précontractuelles : le délit et le contrat. Or, aucune de ces catégories n'était suffisamment adaptée pour intégrer, de façon opportune, l'ensemble de ce contentieux. Les auteurs exprimaient leurs hésitations face à ces deux voies imparfaites qui leur étaient ouvertes. Cette réticence était en effet justifiée et le reste encore aujourd'hui. Le premier réflexe d'un juriste français est de retenir une qualification délictuelle dès lors que l'absence de contrat est constatée. Tel est le cas notamment en matière de rupture des pourparlers. Il semble difficile de retenir une responsabilité contractuelle alors qu'aucun contrat n'est formé. Cependant, si cette qualification semble fondée, le critère de rattachement qui lui est associé ne paraît pas adapté à la spécificité du contentieux des négociations. En matière délictuelle, la règle de conflit désigne la loi du lieu du fait dommageable. Ce qui conduit à relever trois difficultés. Tout d'abord, il semble délicat de déterminer le lieu à localiser, c'est-à-dire le lieu dans lequel se situe le fait dommageable. L'hésitation porte notamment sur le choix entre le lieu du dommage ou le lieu des négociations. Ensuite, une fois l'élément à localiser choisi, reste à savoir quelle est sa localisation effective. Concernant le dommage, il est possible d'hésiter notamment entre le lieu des négociations, le domicile de la victime, ou encore l'Etat dans lequel ont été enregistrées les pertes subies par l'échec des pourparlers. Enfin, il est possible de douter de la pertinence du rattachement retenu par la règle de conflit délictuelle à propos du contentieux précontractuel. En effet, le lieu où se sont déroulés les pourparlers peut se révéler totalement fortuit (dans un avion²³) ou répondre à des préoccupations purement pratiques (choix d'un Etat situé à mi-chemin entre les lieux d'établissement respectifs des parties aux négociations). Par conséquent, le choix d'une qualification délictuelle du contentieux précontractuel n'emporte pas la conviction. C'est donc assez naturellement que l'on se tourne vers la qualification contractuelle.

13. Mais l'accueil du contentieux précontractuel au sein de la catégorie des contrats en droit international privé apparaît aussi peu concluant. Cette solution aurait pourtant l'avantage

²² Les questions relatives à la capacité et l'étendue des pouvoirs des parties à la négociation font également partie intégrante du contentieux précontractuel. Elles ne seront pas considérées dans cette phase du développement puisque la qualification de ces questions n'a pas constitué l'enjeu majeur du traitement des pourparlers, contrairement aux autres questions générées par les négociations.

²³ V. l'exemple cité par P.-Y. GAUTIER, « Les aspects internationaux de la négociation », *RTD com.* 1998, p. 493.

de retenir comme applicable la loi du contrat projeté. Il apparaît pertinent de soumettre la gestion des négociations à la loi du contrat, plus proche du rapport de droit envisagé. Cependant, la loi du contrat ne peut être déterminée avec certitude que dans l'hypothèse où le contrat est déjà conclu ou que sa conclusion est imminente. A défaut, l'application de la *lex contractus* ne répond nullement aux attentes des parties. De plus, relier la responsabilité engagée lors des pourparlers à la matière contractuelle contrarie le principe de liberté contractuelle qui préside les négociations. D'autant que la définition retenue par le droit communautaire pour définir la matière contractuelle - l'existence d'un engagement librement assumé par une partie envers une autre - ne permet pas d'y inclure avec certitude le contentieux précontractuel. La qualification contractuelle apparaît donc également particulièrement douteuse.

14. Par ailleurs, il ne faudrait pas oublier que le contentieux précontractuel ne se réduit pas à l'hypothèse de la rupture des pourparlers. La phase de l'avant-contrat est susceptible de générer une multitude de litiges qui adoptent les formes les plus diverses. Il semble alors difficile de classer l'intégralité du contentieux précontractuel dans une seule et unique catégorie connue du droit international privé. La question de l'efficacité de la rupture permet d'illustrer cette disparité existant au sein même des litiges précontractuels. En cas d'échec des pourparlers, deux types d'action peuvent être engagées. La première a pour objectif d'obtenir la réparation du préjudice subi par l'abandon du projet contractuel. Elle prend acte de la rupture des négociations. Dans cette hypothèse, l'absence de contrat n'est pas contestée, ce qui conduit à préférer une qualification délictuelle de ce contentieux. Mais une seconde action est envisageable. Elle consiste à réfuter l'efficacité du retrait de l'une des parties et de faire reconnaître la conclusion d'un contrat. Cette hypothèse se présente notamment lorsque l'auteur de la rupture a émis une offre qui a été acceptée. Si cette acceptation est reconnue, l'offrant ne peut plus se rétracter alors que le contrat a été formé. Dans ce cas, la question s'est déplacée sur le terrain de la formation du contrat. Ce qui conduit à militer en faveur d'une qualification contractuelle. De plus, conscients des risques générés par la liberté contractuelle qui préside aux négociations, les acteurs du commerce international organisent davantage leurs pourparlers. Ainsi, les discussions sont fréquemment rythmées par la conclusion d'avant-contrats au contenu et objectifs divers : certains organisant les échanges, d'autres entérinant les différents points d'accord obtenus. La formalisation des négociations confère alors au contentieux une nature contractuelle.

Toutes ces hésitations quant à la qualification du contentieux précontractuel semblent avoir été levées grâce au concours de la jurisprudence communautaire. Cet espoir suscité par l'intervention de la décision *Tacconi*²⁴, qui marque le début d'une seconde période, doit pourtant être nuancé.

²⁴ CJCE, 17 sept. 2002, Aff. C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c/Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*.

2. Le tournant opéré par la jurisprudence *Tacconi*

15. Le 17 septembre 2002, la Cour de justice des Communautés européennes s'est prononcée sur la question de la qualification de la responsabilité précontractuelle engagée lors d'une rupture dommageable des pourparlers. Cette décision a immédiatement été présentée comme une jurisprudence essentielle dans le traitement des négociations internationales précontractuelles. Si bien qu'il aurait pu être compris que la jurisprudence *Tacconi* répondait à la question de la qualification du contentieux né des pourparlers. Ce qui aurait conduit à décourager les recherches portant sur la phase précontractuelle. Dans un tel contexte, en effet, il apparaîtrait superflu de s'interroger sur la gestion des pourparlers en droit international privé, dès lors qu'une décision communautaire y a déjà apporté une solution. Pourtant, une lecture plus approfondie de l'arrêt conduit à nettement relativiser son apport à la construction du droit des négociations précontractuelles.

16. Tout d'abord, il faut relever que cette décision s'inscrit dans un contexte particulier. Il s'agissait pour la Cour de justice de s'interroger uniquement sur l'hypothèse d'une action en responsabilité pour rupture abusive des pourparlers. Rien n'est dit quant à la qualification de la responsabilité engagée en cas de violation d'une obligation précontractuelle d'information ou de confidentialité, par exemple. La question de l'inefficacité du retrait de l'offre n'est pas non plus traitée. Par conséquent, la Cour de justice n'a statué que sur une hypothèse particulière du contentieux précontractuel, sans retenir de qualification globale de l'ensemble des litiges nés des pourparlers. Ensuite, le cas présenté devant la Cour présentait une spécificité. L'action était en effet engagée par un tiers à l'encontre d'une partie à la négociation. Le lien avec le contrat, et même avec les négociations précontractuelles, était donc plus distendu.

Enfin, la jurisprudence communautaire n'a pas cherché à définir le contentieux précontractuel. Elle s'est contentée d'une appréciation négative en constatant l'absence de correspondance avec la matière contractuelle. La Cour a retenu qu'en l'absence d'engagement librement assumé par une partie envers une autre, élément de définition communautaire du contrat, dont la présence conditionne la qualification contractuelle, l'action engagée dans l'arrêt *Tacconi* ne pouvait revêtir qu'une qualification délictuelle. Or, une appréciation par défaut du contentieux précontractuel ne suffit pas. Il est indispensable de chercher une définition positive des négociations.

17. En conclusion, il est important de redonner à la jurisprudence sa véritable place dans la construction du droit international privé des négociations précontractuelles. Il faut retenir que si cette décision a apporté une pierre significative à l'édification du droit des négociations, elle reste néanmoins insuffisante pour répondre à toutes les interrogations soulevées par les litiges nés des pourparlers. Tout au plus, la décision *Tacconi* précise la qualification à retenir dans l'hypothèse d'une rupture abusive des pourparlers. D'autant que, si elle reste encore pertinente en matière de conflit de juridictions, elle est devenue aujourd'hui superflue en matière de conflit de lois. En effet, l'intervention du Règlement Rome II, qui contient une disposition spécifique à la responsabilité précontractuelle, et notamment à la question de la rupture des pourparlers, a rendu obsolète la jurisprudence

communautaire sur ce point. L'édiction de ce Règlement, qui contribue à la conception d'un nouveau droit communautaire, marque un tournant majeur dans l'élaboration du droit international privé des négociations précontractuelles.

3. L'intervention du nouveau droit communautaire

18. Le droit international privé s'est récemment distingué par l'édiction de nouvelles règles de conflit de lois d'origine communautaire. C'est le Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles qui a vu le jour en premier, le 11 juillet 2007. Il a été suivi de très près par le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, le 17 juin 2008, venu remplacer la Convention de Rome de 1980. Pour la première fois, une règle de conflit spécifiquement consacrée à la responsabilité précontractuelle est élaborée. Elle est introduite au sein du Règlement Rome II, à l'article 12, intitulé « *culpa in contrahendo* ». Le nouveau droit communautaire considère ainsi les négociations de façon positive et non plus seulement de façon négative, en constatant l'absence d'engagement contractuel. L'article 12 du Règlement Rome II propose une solution hybride, réunissant les deux voies imparfaites ouvertes par les règles de conflit précédemment existantes en droit international privé. Il attribue une qualification délictuelle à la *culpa in contrahendo*, tout en la soumettant à la loi applicable au contrat négocié, que ce dernier ait ou non été formé. De la règle de conflit de lois délictuelle, l'article 12 adopte la qualification. De la règle de conflit de lois contractuelle, il sélectionne le rattachement, la loi du contrat.

19. Si cette solution novatrice est surprenante, le sont encore davantage les conditions dans lesquelles ce texte a été adopté. La proposition de Règlement Rome II²⁵ ne comportait aucune disposition relative à la *culpa in contrahendo*. La problématique des négociations précontractuelles n'avait absolument pas été prise en considération au cours des discussions portant sur la rédaction des nouvelles règles de conflit de lois. La disposition relative au contentieux né des pourparlers n'a surgi que dans la version définitive du texte. Elle a été introduite très discrètement entre la proposition de Règlement et sa version finale. Il est possible de s'interroger sur l'absence de débat portant sur cette disposition, alors que d'autres ont fait l'objet de longues discussions avant d'atteindre leur forme définitive. On pense ici notamment à des propositions très controversées avancées lors de la rédaction du Règlement Rome I²⁶, telles que l'ouverture du choix de loi applicable à un droit non étatique²⁷, ou encore la reconnaissance d'un choix de loi implicite, en présence d'une clause attributive de juridiction, en faveur de la loi du juge désigné²⁸. La nouveauté de cette disposition conduit à s'interroger sur sa pertinence et sa mise en œuvre. En l'absence de jurisprudence, puisque l'article 12 n'a pas encore trouvé à s'appliquer, l'étude sera essentiellement prospective. Il s'agit d'anticiper les difficultés d'application du texte, avant qu'elles ne surgissent, et d'y proposer, éventuellement, certains correctifs ou compléments.

²⁵ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« ROME II »), 22 juill. 2003, COM (2003) 427 final, 2003/0168 (COD).

²⁶ Proposition de Règlement Rome I du 15 déc. 2005, COM (2005) 650 final, 2005/0261 (COD).

²⁷ Art. 3, al. 2, Proposition de Règlement Rome I, précitée.

²⁸ Art. 3, al. 1, Proposition de Règlement Rome I, précitée.

B. La délimitation *rationae materiae*

20. La présente thèse se concentre sur l'étude du nouveau droit international privé des négociations précontractuelles régissant les relations entre professionnels précédant la formation du contrat. Cette nouveauté explique le caractère prospectif d'une majeure partie de l'analyse. En effet, la fraîcheur du nouveau droit communautaire justifie que l'analyse soit articulée autour de sa compréhension. Mais son aspect novateur ne suffit pas à motiver cette étude. Il faut également prendre en considération le rayonnement important de ces nouvelles règles de conflit. En effet, non seulement elles s'appliqueront dès lors que les juridictions françaises seront compétentes, ce qui conduira à rendre applicable le droit international privé français, mais elles seront également mises en œuvre dès lors que l'une des juridictions d'un Etat membre de l'Union européenne sera habilitée à statuer sur un litige précontractuel. Le champ d'application de ce nouveau droit est donc particulièrement large puisqu'il couvre tous les contentieux précontractuels relevant de la compétence de la juridiction d'un Etat membre. De plus, il est envisageable que le droit international privé des Etats tiers à l'Union européenne cherche à s'inspirer de ces nouvelles solutions. Cette influence conduirait à harmoniser l'ensemble des règles de conflit applicables au niveau mondial, traversant la frontière européenne. Il semble nécessaire en effet que l'ensemble des systèmes de droit se dote de règles adaptées au contentieux précontractuel.

21. Cependant, la jurisprudence internationale en matière de litiges nés des pourparlers se révèle paradoxalement assez faible. Malgré la période particulièrement risquée de l'avant-contrat, terrain propice au contentieux, peu de décisions viennent éclairer le traitement des négociations internationales. Ce constat contradictoire s'explique essentiellement par trois raisons. Tout d'abord, le préjudice généré par un comportement adopté lors des pourparlers peut conduire à un préjudice précontractuel assez faible. En effet, si les négociations sont rompues, alors qu'elles ont été initiées peu de temps auparavant, le dommage subi par la victime sera généralement très limité. Dans ce court laps de temps, peu de frais auront été engagés. Si, par contre, les pourparlers sont particulièrement avancés, il existe de fortes chances que le contrat ait déjà été conclu, à l'insu des parties. Ce qui conduit à placer la responsabilité engendrée sur un terrain contractuel. Un même constat peut être établi concernant le manquement au devoir d'informer. Soit le manquement précontractuel porte sur un élément essentiel du contrat, et c'est la validité même du contrat qui sera atteinte; le contentieux sera alors de nature contractuelle; soit l'information litigieuse concerne un élément accessoire, et le préjudice généré restera assez faible. C'est pourquoi, lorsqu'il existe un risque pour que les négociations suscitent un dommage, les parties choisissent d'encadrer leurs échanges par la conclusion d'avant-contrats. Ce qui conduit à traiter les litiges sur un plan contractuel. Si ces avant-contrats sont rédigés avec rigueur, ils prévoient une clause de choix de juridiction et de choix de loi. Cette précision permettra de gérer les éventuels litiges sans qu'il soit nécessaire de s'inquiéter d'un quelconque problème de règlement du conflit de lois ou de juridictions. La multiplication des encadrements contractuels des pourparlers participe à l'amointrissement de la jurisprudence en matière de questions précontractuelles.

22. Ensuite, la qualité des parties et les relations qu'elles entretiennent peuvent expliquer les réticences à soumettre les contentieux précontractuels à la connaissance d'une juridiction étatique. Dans le cadre du commerce international, les partenaires sont souvent soucieux de préserver le secret de leur contentieux. Pour cela, ils optent préférentiellement pour la soumission de leurs litiges à l'arbitrage. Or, la compétence de l'arbitre repose sur son investiture établie par voie d'accord entre les parties. En l'absence d'une telle convention d'arbitrage, l'arbitre reste dépourvu de compétence. En matière précontractuelle, dès lors que les négociations ne sont pas encadrées par un contrat, l'arbitre ne devrait pas être compétent. Rares sont donc les sentences arbitrales qui s'intéressent à un contentieux précontractuel. Cependant, s'il reste exceptionnel, ce type de sentences existe néanmoins. Dans certaines conditions, l'arbitre pourra être reconnu compétent pour statuer sur un litige de nature précontractuel. Dans cette hypothèse, le tribunal arbitral sera susceptible d'appliquer les nouvelles règles de conflit de lois communautaires. S'il jouit d'une liberté particulière dans le choix de la méthode de résolution des conflits de lois, contrairement aux juridictions étatiques, le tribunal arbitral qui opte pour l'application de ces règles de conflit devra respecter leurs dispositions. Ainsi, tribunal arbitral et juridiction étatique rencontreront des difficultés semblables dans la mise en œuvre de ces règles. Ce constat justifie que l'étude ne distingue pas systématiquement la justice arbitrale de la justice étatique. Le recours à l'arbitrage sera étudié de façon indépendante uniquement lorsque les questions suscitées sont réservées à l'arbitre. Les références à l'arbitrage seront d'autant plus nombreuses que le contentieux des négociations intéresse essentiellement des professionnels.

23. La majorité de la jurisprudence internationale relative à des litiges de nature précontractuelle concerne effectivement des relations entre professionnels²⁹. Cette configuration est plus propice à générer un contentieux. En effet, les contrats conclus avec un consommateur sont généralement des contrats d'adhésion qui n'admettent pas de négociation. L'étude se concentrera donc exclusivement sur les relations entre professionnels. Ce choix se justifie par la présence d'un enjeu bien plus important lorsque les négociations se déroulent dans un contexte commercial. Le préjudice précontractuel s'avère beaucoup plus étendu. D'autant que les parties faibles bénéficient de règles de conflits spécifiques³⁰, mais également de la présence de dispositions impératives intervenant à titre de lois de police qui leur assurent une certaine protection lors de la préparation et de la formation du contrat. Enfin, le droit international privé des négociations précontractuelles ne se réduit pas à l'existence de règles de conflit. Il comprend également des règles matérielles d'origine conventionnelle ou doctrinale. Or, ces règles intéressent essentiellement les relations entre professionnels. Par conséquent, les difficultés de traitement des négociations précontractuelles se concentrent au niveau des rapports entre professionnels.

²⁹ V. cependant sur la loi applicable à la qualification d'un contrat de travail ou d'une promesse d'embauche : CA Paris, 19 févr. 2002, *Sté Horphag Research c./M. Van Hoegaerden*, RCDIP 2002, p. 549, note H. GAUDEMET-TALLON.

³⁰ Pour les conflits de lois, v. art 6 (contrats de consommation) et 8 (contrats individuels de travail) du Règlement Rome I et pour les conflits de juridictions, v. art. 15 à 17 (contrats de consommation) et art. 18 à 20 (contrats individuels de travail) du Règlement Bruxelles I.

24. Dans le contexte actuel de mondialisation, la tendance est à l'accroissement des relations commerciales internationales. Les négociations précontractuelles suivent cette dynamique en multipliant les risques de contentieux précontractuels. Il apparaît ainsi de plus en plus indispensable de s'intéresser à la gestion des pourparlers internationaux. C'est à cette tâche que s'attèle le droit émergent des négociations internationales. Reste à présent à déterminer si ce droit est suffisamment efficace. C'est la problématique générée par l'intervention de ce nouveau droit international privé des négociations.

II. La problématique du nouveau droit international privé des négociations précontractuelles

25. La règle de conflit consiste à relier à une catégorie juridique donnée le critère de rattachement correspondant. Pour apprécier les nouvelles règles établies pour régir le contentieux précontractuel, il sera donc nécessaire d'analyser le classement du rapport de droit réalisé, qui résulte de l'opération de qualification (A), avant d'examiner le critère de rattachement qui lui est associé (B).

A. Le choix de la qualification des négociations

26. Le contentieux des négociations précontractuelles présente une spécificité qui complexifie la recherche de la qualification adéquate. Il adopte, en effet, des formes des plus diverses qui ne permettent pas de classer les rapports précontractuels dans une seule des catégories juridiques existantes. Cette concurrence de classements envisageables complique l'étape de qualification (1). C'est cette difficulté que le droit communautaire a justement cherché à surmonter. Reste à savoir si le choix retenu s'avère pertinent pour répondre aux besoins du traitement des pourparlers (2).

1. Les difficultés de qualification

27. La règle de conflit a pour fonction de répondre aux questions générées par la présence d'un conflit de lois ou de juridictions. Elle permet d'établir la compétence d'une juridiction ou d'une loi donnée lorsque plusieurs Etats sont intéressés dans une même affaire. En réalité, la difficulté ne repose pas directement sur une hésitation entre les ordres juridiques compétents, mais plutôt sur le fait que les différents Etats retiennent des conceptions dissemblables de la phase des pourparlers. Cette absence d'harmonisation conduit à des divergences entre les dispositions internes adoptées par les Etats. Alors qu'un droit reconnaît la neutralité du comportement précontractuel, un autre peut estimer que son auteur est susceptible d'engager sa responsabilité. De même, la rupture des échanges peut se voir sanctionnée aussi bien par le simple versement de dommages-intérêts, que par le maintien forcé des négociations. Reconnaître l'existence de dissonances justifie ainsi la préoccupation du traitement du conflit de lois puisque, la selon la loi désignée applicable, le résultat de l'action précontractuelle est susceptible de varier.

28. Une fois cet intérêt démontré, il pourra être procédé à l'analyse des qualifications envisageables. Plusieurs catégories juridiques dégagées par le droit international privé sont susceptibles d'accueillir le contentieux précontractuel. L'hésitation la plus caractéristique concerne l'hypothèse de la rupture des pourparlers. Situé à mi-chemin entre les catégories contractuelle et délictuelle, le dommage suscité par l'échec des négociations peine à trouver une qualification adéquate. Cette incertitude atteint tous les ordres juridiques puisque la qualification retenue varie selon le droit interrogé. Les divergences entre les différents droits ne se limitent donc pas au traitement des pourparlers au fond, mais se retrouvent également sur le terrain de la qualification retenue par le droit international privé de chacun des Etats concernés. Le droit allemand³¹ retient ainsi une qualification contractuelle des pourparlers, alors que le droit français³² intègre l'hypothèse de la rupture des pourparlers dans la catégorie délictuelle dès lors que l'absence de contrat n'est pas contestée. L'uniformisation recherchée par le droit communautaire est donc indispensable pour assurer aux parties une sécurité juridique dans la gestion de leurs tractations. Les efforts d'harmonisation seront donc salués. Reste à savoir si la qualification uniforme adoptée par les nouvelles dispositions du droit international privé français répond à la spécificité du contentieux précontractuel.

2. Le choix de la qualification

29. L'étude concrète de la qualification retenue par le droit international privé français cherchera à analyser si les nouvelles dispositions répondent aux besoins spécifiques des négociations précontractuelles. C'est notamment à travers l'examen du nouvel article 12 du Règlement Rome II, qui s'annonce lui-même comme étant réservé à la responsabilité précontractuelle, mais aussi avec l'étude de la jurisprudence, que ce résultat doit être vérifié. Tout d'abord, il est nécessaire que le droit international privé retienne une catégorie juridique autonome pour accueillir toutes les hypothèses litigieuses rencontrées durant la phase de l'avant-contrat. Cette solution permettrait d'uniformiser les règles applicables à l'ensemble du contentieux précontractuel et garantir, de ce fait, aux parties une grande sécurité juridique. C'est pourquoi, il sera nécessaire de contrôler si la qualification retenue remplit cet objectif.

30. Pour ce faire, c'est sur le champ d'application des règles de droit international privé que portera l'examen. Il s'agira, d'une part, d'apprécier si ces dispositions proposent un champ de compétence suffisamment large pour que soient concernées toutes les hypothèses de contentieux précontractuels. Et, d'autre part, de vérifier si le domaine de ces règles est suffisamment explicite pour pallier tout risque d'ambiguïté sur la question de savoir si une question de nature précontractuelle entre ou non dans leurs champs d'application. Sur ces deux points, il sera démontré que le bilan se présente en demi-teinte. En effet, même les dispositions les plus récentes conservent un caractère lacunaire qui laisse perdurer des incertitudes. La notion de « *culpa in contrahendo* », choisie par le Règlement Rome II pour

³¹ Selon le § 311 al. 2 du BGB, un rapport contractuel générateur d'obligations peut naître même avant la conclusion du contrat.

³² V. les arguments développés par R. SALEILLES, in « De la responsabilité précontractuelle », *RTD civ.* 1907, p. 697.

s'intéresser au traitement du contentieux précontractuel, reste en effet un concept évanescent qui impose qu'une définition lui soit associée. L'étude cherchera ainsi à contrôler si les éléments d'explication prévus par ces nouvelles dispositions sont suffisamment exhaustifs pour délimiter avec précision les contours de la responsabilité précontractuelle envisagée par le texte, et à proposer des interprétations des dispositions conformes aux objectifs du droit international privé. Cette analyse conduira ainsi à apprécier dans un second temps le traitement effectif du contentieux précontractuel à travers l'adoption de nouvelles règles applicables.

B. Le choix du traitement des négociations

31. A ce niveau de l'étude, il s'agira de s'interroger à la fois sur la pertinence du système conflictualiste en vigueur en matière de gestion des pourparlers, et notamment sur les nouvelles règles de conflit établies (1), mais aussi sur les conséquences de l'intervention de facteurs déjà existants susceptibles de perturber la mise en œuvre des règles de conflit (2).

1. L'analyse du système conflictualiste

32. Comme il a été proposé, l'examen se concentrera essentiellement sur les innovations récemment connues du droit international privé. Il se focalisera donc en partie sur la question de la convenance de la règle proposée par l'article 12 du Règlement Rome II. Le renvoi à la *lex contractus* opéré par cette disposition présente une facette particulièrement créative. Il permet de rattacher le contentieux à la loi du contrat tout en lui préservant une qualification délictuelle. Il faut désormais constater l'effectivité de ce système de résolution des conflits de lois, en observant si sa mise en œuvre s'effectue aisément. Mais la fraîcheur du Règlement ne permet pas d'avoir suffisamment de recul pour vérifier son applicabilité en pratique. Sur ce point, l'étude devra inévitablement se réaliser sous un angle prospectif. Elle mettra en évidence l'existence de difficultés d'application qui risqueraient d'être rencontrées lors de la mise en pratique du texte et y proposera des réponses.

33. Pour illustrer cette présentation par un exemple, il est possible de retenir les doutes portant sur l'applicabilité de l'article 12, alinéa 2. En effet, l'article 12 propose une compétence générale de la loi du contrat conclu ou projeté. Ce système est complété par un alinéa 2 qui prévoit des règles subsidiaires dès lors que la *lex contractus* ne peut pas être déterminée. Or, le Règlement Rome II ne précise pas les règles de désignation de la loi du contrat qui sont applicables dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 12. Il faudrait donc *a priori* en déduire que les règles de droit commun s'appliquent dans leur intégralité. Si bien qu'il faudrait rechercher la loi choisie par les parties de façon expresse ou tacite, à défaut, la loi du lieu d'établissement de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, ou encore la loi qui présente les liens les plus étroits. Compte tenu de l'exhaustivité du système de détermination de la *lex contractus*, il semble inenvisageable que la règle de conflit subsidiaire trouve à s'appliquer. En effet, pour cela il faudrait que ne soient pas déterminables le choix des parties, même implicite, le lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique et la loi présentant des liens étroits avec le contrat.

34. Dans ce contexte, il sera procédé à une analyse de l'applicabilité du texte du Règlement Rome II, mais également de la pertinence du rattachement à la loi du contrat, notamment lorsque celui-ci n'a pas été formé. Il faut également relever que ces nouvelles dispositions n'interviennent que sur le terrain du conflit de lois. Pour assurer l'intégralité de l'analyse de toutes les questions de droit international privé en matière de contentieux précontractuel, il sera nécessaire d'envisager la résolution du conflit de juridictions. Sur ce point, il sera également démontré que des incertitudes quant à leur mise en œuvre effective perdurent, notamment quant à la localisation des critères de rattachement retenus. Mais surtout, la compatibilité de ces règles existantes avec la nouvelle vision des négociations précontractuelles, instaurée par le récent Règlement Rome II, sera recherchée. En effet, le système conflictualiste intervient dans un contexte où coexistent des règles de prorogation de compétence juridictionnelle et des règles matérielles qui viennent concurrencer la mise en œuvre des règles de conflit.

2. Les conséquences du nouveau droit international sur le droit existant

35. Les dispositions matérielles intéressant le contentieux précontractuel n'ont pas disparu sous le coup de l'intrusion des nouvelles règles de conflit. Bien au contraire, dispositions matérielles et règles de conflit sont vouées à cohabiter dans le système de règlementation des litiges nés des pourparlers établi par le droit international privé. Ce constat conduit à s'interroger non seulement sur la compatibilité de ces règles, mais également sur la ventilation entre les règles de conflit et les règles matérielles applicables.

36. Il faut relever, tout d'abord, que certaines règles existantes sont susceptibles d'évoluer sous l'influence de la nouvelle appréhension de la période précontractuelle par le droit international privé. Il sera notamment envisagé de proposer l'extension du domaine des conventions d'attribution volontaire de compétence au traitement des négociations. Comme il est à présent donné compétence, en matière de pourparlers, à la loi choisie par les parties pour régir leur contrat, il pourrait de même être donné compétence à la juridiction désignée par les parties pour statuer sur leur contrat. De plus, il sera relevé que les prorogations conventionnelles de compétence, malgré leur caractère contractuel, sont susceptibles de s'appliquer au contentieux précontractuel. Ce qui nécessitera de préciser leurs conditions d'intervention.

37. Ensuite, se pose la question de la coordination des règles de conflit avec les règles matérielles applicables au contentieux précontractuel. Elle suscite deux interrogations. La première concerne la consistance et le champ d'application de ces règles matérielles. La réponse apportée permettra de déterminer si, et à quelles conditions, elles sont susceptibles d'intervenir dans la gestion du contentieux et écarter le jeu normal de la règle de conflit. La seconde conduit à rechercher si l'étendue de ces règles matérielles permet d'établir un tissu de dispositions suffisant pour régler l'ensemble des litiges générés par les négociations. Si tel est le cas, c'est l'utilité même des règles de conflit de lois qui serait remise en cause. En

effet, dès lors que les règles matérielles présentent à la fois une réelle exhaustivité (couvrant tous les litiges de nature précontractuelle) et une portée étendue (s'imposant à toutes les relations précontractuelles internationales entretenues entre professionnels), elles ont vocation à écarter tout conflit de lois. Encore faut-il cependant que cette exhaustivité et cette portée large soient reconnues. Or, l'étude montrera que l'applicabilité de ces règles sera limitée et que ces dispositions matérielles nécessiteront fréquemment le recours à la règle de conflit de lois pour pallier leurs lacunes. Si bien que loin de se neutraliser entre elles, règles de conflit et règles matérielles interviennent ensemble dans le traitement du contentieux précontractuel.

38. L'appréhension de ce nouveau droit international privé des négociations précontractuelles exige ainsi que soit analysée la qualification du contentieux retenue (Partie 1), avant d'en apprécier son traitement (Partie 2).

**PARTIE 1. LA QUALIFICATION DES
NEGOCIATIONS INTERNATIONALES
PRECONTRACTUELLES**

39. En droit international privé, la qualification consiste à rattacher à une catégorie juridique existante une situation internationale litigieuse qui suscite un conflit de lois. Cette étape occupe une place essentielle dans la résolution du contentieux puisqu'elle permet de désigner, parmi les règles de conflit du for, celle qui sera susceptible de déterminer la loi applicable. Cette opération est d'autant plus déterminante en matière de litiges précontractuels que les pourparlers présentent des spécificités telles qu'elles complexifient leur classement dans une catégorie unique. En effet, les négociations précontractuelles constituent une phase ambiguë dans la caractérisation des relations entretenues entre les parties. Aucunement liées entre elles, les parties aux négociations ne peuvent pourtant pas être considérées comme étant ignorantes l'une de l'autre. Aussi, chacune d'elles cherchera à soutenir un engagement à l'autre tout en préservant sa propre liberté contractuelle.

40. Cette ambiguïté s'exprime également au niveau du règlement des conflits en droit international privé. Ce droit ne connaît que deux matières susceptibles d'intéresser principalement le contentieux précontractuel : le domaine du contrat et de celui délit. Or, le caractère polymorphe qu'empruntent les litiges nés lors des pourparlers entrave toute possibilité de choix unique en faveur de l'une ou l'autre de ces catégories. Cette difficulté se double de l'absence de conception uniforme retenue au niveau des droits nationaux. Chaque ordre juridique retient sa propre interprétation des litiges précontractuels. Ce qui conduit en pratique à ce que la nature contractuelle d'une demande reconnue par un droit se traduise par une interprétation délictuelle dans un droit différent. Or, à chacune de ces qualifications se rattache une règle de conflit correspondante dont la mise en œuvre conduit à la désignation de la loi applicable. Si bien que de la qualification retenue dépend le sort du litige.

41. Aussi, l'analyse de la qualification du contentieux précontractuel est-elle primordiale pour la résolution conflictuelle de ce contentieux (Titre 2). Cependant, pour assurer la réussite de cette opération, il est essentiel d'appréhender les spécificités de cette matière, en identifiant ce que recouvrent les négociations internationales précontractuelles (Titre 1).

TITRE 1. L'IDENTIFICATION DE LA QUESTION DE DROIT, OBJET DE LA QUALIFICATION

42. La phase de négociation internationale précontractuelle se singularise par l'hétérogénéité du contentieux qu'elle suscite. De l'objet du dommage à l'expression du critère d'extranéité, tous les éléments caractéristiques des pourparlers sont susceptibles de conférer au litige précontractuel une qualification spécifique. Par conséquent, il serait souhaitable d'éluder cette opération de qualification, délicate du traitement du contentieux. Mais ce choix conduirait à appliquer une loi aléatoire aux pourparlers précontractuels. Cette solution resterait sans conséquence si les droits nationaux adoptaient un traitement similaire de cette matière. Or, l'analyse des systèmes de droit démontre que l'appréhension des questions de nature précontractuelle diverge selon les ordres juridiques intéressés. Aussi, la détermination de la loi applicable au litige constitue une étape indispensable au règlement de ces litiges.

43. C'est ainsi cette différence de traitement, inhérente aux spécificités des négociations précontractuelles, qui légitime l'analyse de la qualification. Pour le démontrer, il est nécessaire de concevoir les spécificités de la matière à travers l'étude de sa définition (chapitre 1), pour ensuite prendre conscience des différentes approches des droits nationaux qui justifient la recherche de la loi applicable (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA DEFINITION DES NEGOCIATIONS INTERNATIONALES PRECONTRACTUELLES

44. Le droit international privé interrogé dans le cadre du traitement de ce contentieux apporte une solution particulière aux pourparlers. Sa mise en œuvre reste subordonnée au constat de l'existence d'une situation internationale de nature précontractuelle. Ainsi, pour que le contentieux relève des négociations, deux conditions doivent être satisfaites : il faut que le fait générateur de responsabilité ait été commis au cours des négociations, soit avant la formation du contrat, et que le droit international privé soit concerné. Avant de désigner les règles de conflit applicables à un tel litige, il est donc essentiel de délimiter les contours de la phase des pourparlers en en dessinant la frontière constituée par la conclusion du contrat (Section 1) et en vérifiant le caractère international de la situation, élément essentiel au déclenchement de la compétence du droit international privé (Section 2).

SECTION 1. LA DEFINITION DES NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES

45. La période des négociations précontractuelles se singularise par rapport au contexte de formation des contrats les plus fréquemment rencontrés dans la vie courante. Son caractère international accentue davantage sa spécificité. Les négociations présentent en effet des caractéristiques particulières qui permettent de les définir. Cette phase de tractations se poursuit autant que nécessaire jusqu'à l'atteinte de son objectif final, la conclusion du contrat définitif. La formation du contrat marque ainsi l'achèvement de la période de l'avant-contrat. Dès la survenance de cet événement, les parties quittent la phase précontractuelle pour s'engager dans une phase contractuelle. Par conséquent, pour identifier les négociations précontractuelles, il est nécessaire d'établir si le contrat a été conclu. Les négociations peuvent alors être déterminées par opposition à la conclusion du contrat puisqu'elles correspondent à la période qui précède sa formation. Les négociations précontractuelles peuvent ainsi se voir définies aussi bien de façon positive, à travers l'analyse de leurs caractéristiques propres (§1), que de façon négative par opposition à la conclusion du contrat (§2).

§1. LA DEFINITION POSITIVE DES NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES

46. La description des tractations précontractuelles peut être réalisée à travers la présentation des deux éléments qui leur confèrent leur particularisme : leurs caractéristiques propres qui les distinguent des autres opérations précontractuelles (A) et la polymorphie du contentieux qu'elles suscitent (B).

A. LA SINGULARITE DES NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES

47. Les négociations précontractuelles désignent la période au cours de laquelle deux ou plusieurs personnes se rapprochent afin d'envisager la réalisation d'un projet qui se matérialisera par la conclusion d'un contrat. Cette action se particularise par l'existence d'échanges de propositions entre les partenaires. La présence de ces échanges conduit ainsi à distinguer les négociations précontractuelles de la formation des contrats d'adhésion (1). De même, l'absence de base contractuelle préalable permet de différencier cette étape de pourparlers de la phase de renégociation d'un contrat existant entre les parties (2).

1. NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES ET CONTRATS D'ADHESION

48. La rencontre de deux volontés constitue l'élément indispensable à la formation d'un contrat. Une convention ne peut se former que lorsque les contractants s'accordent sur l'ensemble des éléments essentiels qui la composent. Dans l'hypothèse d'une vente, il est ainsi nécessaire que les parties en cause se soient entendues sur l'objet et le prix³³. Dans la plupart des relations contractuelles qui se créent dans la vie courante, cet accord de volonté reste instantané. C'est l'exemple de l'offre faite au public en proposant à la vente des articles placés sur les étals. Mais dans le contexte commercial, les opérations envisagées sont marquées par une complexité juridique particulière qui nécessite l'organisation d'échanges pour parvenir à un accord.

Cette difficulté s'accroît davantage encore lorsque la relation précontractuelle s'inscrit dans un contexte international. Les partenaires doivent alors échanger des propositions afin de construire ensemble le contenu du contrat en définissant ses modalités d'exécution dans une phase de tractation appelée pourparlers précontractuels. Selon la définition du Doyen Carbonnier « c'est la phase préliminaire où les clauses du contrat sont étudiées et discutées »³⁴. Les négociations précontractuelles se distinguent ainsi des contrats d'adhésion qui par hypothèse n'admettent aucune possibilité de discussion³⁵. Ce sont des contrats dont la

³³ V. notamment en droit français, l'art. 1583 C. civ. français; art. 14 Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM).

³⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t.4, les obligations, Paris, Thémis, 2000, p. 85.

³⁵ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1976.

conclusion consiste en l'acceptation de conditions générales qui peuvent être individualisées par le biais de clauses particulières, mais sans accorder de véritable éventualité d'amélioration des stipulations prévues et en limitant les transformations à l'exercice d'un choix entre des alternatives fixées par avance. La phase précontractuelle se réduit ainsi en une simple faculté d'acceptation du contenu du contrat. Ce mécanisme ne peut trouver application dans la réalisation de projets complexes qui appellent à l'organisation d'une période d'échanges.

49. La complexité des transactions envisagées s'explique notamment par les montages spécifiques auxquels il est souvent nécessaire de recourir pour atteindre l'idéal contractuel envisagé. L'élaboration de contrats inédits, adaptés à l'opération attendue, conduit les parties à s'informer sur la faisabilité d'un tel projet, à faire procéder à des analyses techniques et financières pour évaluer la rentabilité du contrat, voire même à envisager la conclusion d'autres conventions destinées à faciliter la formation du contrat. Il est par exemple possible de contracter un prêt bancaire afin de réunir les fonds nécessaires à la réalisation du projet souhaité. Mais les parties ne doivent pas se contenter de se renseigner elles-mêmes, elles ont également pour obligation de s'informer mutuellement³⁶ sur les attentes qu'elles convoitent, afin que le contrat corresponde à leurs attentes³⁷. Bien loin de la notion de contrat d'adhésion, les négociations précontractuelles se démarquent par le rôle fondamental qu'elles remplissent, puisque du bon déroulement des négociations dépend la conclusion du contrat. Dans l'hypothèse regrettable où les parties ne parviendraient pas à mener des discussions fructueuses dans un contexte propice aux échanges au cours des pourparlers, les négociations resteraient stériles.

50. A l'intervention d'études techniques ou financières particulières et de signatures de contrats parallèles, peut être également ajoutée l'entrée d'autres acteurs sur la scène des pourparlers. Outre le fait que les négociations peuvent impliquer un nombre important de parties, leur impact peut également atteindre les tiers qui entrent alors dans la discussion. Le banquier qui accorde un prêt pour la réalisation du projet peut imposer l'intégration de garanties particulières au sein du contrat et jouer ainsi un rôle dans l'élaboration du contenu du contrat. De même, le négociateur professionnel, spécialement mandaté pour représenter ou assister une des parties aux pourparlers dans les tractations, intervient directement dans le déroulement des échanges. L'implication de tous ces éléments conduit à étirer la période des négociations dans la longueur. Même si certaines négociations peuvent aboutir au terme de seulement quelques jours d'échanges³⁸, il reste assez fréquent que la phase d'avant-contrat s'étende sur plusieurs mois, voire parfois des années³⁹. Le Professeur Ghestin avait relevé cette caractéristique des pourparlers en retenant qu'entre l'initiative que constitue l'entrée en pourparlers ou l'offre, et la conclusion d'un contrat, se situe souvent une période

³⁶ B. BEIGNIER, « La conduite des négociations », *RTD com.* 1998, p. 463.

³⁷ L'obligation d'information s'exprime avec plus ou moins d'intensité selon le droit applicable aux négociations précontractuelles. Pour une analyse en droit comparé, v. *infra* n°s 239 et s.

³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, n° 95-19.199, *Bull. civ. I*, n° 7; *Dr. & patr.* 1998, n° 59, p. 92, obs. P. CHAUVEL; *Defrenois* 1998, p. 741, note D. MAZEAUD, *JCP G* 1998, II, n° 10066, note B. FAGES.

³⁹ Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20.361, *JCP E* 1999, n° 4, p. 169, obs. P. MOUSSERON; pourvoi contre CA Versailles, 21 sept. 1995, *RTD civ.* 1996, p. 145, obs. J. MESTRE.

précontractuelle qui peut être parfois de longue durée⁴⁰. Cette phase d'échanges parfois laborieuse s'inscrit dans la perspective de la création d'un contrat inédit qui la distingue de l'opération de renégociation.

2. NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES ET RENEGOCIATIONS

51. Les négociations précontractuelles ont pour objet l'élaboration du contrat envisagé, dont la conclusion marquera la réussite. Cet objectif de construction s'oppose au rôle réparateur tenu par la renégociation. Au cours de la vie contractuelle, l'intervention de certains événements peut perturber l'exécution normale du contrat⁴¹. Dans ce contexte, la plupart des droits cherche à préserver le lien contractuel en permettant l'apport de modifications au contrat ou en reconnaissant aux parties une obligation de renégociation fondée sur le devoir général de bonne foi⁴². Cette faculté dispose également d'un fondement contractuel puisqu'elle a fréquemment pour origine l'intégration d'une clause de *hardship* au sein du contrat⁴³. L'hypothèse de la renégociation d'un contrat déjà formé doit ainsi être distinguée de la construction intégrale d'une relation contractuelle nouvelle qui fonde la définition des négociations précontractuelles. Il ne s'agit donc pas, au cours des pourparlers précontractuels, d'améliorer un contrat déjà formé entre les parties, mais de donner naissance à un contrat inédit.

52. Cependant, cette définition doit être doublement nuancée. Tout d'abord, il ne faudrait pas déduire des développements précédents que des tractations portant sur des contrats déjà

⁴⁰ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, les obligations. Le contrat : Formation*, Paris, LGDJ, 1988, n° 227.

⁴¹ P. M. ALMEIDA, *Le hardship dans le droit du commerce international*, Bruxelles/Paris, Bruylant, Forum européen de la communication, 2003.

⁴² V. la jurisprudence suggérant l'ouverture d'une brèche dans le droit français en faveur de l'accueil de l'imprévision sur le fondement de la bonne foi : Cass. com., 3 nov. 1992, *Aff. Huard*, *JCP* 1993. II. 22164, note G. VIRASSAMY; *Deffrénois* 1993, p. 1377, obs. J.- L. AUBERT; *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. MESTRE; *Aff. Danone*, Cass. com. 24 nov. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 277; *D.* 1999, IR, p. 9; *JCP* 1999. II. 10210, note Y. PICOD; *ibid.* I. 143, n° 6 s., obs. Ch. JAMIN; *Deffrénois* 1999, p. 371, obs. D. MAZEAUD; *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. MESTRE; *ibid.* p. 646, obs. P.- Y. GAUTIER; Comp. art 6.2.1 à 6.2.3 des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international; v. aussi M. C. A. PRADO, « La théorie du Hardship dans les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Une approche comparative des Principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain », *Diritto del Commercio Internazionale* 1997, p. 323.

⁴³ U. DRAETTA, « Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux », *Diritto del Commercio Internazionale* 2001, p. 297; M. FONTAINE, « Les clauses de hardship-aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *Dr. prat. com. int.* 1976, p. 7; V. aussi les dispositions relatives au hardship et à la force majeure : M. J. BONELL, *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, Milan, Giuffrè, 1997, p. 183; B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de *hardship* », *JDI* 1974, p. 794.

existants ne peuvent jamais être reconnues comme des pourparlers précontractuels. Il est tout d'abord envisageable que les négociations d'un contrat se construisent sur la base d'un contrat déjà existant. Telle est l'hypothèse dans laquelle une partie proposerait à son partenaire, lors des pourparlers, de calquer la rédaction du contrat envisagé sur un contrat qu'elle a précédemment conclu avec un tiers, ou du moins s'en inspirer. Dès lors que le contrat ne concerne pas les mêmes parties, il importe peu que le projet, voire même la rédaction complète de l'acte, soient déjà existants puisqu'ils concernent une opération contractuelle distincte. Même si les parties cherchent à individualiser au maximum le contenu de leur contrat pour qu'il s'adapte au mieux à leurs attentes, il semble évident que la plupart des stipulations basiques correspondront à des modèles déjà usités. Si pour admettre l'existence de négociations précontractuelles, il était imposé une distinction totale de l'opération contractuelle, alors peu de pourparlers seraient reconnus. Aussi, pour qu'une négociation précontractuelle se singularise d'une renégociation, il suffit que l'opération visée se différencie par son objet, par sa nature, ou encore par l'identité des parties concernées.

53. Ensuite, même si les pourparlers interviennent le plus classiquement à un moment où les parties ne sont pas encore engagées dans les liens d'un contrat, il est possible que des négociations naissent au sein d'une relation contractuelle déjà existante. C'est le cas lorsque les pourparlers interviennent pour prévoir la conclusion d'un nouveau contrat, distinct de celui qui lie les parties. Tel est notamment le cas lorsque les parties choisissent de faire évoluer leurs relations commerciales par la conclusion d'un contrat de distribution portant sur un autre produit par exemple. Cependant, si la demande porte non pas sur la conclusion d'un contrat inédit mais sur le simple renouvellement d'un contrat déjà existant, les discussions menées sur la question ne seront pas qualifiées de négociations précontractuelles⁴⁴. Il s'agira alors, dans cette hypothèse, d'une simple renégociation du contrat. Il est en effet nécessaire que la réussite des pourparlers soit célébrée par la conclusion d'un nouveau contrat, distinct du contrat initial. La formation du contrat projeté ne traduit pourtant pas nécessairement le succès des négociations. Un contentieux entre les parties peut néanmoins naître des pourparlers et altérer de façon plus ou moins marquée la relation contractuelle. Le succès des négociations est alors partiel puisque, même si les pourparlers aboutissent à la conclusion du contrat projeté, ils sont entachés par la survenance d'un dommage pendant leur déroulement. C'est justement cette faculté d'intervention sous des formes diverses qui marque la spécificité du contentieux précontractuel que l'on peut, à ce titre, qualifier de polymorphe.

⁴⁴ V. par exemple Cass. com., 30 mai 2000, *Bull. civ.* n° 98-14.543 : le fabricant ayant poursuivi avec son distributeur des pourparlers pendant près de deux ans après le non-renouvellement du contrat.

B. LA POLYMORPHIE DU CONTENTIEUX PRECONTRACTUEL

54. La variété des cas rencontrés pendant la phase de pourparlers a conduit à l'utilisation de termes très généraux⁴⁵ pour désigner l'ensemble des questions intéressant les négociations précontractuelles. Ces hypothèses diffèrent tant par leur date d'intervention dans la vie du contrat que par le dommage causé, mais également par l'identité des parties dont la responsabilité est recherchée ou la réparation du préjudice est réclamée. Cette polymorphie qu'emprunte le contentieux des négociations précontractuelles freine toute volonté de classification définitive⁴⁶. Néanmoins il sera procédé dans le cadre de cette présentation à un ordonnancement provisoire des différents cas de contentieux rencontrés au cours des négociations précontractuelles afin d'assurer la lisibilité de l'exposé de ces hypothèses. On peut tout de même relever que certains litiges ont pour fondement la remise en cause de l'existence ou de la validité du contrat, alors que d'autres reposent sur une simple demande de réparation d'un préjudice subi à l'occasion des pourparlers. Il serait sans doute erroné, voire simpliste, de présenter cette seconde catégorie de contentieux comme des événements produisant un impact neutre sur le contrat projeté ou déjà conclu. Il semble évident que, même si la validité du contrat n'est pas remise en cause, les relations contractuelles entre les parties seront sensibilisées par l'exercice d'une action en responsabilité entamée par l'une à l'encontre de l'autre. Pourtant, il reste possible de distinguer parmi ces hypothèses entre les litiges générés par l'existence du contrat (1) et ceux qui interviennent au contraire en l'absence de formation du contrat négocié (2).

1. LES CONTENTIEUX GENERES PAR L'EXISTENCE DU CONTRAT NEGOCIE

55. Certains contentieux peuvent être introduits dans un contexte contractuel, postérieur à la formation du contrat principal. Ils conservent pourtant une nature précontractuelle puisque même si l'action est exercée après la formation du contrat, le manquement en cause s'est réalisé au cours des pourparlers. Ils se caractérisent ainsi par l'exigence de formation du contrat principal qu'ils imposent (b). Mais il est également possible que l'existence même du contrat reste douteuse laissant subsister une ambiguïté entre la permanence de la phase précontractuelle et le basculement dans la phase contractuelle (a).

⁴⁵ Le terme communément utilisé reste « la responsabilité précontractuelle » même si l'évocation de la « *culpa in contrahendo* » se retrouve de plus en plus fréquemment. Cette tendance s'explique très certainement par la volonté de faire écho aux nouvelles dispositions du Règlement Rome II (art. 12).

⁴⁶ R. ARENAS GARCIA, « La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II », *Revista para el análisis del derecho* 2008, n°4, p. 1.

a. Le doute portant sur l'existence du contrat

56. La diversité des échanges menés au cours des tractations trouble la compréhension de la portée du discours entre les parties. Une simple proposition peut être considérée comme une véritable promesse engageant la responsabilité de son auteur, de même que la réponse apportée à une offre peut constituer une acceptation certaine, déclenchant la formation du contrat, à l'insu des parties⁴⁷. Cette difficulté se double d'une seconde complexité générée par l'hétérogénéité des modalités de formation du contrat adoptées par les différents droits. Si certains accueillent une reconnaissance précoce d'un lien contractuel dès l'émission de l'acceptation, d'autres au contraire la retardent à sa réception par le bénéficiaire et exigent son expression explicite⁴⁸. Ce constat réclame l'interprétation de la volonté incertaine des parties pour contrôler une éventuelle intervention du contrat (i), mais également le régime de la formation du contrat (ii).

i. L'interprétation de la volonté incertaine des parties

57. Le principe du consensualisme conduit à considérer le contrat conclu dès la constatation d'un accord de volonté sur les éléments essentiels du contrat⁴⁹. Cette disposition semble évidente si l'on garde à l'esprit le caractère instantané du contrat d'adhésion⁵⁰. Mais, dans l'hypothèse des contrats du commerce international, la phase de pourparlers apparaît couramment étendue dans la durée⁵¹. Les fréquentes discussions sur l'ensemble des points du contrat, souvent indispensables à l'établissement d'une relation de confiance⁵², fondent les échanges sur ces éléments essentiels dans un flot de paroles les rendant peu distinguables⁵³. Or, il suffit que les parties s'accordent sur les éléments essentiels du contrat projeté pour que ce dernier puisse être considéré comme étant conclu⁵⁴. Ainsi, en analysant de plus près les points d'entente atteints, il est possible de conclure à l'aboutissement d'un véritable accord de volonté, à l'insu d'une, voire même des deux parties à la négociation⁵⁵.

⁴⁷ J.-A. ALBERTINI, « Les mots qui vous engagent... », *D.* 2004, p. 230.

⁴⁸ Pour un contre-exemple, v. décision allemande, *OLG Stuttgart*, 5. *Zivilsenat*, 28 févr. 2000; Disponible sur : <http://www.unilex.info/case.cfmid=829>, qui reconnaît dans la prise de livraison des marchandises une acceptation tacite du contrat par l'acquéreur.

⁴⁹ J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, 9^{ème} éd., tome II, Montchrestien, 1998, n°127; B. LASSALLE, « Les pourparlers », *Revue de la recherche juridique*, droit prospectif 1994, n°3, p. 825.

⁵⁰ V. *infra* nos 48 et s.

⁵¹ Pour des exemples de négociations étendues dans la durée, v. notamment Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20.361; *JCP E* 1999, n° 4, p. 169, obs. P. MOUSSERON; pourvoi contre CA Versailles, 21 sept. 1995, *RTD civ.* 1996, p. 145, obs. J. MESTRE.

⁵² V. en particulier les négociations précontractuelles en Chine qui s'étalent dans la durée pour permettre aux négociateurs d'adopter une version contractuelle adaptée, compatible avec l'engagement à long terme auquel ils aspirent, G. ROUGIER-BRIERRE, « Spécificités de la négociation et de la pratique contractuelles en Chine », *RDAL* 2007, pp. 151 et s, spéc.p.154.

⁵³ V. M. FONTAINE, F. DE LY, « Les lettres d'intention », in *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*, 2^{ème} éd., FEC, Bruylant, 2003, p. 10.

⁵⁴ V. notamment en droit français, art. 1583 C. civ.; art. 14 CVIM.

⁵⁵ Le droit chinois ne reconnaît pas à la parole donnée la valeur de l'écrit, contrairement au droit français des contrats notamment qui repose sur le principe du consensualisme. Ainsi, un partenaire chinois aux

58. Cette complexité existe et s'exprime d'autant plus fortement en l'absence de conclusion formelle du contrat définitif. Il s'agit alors pour les parties de savoir si les documents contractuels échangés peuvent avoir traduit un engagement de leur part. La réponse à cette interrogation dépendra de la notion d'engagement contractuel retenue par la loi applicable. Or, les droits nationaux retiennent une appréciation plus ou moins restrictive du contrat le soumettant à des conditions dont la sévérité reste variable⁵⁶. Les parties doivent donc rester extrêmement vigilantes dans leur rédaction puisque, selon la loi applicable, ces actes sont susceptibles d'entraîner leur engagement contractuel, malgré leur volonté.

59. L'exemple de l'ambiguïté de qualification de la lettre d'intention permet d'illustrer ces difficultés. Dans ce document, une partie cherchera à exprimer une simple intention de sa part, manifester son intérêt pour le contrat projeté, ni plus, ni moins. Cependant, les juges ne sont pas tenus par la qualification que confèrent les parties à un acte juridique. Il leur appartient dans l'expression de leur pouvoir souverain d'interpréter son contenu et si besoin de le requalifier⁵⁷. Si un document intitulé lettre d'intention exprime l'intérêt que porte une partie pour une proposition de contrat tout en manifestant une approbation des conditions de formation proposées, il existe un risque que le contrat définitif soit considéré comme conclu. Si la lettre d'intention est observée à travers le prisme du droit français, alors il suffira que l'accord porte sur les conditions nécessaires et suffisantes à la formation du contrat, même si la plupart des points de négociation restent en discussion, pour que la lettre d'intention soit requalifiée en acceptation du contrat négocié. Aussi, la rédaction maladroite d'une lettre d'intention peut conduire à engager contractuellement son auteur alors que celui-ci a manifestement choisi ce type de document précontractuel pour conserver une totale liberté. C'est à cette difficulté que se sont heurtés les négociateurs dans l'affaire *Péchiney*⁵⁸. Une rupture des pourparlers était intervenue dans le cadre d'une négociation organisée par la conclusion d'un accord intitulé « *heads of agreement* ». Les juridictions françaises, après analyse du contenu de l'acte, en ont déduit qu'il constituait une promesse d'achat, alors que l'introduction de ce titre avait très certainement pour objet de soustraire les parties à l'existence d'un engagement de leur part⁵⁹.

60. La rédaction ambiguë de certains documents peut également créer un trouble quant à l'expression d'une acceptation de la part du bénéficiaire de la proposition formulée dans le

négociations sera-t-il surpris d'apprendre que la simple formulation orale de sa proposition au cours des pourparlers pourra être reconnue comme une offre susceptible de conduire à la formation du contrat en cas d'acceptation, même en l'absence de version écrite, dès lors que le droit français s'applique aux négociations. Pour une description des spécificités de la période précontractuelle en droit chinois, v. G. ROUGIER-BRIERRE, « Spécificités de la négociation et de la pratique contractuelles en Chine », *RDAI* 2007, pp. 151 et s, spéc. p. 158.

⁵⁶ Pour une étude comparative de la notion d'engagement contractuel retenu par le droit uniforme et certains droits nationaux, v. *infra* n^{os}175 et s.

⁵⁷ V. en droit français, art. 12 C. proc. civ.

⁵⁸ CA Chambéry, 23 févr. 1998, *Sté Péchiney Electrometallurgie (PEM) c/Sté Universal Ceramic Materials PLC (UCM)*, *JDI* 1999, p. 188, note A. HUET; *D.* 1999, p. 292, note B. AUDIT.

⁵⁹ V. en ce sens le commentaire de A. HUET, *op. cit.*

cadre des négociations. Une lettre de commande réclamant l'envoi d'un accusé de réception « pour acceptation sans réserves » peut alors être considérée comme constituant une véritable acceptation liant son auteur⁶⁰. L'auteur d'un tel document a cherché à introduire une réserve empêchant la formation du contrat en joignant une demande d'accusé de réception. Pourtant, l'accusé de réception ne constitue en soi qu'une simple garantie de bonne réception de la commande. L'envoi du bon de commande établit lui-même l'acceptation du client. Ainsi, par cette lettre, ce dernier s'est alors déjà engagé dans les liens contractuels et le contrat peut être estimé comme étant formé.

Il est également envisageable que l'hésitation quant à l'effectivité de la formation du contrat naisse, non plus de l'interprétation de la volonté incertaine des parties de s'engager, mais de l'efficacité de l'expression de leur volonté certaine.

ii. L'effectivité de l'expression de la volonté certaine des parties

61. Un contentieux peut émerger lors de l'étape de contrôle de la formation du contrat quant à l'efficacité de l'acceptation de la proposition formulée, d'une part, par l'empêchement du bénéficiaire engendré par le retrait de la proposition (1), et d'autre part, par l'inefficacité de son acceptation (2).

1) L'inefficacité de la rétractation de la proposition

62. Le régime de l'offre et de l'acceptation dont la rencontre scelle la formation du contrat diffère selon la conception adoptée par l'ordre juridique concerné. Au sein même de la loi applicable, leur traitement reste souvent encore incertain. L'illustre la question de la libre révocabilité de l'offre⁶¹. Lorsque l'offrant souhaite rétracter sa proposition⁶², il peut en être empêché par un maintien forcé imposé par la loi applicable qui neutralise son retrait⁶³. Or une telle demande de maintien de l'offre ne peut être logiquement formulée que par un bénéficiaire souhaitant l'accepter et obtenir ainsi la conclusion du contrat. Par conséquent, la sanction du maintien de la proposition entraîne inévitablement la conclusion du contrat quelque soit la volonté de son auteur. L'ensemble des droits n'apportant pas de réponse

⁶⁰ V. M. FONTAINE, F. DE LY, « Les lettres d'intention », in *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*, 2^{ème} éd., FEC, Bruylant, 2003, p. 10, cas n°1.

⁶¹ Sur ce point voir notamment Cass. civ. 3^{ème}, 7 mai 2008 qui donne toute sa force à un engagement unilatéral et volontaire de maintenir une offre pendant un délai déterminé sans lui conférer pour autant la valeur d'un engagement contractuel : *D.* 2008, p. 2965, note B. FAUVARQUE-COSSON, S. AMRANI MEKKI; *D.* 2009, p. 440, note M. -L. MATHIEU-IZORCHE, *RTD civ.* 2008, p. 474, note B. FAGES.

⁶² Les expressions « révocation » et « rétractation » de l'offre sont utilisées indifféremment dans cette présentation pour désigner le retrait par l'offrant de sa proposition de contester. Il faut néanmoins retenir que les Principes UNIDROIT distinguent ces deux hypothèses suivant leur date de réception par son bénéficiaire. Il est parlé de « rétractation » lorsque le retrait de l'offre s'exprime avant sa réception (art. 2.1.3) et de « révocation » dans le cas contraire (art. 2.1.4).

⁶³ v. notamment en droit allemand, le §130 al. 1 du BGB ou en droit belge, Cass. Belge, 9 mai 1980, *Pas.* 1980, I, p. 1127; dans le même sens Cass. Belge, 16 mars 1989, *Pas.* 1989, I, p. 737. Pour une analyse comparatiste plus complète, v. *supra* nos 249.

uniforme à la question de la sanction du retrait de l'offrant, un contentieux peut naître entre les parties quant à la question de l'efficacité du retrait exercé⁶⁴. Si les dispositions de la loi applicable reconnaissent un tel droit de révocation, alors ce revirement marquera la fin des négociations, tandis que son refus permettra la poursuite de la phase précontractuelle et offrira au bénéficiaire la possibilité d'exprimer son approbation et sceller ainsi la conclusion du contrat. A la question de l'efficacité du retrait de l'offrant répond ainsi la possibilité d'une conclusion du contrat, malgré la disparition de la volonté de contracter de l'offrant.

63. Une telle difficulté se rencontre également lorsque les pourparlers s'organisent contractuellement autour de la conclusion d'une promesse unilatérale entre les parties. Par cet avant-contrat, son auteur, le promettant, s'engage à conclure le contrat principal, si le bénéficiaire l'accepte en levant l'option. Si le bénéficiaire jouit d'un délai d'option au cours duquel il peut exprimer sa volonté de conclure le contrat principal, le promettant, lui, s'est déjà engagé contractuellement à maintenir sa promesse durant toute la durée d'option. Il existe pourtant des cas où le promettant souhaite renoncer à la formation du contrat principal et rétracter sa promesse. Cette rétractation constituant une inexécution contractuelle des obligations nées de la promesse unilatérale ne peut être que sanctionnée. Dans cette hypothèse, l'objet du contentieux portera alors sur la nature de la sanction engendrée. Si la loi applicable à un tel contentieux permet au bénéficiaire d'obtenir le maintien forcé de la promesse, alors ce dernier ne manquera certainement pas de transformer la promesse en contrat principal en levant l'option. Si, au contraire, cette loi n'accueille qu'une réparation en dommages-intérêts, alors les négociations avortées ne dépasseront jamais la phase précontractuelle⁶⁵.

En tout état de cause, toute volonté de retrait sera enrayée par l'intervention d'une acceptation de la part du bénéficiaire de l'offre ou de la promesse, venant la convertir en contrat définitif. Encore faut-il que l'acceptation soit efficace.

⁶⁴ V. l'étude de la sanction du retrait anticipé de l'offre dans les droits nationaux, *infra* nos 246 et la jurisprudence citée.

⁶⁵ V. La jurisprudence constante en droit français : Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, *Bull. civ.* III, n° 174; *D.* 1994, p. 507, note F. BENAC-SCHMIDT; *ibid.* 1994. Somm., p. 230, obs. O. TOURNAFOND; *D.* 1995. Somm., p. 87, obs. L. AYNES; *JCP* 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD; *Deffrénois* 1994, p. 795, obs. Ph. DELEBECQUE; A. TERRASSON DE FOUGERES, *JCP N* 1995, I, p. 194; Dans le même sens : Cass. civ. 3^{ème}, 5 avr. 1995, *Bull. civ.* III, n° 101; *D.* 1996, Somm., p. 8, obs. O. TOURNAFOND; *Deffrénois* 1995, p. 1041, obs. Ph. DELEBECQUE; Cass. civ. 3^{ème}, 25 mars 2009, *Bull. civ.* III, n° 69; *D.* 2010, Pan., p. 224, obs. S. AMRANI MEKKI; *JCP* 2009, n° 37, p. 23, obs. F. LABARTHE; *AJDI* 2010, p. 72, obs. S. PRIGENT; *Dr. & patr.* 2009, p. 84, obs. L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK; *RLDC* 2009, n°3409, obs. V. MAUGERI; *Deffrénois* 2009, p. 1270, obs. R. LIBCHABER; *RDC* 2009, p. 995, obs. Y.- M. LAITHIER; *ibid.* p. 1089, obs. S. PIMONT; Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, *D.* 2011, p. 1457, note D. MAZEAUD; *Adde.* A. TERRASSON DE FOUGERES, « Sanction de la rétractation de promettant avant la levée de l'option », *JCP N* 1995, p.194; F. COLLARD-DUTILLEUL, « Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordre », *Dr. & patr.* 1995, p. 58; D. STAPYLTON-SMITH, « La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? », *AJPI* 1996, p. 568; R.-N. SCHÜTZ, « L'exécution des promesses de vente », *Deffrénois* 1999, art. 37021, p. 833.

2) L'efficacité de l'expression de l'acceptation

64. Dans le cadre des relations internationales, il est fréquent que les contrats soient conclus à distance. Cet élément participe à la complication du processus de formation du contrat et donc de clôture de la phase de pourparlers. Il est possible d'imaginer l'hypothèse dans laquelle une des parties ferait valoir que la révocation de son offre est intervenue avant réception de l'acceptation, alors que l'autre lui opposerait la formation du contrat, réalisée dès l'envoi de son acceptation. Pire encore, lorsque une partie, ignorant l'envoi de l'acceptation, a conclu le contrat avec un tiers. La formation du contrat peut-elle alors être constatée ? Tout dépendra de la théorie retenue par la loi applicable en matière d'acceptation, celle de l'émission ou de la réception. Alors que certains droits reconnaissent la formation du contrat au moment de l'envoi de l'acceptation, d'autres retardent la formation du contrat à sa réception par l'offrant. Ce qui conduit, selon la loi applicable, à reconnaître la formation du contrat alors que l'offrant n'a pas encore pris connaissance de l'acceptation du bénéficiaire de la proposition, ou au contraire, à admettre l'échec des pourparlers et la délivrance de l'offrant.

65. Mais le contentieux relatif à l'efficacité de l'acceptation ne reste pas circonscrit au moment de sa reconnaissance, il s'étend aussi à la forme qu'elle adopte. Sur ce point, l'accueil de l'acceptation tacite d'un contrat reste réservé⁶⁶. Il est envisageable qu'au cours des pourparlers, le silence gardé par le bénéficiaire d'une offre puisse s'interpréter comme une acceptation de la proposition formulée. Cette traduction de la volonté tacite des parties aux négociations devient source de litige puisqu'elle conduit à transformer une simple réticence en une véritable acceptation provoquant la formation forcée du contrat. Ainsi la valeur du silence du destinataire d'une lettre de confirmation d'un accord verbal pourra transformer cette abstention en une acceptation implicite du contrat et forcer ainsi la partie réticente à exécuter un contrat qu'elle n'a pas ou plus souhaité. Cette hypothèse n'est pas un simple cas d'école. Elle s'est présentée lorsque la Cour d'appel de Paris a statué sur une demande de reconnaissance d'une acceptation tacite du contrat, par application de la loi allemande, constituée par le silence gardé par le destinataire français d'une lettre de confirmation d'un accord verbal antérieur émanant d'un commerçant allemand⁶⁷.

⁶⁶ Reconnaissance d'une valeur d'acceptation au silence circonstancié : Pour une application en droit français, v. Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, n°02-15.188, *Bull. civ.* I, n°223; *D.* 2006, p. 1025, note A. BENSAMOUN; *JCP* 2005, I, p. 194, n°1, obs. C. PERES-DOURDOU, *CCC* 2005, comm., p. 165, obs. L. LEVENEUR, *RDC* 2005, p. 1007, obs. D. MAZEAUD; Comp. art 2.1.6 (3) des Principes UNIDROIT : « Cependant, si, en vertu de l'offre, des pratiques établies entre les parties ou des usages, le destinataire peut, sans notification à l'auteur de l'offre, indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli »; V. les illustrations proposées par les commentaires officiels des Principes UNIDROIT, pp. 44 et s. Disponible sur : <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-f.pdf>.

⁶⁷ CA Paris, 14 déc. 1993, *Sté Bachmann c./Sté Kettner*, *RCDIP* 1995, p. 300, note H. MUIR-WATT. A noter que cet exemple avait déjà été envisagé avant l'édition de cet arrêt par P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 10^{ème} éd, Montchrestien, 2010, n° 716; P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991, p. 287.

La reconnaissance de la question de l'existence du contrat comme source de contentieux ne signifie pas qu'*a contrario*, lorsque la formation du contrat est avérée, une absence de contentieux est constatée. Au contraire, certains événements nés lors des pourparlers précontractuels peuvent s'exprimer après la formation du contrat alors que l'existence du contrat est établie.

b. Les contentieux impliquant l'existence du contrat

66. Si la formation du contrat constitue bien une frontière entre le domaine précontractuel et contractuel, elle reste cependant perméable aux interactions entre les deux sphères. Ainsi, certains faits commis lors des négociations peuvent intervenir au cours de la vie du contrat pour contrarier sa validité (i) ou son exécution (ii).

i. Le fait mettant en péril la validité du contrat

67. Certains comportements adoptés lors de la phase précontractuelle sont susceptibles de mettre en péril la validité du contrat. Ces agissements entraînent non seulement la nullité du contrat, mais aussi l'engagement de la responsabilité de l'auteur des faits dommageables qui viole ainsi les obligations précontractuelles imposées lors des pourparlers. Tel est par exemple l'hypothèse du dol⁶⁸, connu également par les systèmes de *common law* sous la forme de *fraudulent misrepresentation*⁶⁹. Il vise les hypothèses dans lesquelles une partie à la négociation aurait volontairement transmis des informations mensongères ou erronées à l'autre partie afin de l'inciter à contracter⁷⁰, voire même aurait omis la révélation de certaines données essentielles au consentement de l'autre partie⁷¹. La violation d'un tel devoir d'information⁷² constitue une faute permettant d'engager la responsabilité de son auteur, indépendamment de la demande de nullité du contrat⁷³.

⁶⁸ V. en droit français art. 116 C. civ.; Comp. art. 4:107 PDEC, art. 3.2.5 Principes UNIDROIT; En droit allemand, la reconnaissance d'une obligation d'information fondée sur la bonne foi, RG. 16 mai 1903, *Seufferts Archiv*. 1903, n°58, p. 314.

⁶⁹ *Redgrave v. Hurd*, 1881, 20 Ch D1.

⁷⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 1970, *JCP* 1971, II, 16942, note J. GHESTIN; CA Rennes, 11 janv. 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 1, p. 376, note H. CADIOU.

⁷¹ Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, *Bull. civ.* III, n° 108; *D.* 1992, *Somm.*, p. 196, obs. G. PAISANT; *RTD civ.* 1992, p. 81, obs. J. MESTRE; Cass. civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, *Bull. civ.* III, n° 171; *D.* 2002, *Somm.*, p. 928, obs. O. TOURNAFOND (2^e esp.); *JCP* 2002, II, 10054, note C. LIEVREMONTE; *JCP* 2001, I, p. 301, obs. Y.-M. SERINET; *JCP E* 2001, p. 1578, note P. CHAUVEL (2^e esp.); *ibid.* 2002, p. 640, obs. D. MAINGUY; *Deffrénois* 2001, p. 242, obs. E. SAVAUX; *CCC* 2001, n° 23, note L. LEVENEUR; *RTD civ.* 2001, p. 355, obs. J. MESTRE, B. FAGES; Cass. com. 27 févr. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 65, p. 312; *JCP* 1996, II, 22665, note J. GHESTIN; *D.* 1996, p. 518, note P. MALAURIE; *D.* 1996, *Somm.*, p. 342, obs. J.-C. HALLOUIN; *Deffrénois* 1996, p. 1205, note Y. DAGORNE-LABBE; *RTD civ.* 1997, p. 114, obs. J. MESTRE; *LPA* 17 févr. 1997, note D. R. MARTIN; Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, *JCP* 2010, n° 921, note J. GHESTIN, *RDC* 2010, p. 811, note D. MAZEAUD; Cass. com., 22 févr. 2005, *RTD civ.* 2005, p. 773, obs. J. MESTRE, B. FAGES; Cass. com., 14 juin 2005, *Bull. civ.* IV, n° 130; *JCP* 2005, I, 194,, obs. R. WINTGEN; *RTD civ.* 2005, p. 774, obs. J. MESTRE, B. FAGES; *Rev. sociétés* 2006, p. 66, note N. MATHEY.

⁷² BGH, 3 mars 1982, *NJW* 1982, p. 1386 : lorsque le vendeur a connaissance d'un défaut, il est soumis à un devoir d'en informer l'acquéreur même si ce dernier ne réclame pas cette information.

⁷³ Le droit de demander la nullité d'un contrat sur le fondement du dol n'exclut pas l'exercice, par la victime des manœuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur

68. Si l'erreur est spontanée et n'est donc pas provoquée par un quelconque comportement de l'autre partie, seule la nullité du contrat peut être réclamée. Une telle action relève alors exclusivement du domaine contractuel puisque le contentieux sera concomitant à la formation du contrat. Cependant, dans l'hypothèse d'un dol, la nullité du contrat relève bien du domaine contractuel, puisque le vice de consentement s'exprime au moment de la formation du contrat, mais l'action en responsabilité intentée à l'encontre de l'auteur des faits dolosifs s'inscrit dans la période précontractuelle. Sa responsabilité précontractuelle pourra être engagée pour avoir volontairement recherché à tromper son partenaire dans les négociations.

De la même façon, les pressions physiques⁷⁴ ou morales⁷⁵, d'ordre personnel ou économique⁷⁶, exercées dans le but de forcer une partie à contracter constituent une faute précontractuelle. Connues sous les formes de violence en droit français⁷⁷ ou de *duress*⁷⁸ et *indue influence* par le droit de la *common law*, de tels agissements sont susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur. Ainsi, toute faute commise lors des pourparlers peut donner naissance à un contentieux de nature précontractuelle, même si elle conduit à reconnaître la nullité du contrat négocié. De même, la phase des négociations peut être analysée postérieurement à la formation du contrat pour fournir des renseignements pertinents quant à son contenu et son efficacité.

ii. Le doute portant sur l'exécution du contrat

69. Certains contrats valablement formés peuvent rester enfermés dans la phase précontractuelle même après leur conclusion. Leur exécution est suspendue à la réalisation d'une condition, événement futur et incertain⁷⁹. Le contrat ne produit aucun effet après sa conclusion. Il faut attendre la survenance de l'évènement prévu par les parties lors de sa

réparation du préjudice qu'elle a subi : Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1975, *Bull. civ. I*, 1975, n° 43; *D.* 1975, p. 405, note P.- J. GAURY; *JCP* 1975, II, 18100, note Ch. LARROUMET; *RTD civ.* 1975, p. 537, obs. G. DURRY; 4 oct. 1988, *Bull. civ. I*, n° 265; *D.* 1989. Somm., p. 229, obs. J.- L. AUBERT; Cass. com. 18 oct. 1994, *D.* 1995, p. 180, note C. ATIAS; *Deffrénois* 1995, p. 332, obs. D. MAZEAUD; *JCP* 1995, I, 3853, obs. G. VINEY.

⁷⁴ Pour un exemple ancien, v. CA Bordeaux, 14 août 1876, *DP* 1879, n° 2, p. 22.

⁷⁵ Par exemple les imputations diffamatoires : Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1954, *JCP* 1954, II, 8325.

⁷⁶ V. par exemple, la menace d'une campagne de presse nuisible à une société commerciale : Cass. com. 27 juill. 1912, *S.* 1913, I, 338; de la perte d'un marché en Corée : CA Paris, 26 oct. 2001, *RJDA* 2002, n° 222, *RTD civ.* 2002, p. 503, obs. J. MESTRE, B. FAGES; Pour la doctrine, v. P. CHAUVEL, « Violence, contrainte économique et lésion », *Mélanges A.-M. SOHM*, LGDJ, 2005, p. 19; C. NOURISSAT, « La violence économique, vice du consentement. Beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 2000, chron., p. 369; B. MONTELS, « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.* 2002, p. 417.

⁷⁷ A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2001; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, Les obligations, 22^{ème} éd., 2001, PUF; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, L'acte juridique, 9^{ème} éd. 2000, A. COLIN; J. GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, Les obligations. Le contrat, 4^{ème} éd., Economica, 1998; comp. art 4 :108 et 4 :109 PDEC et 3.2.6 et 3.2.7 Principes UNIDROIT.

⁷⁸ Par exemple, des menaces visant l'intégrité physique de la personne, *Barton v. Armstrong* [1976] AC 104; ou la rétention de biens, *Hawker Pacific Pty Ltd v Helicopter Charter Pty Ltd* [1991] 22 NSWLR 298; Comp. la violence économique, P. CSERNE, « *Duress in Contracts : An Economic Analysis* », in *Contract Law and Economics*, éd. Gerrit de Geest, 2009.

⁷⁹ R.-N.SCHÜTZ, « L'exécution des promesses de vente », *Deffrénois* 1999, art. 37021, p. 833.

conclusion pour que s'initie l'exécution du contrat. Si la condition ne se réalise pas, le contrat est frappé de caducité avant même d'avoir été exécuté. Il est par exemple fréquent que les parties conditionnent l'efficacité de leur accord à la signature d'un acte authentique. Il est alors possible de s'interroger sur la valeur de cet accord. Si la concrétisation du projet par un acte authentique est considérée par la loi applicable comme un élément essentiel subordonnant la formation du contrat, alors l'accord préliminaire constituera un avant-contrat, indépendant du contrat principal envisagé. Mais si au contraire, la loi applicable ne reconnaît pas en cette exigence une condition de formation du contrat, alors le contrat principal sera considéré comme formé puisque confondu avec l'accord préliminaire qui présente les éléments essentiels du contrat. Cette question du passage de la sphère précontractuelle au domaine contractuel constitue un contentieux de nature précontractuelle.

70. En commerce international, il n'est également pas rare qu'un accord soit conclu sous réserve d'autorisation du conseil d'administration. Si cette subordination du consentement est validée en droit anglais et allemand⁸⁰, elle peut être écartée en droit français⁸¹. En effet, s'il apparaît que la décision du conseil d'administration ne dépend d'aucun événement économique dont la réalisation demeure incertaine au jour de la conclusion du contrat, cette condition sera considérée comme étant potestative⁸². Lorsque l'accomplissement de la condition dépend de la seule volonté du débiteur, l'engagement reste effectivement artificiel puisque celui-ci se ménage une échappatoire. En droit français, une telle condition sera déclarée nulle⁸³, ce qui entraînera l'exécution du contrat. Le contentieux qui pourrait naître dans une telle hypothèse consistera pour le créancier à faire écarter la condition, soit parce qu'elle prive d'engagement le cocontractant, soit parce que son échec a pour cause une défaillance du débiteur, intentionnelle ou résultant simplement d'une négligence.

71. De même, la pratique du commerce international semble de plus en plus marquée par le recours à la rédaction de conditions générales. Ce sont des conditions standards du contrat élaborées unilatéralement avant toute négociation par une partie et destinées à être délivrées lors de la conclusion de la convention⁸⁴. Elles permettent d'assurer une sécurité des transactions en réduisant les négociations sur des clauses contractuelles rédigées de manière plus claire et complète⁸⁵. Le succès rencontré par l'adoption du système des conditions générales conduit inévitablement à la confrontation, au moment de la conclusion du contrat, des conditions générales adoptées par chacune des parties. Lorsque ces dernières sont

⁸⁰ J.-M. LONCLE, J.-Y. TROCHON, « La phase de pourparlers dans les contrats internationaux », *RDAI* 1997, pp. 3 et s., spéc. p.24.

⁸¹ V. par exemple, CA Paris, 18 octobre 1991, 5^{ème} ch., *RJDA* 1992, n° 9.

⁸² Art. 1174 du C.civ. français : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

⁸³ Cass. civ. 3^{ème}, 22 nov. 1995, n° 94-11.014; *Bull. civ.* III, n° 243, p. 162; *Defrénois* 1995, art. 36275, obs. D. MAZEAUD; *CCC* 1996, n°19, obs. L. LEVENEUR; *D.* 1996, Som., p. 330, obs. D. MAZEAUD; *RTD civ.* 1997, p. 128, obs. J. MESTRE.

⁸⁴ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Regards comparatifs sur les conditions générales des contrats », in *Mélange offert à André Colomber*, Litec, 1993, p. 145.

⁸⁵ J. BAUERREIS, « Le nouveau droit des conditions générales d'affaires », in *Colloque franco-allemand*, 31 mai 2002 : Le nouveau droit allemand des obligations, l'impact de la réforme dans les relations d'affaires franco-allemandes, *RIDC* 2002, n°4, p.1013.

compatibles, aucune difficulté ne peut se présenter. Au contraire, en cas de divergences et en l'absence de contrat écrit sur ces points, il est indispensable de déterminer quelles conditions prévaudront et devront de ce fait être respectées par les parties⁸⁶. Ce conflit est présenté sous l'appellation anglo-saxonne de « *Battle of forms* » qui pourrait être traduit par « bataille des formulaires ». Pour connaître du contenu du contrat, une analyse minutieuse des documents précontractuels doit être réalisée. Elle permettra de déterminer la substance de l'accord obtenu entre parties, mais également d'établir la volonté des parties au moment de la formation du contrat. Ainsi, l'examen de la période précontractuelle permet de dégager des éléments nécessaires à assurer la bonne mise en œuvre du contrat en résolvant les contentieux tout au long de son exécution. Ce qui suppose inévitablement que le contrat négocié existe. Pourtant, les litiges précontractuels ne se réduisent pas aux doutes soulevés par l'existence du contrat, ils peuvent également naître alors que l'inexistence même du contrat est avérée.

2. LES CONTENTIEUX GENERES PAR L'INEXISTENCE DE CONTRAT

72. La période précontractuelle peut connaître d'évènements sources de contentieux indépendants de la formation du contrat. Certains litiges sont ainsi directement engendrés par la reconnaissance d'une absence de contrat (b) et d'autres présentent une autonomie quant à l'existence du contrat d'autant plus marquée qu'ils peuvent apparaître quelque soit le résultat des pourparlers (a).

a. Les contentieux indifférents à l'existence du contrat

73. L'étendue des négociations se justifie essentiellement par les échanges d'informations nécessaires à la construction du projet contractuel qui sont réalisés au cours de cette période. Cet objectif spécifique se présente alors comme un foyer privilégié de contentieux précontractuels (i), même si d'autres questions peuvent générer des conflits (ii).

i. Les contentieux liés à l'échange d'informations

74. La réussite des négociations se concrétise par la conclusion d'un contrat valide, exempt de vice. Pour cela, il est nécessaire que les parties puissent consentir au contrat en toute connaissance de cause. Aussi, la transmission des informations au cours des pourparlers doit être garantie par des protections efficaces, afin d'assurer aux parties la véracité et l'exhaustivité des renseignements fournis, mais aussi la sauvegarde des données confidentielles. Il est imposé aux parties une obligation de délivrance d'informations complètes et avérées qui présente une intensité plus au moins marquée selon la loi

⁸⁶ W. A STOFFEL, « Formation du contrat », in Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, *Schulthess Polygraphischer Verlag*, Zurich, 1985, p. 73.

applicable⁸⁷. Des violations de ce devoir peuvent être commises pendant la phase de pourparlers, sous la forme de manœuvres ou de ruses dolosives. Certaines portent atteinte aux conditions essentielles du contrat et constituent un dol venant mettre en échec la validité du contrat. D'autres reposent sur des éléments non essentiels du contrat et permettent sa survie, tout en laissant pourtant subsister l'existence d'une faute commise durant les négociations et susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. Le dol ouvre ainsi l'accès à une seconde voie, indépendante de la remise en cause du contrat, et qui poursuit une fonction exclusivement réparatrice en permettant la seule recherche de la responsabilité de l'auteur du manquement⁸⁸. Cette autonomie de l'action quant à la formation du contrat permet d'obtenir réparation du préjudice subi alors que la faute commise dans la délivrance d'informations a mené, non pas à la conclusion d'un contrat vicié, mais au simple échec des pourparlers.

75. Mais la transmission d'informations ne conduit pas uniquement à créer un préjudice au détriment de son destinataire. L'émetteur de ces renseignements se place lui-même dans une situation périlleuse en délivrant des informations confidentielles qui sont susceptibles d'être utilisées à des fins personnelles par leur destinataire ou divulguées à des tiers. La prise de risque volontaire réalisée par les parties en pourparlers se justifie par l'influence majeure de l'échange des informations sur l'issue favorable des négociations. C'est en effet sur des informations sincères et exhaustives obtenues de son cocontractant qu'une partie se fonde pour décider de contracter ou non. Il est à noter que cet échange d'informations concerne essentiellement des données techniques qui nécessitent une protection efficace contre la réalité de la menace de la concurrence, mais pas exclusivement. Les renseignements peuvent revêtir un caractère plus personnel, s'apparentant à de véritables confidences. Dans certains contextes, cet échange occupe une place significative dans la réussite des pourparlers. En Chine, le dévoilement d'informations strictement privées constitue un gage de confiance, essentiel au bon déroulement des négociations⁸⁹.

76. Ces informations ne peuvent être librement dévoilées que dans un climat de confiance, lorsque chaque partie demeure certaine que celles-ci resteront confidentielles. L'utilisation de ces informations à des fins personnelles peut, dans ce contexte, devenir source de contentieux. Il suffit que les renseignements litigieux aient été transmis au cours des pourparlers pour que la question relève du contentieux des négociations précontractuelles. Les conséquences

⁸⁷ V. *infra* nos 239 et s.

⁸⁸ Cass. com. 27 janv. 1998, n° 96-13.253; *Dr. & patr.*, avr. 1998, p. 90, obs. P. CHAUVEL; Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 1979, *Bull. civ. I*, n° 279; *D.* 1980, IR, p. 264, obs. J. GHESTIN, *RTD civ.* 1980, p. 763, obs. F. CHABAS; Cass. com. 23 mai 1989, *JCP E* 1989, II, 18761; *RTD civ.* 1989, p. 736, obs. J. MESTRE; Cass. com., 4 déc. 1990, *CCC* 1991, comm., p. 28, obs. L. LEVENEUR; Dans le cas d'une cession d'actions, alors que le dirigeant d'une société, cessionnaire, avait dissimulé une information privilégiée, il a été jugé que pouvait ainsi être indemnisée la perte de chance du cédant, de négociier différemment la cession de ses parts, *CA Paris*, 4 juill. 2003, *JCP* 2004, I, 123.

⁸⁹ G. ROUGIER-BRIERRE, « Spécificités de la négociation et de la pratique contractuelles en Chine : *the particularities of contractual negotiation and practice in China* », *RDAL* 2007, p. 151. L'auteur illustre les données personnelles concernées en citant les informations concernant l'âge, le travail exercé, le salaire perçu par les parties à la négociation, mais également des renseignements concernant sa famille.

peuvent être particulièrement graves, notamment lorsque l'information échangée concerne une invention brevetable⁹⁰ puisque sa divulgation s'analyse en une antériorité qui empêche toute revendication de titre de propriété sur l'invention⁹¹. L'exploitation peut intervenir au cours des négociations, mais également après la conclusion du contrat, voire même à l'échec des négociations.

Le risque le plus important reste cette hypothèse de rupture des pourparlers puisque les parties ne seront plus liées en aucune façon. La partie qui a obtenu au cours des tractations des informations confidentielles, souvent des secrets de fabrication, est susceptible de les exploiter pour son propre compte. Il est possible de considérer que lors des négociations, une certaine relation permette de justifier l'exigence d'un comportement loyal entre les parties. C'est notamment l'hypothèse de l'arrêt « *Chantiers modernes* » du 3 octobre 1978 à l'occasion duquel une entreprise de construction avait été sanctionnée pour s'être emparée des indications techniques fournies lors des pourparlers et avoir mis en œuvre sans autorisation les méthodes ainsi venues à sa connaissance⁹². Ce qui signifie par contre que la disparition des pourparlers met fin corrélativement à toute obligation de bonne foi, alors que perdure un risque d'utilisation frauduleuse des données confidentielles, source de contentieux précontractuel. Qu'il s'agisse de protéger les parties de la transmission de fausses allégations ou de l'utilisation de données confidentielles, la période précontractuelle connaît des conflits relatifs aux informations échangées, sans être ignorante de la préservation des intérêts autres des parties.

⁹⁰ A. LATREILLE, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1ère partie) », *LPA* 07 août 2006, n° 156, p. 4.

⁹¹ Cass. com., 19 mai 1987, *D.* 1987, IR, p. 136 : La communication d'un devis comportant les éléments caractéristiques de l'invention à du personnel technique de GDF « compte tenu du faible nombre des spécialistes intéressés par cette technique, constituait une divulgation faisant perdre au brevet l'exigence de nouveauté qui en conditionnait la validité ».

⁹² Cass. com., 3 oct. 1978, *Chantiers modernes*, *Bull. civ.* IV, n° 208; *D.* 1980, p. 55, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI; *RTD com.* 1979, p. 250, obs. A. CHAVANNE, J. AZEMA : « Mais attendu que l'action en concurrence déloyale ayant pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut, en l'état, se prévaloir d'un droit privatif, ce qui était le cas de R dont le projet n'a été délivré qu'ultérieurement, les juges du fond n'avaient pas à rechercher si le procédé dont il était l'auteur était ou non dépourvu d'originalité... qu'en énonçant qu'il résulte des documents versés au débat, la preuve que C se sont à l'occasion des pourparlers avec R emparés des indications techniques fournies par huissier, et ont sans autorisation abusivement mis en œuvre les méthodes ainsi venues à leur connaissance, la Cour d'Appel qui a répondu aux conclusions alléguées en déclarant à juste titre que leur demande, en ce qui touchait à la brevetabilité de l'invention de R, était irrecevable, a pu en l'état de ces constatations retenir à l'encontre de l'entreprise l'existence d'une faute de concurrence déloyale »; A rapprocher : CA Paris, 8 juillet 1972, *Sté des disques Vogue International Industries c./Sté Alpha et autres*, *JCP* 1973, n° 17509; CA Paris, 19 nov. 1976, *DS* 1977, IR, p. 279; CA Rouen, 13 janv. 1981, *D.* 1983, p. 53, note A. LUCAS : « en s'appropriant le fruit de recherches qui avaient nécessité la mise en œuvre de certaines techniques, même si les éléments combinés n'étaient ni nouveaux ni originaux... »; CA Paris, 14 févr. 1997, *JCP* 1998, II, 10000, note B. FAGES; CA Paris, 4 nov. 2005, *PIBD* 2006, 823, III, 103; CA Paris, 20 sept. 2006, *PIBD* 2007, 843, III, 37; CA Paris, 12 janv. 2007, *PIBD* 2007, 847, III, 176.

ii. Les contentieux indépendants de l'échange d'informations

77. Dans le cadre des négociations, les parties doivent prendre des mesures de précaution nécessaires à la protection de l'intégrité de la personne avec qui elles sont susceptibles de contracter. L'illustre le célèbre cas allemand du « linoléum » dans lequel un client qui examinait les rouleaux de linoléum disposés sur une étagère, dans une entreprise de revêtement, avait été blessé par la chute de l'un d'eux. La responsabilité contractuelle de l'entrepreneur avait été retenue par le tribunal allemand⁹³, considérant que ce dernier avait manqué à son obligation d'assurer la sécurité de son partenaire lors des pourparlers. De même, le préjudice subi par un client entrant dans un restaurant blessé du fait de l'insécurité des locaux peut donner lieu à une action en responsabilité à l'encontre du propriétaire⁹⁴.

Dans ces hypothèses, le lien existant avec la matière précontractuelle résulte de la qualité de contractant potentiel que présentent les clients, qu'il s'agisse du client d'un magasin ou de celui d'un restaurant. En effet, si ces derniers n'étaient pas entrés dans une phase précontractuelle en pénétrant dans le magasin ou le restaurant, ils n'auraient pu subir un préjudice de cette nature. Un tel dommage prend naissance au cours des pourparlers indifféremment de la formation du contrat. Que le contrat ait finalement été conclu ou qu'un échec ait achevé les négociations, le client aurait subi une blessure physique. Ce raisonnement s'étend de même aux dommages causés aux biens, indépendamment de tout manquement lié aux échanges d'informations. Par exemple, si la chute du rouleau de linoléum avait détérioré les objets personnels du client heurté.

78. Mais le préjudice peut également découler de l'intervention d'un tiers dans la négociation du contrat. Tel est le cas lorsque les pourparlers ont été menés par un négociateur professionnel, mandaté à cette fin, ou encore quand une société contracte *via* l'action de son dirigeant. Il est possible que le mandataire excède les pouvoirs conférés par son mandat ou que le dirigeant agisse au-delà des fonctions attribuées par les statuts en concluant le contrat. Pour préserver les tiers de bonne foi, la validité du contrat formé sera difficilement remise en cause, et cela en application de la théorie de l'apparence. Cependant, il reste que le mandataire, comme le dirigeant social, a commis une faute lors des pourparlers, susceptible d'engager sa responsabilité auprès du mandant, de la société et de ses associés⁹⁵. De même, il n'est pas exclu que ces derniers commettent des fautes de négociation en violant les obligations précontractuelles des parties, en délivrant des renseignements inexacts ou en

⁹³ RG, 7 déc. 1911, 78 R.G.Z. 239; La décision est reproduite en partie en anglais in H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pp. 291-292.

⁹⁴ RG, 14 janv. 1910, 74 R.G.Z. 124.

⁹⁵ CA Paris, 4 févr. 2000, *RJDA* 2000, n° 674, *RTD com.* 2000, p. 386, obs. C. CHAMPAUD, D. DANET, *Bull. Joly Stés.* 2000, p. 187 : le gérant minoritaire d'une société d'optique avait négocié seul l'achat d'un terrain en vue d'y construire les laboratoires nécessaires à sa production. Les négociations s'étant soldées par un échec, l'acompte qui avait été versé au vendeur, avait été perdu. La société assignait donc le gérant pour avoir excédé les pouvoirs conférés par les statuts qui limitaient ses pouvoirs aux seuls actes de gestion courante.

retenant des informations essentielles⁹⁶. La survenance du manquement au cours des négociations confère une nature précontractuelle à l'action intentée par les représentés à l'encontre de leur représentant.

79. Dans le cadre du commerce international, les pourparlers s'étalent sur une durée parfois très longue, rythmée par des échanges de documents et de discussions lors de réunions multiples. Pour tenter d'organiser les tractations, les parties ont de plus en plus fréquemment recours à des avant-contrats permettant notamment de fixer un calendrier, de lister les documents transmis ou encore de conférer un droit de préférence. Ces accords constituent de véritables engagements indépendants du contrat principal. Certes, ils trouvent leur cause dans la volonté des parties de conclure le contrat principal, mais leur contenu ne porte pas sur des éléments de ce contrat. Ainsi, le manquement à une obligation prévue par un avant-contrat pourra être sanctionné quel que soit le résultat des négociations, que le contrat principal soit conclu ou que le projet avorte. La violation d'un accord de confidentialité, par exemple, engagera la responsabilité de son auteur même si les pourparlers échouent.

80. De même, les contrats conférant une préférence verront leur efficacité transcender la formation du contrat principal. Par la conclusion d'un pacte de préférence, le promettant s'engage à proposer prioritairement la conclusion d'un contrat au bénéficiaire. Ce contrat permet ainsi de réduire le nombre de cocontractants potentiels⁹⁷ et se rencontre régulièrement en matière de pacte d'actionnaire pour contrôler l'entrée de nouveaux associés dans le capital social⁹⁸. Il est également très présent dans les opérations de ventes immobilières ou de transmissions de droits de propriété intellectuelle⁹⁹. Il impose une obligation indépendante du contrat principal susceptible de retenir la responsabilité du promettant qui omettrait de solliciter le bénéficiaire lors de l'initiation des pourparlers avec un tiers. Cette action existe indépendamment de la réussite des pourparlers, alors que d'autres contentieux exigent une absence de contrat pour pouvoir exister.

b. Les contentieux générés par l'absence de contrat

81. L'échec des négociations qui conduit à reconnaître la disparition de toute éventualité de contrat sonne le glas de la phase précontractuelle. Les parties qui affrontent la disparition de toute ambition de contrat se sont généralement appauvries au cours de cette période. Aussi chercheront-elles à recouvrir leur position originelle en obtenant réparation de leur préjudice auprès de leur partenaire dans les négociations (i), mais aussi auprès des tiers. Ces derniers peuvent effectivement jouer un rôle dans les pourparlers, en étant tour à tour responsables et victimes de préjudices précontractuels (ii).

⁹⁶ CA Paris, 30 mai 2000, *Bull. Joly Stés.* 2000, p. 954, note P. LE CANNU.

⁹⁷ J.-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997, pp. 49 et s.

⁹⁸ D. MARTIN, L. FAUGERAS, « Les pactes d'actionnaires », *JCP* 1989, I, 3421; Y. GUYON, *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 1993, pp. 281 et s. nos 220 et s.; Y. REINHARD, « Validité d'une clause de préférence statutaire », *RTD com.* 1990, p. 413.

⁹⁹ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 1996, nos 234 et s.

i. Les contentieux réservés aux parties

82. La phase des négociations précontractuelles se place sous le règne du principe de liberté contractuelle¹⁰⁰. Il serait inconcevable d'enchaîner les parties l'une à l'autre dès leur entrée en pourparlers. Engager les parties dès la phase de pourparlers conduirait à une certaine frilosité des acteurs du commerce international qui n'engageraient des négociations qu'avec leurs partenaires habituels ou de manière très limitée, mettant en échec le jeu de la concurrence et la prospérité des affaires¹⁰¹. Cependant, le droit n'est pas insensible aux besoins de protection des parties à la négociation. La plupart des ordres juridiques a accepté de retenir, avec un degré de sévérité variable¹⁰², la responsabilité des auteurs de rupture de pourparlers dites fautives.

La rupture peut par exemple intervenir trop tardivement alors que l'autre partie pouvait légitimement croire à une conclusion imminente du contrat¹⁰³. Dans d'autres cas, la rupture pourra intervenir dans un délai raisonnable, mais en étant dépourvue de toute justification. La responsabilité peut être engagée plus sévèrement encore lorsqu'il est avéré que l'entrée en pourparlers était dépourvue d'intention réelle de contracter¹⁰⁴, ou pire, motivée pour l'auteur de la rupture par la volonté d'empêcher l'autre partie de contracter avec un tiers¹⁰⁵ ou d'obtenir la délivrance d'informations confidentielles¹⁰⁶.

83. La *common law* a opté dans certaines hypothèses pour la reconnaissance d'une promesse pour réparer certains dommages causés par une rupture brutale des pourparlers. L'illustre la célèbre décision de la Cour suprême du Wisconsin dans l'affaire *Hoffman v. Red*

¹⁰⁰ V. *infra* nos 187 et s.

¹⁰¹ J.-J. FRAIMOUT, « Le droit de rompre des pourparlers avancés », *Gaz. Pal.*, 1^{er} juin 2000, n°153, p. 2.

¹⁰² V. *infra* nos 205 et s.

¹⁰³ V. Cass. it., 17 juin 1974, n°1781, *Foro padano* 1975. I. 80, note Prandi; *Tem*, 175. p. 408, note FAJELLA; Pour apprécier l'existence d'une croyance légitime en la réussite prochaine des négociations, les juridictions italiennes ont retenu qu'il suffisait qu'au cours des pourparlers les parties aient au moins discuté des éléments essentiels du contrat (Cass. civ. sez. III, 13 Mars 1996, n.°2057), sans que les parties aient nécessairement atteint le stade de l'acceptation d'une offre entraînant la formation du contrat (Cass. civ. sez III, 14 févr. 2000, n° 1632).

¹⁰⁴ Est considéré comme fautif le fait de poursuivre des négociations en gardant le silence sur la non-obtention d'un prêt nécessaire à la conclusion du contrat (Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, n° 95-19.199, *JCP* 1998, II, 10066, note B. FAGES) ou, plus généralement, en ayant conscience qu'elles n'aboutiront pas (Com. 18 juin 2002, n° 99-16.488, inédit; Com. 25 févr. 2003, n° 01-12.660, inédit; *A contrario*, Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} avr. 1998, n° 96-18.381, inédit; Com.17 juin 2003, n° 01-10.272, inédit; Comp. art. 2 : 301, al. 2 PDEC; art. 2.1.15 [3] Principes UNIDROIT. La doctrine interprétant cette position retient l'existence pour les parties d'une « obligation de mener des pourparlers sincères » : J. MESTRE, « La période précontractuelle et la formation du contrat », in *Le contrat, questions d'actualité*, *LPA*, 5 mai 2000, p. 7.

¹⁰⁵ V. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *Precontractual liability in European private law*, Cambridge, 2008, cas n°1.

¹⁰⁶ CA Rouen, 13 janv. 1981, *D.* 1983, jur., p. 53, note A. LUCAS; CA Paris, 8 juill. 1972, *JCP G* 1973, II, n° 17509, note J.-M. LELOUP; Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, *JCP* 1998, I, 10066; V. aussi F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil: Les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 168.

*Owl Stores*¹⁰⁷. En l'espèce, une négociation avait été introduite entre un couple de boulangers, les Hoffman, et la chaîne de supermarchés, Red Owl Stores, concernant l'ouverture d'une succursale. Le représentant de la chaîne leur avait affirmé qu'un investissement de 18000\$ était suffisant pour mener le projet à bien. Dans cet objectif, les Hoffman avaient vendu leur négoce ainsi que leur bien immobilier pour obtenir le financement nécessaire. Au bout de quelques mois, Red Owl Stores augmenta la participation en en doublant pratiquement le montant, ce qui conduisit inévitablement à l'échec des négociations. La Cour a retenu la responsabilité de la chaîne au motif qu'il serait injuste de ne pas permettre à une partie d'obtenir une indemnisation lorsque l'autre revient sur sa promesse à leur détriment¹⁰⁸.

De même, la rétractation efficace de l'offre mettant fin aux pourparlers est susceptible d'engager la responsabilité de l'offrant. En effet, si la liberté contractuelle conduit à reconnaître une faculté de retrait de l'offrant, elle ne prive pourtant pas le bénéficiaire d'une action en responsabilité lorsque le retrait brutal lui a causé un préjudice¹⁰⁹.

84. Mais le contentieux en matière d'échec des négociations ne doit pas être envisagé comme un domaine cantonné à l'existence d'une rupture fautive. Il est des cas où le patrimoine d'une partie à la négociation s'enrichit au cours des pourparlers au détriment de l'autre partie, alors que l'appauvrissement corrélatif qui en est résulté ne trouve sa justification dans aucune convention du fait de l'échec des discussions. La jurisprudence tend à corriger ce résultat par le mécanisme de l'enrichissement sans cause¹¹⁰. En droit français, la troisième chambre civile¹¹¹ a emprunté une telle voie en s'intéressant au cas d'une société qui, souhaitant acquérir un immeuble, avait été autorisée par le propriétaire à l'occuper pendant le cours des négociations de vente. Les parties ont par la suite renoncé d'un commun accord à leur projet initial. La Cour d'appel, suivie par la Cour de cassation, a considéré que la responsabilité de l'échec de la vente ne pouvant être imputée au vendeur, la société était redevable d'une indemnité d'occupation du seul fait de son installation dans les lieux pendant une certaine période. Ce qui démontre qu'une rupture de pourparlers peut être à l'origine d'un contentieux même en l'absence de faute¹¹². Il peut de plus dépasser la relation entre les parties pour intéresser les tiers.

ii. Les contentieux étendus aux tiers

85. Le contentieux des négociations précontractuelles ne se cantonne pas aux relations entre les parties, mais s'étend au-delà de leur relation pour atteindre les tiers. Ce dernier peut

¹⁰⁷ *Hoffman v. Red Owl Stores*, 1965, 26 Wis. 2d 683 N.W.2d 267.

¹⁰⁸ « We conclude that injustice would result here if the plaintiffs were not granted some relief because of the failure to keep their promises which induced plaintiffs to act to their detriment ».

¹⁰⁹ V. *infra* n^{os} 215 et s. Add *infra* n^{os} 244 et s.

¹¹⁰ Mécanisme du droit français connu également dans une certaine mesure du droit anglo-américain sous l'appellation d'Unjust enrichment.

¹¹¹ Cass. civ. 3^{ème}, 3 juill. 2002, *Sté Poree Havlik c/SCI Nouveau Plexi et M.Loysel*, RTD civ 2002, p. 804, note J. MESTRE, B. FAGES.

¹¹² P. CHAUVEL, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 3 juill. 2002, *Sté Poree Havlik c/SCI Nouveau Plexi et M. LOISEL*, Dr.& patr., nov. 2002, n^o109, p. 107.

être à l'origine du dommage causé par une partie à la négociation. C'est le cas notamment lorsque la rupture des négociations informelles est motivée par la volonté de contracter avec un tiers qui a connaissance de l'existence et de l'importance des pourparlers entrepris entre les parties¹¹³.

Le tiers peut également participer au dommage précontractuel en élaborant avec une partie à la négociation des manœuvres dolosives destinées à tromper le cocontractant¹¹⁴, ou même en agissant pour le compte de sa société en dissimulant le bénéfice personnel tiré de la transaction¹¹⁵. C'est aussi le cas, dans le cadre des négociations formelles, lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence¹¹⁶. Il peut aussi être reproché au tiers son refus d'assurer l'autre partie de son soutien qu'il apportera dans la bonne exécution du contrat par le biais d'une lettre de confort. En effet, à travers la rédaction d'une lettre de confort, un tiers, en général une société-mère, indique au créancier de sa filiale qu'elle adoptera une conduite permettant à sa filiale d'assurer la bonne exécution de ses obligations. Il est ainsi envisageable qu'en cas de mauvaise exécution de ses obligations par la filiale, le créancier cherche à faire reconnaître l'existence d'un engagement de la part de la société-mère de soutenir sa filiale.

86. Mais les tiers peuvent également devenir victimes d'un préjudice causé par l'échec des négociations. Peut être ici envisagée l'hypothèse d'un tiers intéressé par la conclusion du contrat et qui subirait un préjudice par ricochet du fait de l'échec des négociations¹¹⁷. Il est nécessaire de garder à l'esprit qu'au sein du commerce international, la survie de la plupart des relations contractuelles reste subordonnée à celle des autres. Envisageons l'hypothèse où l'auteur de la rupture justifie son retrait par l'échec de négociations engagées pour la

¹¹³ V. par exemple, *Aff. Manoukian*, Cass. com., 26 nov. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 186; *D.* 2004, p. 869, note A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE; *ibid.*, Somm., p. 2922, obs. E. LAMAZEROLLES; *JCP* 2004, I, 163, obs. G. VINEY; *JCP E* 2004, p. 738, note Ph. STOFFEL-MUNCK; *ibid.*, p. 601, n° 5, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY ET G. WICKER; *Dr. & patr.*, mars 2004, p. 102, obs. D. PORACCHIA; *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. MESTRE, B. FAGES; *Rev. sociétés* 2004, p. 325, note N. MATHEY; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. MAZEAUD.

¹¹⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, arrêt *Carrières de Brandefert*, *Bull. civ.* III, n° 171; *D.* 2002, Somm., p. 928, obs. O. TOURNAFOND (2^e esp.); *JCP* 2002, II, 10054, note M. LIEVREMONT; *JCP* 2001, I, p. 301, n° 1, obs. Y.-M. SERINET; *JCP E* 2001, p. 1578, note P. CHAUVEL (2^e esp.); *ibid.* 2002, p. 640, n° 6, obs. D. MAINGUY; *Deffrénois* 2001, p. 242, obs. E. SAVAUX; *CCC* 2001, n° 23, note L. LEVENEUR; *RTD civ.* 2001, p. 355, obs. J. MESTRE, B. FAGES : Pour dissimuler aux vendeurs d'un immeuble la richesse de la composition du sol, l'acte de vente avait été signé par un tiers en prévoyant une clause de substitution. La Cour de cassation a retenu l'existence d'un dol en relevant l'utilisation d'un prête-nom par le véritable bénéficiaire de cette opération, une société d'exploitation.

¹¹⁵ Cass. com. 18 juin 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 922, *BRDA* 1996, n° 13 : commet un dol par réticence, le président du conseil d'administration qui, contractant au nom de sa société, dissimule à l'autre partie qu'il était le véritable bénéficiaire de l'acquisition d'actions d'une autre société.

¹¹⁶ Le bénéficiaire du pacte de préférence peut engager la responsabilité délictuelle de l'acquéreur qui, ayant eu connaissance de l'existence du pacte, a négligé de s'informer des obligations mises à la charge de son vendeur : Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n° 03-18.528, *Bull. civ.* I, n° 389; *D.* 2006, p. 2510, note P.-Y. GAUTIER; Comp. Cass. civ. 3^{ème}, 24 mars 1999, n° 96-16.040, *Bull. civ.* III, n° 80; *D.* 1999, p. 112; *Deffrénois* 1999, art. 37008, note Ph. DELEBECQUE; *RTD civ.* 1999, p. 617, obs. J. MESTRE.

¹¹⁷ V. les faits de l'affaire *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c/Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, CJCE, 17 sept. 2002, *Aff. C-334/00* : La société italienne *Tacconi* reprochait à la société allemande HWS l'échec des négociations qu'elle avait entamées avec une société de crédit-bail italienne, la société BN, concernant un contrat de vente portant sur une installation de moulage, alors que BN et *Tacconi* avaient conclu un contrat de leasing portant sur cette installation avec l'accord de HWS.

conclusion d'un second contrat dont la réussite aurait permis l'obtention de fonds nécessaires à la conclusion du contrat principal. La responsabilité de l'initiateur de la rupture des négociations portant sur ce contrat ne pourra *a priori* pas être engagée s'il est démontré son caractère justifié. Cependant, il est envisageable que la victime de cet échec agisse, non pas contre son partenaire aux négociations, mais contre l'auteur de la rupture du second contrat. En effet, celui-ci ne lui aura pas causé de dommage direct, puisqu'aucune relation n'est établie entre les parties, mais un dommage indirect par la rupture des négociations ayant entraîné l'impossibilité pour l'autre partie de conclure un second contrat.

87. En conclusion de cette présentation du contentieux né des pourparlers, il peut être relevé que l'analyse de la diversité des situations de nature précontractuelle démontre l'existence d'un dénominateur commun entre elles. Elles peuvent produire un impact sur le contrat, soit parce que le contentieux concerne la formation même du contrat (en soulevant la question de sa validité, de son existence ou de son interprétation), soit parce qu'il implique un dommage indépendant du contrat (la perte des frais de négociation engagés en cas d'échec des pourparlers). Mais dans toutes ces hypothèses, le fait générateur est toujours réalisé pendant les négociations précontractuelles. Par conséquent, il faut en conclure que, pour que le contentieux soit qualifié de précontractuel, il est nécessaire que le fait commis ait été réalisé avant la formation du contrat, quel que soit le moment où le dommage est subi. La conclusion du contrat marque ainsi la fin de la période précontractuelle et permet, par opposition, de définir les négociations de manière négative.

§2. LA DEFINITION NEGATIVE DES NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES

88. La formation du contrat constitue la frontière entre précontractuel et contractuel, permettant de distinguer l'étape des pourparlers de la phase d'exécution du contrat (A). Cependant, cette frontière reste poreuse. Le contentieux des négociations ne s'interrompt pas brutalement à l'atteinte de la formation du contrat, les documents échangés ne sont pas neutralisés par la conclusion du contrat définitif. Bien au contraire, les éléments constitués pendant la phase précontractuelle vont s'exprimer pendant l'exécution du contrat et intervenir sur sa validité ou sur son contenu en favorisant son interprétation, voire même en le complétant¹¹⁸ (B).

¹¹⁸ Voir sur ce point Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1998, n° 96-11.629, portant sur la valeur des notes précontractuelles de recommandation remises à un auteur par son éditeur pendant la phase de négociations susceptibles de compléter le contenu du contrat.

A. LA FRONTIERE ENTRE LE PRECONTRACTUEL ET LE CONTRACTUEL

89. La question de la conclusion forcée du contrat revient à s'interroger sur l'accueil dans les différents droits positifs de la révocabilité de l'offre et le devoir de l'offrant de maintenir sa proposition¹¹⁹. La majorité des droits positifs qui reconnaît l'existence d'une telle obligation, sanctionne son manquement par l'allocation de dommages-intérêts. Pour les autres, l'exécution forcée au titre de sanction n'a pour conséquence que de placer la responsabilité de l'offrant sur un terrain contractuel. En effet, dans un contexte commercial où le devoir de coopération joue un rôle essentiel¹²⁰, il ne serait pas toujours opportun pour le bénéficiaire de l'offre déçu d'obtenir l'exécution forcée du contrat. De plus et surtout, l'offrant risque de préférer une condamnation pour inexécution contractuelle plutôt que d'exécuter le contrat avec un partenaire hostile dans un contexte de tension¹²¹. Il en va de même pour la reconnaissance contrainte de l'acceptation de l'offre. Ainsi, la question se présente sous la forme d'un raisonnement en matière de responsabilité, ce qui justifie que son analyse soit réalisée au niveau de l'examen du contentieux précontractuel. Il s'agira dans cette étape du raisonnement de définir la conclusion du contrat afin de pouvoir distinguer toute la phase se déroulant en amont, les négociations précontractuelles.

90. Les négociations précontractuelles connaissent tout au long de leur déroulement des échanges d'informations, d'études préliminaires et de propositions. Idéalement les pourparlers peuvent se concevoir sous la forme de deux étapes. La première sera une phase d'analyse préalable. Les parties cherchent à prendre connaissance de leurs besoins et de ceux de leur partenaire, explorer les différentes perspectives qui s'offrent à elles et vérifier leur faisabilité. La seconde concrétise les acquis de la phase d'analyse par la formulation d'une offre. Une fois acceptée, cette dernière donne naissance au contrat définitif marquant ainsi la clôture des négociations précontractuelles. Cependant, cette représentation schématique s'éloigne de beaucoup de la réalité des pourparlers, bien moins structurés. Dans la pratique, la formulation d'une offre peut intervenir à tout moment au cours des tractations et surtout sans que son auteur n'ait véritablement pris conscience de la portée de son engagement. L'acceptation connaît le même sort lorsque le bénéficiaire de l'offre acquiesce involontairement à la proposition soumise. L'établissement de la frontière entre les négociations précontractuelles et le contrat se heurte ainsi à la difficile identification de la formation du contrat qui nécessite que soient définies les modalités de formulation de l'offre (1) et de l'acceptation (2).

¹¹⁹ V. *infra* nos 245 et s.

¹²⁰ H. BATESON, « The duty to co-operate », *The Journal of Business Law* 1960, p. 187.

¹²¹ Dans le même sens, v. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000, p. 25 : l'auteur relève qu'en cas de condamnation d'une partie ayant entrepris des négociations parallèles pour violation de son obligation d'exclusivité, il devenait peu probable que les pourparlers poursuivis par les parties initiales réussissent.

1. LA FORMATION DU CONTRAT PAR LA FORMULATION D'UNE OFFRE

91. Il n'existe pas de définition universelle de l'offre, mais l'étude comparatiste révèle l'existence de similitudes entre les notions d'offre retenues par les droits nationaux et internationaux. En France, les rédacteurs du Code civil n'ayant pas prévu de définition de l'offre, il faut se tourner vers la doctrine pour obtenir quelques éclaircissements. L'offre, appelée également pollicitation, est ainsi définie comme « la manifestation de la volonté unilatérale destinée à porter à la connaissance d'autrui l'intention de contracter de son auteur, la nature du contrat offert et ses conditions essentielles de telle sorte que, saisie par une acceptation en tout point concordante, un contrat puisse jaillir de la rencontre de ces deux volontés »¹²². L'avant-projet Catala s'inscrit dans une même appréciation de la notion d'offre, puisque son article 1105-1 la désigne comme « un acte unilatéral déterminant les éléments essentiels du contrat que son auteur propose à une personne déterminée ou indéterminée, et par lequel il exprime sa volonté d'être lié en cas d'acceptation ». Si l'on regarde au-delà des frontières, il est notable que les éléments caractéristiques de la notion d'offre se retrouvent reconnus de façon quasi-identique par l'ensemble des droits nationaux. Un panorama de l'accueil de la notion d'offre dans les différents droits permet de constater que pour recevoir la qualification d'offre, la proposition doit répondre à deux exigences similaires de précision (a) et de fermeté (b).

a. Une exigence de précision

92. Une offre est considérée comme suffisamment précise si elle contient les éléments essentiels du contrat¹²³. L'existence de ces éléments essentiels est fondamentale puisqu'ils ont pour objet d'imprimer « à un contrat sa coloration propre et en l'absence desquels ce dernier ne peut être caractérisé »¹²⁴. Ils peuvent être définis de façon théorique comme « les éléments centraux spécifiques, qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser ». Ils font également l'objet d'une description complète et précise dans le contexte de la vente internationale de marchandises puisque selon l'article 14-1 de la Convention des Nations unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (ci-après Convention de Vienne), « une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer »¹²⁵. De même, l'article 1583 du Code civil français impose de façon implicite que l'offre de vente renferme une description de la

¹²² A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *RTD civ.* 1971, p. 751.

¹²³ A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 10^{ème} éd., 2005, Montchrestien, nos 57 et s.; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, 2004, n° 88; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations. t. 1. L'acte juridique*, 12^{ème} éd., 1994, Armand Colin, n° 132; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993, nos 291 et s.; Ch. LARROUMET, *Droit civil. t. 3. Les obligations. Le contrat*, 5^{ème} éd., Economica, 2003, nos 237 et s.; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2^{ème} éd., Defrénois, 2005, n°465; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10^{ème} éd., 2009, Dalloz, n°108.

¹²⁴ R. J. POTHIER, *Traité des obligations. Traité de la vente*, éd. Bugnet, nos 6 et s.

¹²⁵ V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises*, Droit uniforme, *Traité des contrats*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 2000, nos 163 et s.

chose et du prix¹²⁶. Certains éléments sont donc considérés comme objectivement essentiels selon la nature de l'opération juridique envisagée. Leur description est alors subordonnée à la qualité des prestations prévues par les parties.

93. Le droit allemand, par exemple, impose l'existence d'un engagement et d'une intention d'être lié ainsi que la mention des points essentiels du contrat¹²⁷. De même, en droit américain, le *UCC*¹²⁸ impose que l'offre contienne les éléments essentiels du contrat. A défaut, le §2-204 prévoit que le contrat pourra être néanmoins considéré comme formé si l'intention des parties peut être constatée et qu'il existe une « base raisonnable » pour pouvoir compléter le contrat. Le droit uniforme conventionnel ou non contraignant ne s'est pas distingué sur cette question puisque l'article 14-1 de la Convention de Vienne retient qu'« une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »¹²⁹. De même, l'article 2:201 des Principes du droit européen des contrats prévoit que : « (1) Une proposition constitue une offre lorsque : (a) elle indique la volonté d'aboutir à un contrat en cas d'acceptation, (b) elle renferme des conditions suffisamment précises pour qu'un contrat soit formé »¹³⁰. Enfin, la rédaction des Principes UNIDROIT ne dénote pas avec l'état du droit positif en définissant l'offre comme une proposition de conclure un contrat suffisamment précise et indiquant la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation¹³¹.

94. Il est possible que les parties transforment un élément considéré ordinairement comme accessoire en un véritable élément essentiel dont dépend la recevabilité de l'offre. En l'absence de cet élément, aucun accord de volonté ne pourra être reconnu. Ce qui implique que les parties seront considérées comme encore placées en situation de négociation. Dans certains cas, les modalités de paiement¹³² et de financement¹³³ pourront être considérées comme des éléments essentiels en l'absence desquels aucune offre ne sera formulée. Dès lors que les éléments objectivement et subjectivement essentiels auront été exprimés dans une offre, il suffira au destinataire de sceller l'accord en manifestant son acceptation. Encore faut-il cependant que l'offrant ait révélé une intention réelle de contracter, ce à quoi répond l'exigence de fermeté.

¹²⁶ Art. 1583 C. civ. français : [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

¹²⁷ M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2004, p. 24, n°32.

¹²⁸ Uniform commercial Code.

¹²⁹ V. HEUZE, *op. cit.*, n^{os} 162 et s.

¹³⁰ V. C. PRIETO, « Commentaire de l'article 2 :201 PDEC », in C. PRIETO (dir.), *Regards croisés sur les Principes du droit européen des contrats et sur le droit français*, PUAM, 2003.

¹³¹ Art. 2.1.2 Principes UNIDROIT.

¹³² Cass. com., 16 avril 1991, *Bull. civ.*, n° 148.

¹³³ Cass. com., 27 nov. 2001, *Bull. civ.*, n° 99-13.469.

b. Une exigence de fermeté

95. L'auteur de l'offre doit avoir manifesté sa volonté d'être lié en cas d'acceptation¹³⁴. Ce qui signifie à la fois que l'offre ne doit pas comporter de réserve mais surtout qu'elle doit traduire une intention réelle de s'engager. Certains documents échangés lors des pourparlers contiennent une description précise des éléments nécessaires à la qualification d'offre. En cas d'acceptation par son destinataire, le contrat pourra être reconnu comme conclu, alors que l'auteur d'un tel document n'avait pour intention que d'ouvrir le débat en établissant certaines bases de discussion. C'est notamment le cas lorsque l'auteur a simplement souhaité répondre à une question posée par l'autre partie sur le montant du prix sans aucune intention de formuler une véritable offre¹³⁵.

Il est donc essentiel de contrôler l'existence d'une véritable intention pour l'offrant de s'engager par la conclusion d'un contrat. Pour ce faire, la jurisprudence recherche la volonté réelle des parties en examinant de tels documents. Ainsi, a-t-il été retenu qu'« au regard de l'intention des parties telle qu'elle ressort [des] documents, la transmission d'une version modifiée du contrat ne peut s'analyser en une offre ferme et définitive de contracter »¹³⁶. Le juge¹³⁷ et l'arbitre s'attachent au contenu de l'acte, au choix des termes utilisés par son auteur comme indice de représentation de son objectif. Ils ne sont cependant pas tenus par la qualification donnée par les parties, ni par les expressions employées. Il ressort ainsi de la décision anglaise *Clifton v. Palumbo* que l'utilisation du mot « offre » ne suffit pas à transformer un document en une véritable offre. Il est nécessaire pour cela de rechercher la véritable intention des parties¹³⁸. De même, l'emploi du terme « acceptation » ne suffit pas à disqualifier la qualité d'offre qui pourrait être reconnue à un document précontractuel. C'est ainsi que dans l'affaire *Bigg v. Boyd-Gibbins*, la juridiction britannique a reconnu l'existence d'une offre dans un courrier dans lequel il était pourtant indiqué que le destinataire acceptait l'offre transmise, alors que cet écrit semblait à première lecture constituer une acceptation et non une offre¹³⁹. En effet, la fermeté de l'offre ne se réduit pas à la constatation d'une volonté de s'engager, mais s'étend à l'exigence d'une volonté sans réserve.

96. Dans l'hypothèse où la proposition contiendrait une réserve, elle ne pourrait se voir reconnaître la qualité d'offre puisque, par cet ajout, l'auteur s'octroie une faculté de retrait qui s'oppose à toute reconnaissance d'une volonté absolue d'être lié. De telles formulations ne constituent que des invitations à entrer en pourparlers. Le destinataire, en acceptant la proposition, devient l'offrant et peut alors révoquer son offre. C'est ce qui ressort de l'arrêt de

¹³⁴ V. pour le droit français : Cass. com., 6 mars 1990, *Bull. civ. IV*, n° 74, *D.* 1991, Somm., p. 317, obs. J.-L. AUBERT, *JCP G* 1990, II, 21583, note B. GROSS, *RTD civ.* 1990, p. 463, obs. J. MESTRE, *RTD com.* 1990, p. 627, obs. B. BOULOC, *Deffrénois* 1991, p. 356, n° 13, obs. J.-L. AUBERT.

¹³⁵ *Harvey v. Facey* [1893] AC 552, cité par H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 181.

¹³⁶ CA Paris, 25^{ème} ch., sec.B, 28 avril 2006.

¹³⁷ V. pour le droit français, l'art 12 C. proc. civ.

¹³⁸ *Clifton v. Palumbo*, [1944] 2 All ER 497, la juridiction anglaise a refusé de reconnaître le caractère d'offre à une lettre en analysant sa rédaction ambiguë au regard de l'intention des parties.

¹³⁹ *Bigg v. Boyd-Gibbins Ltd*, [1971] 2 All ER 183.

la chambre commerciale de la Cour de cassation française en date du 6 mars 1990¹⁴⁰. En l'espèce, il était stipulé dans les conditions générales de vente figurant sur les bons de commande du fournisseur que ses offres ne devenaient définitives et ne constituaient un engagement qu'après ratification de sa part, et que toute commande ne serait considérée comme ferme qu'après acceptation par lui. La Cour de cassation en a déduit que l'envoi du bon de commande ne constituait pas une acceptation mais une offre de contracter. Ce qui a permis au commanditaire de rétracter sa commande. Il apparaît ainsi essentiel d'identifier avec rigueur la présence d'une offre effective dans l'expression d'une proposition. Si le bénéficiaire souhaite contracter aux conditions avancées, il lui suffira de manifester son acceptation.

2. LA FORMATION DU CONTRAT PAR LA FORMULATION D'UNE ACCEPTATION

97. L'acceptation représente la manifestation de la volonté du destinataire de l'offre de conclure le contrat aux conditions fixées. Elle doit manifester de façon non équivoque son intention d'accueillir les éléments déterminés par l'offre, à défaut la qualité d'acceptation serait contestée (a). Mais pour devenir effective, il est essentiel que cette décision parvienne à la connaissance de son destinataire. Elle doit être extériorisée afin que l'acceptation soit constatée (b).

a. La contestation de l'acceptation

98. Pour conduire à la conclusion du contrat et sceller définitivement la phase des négociations précontractuelles, l'acceptation doit être pure et simple. Elle ne doit comporter aucune modification ou ajout substantiel de l'offre, mais porter sur les éléments essentiels fixés dans l'offre. A défaut, elle constituerait une contre-proposition¹⁴¹ soumise elle-même à acceptation avant que le contrat ne puisse être déclaré conclu, et rendrait l'offre caduque¹⁴². Selon les dispositions de l'article 19, alinéa 1, de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, « une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des additions, des limitations ou autres modifications est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre ».

¹⁴⁰ Cass. com., 6 mars 1990, *Bull. civ. IV*, n° 74, préc.

¹⁴¹ V. en droit allemand, §150 (2) BGB : « *Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag* ».

¹⁴² *Rolls Court, Hyde v. Wrench*, [1840] 3 Beav. 334 : en l'espèce une offre de vente d'une ferme pour un montant de £1000 avait été émise. Le destinataire proposa en retour de réduire le montant à £950, proposition qui fut rejetée. Par la suite il se ravisa et accepta finalement l'offre de £1000. Son acceptation ne fut pas reconnue au motif que la proposition de £950 constituait une contre-proposition qui ne permettait plus à l'offre initiale d'être acceptée.

99. Cette solution est cependant atténuée par l'alinéa 2 du texte qui prévoit que lorsque l'acceptation précise l'objet du contrat sans le modifier, il n'y a pas de contre-offre¹⁴³. Le droit français se prononce dans le même sens¹⁴⁴ en confiant au juge le soin d'analyser, toujours selon la volonté des parties, si les dispositions de la réponse modifient les éléments essentiels du contrat prévus par l'offre initiale ou ne font que les préciser¹⁴⁵ ou même rappeler l'existence d'une règle de droit commun applicable en toute hypothèse¹⁴⁶. C'est la solution suivie par les Principes du droit européen des contrats¹⁴⁷ et les Principes UNIDROIT¹⁴⁸. Le droit anglais ne connaît pas une telle atténuation du principe. La règle de la *mirror image rule* impose que l'acceptation corresponde en tous points aux dispositions de l'offre¹⁴⁹, même si les modifications apportées dans la réponse n'apportent que des ajouts accessoires sans atteindre les éléments essentiels du contrat. Elle constitue une contre-offre requérant une acceptation de l'offrant initial. Ce qui a pour fâcheux effet de retarder d'autant la formation du contrat définitif¹⁵⁰. En droit américain, la règle de la *mirror image rule* s'applique tout autant strictement. Elle a été consacrée par l'article 59 du *Restatement Second of Contract*¹⁵¹.

¹⁴³ « Une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard injustifié, n'en relève les différences verbalement ou n'adresse un avis à cet effet. S'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre, avec les modifications comprises dans l'acceptation ».

¹⁴⁴ Sur le principe du caractère pur et simple de l'acceptation, V. Cass. civ., 3 févr. 1919, *DP* 1923, 1, p. 126; Cass. civ. 1^{ère}, 12 mars 1985, *Bull. civ. I*, n° 89, *RTD civ.* 1986, p. 100, obs. J. MESTRE, *Defrénois* 1986, p. 384, n°13, obs. J.-L. AUBERT; Cass. civ. 2^{ème}, 16 mai 1990, n° 89-13.941, *Bull. civ. II*, n° 98; Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, *D.* 1997, p. 531, note N. DESCAMPS-DUBAELE, *Dr. & patr.*, déc. 1996, p. 75, obs. P. CHAUVEL.

¹⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1961, *Bull. civ. I*, n°271.

¹⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 21 janv. 1958, *Bull. civ. I*, n°50.

¹⁴⁷ Article 2 :208 des PDEC : « (1) La réponse du destinataire qui énonce ou implique des adjonctions ou des modifications qui altéreraient substantiellement les termes de l'offre constitue un rejet de l'offre et une offre nouvelle. (2) La réponse dont il est certain qu'elle acquiesce à l'offre mais qui énonce ou implique des adjonctions ou modifications à celle-ci n'en constitue pas moins une acceptation si ces adjonctions ou modifications n'altèrent pas substantiellement les termes de l'offre. Les adjonctions ou modifications s'intègrent alors au contrat. (3) La réponse sera cependant traitée comme un rejet de l'offre si : (a) l'offre restreint expressément l'acceptation à ses termes mêmes, (b) l'offrant s'oppose sans retard à ces adjonctions ou modifications, (c) ou le destinataire subordonne son acceptation à l'agrément donné par l'offrant aux adjonctions ou modifications et cet agrément ne lui parvient pas dans un délai raisonnable »; V. C. PRIETO, « Commentaire de l'article 2 :201 PDEC », in C. PRIETO (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen des contrats et sur le droit français*, PUAM, 2003.

¹⁴⁸ Art. 2.1.11 Principes UNIDROIT : « 1) La réponse à une offre qui se veut acceptation de cette offre, mais qui contient des additions, des limitations ou d'autres modifications, vaut rejet de l'offre et constitue une contre-proposition. 2) Toutefois, la réponse qui se veut acceptation, mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard indu, n'exprime son désaccord sur ces éléments. S'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre avec les modifications énoncées dans l'acceptation. »

¹⁴⁹ *Hyde v. Wrench*, [1840], 3 Beav 334; *Trollope & Colls Ltd v. Atomic Power Constructors Ltd* [1963], 1 WLR 333, 337.

¹⁵⁰ P. BLANCHARD, « Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes », *RDAI* 2008, pp. 3 à 27, spéc. p. 18.

¹⁵¹ Art. 59 du *Restatement Second of Contract* : « A reply to an offer which purports to accept it but is conditional on the offeror's assent to terms additional to or different from those offered is not an acceptance but is a counter-offer »; V. pour une confirmation par la jurisprudence, *Idaho Power Co. v. Westinghouse Elec. Corp.*, [1979], 596 F.2d 924, 926 (9th Cir.); *Dorton V. Collins & Aikman Corp., United States Court of Appeals*, [1972], 453 F.2d 1161.

Cependant, pour les contrats conclus entre commerçants, le §2-207 (2) du *UCC* apporte un tempérament. Il prévoit que les additions font partie du contrat sauf lorsque l'acceptation contient des réserves expresses ou des additions modifiant substantiellement l'offre, ou bien lorsque le partenaire a adressé des objections sur ces additions dans un délai raisonnable¹⁵². Il est regrettable que la rédaction du §2-207 (2) ne vise que les additions et non les modifications apportées par l'acceptation. La distinction entre les deux étant délicate, la question de l'application de ce texte risque de poser quelques difficultés en pratique¹⁵³.

100. Pareillement aux offres, à certaines acceptations sont annexées certaines réserves. Elles peuvent porter sur une demande de confirmation ou d'un renvoi d'un accusé de réception¹⁵⁴. Une acceptation des clauses du contrat qui reste subordonnée à une approbation formelle du Conseil d'administration ne constituera pas une acceptation¹⁵⁵. Soumise à condition, elle ne répond pas à l'exigence de fermeté. Au contraire, une lettre confirmant avec précision l'accord de son signataire sur les éléments de l'offre mais renvoyant au responsable juridique le soin de rédiger l'acte définitif constitue bien une acceptation. Il ne s'agit dans ce cas que de dresser l'*instrumentum* et non d'obtenir le consentement d'une quelconque autorité¹⁵⁶. La validité de telles acceptations se vérifie au cas par cas. En effet, le juge, comme l'arbitre, n'est pas tenu par la qualification donnée aux documents précontractuels par les parties, il lui appartient de leur attribuer leur véritable nature. Ainsi une lettre confirmant les conditions de l'offre, mais se présentant expressément sous la forme d'une lettre d'intention, peut recevoir la qualification d'acceptation¹⁵⁷.

b. La constatation de l'acceptation

101. En principe l'acceptation doit être simplement extériorisée. Elle n'est soumise à l'adoption d'aucune forme spécifique et peut donc intervenir aussi bien expressément que tacitement¹⁵⁸ puisque, comme l'offre, elle est régie par le consensualisme¹⁵⁹. Dans certaines

¹⁵² §2-207 2 *UCC* : « The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless: (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; (b) they materially alter it; or (c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received ».

¹⁵³ P. BLANCHARD, « Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes », *RDAI* 2008, pp. 3 à 27, spéc. p. 19.

¹⁵⁴ V. M. FONTAINE, F. DE LY, « Les lettres d'intention », in *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*, 2^{ème} éd., FEC, Bruylant, 2003, p. 10, cas n°1 : la lettre de commande réclamant l'envoi d'un accusé de réception « pour acceptation sans réserves » est considérée par les auteurs comme constituant une véritable acceptation liant son auteur.

¹⁵⁵ V. l'exemple proposé dans les commentaires officiels des Principes UNIDROIT, p. 43. Disponible sur : <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-f.pdf>.

¹⁵⁶ V. M. FONTAINE, F. DE LY, « Les lettres d'intention », in *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*, FEC, Bruylant, 2^{ème} éd., 2003, p.10, cas n°3.

¹⁵⁷ V. M. FONTAINE, F. DE LY, *op. cit.*, cas n°4.

¹⁵⁸ En droit français, v. par exemple, Cass. civ. 3^{ème}, 27 nov. 1990, *Bull. civ.* III, n° 255; *JCP* 1992, II, 21808, note Y. DAGORNE-LABBE, *D.* 1992, somm., p. 195, obs. G. PAISANT; *RTD civ.* 1991, p. 315, obs. J. MESTRE.

¹⁵⁹ A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Montchrestien, 2005, n° 66; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, 2004, n° 91; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, L'acte juridique, 14^{ème} éd., 2010, Armand Colin, nos 150 et s.; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993, nos

hypothèses, pour assurer la sécurité juridique des transactions, le législateur a toutefois imposé la constatation d'un engagement exprès¹⁶⁰. Au surplus, le silence ne peut valoir à lui seul acceptation¹⁶¹. En effet, « le silence de celui que l'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée »¹⁶². L'article 18¹⁶³ de la Convention de Vienne retient un principe similaire qui est repris à l'identique par la rédaction des Principes UNIDROIT¹⁶⁴ et des Principes du droit européen du contrat¹⁶⁵. Le comportement du destinataire de l'offre peut cependant constituer une acceptation¹⁶⁶. Le plus souvent il consiste en l'exécution d'une prestation, telle que le paiement d'une avance sur le prix, le transport des marchandises ou le commencement des travaux sur un site¹⁶⁷. De même, dans le cadre de relations d'affaires suivies ou d'usages commerciaux en ce sens, la jurisprudence accepte d'accorder au silence circonstancié une valeur d'acceptation¹⁶⁸. Si dans le cadre de l'exécution d'un contrat à long terme, le fournisseur a toujours honoré les commandes sans confirmer de façon explicite son acceptation, ce silence sera considéré comme une pratique établie par les parties. Le fournisseur qui ne répondrait pas à une commande et ne livrerait pas les produits réclamés serait considéré comme défaillant.

Quelle que soit la forme qu'elle revêt, l'acceptation marquera la fin de la phase précontractuelle. Pourtant les pourparlers survivront à la formation du contrat pour intervenir au cours de son exécution.

318 et s.; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, Les obligations. Le contrat, 5^{ème} éd., Economica, 2003, nos 252 et s.; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2009, n°475; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10^{ème} éd., 2009, Dalloz, nos 123 et s.

¹⁶⁰ Par exemple, pour la solidarité (C. civ., art. 1202), la subrogation conventionnelle (C. civ., art. 1250-1), la délégation (C. civ., art. 1275), la donation avec dispense de rapport (C. civ., art. 843).

¹⁶¹ V. en droit anglais, la jurisprudence *Felthouse v. Bindley* [1862] 11 CB (NS) 869.

¹⁶² Solution constante en droit français depuis Cass. civ. 25 mai 1870, *DP* 1870, 1, p. 257; V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 16 avr. 1996, *Bull. civ. I*, n° 181, *RTD civ.* 1996, p. 894, obs. J. MESTRE, *Dr. & patr.*, sept. 1996, p. 69, obs. P. CHAUVEL, *Defrénois* 1996, p. 1013, obs. D. MAZEAUD; Cass. com. 26 janv. 1993, *D.* 1994, p. 69, note J. MOURY; Cass. civ. 1^{ère}, 5 avr. 1993, n° 91-15.602, *CCC* 1993, comm. 145, obs. L. LEVENEUR; 12 janv. 1988, *Bull. civ. I*, n° 8; Cass. com., 16 déc. 1981, *ibid.* IV, n° 447; 3 déc. 1985, *ibid.* IV, n° 289; V. également l'avant-projet Catala, art. 1105-6 : « En l'absence de dispositions légales d'aménagement conventionnel, d'usages professionnels ou de circonstances particulières, le silence ne vaut pas acceptation ».

¹⁶³ Art. 18 CVIM : « Le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation ».

¹⁶⁴ Art. 2.1.6 des Principes UNIDROIT.

¹⁶⁵ Art. 2 :204 PDEC.

¹⁶⁶ *Brogden v. Directors of The Metropolitan Railway Company*, [1877]2 A.C 666, qui reconnaît que le comportement des parties conduit à admettre l'existence d'un contrat en l'absence d'acceptation formelle; Comp. art. 2.1.6 des Principes UNIDROIT : « constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre ». v. décision allemande, *OLG Stuttgart*, 5. *Zivilsenat*, 28 févr. 2000. Disponible sur <http://www.unilex.info/case.cfm?id=829>, qui reconnaît dans la prise de livraison des marchandises une acceptation tacite du contrat par l'acquéreur.

¹⁶⁷ V. les commentaires officiels des Principes UNIDROIT, p. 44.

¹⁶⁸ Pour une application en droit français, v. Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, n° 02-15.188, *Bull. civ. I*, n° 223, *D.* 2006, p. 1025, note A. BENSAMOUN, *JCP* 2005, I, 194, n° 1, obs. C. PERES-DOURDOU, *CCC* 2005, comm., p. 165, obs. L. LEVENEUR, *RDC* 2005, p. 1007, obs. D. MAZEAUD; Comp. art 2.1.6 (3) Principes UNIDROIT : « Cependant, si, en vertu de l'offre, des pratiques établies entre les parties ou des usages, le destinataire peut, sans notification à l'auteur de l'offre, indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli »; V. les illustrations proposées par les commentaires officiels des Principes UNIDROIT, *op. cit.* p. 44 et s.

B. LES INTERACTIONS ENTRE LE PRECONTRACTUEL ET LE CONTRACTUEL

102. L'étape de formation du contrat reste une frontière poreuse qui accepte les interactions entre les phases précontractuelle et contractuelle. La période contractuelle accueille ainsi l'expression des obligations précontractuelles, qu'il s'agisse de sanctionner leur violation ou d'étendre leur application. Elle permet alors une prolongation du précontractuel (1). Mais des éléments précontractuels sont également sollicités au cours de l'exécution du contrat pour interpréter le contrat. Dans cette hypothèse, le précontractuel n'est plus passivement étendu, il intervient de manière active (2).

1. LA PROLONGATION DU PRECONTRACTUEL DANS LE CONTRACTUEL

103. Les parties se voient imposer le respect de certaines obligations au cours des pourparlers. Elles doivent s'assurer mutuellement de la bonne réception des informations essentielles à la compréhension de l'opération contractuelle envisagée, tout en en garantissant la confidentialité. L'achèvement de la période précontractuelle, par un échec ou une réussite, ne marque pas la fin de ces obligations. Non seulement elles continuent de s'imposer aux parties (b), mais encore leur manquement reste susceptible de sanctions (a).

a. L'expression de la violation d'une obligation précontractuelle au cours de la phase contractuelle

104. La phase précontractuelle est marquée par l'existence d'obligations à la charge des parties à la négociation, dont le manquement est susceptible de fonder une demande en réparation. Tel est le cas de l'obligation d'information qui pèse sur les parties lors des pourparlers¹⁶⁹. Pour assurer un consentement éclairé, il est nécessaire que les négociateurs disposent de tous les renseignements déterminants. Dans cet objectif, il est reconnu aux parties un devoir de fournir les informations essentielles en en garantissant l'exactitude. Une violation de cette obligation est constatée lorsqu'une partie transmet des informations volontairement erronées à l'autre partie ou passe sous silence intentionnellement des renseignements importants. Un tel comportement est susceptible d'atteindre la validité même du contrat et peut fonder une demande en nullité¹⁷⁰. Mais il constitue également une faute pouvant engager la responsabilité de son auteur.

Si la violation porte sur une information non essentielle et n'entrave pas la rencontre de volontés entre les parties, alors le contrat peut survivre. La formation du contrat ne fait cependant pas disparaître cette faute. La victime conserve un droit d'action à l'encontre de

¹⁶⁹ P. JOURDAIN, *La bonne foi dans la formation du contrat*. Trx. Ass. Capitant, t. XLIII, 1992, p. 121 et s.

¹⁷⁰ V. *infra*, nos 239 et s.

l'auteur du manquement. Elle peut dès lors l'exercer après la formation du contrat, soit au stade de son exécution. Ainsi, une action de nature précontractuelle peut être engagée au cours de la phase contractuelle. La conclusion du contrat permet donc de mettre un terme à la phase précontractuelle sans pour autant en annihiler ses effets.

105. Il est également possible que le stade de l'avant-contrat ne s'achève pas par une réussite, la formation du contrat, mais au contraire par un échec, la rupture des pourparlers. Le manquement à l'obligation d'information peut avoir conduit à ruiner les relations entre les parties et anéantir tout projet de contrat. Si au cours des tractations, une partie prend connaissance de la transmission intentionnelle d'informations tronquées ou inexactes par l'autre partie, la perte de confiance générée ne peut conduire qu'à la rupture des discussions. Ces agissements ont entraîné la poursuite infructueuse des négociations et suscité ainsi un préjudice économique¹⁷¹. La perte de temps et la mise à disposition de moyens au cours des tractations inutiles constituent un dommage pour la victime. L'achèvement des pourparlers ne fait pourtant pas disparaître le droit à réparation du préjudice subi lors des négociations. La responsabilité précontractuelle peut donc être engagée, malgré l'échec des pourparlers.

106. Parallèlement aux obligations inhérentes aux négociations, telles que le devoir d'information évoqué précédemment, les parties peuvent s'imposer des obligations complémentaires. Elles utilisent pour ce faire la voie contractuelle en organisant les pourparlers par la conclusion d'avant-contrats. Ils répondent aux multiples besoins des parties et adoptent des formes aussi diverses que les objectifs qu'ils remplissent. Certains ont ainsi un objet général d'engager les parties à négocier de bonne foi¹⁷², alors que d'autres portent sur des engagements plus spécifiques. C'est notamment le cas des calendriers fixés contractuellement pour optimiser les négociations en contrôlant leur déroulement chronologique. Le manquement à une obligation imposée par un avant-contrat engage la responsabilité de son auteur. La formation du contrat, comme l'échec des pourparlers, ne peuvent entraver une telle action, même si le manquement naît alors que le contrat négocié reste inexistant. Dans une telle hypothèse, la responsabilité engagée reste assurément contractuelle puisqu'elle repose sur un manquement à une obligation contractuelle imposée par un avant-contrat. Cependant, cette action s'inscrit dans le cadre des négociations d'un contrat principal, que l'avant-contrat a justement pour objectif d'encadrer. De ce fait, cette action en responsabilité contractuelle intervient dans le contexte précontractuel du contrat négocié. Ce qui justifie sa place au sein de cette étude du contentieux précontractuel. Ainsi, si les négociations s'achèvent favorablement par la conclusion du contrat, mais qu'une des parties n'a pas respecté une obligation prévue par un avant-contrat, elle reste tout de même

¹⁷¹ CA Paris, 7 juill. 1995, *Juris-Data* n° 022621 : « Le candidat cessionnaire de parts sociales, ayant caché à ses cocontractants qu'il était tenu d'avoir recours à un prêt bancaire pour la totalité du prix de cession, et leur a fait connaître la veille de la signature de la promesse de vente, qu'il n'avait pas obtenu la garantie de la promesse de vente, qu'il n'avait pas obtenu la garantie à première demande, a fait preuve de *mauvaise foi dans le déroulement des négociations*, caractérisant un comportement fautif de réticence dolosive et de fausses indications ».

¹⁷² V. la conclusion d'un *pactum de negociando* : Sent. CCI du 26 janv. 1972, Aff. *Grèce c./République fédérale d'Allemagne*, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. XIX, ICC Publishing, p. 27.

susceptible d'engager sa responsabilité. Le cas se présente par exemple lorsqu'une partie n'a pas délivré les documents à la date prévue par l'avant-contrat. Certes, la légitimité d'une telle action est douteuse puisqu'en cas de réussite des pourparlers, le préjudice subi par la violation d'une telle obligation reste limité. Cependant, elle survit à la formation du contrat, comme à l'échec des pourparlers.

Un manquement à une obligation précontractuelle commis lors des pourparlers peut ainsi se voir sanctionné au cours de la phase contractuelle. Mais il est également possible qu'au stade de l'exécution du contrat, il ne soit pas simplement sanctionné, mais également commis.

b. La réalisation de la violation d'une obligation précontractuelle au cours de la phase contractuelle

107. Pour assurer une certaine sécurité juridique des transactions, les parties se voient imposer certaines obligations. Elles présentent une nature précontractuelle qui se justifie par leur naissance dès l'initiation des pourparlers. Il ne faudrait pourtant pas en déduire que l'ensemble de ces obligations prend fin à l'achèvement des pourparlers. Certaines transcendent la formation du contrat pour perdurer au-delà de la conclusion du contrat. Un tel raisonnement ne surprend pas puisqu'il répond à la même logique que la survie du devoir de bonne foi contractuel à la disparition du contrat¹⁷³. En effet, le devoir de bonne foi qui s'impose aux parties au cours de l'exécution du contrat les contraint à conserver un comportement conforme à ses exigences après la disparition dudit contrat. De ce fondement découle l'obligation de non-concurrence qui interdit aux parties d'exercer une activité similaire pendant une certaine durée après que le contrat a pris fin¹⁷⁴. Transposé aux obligations précontractuelles, ce raisonnement conduit à prolonger le devoir pour les parties de respecter un comportement de bonne foi précontractuel alors que les pourparlers se sont achevés. Les obligations précontractuelles survivent ainsi à la conclusion du contrat et à la rupture des pourparlers.

108. Corollaire du devoir de bonne foi précontractuel, l'obligation de confidentialité qui s'impose aux parties lors des pourparlers a pour objet d'assurer la protection des données échangées au cours des négociations. En effet, la conclusion du contrat est subordonnée à l'obtention par les parties des informations nécessaires à l'établissement de leur consentement. Pour ce faire, une obligation d'information est imposée aux parties afin qu'elles assurent la transmission de données complètes et exactes. Cependant, cette prise de risque générée par la diffusion de renseignements confidentiels ne peut se réaliser que si une certaine protection des informations est garantie. C'est le rôle tenu par l'obligation précontractuelle de confidentialité.

¹⁷³ G. LOISEAU, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, *JCP* 2005, II, 10173.

¹⁷⁴ Cass. com., 24 févr. 1998, n° 96-12.638, *Bull. civ.* IV, n° 86, *JCP* 1999, II, 10003, note M. KEITA : En l'espèce, la cour d'appel avait retenu que « leur auteur était délié d'une clause de non-concurrence, avait totale liberté de travail et de concurrence avec cette société ». La Cour censure pourtant les juges du fond au motif que « l'intéressé avait exercé successivement les fonctions de gérant [...] puis de directeur général, ce dont il découlait qu'il était tenu d'une obligation de loyauté à l'égard de cette entreprise »; Comp. Y. Auguet, *Concurrence et clientèle*, préf. Y. SERRA, LGDJ, 2000, pp. 306 et s. et la jurisprudence citée.

En principe, la fin des négociations précontractuelles marque la disparition des obligations nées des pourparlers pour faire place aux obligations contractuelles, en cas de conclusion du contrat, ou au retour à la liberté, en cas d'échec des pourparlers. Cependant, il est tentant pour une partie ayant obtenu des informations confidentielles lors des tractations de les diffuser ou de les utiliser à des fins personnelles après la fin des négociations. Une telle hypothèse semble peu probable en cas de conclusion du contrat, puisqu'il reste de l'intérêt des parties de conserver un comportement de bonne foi au cours de l'exécution du contrat. De plus, la permanence d'un tel devoir en cas de réussite des tractations doit rester justifiée et ne pas mener à une situation absurde¹⁷⁵. Une telle violation demeure pourtant envisageable. Plus inquiétante, est l'hypothèse d'une telle utilisation des données après l'échec des pourparlers. En effet, la fin des négociations libère en principe les parties de toute obligation, leur permettant de telles dérives. Ce qui conduit à une certaine frilosité des parties dans la révélation des informations, pourtant nécessaire à la réussite du projet contractuel. L'extension de la protection des données confidentielles apparaît donc indispensable au succès des négociations¹⁷⁶. Aussi, bien que la formation du contrat marque la fin des négociations précontractuelles, l'obligation précontractuelle de confidentialité qui naît dès l'initiation des pourparlers se poursuit au-delà de la phase précontractuelle¹⁷⁷. Dès lors, l'utilisation ou la divulgation des informations confidentielles dévoilées lors des pourparlers est sanctionnée non seulement lorsqu'elle intervient au cours des négociations, mais aussi quand elle se réalise après la conclusion du contrat ou l'échec des pourparlers¹⁷⁸. Les pourparlers suscitent ainsi une obligation de « réserve et discrétion »¹⁷⁹.

¹⁷⁵ V. CA Paris, 14 mars 1997, *Juris-Data* n° 020830 : « Si les correspondances échangées entre avocats ont un caractère confidentiel, ce principe est fondé non sur le respect du secret professionnel mais sur la discrétion nécessaire à la recherche efficace d'une transaction dans l'intérêt des parties. Dans l'hypothèse où les pourparlers aboutissent à un accord, les lettres perdent leur caractère confidentiel et peuvent être communiquées ».

¹⁷⁶ V. *contra* : D. PORACCHIA, « La protection juridique des secrets de l'entreprise », *Dr. & patr.* 2000, n° 85, p. 20, pour lequel « on peut considérer que la révélation exclut le caractère secret de l'information.

¹⁷⁷ Ph. LE TOURNEAU, « La rupture des négociations », *RTD com.* 1998 p. 479; Y. NEVEU, « Le devoir de loyauté pendant la période précontractuelle », *Gaz. Pal.*, 3 déc. 2000, p. 2112; V. aussi, art 2.1.16 Principes UNIDROIT : « 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 »; Comp. art. 2 :302 PDEC : « Lorsqu'une information confidentielle est donnée par une partie au cours des négociations, l'autre est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser à ses propres fins, qu'il y ait ou non conclusion du contrat. Le manquement à ce devoir peut ouvrir droit à la réparation du préjudice souffert et à la restitution du profit qu'en aurait retiré l'autre partie ».

¹⁷⁸ CA Paris, 8 juill. 1972, *JCP* 1973, II, 17509, note J.-M. LELOUP, Utilisation d'une idée de chanson; Cass. com. 3 oct. 1978, *Chantiers modernes*, *Bull. civ.* IV, n° 208, divulgation d'une demande de brevet à un tiers pour envisager son exploitation; 3 juin 1986, *Bull. civ.* IV, n° 110; T. com. Meaux, 3 nov. 1987, *Expertises* 1988, p. 122; CA Paris, 1^{er} févr. 1989, *Juris-Data* n° 020420, remise à un tiers d'un scénario en vue de sa réalisation; CA Paris, 5 mai 1991, *Expertises* 1994, p. 234; TGI Paris, 31 oct. 1991, *PIBD* 1992, III, 169, demande de brevet; CA Paris, 30 juin 1997, *Gaz. Pal.* 7 janv. 1998, utilisation d'une plaquette publicitaire; *Contra*, Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 1994, *RIDA* 1995, p. 205, pour l'idée d'un scénario pour la télévision; TGI Paris, 27 juin 1997, *PIBD* 1997, III, 661, exploitation par Givenchy des propositions d'un concepteur au cours de réunions de travail; Comp. Cass. com. 7 févr. 1995, *Aff. « La nuit des héros »*, *JCP* 1995, II, 22408, note Ph. LE TOURNEAU.

¹⁷⁹ CA Aix-en-Provence, 10 janv. 1985, *Bull. Cour d'Aix*, 1985, 1, p. 24; V. aussi, CA Paris, 1^{er} févr. 1989 et 8 juill. 1972, cités *supra*.

109. Pour pallier tout risque d'incertitude quant à la pérennité de cette obligation à la fin des négociations, les parties ont fréquemment recours aux clauses de confidentialité¹⁸⁰. Elles ont pour objet d'imposer une obligation de nature contractuelle aux parties de conserver le secret des données dévoilées au cours des pourparlers¹⁸¹. Cette obligation contractuelle de confidentialité appartient toutefois à la phase précontractuelle et trouve sa place dans cette étude dès lors qu'elle naît dans le cadre de la négociation d'un contrat principal. Ainsi, cette clause de confidentialité a vocation à s'appliquer au cours des pourparlers, mais également au-delà en imposant le respect de la confidentialité en cas d'échec des tractations¹⁸². On assiste ici à une prolongation de cette obligation de la période précontractuelle dans la phase contractuelle. Mais cette intervention du précontractuel peut également être plus active.

2. L'ACTION DU PRECONTRACTUEL DANS LE CONTRACTUEL

110. La formation du contrat principal ne met pas fin à l'avant-contrat puisque l'ensemble des éléments qui ont œuvré à la construction de la phase précontractuelle pourra être utilisé lors de l'exécution du contrat. Le juge ou l'arbitre a la faculté de s'appuyer sur l'analyse des pourparlers pour interpréter le contrat en cas de litige sur son contenu (a). Pour restreindre le champ de cette appréciation subjective du contrat, les parties cherchent parfois à soustraire l'utilisation de documents précontractuels dans cette étape d'interprétation par l'intégration de clauses spécifiques (b).

a. L'expression des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat

111. Les résolutions obtenues après de longs et parfois houleux échanges doivent trouver écho dans une transcription exacte et précise introduite dans les clauses du contrat définitif. Or, la formulation pratiquée peut être source d'ambiguïté par l'utilisation de termes équivoques. De même, les mots utilisés par une personne et qui sont destinés à véhiculer un sens particulier ne sont pas nécessairement compris comme ayant la même signification par la

¹⁸⁰ M. VIVANT, « Les clauses de secret », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 101 et s.; Ph. LE TOURNEAU, *J.-Cl. Contr. distrib.*, n° 85 et s.; J. HUET, F. DUPUIS-TOUBOL, « Violation de la confidentialité des négociations », *LPA* 4 avr. 1990, p. 4; H. DUBONT, « Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprises », *Bull. Joly* 1992, p. 722.

¹⁸¹ A. LATREILLE, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA* 7 et 8 août 2006, n° 156 et 157.

¹⁸² Ainsi trouve-t-on les clauses suivantes : « Le fournisseur s'engage à ne pas divulguer les informations qui lui auront été communiquées à l'occasion des négociations entreprises et se reconnaît responsable des indiscretions éventuelles qui pourront être le fait de ses propres préposés auxquels il aurait été amené à les révéler », ou encore : « Nous vous prions de considérer les plans communiqués comme strictement confidentiels et de n'en faire usage que dans le cadre de nos seules négociations. Il est expressément entendu que vous prendrez toutes dispositions pour en éviter la communication à des tiers, n'en prendrez pas copie et nous les retournerez après usage ».

personne à qui ces paroles s'adressent¹⁸³. Ce qui conduit à la situation délicate dans laquelle les parties elles-mêmes ignorent la signification réelle du contenu du contrat. Comme le souligne M. Derains, il s'agit d'apprécier si « ce qui a été écrit [au contrat], même clairement, correspond à ce que les parties voulaient »¹⁸⁴. Il est évidemment envisageable que cette ignorance soit feinte de mauvaise foi par une partie pour se dérober à ses obligations contractuelles. Dans ces hypothèses, il est souvent confié au juge ou à l'arbitre la tâche délicate d'interprétation du contrat afin de lui restituer sa signification originelle.

112. La compréhension du contenu du contrat est réalisée à travers l'appréciation inévitablement subjective du tribunal. Pour échapper à tout risque de dénaturation, il est nécessaire d'analyser les objectifs poursuivis par les parties lors des négociations et retracer un cheminement cohérent de leur raisonnement dans la constitution du contrat. La rédaction des documents précontractuels, mais aussi le comportement adopté par les parties, apportent une base solide permettant à la juridiction saisie de traduire la volonté des partenaires durant les négociations. De cette détermination pourront être déduits les objectifs du contrat et réalisée une interprétation fidèle de son contenu. En effet, la lecture des pourparlers permet de retracer l'historique de la construction de la relation contractuelle entre les parties. Les échanges précontractuels expriment la volonté originelle des parties de s'engager, leur intention de se lier, mais aussi le contenu du contrat, de la description de son objet jusqu'à ses modalités d'exécution. C'est pourquoi la jurisprudence, tant étatique qu'arbitrale, se prononce en faveur d'une utilisation étendue des éléments précontractuels pour analyser le contenu du contrat. Le juge¹⁸⁵ et l'arbitre¹⁸⁶ ont amplement recours à ces documents pour redonner au contrat son sens réel et sans équivoque. La référence aux négociations peut notamment permettre de démontrer l'intention des parties de soumettre les litiges survenant au cours de l'exécution du contrat au tribunal arbitral. Dans une sentence rendue par la Chambre de commerce internationale de Paris en 1991¹⁸⁷, était constatée la compétence du tribunal arbitral, du fait de la défektivité de la clause d'arbitrage contenue dans un contrat de licence de brevet conclu entre des parties française et allemande. Le tribunal arbitral s'est appuyé sur la lecture du projet de contrat élaboré par les parties lors des négociations précontractuelles et a retenu qu'il prévoyait expressément sa compétence.

Cette pratique extensive a trouvé un écho dans la rédaction des Principes UNIDROIT qui posent comme principe à l'article 4.3 la considération des négociations préliminaires entre les parties dans l'interprétation du contrat. Cependant, les documents précontractuels par la rédaction confuse qu'ils présentent, peuvent dans certains cas représenter plus un danger pour

¹⁸³ R. REECE, « Interpretation clauses in international contracts », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruylant, 2005, pp. 39 à 60, spéc. p. 39.

¹⁸⁴ Y. DERAÏNS, « La valeur interprétative des négociations », in *Formation of contract and precontractual liability*, publication de la CCI, n° 440/90, Paris, 1990, p. 315.

¹⁸⁵ V. les exemples cités par M.-H. MALEVILLE, in *Pratique de l'interprétation des contrats*, publication de l'Université de Rouen, n° 164, 1991, nos 204 et s., p. 425; De façon générale, v. J. FERRARIS, *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*, Paris, 2003.

¹⁸⁶ V. par exemple Sent. CCI rendue dans l'affaire n° 3380, *JDI* 1981, p. 928, note Y. DERAÏNS; Sent. CCI, affaire n° 2626 de 1977, *JDI* 1978, p. 981, note Y. DERAÏNS.

¹⁸⁷ Sent. CCI en 1991, n° 6709, *JDI* 1992, p. 998, obs. D. HASCHER.

les parties qu'une sécurité dans l'établissement de leur volonté. Il appartient alors aux parties vigilantes d'exclure conventionnellement leur utilisation dans l'interprétation de leur contrat.

b. L'inhibition des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat

113. Le flot d'informations déduites de la période précontractuelle brassé par le tribunal dans la recherche de la volonté des parties risque fort de diluer l'expression des souhaits des parties plus que de l'éclairer. En effet, la phase d'avant-contrat regorge d'indices susceptibles d'être utilisés comme outils d'interprétation du contrat. De natures très diverses, se confrontent les comportements adoptés par les parties, mais aussi une multitude de documents rédigés ou de correspondances échangées¹⁸⁸. Multiples, il est rare qu'ils aient été conservés dans leur intégralité. Rédigés dans un contexte d'échange, ils présentent souvent une rédaction ambiguë. Incomplets et confus, de tels documents précontractuels présentent pour les parties une véritable menace puisque leur emploi dans l'interprétation du contrat peut conduire à dénaturer leur volonté. Les parties cherchent alors à soustraire au juge l'utilisation de ce « fatras contradictoire de correspondances, de propositions et contre-propositions qui ont émaillé les négociations »¹⁸⁹. Pour cela, elles ont régulièrement recours à l'insertion au sein de leur contrat de clause d'intégralité ou clause des quatre coins, connue par la *common law* sous l'appellation d'*entire agreement clause*¹⁹⁰.

Ces stipulations contractuelles ont pour objet de prohiber toute utilisation ultérieure des documents échangés au cours des pourparlers¹⁹¹. Cependant, leur portée reste subordonnée à la rédaction que les parties auront adoptée. Il peut être constaté à ce sujet que, dans certains cas, la rédaction maladroite de la clause réduit son étendue à ne dénier sa force obligatoire qu'entre les parties. Dès lors, si les parties sont privées du droit d'exiger l'exécution d'obligations issues des actes précontractuels, la juridiction saisie conserve la faculté d'exploitation des documents précontractuels pour interpréter le contrat. Sur ce point, la jurisprudence démontre que tant le juge¹⁹² que l'arbitre¹⁹³ n'hésitent pas à se faufiler entre les

¹⁸⁸ V. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Thèse, LGDJ, 1994, nos 295 et s.

¹⁸⁹ J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4ème éd., 2010, n°1850.

¹⁹⁰ V. R. REECE, « Interpretation clauses in international contracts », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruylant, 2005, pp. 39 à 60, spéc. p. 52

¹⁹¹ A noter la reconnaissance de ces clauses par les Principes du droit européen des contrats, art. 2:105, intitulé Clause d'intégralité qui dispose que « (1) Si un contrat écrit contient une clause qui a été l'objet d'une négociation individuelle aux termes de laquelle l'écrit renferme toutes les conditions convenues (clause d'intégralité), les déclarations, engagements ou accords antérieurs que ne renferme pas l'écrit n'entrent pas dans le contenu du contrat. (2) La clause d'intégralité qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle fait seulement présumer que les parties entendaient que leurs déclarations, engagements ou accords antérieurs n'entrent pas dans le contenu du contrat. La présente règle ne peut être exclue ou restreinte. (3) Les déclarations antérieures des parties peuvent servir à l'interprétation du contrat. La présente règle ne peut être exclue ou restreinte que par une clause objet d'une négociation individuelle. (4) Les déclarations ou le comportement de l'une des parties peuvent l'empêcher de se prévaloir d'une clause d'intégralité si l'autre partie s'est fondée raisonnablement sur eux.

¹⁹² CA Paris, 4 mars 1980, *Expertises*, n° 17, avril 1980, p. 8.

flottements existants dans la formulation de ces clauses pour leur reconnaître une portée plus étroite.

Ainsi, même en présence d'une clause d'intégralité, il n'est pas rare que les juridictions se fondent sur les documents précontractuels pour interpréter le contrat. Les parties doivent donc faire preuve d'une extrême vigilance tant dans la rédaction des clauses d'intégralité afin de leur conférer l'exacte portée à laquelle elles aspirent, que dans la formulation des documents échangés au cours des négociations car ces derniers conservent un impact dans la vie contractuelle. Acteurs principaux de la construction du contrat, les éléments précontractuels retrouvent un rôle secondaire dans la phase d'exécution du contrat. Leur portée transcende ainsi la conclusion du contrat principal qui clôture simplement la phase de pourparlers, sans annihiler leurs effets. L'étape de formation du contrat constitue ainsi une frontière poreuse entre la vie précontractuelle et la vie contractuelle. Sa localisation reste indispensable pour permettre de délimiter la phase des négociations précontractuelles.

114. Pour conclure sur la définition des négociations précontractuelles, cette analyse a permis d'exposer que le contentieux précontractuel pouvait revêtir plusieurs formes aussi multiples que variées. Il intéresse autant la sanction de l'échec de pourparlers que la reconnaissance d'un contrat formé entre les parties, pour s'étendre même aux relations avec des tiers. Bien loin de se limiter chronologiquement à la période de l'avant-contrat, il transcende l'étape de formation du contrat pour survivre tout au long de la phase contractuelle. A ce stade du raisonnement, il est donc possible de définir le contentieux précontractuel comme un litige généré par un fait dommageable commis antérieurement à la formation du contrat, à l'occasion de sa préparation et de son élaboration, que les pourparlers aient ou non abouti ou encore si le contrat a été conclu, qu'il soit valable ou au contraire entaché d'un vice de nature à entraîner sa nullité¹⁹⁴.

Cette diversité de formes que peut adopter le contentieux précontractuel conduit, au niveau international, à l'applicabilité aux négociations précontractuelles d'une pluralité notable de sources de droit. Certaines se consacrent à l'analyse d'un domaine étroitement lié à la matière précontractuelle et seront légitimement mises en œuvre pour traiter ces contentieux. D'autres sources, dédiées à l'étude de questions spécifiques, se rattachent de manière bien moins évidente au contentieux né des négociations et trouvent pourtant à s'appliquer.

Cependant, la mise en œuvre de ces règles reste subordonnée à la reconnaissance du caractère international de la situation litigieuse. Les sources internationales ne peuvent en effet trouver à s'appliquer qu'aux situations internationales. Ainsi, la définition des négociations internationales précontractuelles ne peut se limiter à les distinguer de l'exécution du contrat, comme cela a été accompli au cours de cette première section. Il est également nécessaire d'examiner les éléments susceptibles de leur conférer un caractère international, indispensable au déclenchement de la compétence du droit international privé.

¹⁹³ V. la sentence citée par J. SCHMIDT, « L'interprétation des contrats internationaux par la Commission arbitrale du commerce extérieur de l'URSS », *RDAL* 1985, n° 2, p. 241.

¹⁹⁴ A. M. RABELLO, « La théorie de la *culpa in contrahendo* et la loi israélienne sur les contrats de 1993 », *RIDC* 1997, p. 440.

SECTION 2. LA DEFINITION DES NEGOCIATIONS INTERNATIONALES

115. Il devient de plus en plus courant que les pourparlers intègrent dans leur déroulement un élément étranger, soit par la localisation des échanges dans des Etats différents, soit par une pluralité de nationalités des parties. Il est possible de dénombrer un seul lien avec l'étranger dans certains cas de négociations, comme une multitude dans d'autres. Pierre-Yves Gautier a illustré ce phénomène d'internationalisation des pourparlers par un exemple quelque peu caricatural, mais très convaincant¹⁹⁵ d'une négociation d'un contrat important relatif à l'édification d'un musée à Houston, entre un Français et un Américain à bord d'un avion de *British Airways* à destination de Singapour. Le contrat est finalement signé alors que l'appareil survole l'Inde. Dans cette espèce, le caractère international de la situation ne semble pas douteux. Les tractations se déroulent entre des parties de nationalités différentes, dans un avion détenu par une compagnie qui leur est étrangère et cela, au-dessus d'un Etat tiers à la relation entre les parties. Néanmoins, il est possible de s'interroger, lorsque peu d'éléments étrangers interviennent au cours des négociations, sur le point de savoir si celles-ci peuvent revêtir la qualification de négociations internationales. Cette éventuelle reconnaissance permet aux négociations précontractuelles de bénéficier de l'application de sources internationales, ce qui constitue un enjeu suffisant (§1) pour justifier l'étude de l'identification du caractère international des pourparlers (§2).

§1. L'IMPACT DE L'INTERNATIONALITE

116. Dans l'engagement des discussions en vue de la conclusion d'un contrat, un élément étranger peut intervenir et ce à n'importe quel niveau de la relation. Cette participation n'aura pas le même impact selon l'importance de l'élément concerné. L'identification du caractère international des négociations ne se présente donc pas comme une évidence, ce qui est regrettable car il entraîne des conséquences tant sur le plan juridique (A) que pratique (B).

A. LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DE L'INTERNATIONALITE

117. L'application du droit international reste subordonnée à la reconnaissance du caractère international du litige. Or, en matière de contentieux précontractuel, ce droit présente une richesse notable de sources. Elles comprennent des règles de conflit (1) ainsi que des règles matérielles (2).

¹⁹⁵ P.-Y. GAUTIER, « Les aspects internationaux de la négociation », *RTD com.* 1998, pp. 493 à 503, spéc. p. 496, point 9.

1. LES REGLES DE CONFLIT

118. Le règlement conflictuel du contentieux des négociations internationales s'exécute tant au niveau de la détermination de la juridiction compétente à travers l'application de règles de conflit de juridictions (a), qu'au stade de la recherche de l'ordre juridique applicable *via* la mise en œuvre des règles de conflit de lois (b).

a. Les règles de conflit de juridictions

119. Dès 1968, le droit européen s'est doté d'une réglementation permettant de déterminer la juridiction compétente pour les litiges à caractère international, liés aux Etats de la Communauté européenne. En effet, ratifiée le 27 septembre, 1968 la Convention de Bruxelles¹⁹⁶ intéresse les contentieux de nature civile ou commerciale. Elle régit ainsi les litiges précontractuels analysés dans cette étude, puisqu'ils présentent une telle nature. Le rayonnement de cette Convention a été prolongé au-delà des frontières des Etats contractants, à partir du 16 septembre 1988, grâce à la ratification de la Convention de Lugano¹⁹⁷. Ce texte a pour objet d'étendre les principes de la Convention de Bruxelles aux Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE)¹⁹⁸.

La transposition de la Convention de Bruxelles en Règlement communautaire, le Règlement Bruxelles I¹⁹⁹, marque la dernière évolution notable en matière de conflit de juridictions intéressant le contentieux précontractuel²⁰⁰. Cette transformation a modifié le droit positif en matière de traitement des négociations. En effet, le Règlement Bruxelles I est applicable dès lors que l'action judiciaire fondée sur un litige précontractuel est introduite après le 1^{er} mars 2002, date de son entrée en vigueur²⁰¹. Il est donc aujourd'hui improbable que la Convention de Bruxelles trouve encore à s'appliquer.

Ainsi, le contentieux précontractuel est actuellement soumis au Règlement Bruxelles I lorsque ce contentieux intéresse l'Union européenne et à la Convention de Lugano pour les relations étendues aux Etats membres de l'AELE. Cependant, les modifications réalisées lors de la transposition de la Convention de Bruxelles en Règlement Bruxelles I n'ont pas bouleversé de façon significative les règles applicables aux litiges précontractuels. Sur ces questions, les dispositions de ces trois instruments restent quasi-similaires. Dès lors, par souci de lisibilité dans le cadre de cette étude, l'analyse se concentrera sur les dispositions du Règlement

¹⁹⁶ Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO L 299*, 31 déc. 1972, pp. 32 à 42.

¹⁹⁷ Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale, *JO L 319*, p. 9.

¹⁹⁸ L'AELE comprend quatre Etats membres : l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse.

¹⁹⁹ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO n° L 012*, 16 janv. 2001, pp. 1 à 23.

²⁰⁰ En effet, le Règlement Bruxelles I bis N° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012 n'entrera en vigueur qu'au 10 janvier 2015 et les modifications qu'il apporte ne bouleverseront pas le droit des négociations précontractuelles. C'est pourquoi, la présente thèse se réfère au Règlement Bruxelles I actuellement en vigueur.

²⁰¹ Art. 66 Règlement Bruxelles I.

Bruxelles I. Cependant, il sera fait régulièrement référence à la Convention de Bruxelles au cours de l'examen de la jurisprudence, puisque les décisions adoptées sur le fondement de ce texte restent applicables.

120. Le Règlement Bruxelles I, à son article 2, ouvre une compétence générale aux juridictions de l'Etat du domicile du défendeur. Il prévoit également des compétences optionnelles susceptibles d'intéresser le contentieux précontractuel. En effet, l'article 5-1 désigne en matière contractuelle, le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. L'article 5-3 élit en matière délictuelle, le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Ainsi, il suffira que le contentieux précontractuel revête une nature contractuelle pour que lui soit ouverte la compétence optionnelle de l'article 5-1. De même, dès lors que les négociations précontractuelles engendreront un litige de nature délictuelle, l'article 5-3 trouvera à s'appliquer.

121. Mais les règles de conflit de juridictions intéressant le contentieux précontractuel ne se limitent pas à ces dispositions générales et optionnelles. Elles s'étendent aussi aux compétences exclusives engendrées par l'existence d'un facteur déclenchant. Les parties aux négociations peuvent, d'un commun accord, attribuer compétence aux juridictions d'un Etat membre. Le Règlement Bruxelles I reconnaît en effet une compétence exclusive aux tribunaux désignés par les conventions attributives de juridictions²⁰² valablement formées²⁰³. Mais le facteur générateur de compétence exclusive ne dépend pas uniquement de la volonté de la partie, mais peut au contraire rester totalement extérieur à leur souhait. Tel est le cas lorsque le projet contractuel, faisant l'objet des négociations, porte sur des droits réels immobiliers. L'article 22 du Règlement Bruxelles I désignant les tribunaux de l'Etat membre où l'immeuble est situé, en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, sera susceptible de s'appliquer. Encore faut-il que la question des négociations précontractuelles portant sur des droits immobiliers puisse être considérée comme relevant de la catégorie « droits immobiliers » en droit international privé. Mais cette condition dépendra exclusivement du résultat obtenu après le passage obligatoire par l'étape de qualification préalable²⁰⁴.

Le Règlement Bruxelles I contient ainsi plusieurs dispositions susceptibles de répondre aux contentieux nés des négociations précontractuelles en désignant la juridiction compétente. Celle-ci aura alors pour fonction de résoudre le litige en application de la loi compétente dont la détermination pourra être facilitée par la mise en œuvre de règles de conflit de lois adaptées.

b. Les règles de conflit de lois

²⁰² Art. 23 Règlement Bruxelles I.

²⁰³ Sur ce point, v. *infra* nos 847 et s.

²⁰⁴ Sur ce point, v. *infra* nos 329 et s.

122. Contrairement aux règles de conflit de juridictions qui ne connaissent que de façon indirecte le contentieux des négociations précontractuelles, par extension de règles générales, la réglementation des conflits de lois s'est intéressée directement aux litiges précontractuels. Ont ainsi été édictées des règles spéciales, réservées au contentieux précontractuel. Cependant, ces règles ne couvrent pas l'ensemble des questions relatives aux négociations précontractuelles, mais restent circonscrites à certaines hypothèses spécifiques aux litiges de nature précontractuelle. Cela justifie que l'étude ne se limite pas à l'analyse de ces règles spéciales, mais s'étende à l'examen des règles générales de conflit de lois qui permettent de traiter par extension toutes les questions issues des pourparlers.

123. Le droit communautaire s'est attaché depuis quelques années à l'édiction d'un système de réglementation des conflits de lois uniforme dans l'espace européen. Cette tâche s'est matérialisée par l'adoption le 11 juillet 2007 du Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. Il prévoit à son article 12 une règle spécialement dédiée à la « *culpa in contrahendo* », responsabilité précontractuelle. Le Règlement Rome II dispose en effet 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 opère ainsi un renvoi intéressant à la loi du contrat, dressant un pont entre la responsabilité précontractuelle de nature délictuelle et contractuelle.

Cependant, le Règlement Rome II précise que cet article 12 ne s'applique qu'aux obligations non contractuelles présentant un lien direct avec les tractations menées avant la conclusion d'un contrat. Ce qui signifie que les hypothèses de nature précontractuelle qui ne répondraient pas à cette définition ne relèveraient pas de l'article 12, mais pourraient être soumises à d'autres dispositions prévues par cet instrument communautaire. Le Règlement Rome II trouve ainsi doublement sa place dans cette étude puisqu'il prévoit non seulement une disposition spéciale réservée à la *culpa in contrahendo*, mais également d'autres règles susceptibles de régir le contentieux précontractuel. Pour un exposé rapide, avant une analyse plus précise dans le cadre de la qualification²⁰⁵, il est possible de citer l'article 4²⁰⁶ posant une solution générale en matière délictuelle, ou même les articles 6²⁰⁷, 8²⁰⁸ et 10²⁰⁹ consacrés

²⁰⁵ Sur ce point, v. *infra* nos 490 et s.

²⁰⁶ Art. 4 Règlement Rome II : « 1. Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où 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. 2. Toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique. 3. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question. »

²⁰⁷ Art. 6 Règlement Rome II : « 1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être. 2. Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable. 3. a) La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être. b) Lorsque le

respectivement à la concurrence déloyale, l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle et l'enrichissement sans cause.

124. Pour pouvoir bénéficier de l'application des dispositions du Règlement Rome II, il suffit que le fait générateur de dommage précontractuel soit intervenu après son entrée en vigueur, soit le 11 janvier 2009. Ce qui laisse supposer que les prochains contentieux dont auront à connaître les juridictions seront assurément soumis au Règlement Rome II. Reste cependant à relever que cette application sera circonscrite aux contentieux précontractuels de nature délictuelle. Le Règlement Rome II cède ainsi sa place aux règles de conflits de lois relatives aux obligations contractuelles à un double titre : d'une part, lorsque le contentieux précontractuel a une nature contractuelle et, d'autre part, quand son article 12 est mis en œuvre et renvoie à la loi du contrat.

125. La détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles peut à présent être réalisée grâce à l'adoption récente d'un règlement communautaire dédié à cet effet, le Règlement Rome I. Cet instrument communautaire a remplacé la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles dont il a repris partiellement les solutions²¹⁰. Selon ses dispositions, il s'applique aux contrats conclus après le 17 décembre 2009.

marché est affecté ou susceptible de l'être dans plus d'un pays, le demandeur en réparation qui intente l'action devant la juridiction du domicile du défendeur peut choisir de fonder sa demande sur la loi de la juridiction saisie, pourvu que le marché de cet État membre compte parmi ceux qui sont affectés de manière directe et substantielle par la restriction du jeu de la concurrence dont résulte l'obligation non contractuelle sur laquelle la demande est fondée. Lorsque le demandeur, conformément aux règles applicables en matière de compétence judiciaire, cite plusieurs défendeurs devant cette juridiction, il peut uniquement choisir de fonder sa demande sur la loi de cette juridiction si l'acte restreignant la concurrence auquel se rapporte l'action intentée contre chacun de ces défendeurs affecte également de manière directe et substantielle le marché de l'État membre de cette juridiction. »

²⁰⁸ Art. 8 Règlement Rome II : « 1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée. 2. En cas d'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle communautaire à caractère unitaire, la loi applicable à toute question qui n'est pas régie par l'instrument communautaire pertinent est la loi du pays dans lequel il a été porté atteinte à ce droit. 3. Il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14. »

²⁰⁹ Art. 10 Règlement Rome II : « 1. Lorsqu'une obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause, y compris un paiement indu, se rattache à une relation existante entre les parties, telle qu'une obligation découlant d'un contrat ou d'un fait dommageable présentant un lien étroit avec cet enrichissement sans cause, la loi applicable est celle qui régit cette relation. 2. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 et que les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment où le fait donnant lieu à l'enrichissement sans cause survient, la loi applicable est celle de ce pays. 3. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base des paragraphes 1 ou 2, la loi applicable est celle du pays dans lequel l'enrichissement sans cause s'est produit. 4. S'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1, 2 et 3, la loi de cet autre pays s'applique. »

²¹⁰ Art. 24 Règlement Rome I : « convention de Rome, sauf en ce qui concerne les territoires des États membres qui entrent dans le champ d'application territorial de cette convention et qui sont exclus du présent règlement en vertu de l'article 299 du traité. 2. Dans la mesure où le présent règlement remplace entre les États membres les dispositions de la convention de Rome, toute référence faite à celle-ci s'entend comme faite au présent règlement. »

Il faut alors distinguer deux hypothèses : Si le contentieux précontractuel porte sur un contrat déjà conclu, qu'il s'agisse du contrat principal ou d'un avant-contrat organisant les négociations, alors cette condition pourra se vérifier. Il suffira de vérifier que le contrat litigieux a bien été conclu après cette date. Par contre, si le litige précontractuel porte sur un projet de contrat avorté et constitue une hypothèse de *culpa in contrahendo* prévue par l'article 12 du Règlement Rome II, cet article renvoie à la loi qui aurait été applicable au contrat s'il avait été conclu. L'existence du contrat restant virtuelle, cette date ne peut être déterminée. Prenons par exemple le cas le plus représentatif, la rupture des pourparlers. Par hypothèse, si les pourparlers sont rompus, le contrat n'est pas formé et la date de conclusion ne peut être déterminée. Aucun des règlements communautaires ne traitant expressément cette difficulté, il conviendrait, le plus logiquement, de retenir la compétence du Règlement Rome I dès lors que le fait dommageable survient après sa date d'entrée en vigueur, soit le 17 décembre 2009.

Une difficulté peut surgir lorsque la rupture des pourparlers intervient alors qu'une date de signature du contrat a déjà été convenue entre les parties. Il est possible que la rupture soit constatée avant l'entrée en vigueur du Règlement Rome I, alors que la date de conclusion du contrat a été fixée à une date postérieure. Par exemple, les parties ont pu prévoir de se rencontrer le 1^{er} janvier 2010 pour sceller définitivement leur accord, mais le 1^{er} décembre 2009 les pourparlers se sont brutalement rompus. Peut-on, dans cette hypothèse, reconnaître une conclusion virtuelle du contrat ? Ce raisonnement ne surprendrait pas puisqu'il découlerait directement des spéculations adoptées par l'article 12 du Règlement Rome II. Pour déterminer la loi applicable à la rupture des pourparlers, il est nécessaire de rechercher la loi qui aurait été applicable au contrat et pour cela de considérer le contrat virtuellement conclu. Par conséquent, lorsque l'application du Règlement Rome I est commandée par l'article 12 du Règlement Rome II et que la date de conclusion du contrat avorté est connue, elle doit être considérée pour apprécier l'applicabilité de cet instrument. Si, au contraire, aucune date ne peut être établie avec certitude, il faudrait se fonder sur la date de survenance du fait à l'origine du dommage pour constater la compétence du règlement.

Comme il a été relevé précédemment, il est probable que le contentieux précontractuel traité entrera dans le champ d'application temporel du Règlement Rome I. C'est pourquoi, il a été choisi, dans le cadre de cette étude, de faire porter l'analyse exclusivement sur cet instrument. Toutefois, la jurisprudence antérieure, établie sur le fondement de la Convention de Rome, restant en vigueur, il sera régulièrement fait référence à ce texte tout au long de l'étude.

126. Il ne faudrait pas déduire trop hâtivement des développements précédents que seul le Règlement Rome I permet de déterminer la loi du contrat, lorsqu'elle a vocation à régir le contentieux précontractuel. Ce texte prévoit expressément son éviction en cas de convention spéciale²¹¹. Or, en matière de négociations précontractuelles, deux conventions de règles de conflit de lois sont susceptibles de trouver application : les Conventions de La Haye de 1955

²¹¹ Cf. art. 25 Règlement Rome I : « 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 ».

et 1978. L'ancienneté de ces conventions écarte toute interrogation quant à leur applicabilité temporelle et justifie que seule leur applicabilité matérielle soit analysée.

La Convention de La Haye du 15 juin 1955 est réservée aux ventes d'objets mobiliers corporels. Comme le Règlement Rome I, il est nécessaire que le contentieux relève de la loi du contrat, soit par sa nature contractuelle, soit par renvoi de l'article 12 du Règlement Rome II. De plus, le contrat conclu ou à conclure doit avoir pour objectif la vente d'objets mobiliers corporels.

Enfin, il est fréquent que les négociations ne soient pas conduites par les intéressés eux-mêmes, mais par des agents spécialement mandatés à cet effet. De ce fait, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 portant sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation est susceptible de trouver application dans la gestion des pourparlers internationaux. D'après le texte, une personne, l'intermédiaire, doit disposer du pouvoir d'agir, agir ou prétendre agir avec un tiers pour le compte d'une autre personne, le représenté²¹². Ainsi, pour que cette convention intéresse le contentieux précontractuel, il suffit que les négociations soient conduites par un négociateur spécialement mandaté à cet effet et que le contentieux concerne un agissement de ce négociateur dans le cadre des négociations.

De la compétence juridictionnelle aux règles spéciales de conflits de lois en matière délictuelle et contractuelle, le raisonnement conflictuel peut être aisément mené sur le terrain précontractuel grâce à l'existence d'outils variés. Mais la résolution des contentieux précontractuels peut également s'accomplir par application de règles matérielles, d'égale abondance.

2. LES REGLES MATERIELLES

127. Pareillement aux règles de conflit, les règles matérielles applicables aux négociations internationales précontractuelles couvrent un champ large partant de la compétence juridictionnelle (a) pour s'étendre aux règles de droit applicables (b).

a. Les règles matérielles relatives à la compétence juridictionnelle

128. Concernant les règles matérielles relatives à la compétence juridictionnelle, l'enjeu de la découverte du caractère international des négociations précontractuelles se concentre sur la reconnaissance de la nature internationale de l'arbitrage. En effet, l'arbitrage interne et international sont soumis à des régimes juridiques différents. Le Code de procédure opère clairement cette distinction puisque son livre IV réservé à l'arbitrage comprend un volet dédié à l'arbitrage interne (articles 1442 à 1503) et un second consacré à l'arbitrage international (articles 1503 à 1527). Sans être exhaustif sur la question, il peut être relevé que le régime de l'arbitrage international est beaucoup moins rigide que le régime de l'arbitrage interne. Peut être relevée, à titre d'exemple, l'absence de condition de forme imposée aux conventions

²¹² Art. 1, al. 1, Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, faite à La Haye le 14 mars 1978, *JO* 8 mai 1992, p. 6307.

d'arbitrage international²¹³, alors que les conventions d'arbitrage interne doivent être rédigées par écrit, sous peine de nullité²¹⁴. De même, concernant le sort de la sentence, la réglementation diffère. La sentence rendue en matière interne pourra faire l'objet d'un appel alors que la sentence rendue en matière internationale ne pourra être sanctionnée qu'à l'occasion du recours en annulation, si la sentence a été rendue en France²¹⁵. Cette différence de régime justifie une recherche du caractère international du litige susceptible d'ouvrir la voie d'un arbitrage international, mais aussi l'application de règles de droit plus souples.

b. Les règles matérielles relatives au droit applicable

129. Le caractère international des négociations précontractuelles leur ouvre l'accès au corps de règles internationales forgées par les acteurs du commerce international²¹⁶, autrement appelée la *lex mercatoria*. Elle constitue un « droit transnational, réceptacle des principes communs aux droit nationaux, mais creuset aussi des règles spécifiques qu'appelle le commerce international »²¹⁷. Face aux divergences notables des droits étatiques en matière de règles applicables au commerce international, la *lex mercatoria* apparaît comme une réponse adéquate. Elle permet en effet de rassembler sous une seule appellation un ensemble de règles communes assurant une certaine ressemblance entre les droits des Etats développés²¹⁸, même si sa définition encore incertaine reste soumise à de nombreux débats²¹⁹. Fondement principal de la réglementation des négociations précontractuelles, le principe de bonne foi a été consacré au titre de principe de la *lex mercatoria*²²⁰. Son utilisation fréquente par les arbitres et l'interprétation extensive qu'ils lui réservent²²¹ fait du principe de bonne foi dans la *lex mercatoria* un instrument efficace de réglementation des litiges du commerce international. Cependant, la question de savoir si la reconnaissance de la bonne foi a permis d'ériger la *culpa in contrahendo* au titre de principe général de la *lex mercatoria* reste plus délicate à trancher. Si la sentence arbitrale CCI n° 2540²²² lui a reconnu une telle valeur, il n'en demeure pas moins que cette décision a été rendue en application d'un droit national en l'espèce²²³, ce qui conduit à réduire sa portée de manière significative. De plus, les données seront bouleversées si le litige intervient dans un cadre informel ou si le devoir de négocier a été imposé par les parties au travers de la conclusion d'un avant-contrat organisant les

²¹³ Art. 1507 C. proc. civ.

²¹⁴ Art. 1443 C. proc. civ.

²¹⁵ Art. 1518 C. proc. civ.

²¹⁶ B. M. CREMADES, S. L. PLEHN, « The New *Lex mercatoria* and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions », *Boston Univ. ILJ*, 1984, p. 317.

²¹⁷ B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de Philosophie du droit*, 1964, p. 177.

²¹⁸ M. MUSTILL, « The New *Lex mercatoria*: The First Twenty-five Years », *Arbitration International*, 1988, pp. 86 à 119, spéc. pp. 89 et 90.

²¹⁹ P. MAYER, « Le Principe de Bonne Foi devant les Arbitres du Commerce International », in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993, p. 543. Disponible également sur : <http://www.trans-lex.org/115700>.

²²⁰ Selon B. GOLDMAN, la bonne foi serait « de l'essence de la *lex mercatoria* », v. B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI* 1979, p. 475.

²²¹ P. MAYER, « Le Principe de Bonne Foi devant les Arbitres du Commerce International », *op. cit.*, spéc. p. 544.

²²² Sent. CCI, n° 2540, *Arbitration International*, 1988, p. 111.

²²³ Y. DERAÏNS, *JDI* 1976, p. 947.

tractations²²⁴. Ce constat justifie une analyse du rôle de la *lex mercatoria* dans le traitement du contentieux précontractuel²²⁵.

130. Mais la notion de responsabilité précontractuelle n'apparaît pas uniquement à travers les principes évanescents de la *lex mercatoria*, elle existe également sous une forme de règles codifiées. Les Principes UNIDROIT, de même que les Principes du droit européen du contrat, ont prévu des règles spécifiques aux négociations précontractuelles. Pour une présentation rapide²²⁶, il est possible de citer l'article 2.1.15²²⁷ des Principes UNIDROIT ayant pour objet de sanctionner les comportements de mauvaise foi adoptés par les parties lors des pourparlers et qui trouve son homologue européen à l'article 2 :301²²⁸ des Principes du droit européen du contrat. Peut également être relevée l'existence de dispositions protectrices des informations confidentielles échangées lors des pourparlers²²⁹, ou encore d'une réglementation complète relative à l'émission de l'offre et son acceptation²³⁰. L'applicabilité de ces textes se présente comme un atout pour les parties dès lors qu'ils proposent des règles étendues à une majorité des questions soulevées lors des pourparlers.

131. Les Principes UNIDROIT et les Principes du droit européen du contrat réservent leur application au contrat²³¹. Lorsque le dommage précontractuel est analysé alors que le contrat a déjà été conclu, cette condition ne présente aucune difficulté. C'est le cas notamment lorsque

²²⁴ V. les discussions du tribunal arbitral quant aux obligations imposées par un contrat de négociation, dans l'affaire *Grèce c./République fédérale d'Allemagne*, Sent. CCI du 26 janvier 1972, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. XIX, ICC Publishing, p. 27, décidant qu'en vertu du *pactum de negotiando* conclu entre les parties, ces dernières s'étaient engagées à entamer des négociations significatives qui ne pouvaient être menées à bien si chaque partie conserve sa position en refusant tout compromis; V. aussi l'observation suivante du tribunal arbitral, dans l'affaire *ad hoc Aminoil c./Koweït*, Sent. du 24 mars 1982, *JDI* 1982, p. 869, obs. Ph. KAHN : « Une obligation de négocier n'est pas une obligation de conclure. Néanmoins, l'obligation de négocier n'est pas dénuée de contenu, et lorsqu'elle existe à l'intérieur d'un cadre juridique bien défini, elle peut parfaitement impliquer des devoirs précis. Il se peut que l'échec de la négociation soit attribué au comportement de l'une des parties, et, dans ce cas, la question s'examine sur le terrain de la responsabilité, et devrait y trouver sa solution », v. aussi les commentaires apportés sur cette sentence par G. BURDEAU, *Annuaire français de droit international* 1982, vol. 28, p. 454.

²²⁵ Sur ce point, v. *infra* nos 991 et s.

²²⁶ V. pour une analyse plus complète nos 986 et s.

²²⁷ Art. 2.1.15 Principes UNIDROIT : (*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. »

²²⁸ Art. 2:301 PDEC : Négociations contraires 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) 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. »

²²⁹ Art. 2.1.16 des Principes UNIDROIT et art. 2 :302 PDEC.

²³⁰ Art. 2.1.1 à 2.1.12 des Principes UNIDROIT et art. 2 :201 à 2 :211 PDEC.

²³¹ Ce principe se déduit du préambule des Principes UNIDROIT et de l'art. 1 :101 PDEC qui précisent que ces textes s'appliquent dès lors que les parties ont exprimé le choix d'y soumettre leur contrat.

le litige porte sur un manquement au devoir précontractuel d'information qui ne remet pas en cause la validité de la convention conclue. Si le contentieux résulte au contraire de l'échec des négociations, alors aucun contrat ne pourra être constaté. Pourtant, les Principes connaissent de la rupture des pourparlers et devraient pouvoir s'appliquer à cette hypothèse. Cette application pourrait s'envisager grâce au renvoi opéré par l'article 12 du Règlement Rome II, relatif à la *culpa in contrahendo*. Cet article prévoit en effet que la loi applicable à une obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu. Il est possible de s'interroger sur la question de savoir si le choix des parties de soumettre leur futur contrat aux Principes peut déclencher leur compétence pour régir la phase des pourparlers²³². Ce qui permettrait ainsi une application large des Principes, au stade de l'avant-contrat²³³.

132. Il faut également relever que les objectifs de ces deux textes divergent. Les Principes du droit européen du contrat sont destinés à s'appliquer « en tant que règles générales du droit des contrats dans l'Union européenne »²³⁴. Ils ont vocation à régir tous les contrats conclus entre personnes privées. Les Principes UNIDROIT précisent par contre dès leur préambule que les règles qu'ils énoncent sont réservées aux contrats du commerce international. Ce qui semble limiter, à première lecture, le champ d'application des Principes UNIDROIT aux contrats « du commerce ». Cependant, cette restriction n'a pas pour but de circonscrire la portée de ce texte, mais de simplement exclure les « opérations de consommation qui sont soumises dans les divers systèmes juridiques à des règles spéciales, impératives pour la plupart, visant à la protection du consommateur »²³⁵. L'existence de ces règles protectrices place ces contrats sous un régime spécial et dérogoratoire du droit commun des contrats. Ils échappent ainsi non seulement à l'application des Principes UNIDROIT, mais aussi des Principes du droit européen du contrat. Une seconde lecture du texte permet donc d'établir que ces deux textes trouvent à s'appliquer aux contrats conclus dans l'exercice d'une activité commerciale ou professionnelle.

133. Reste à s'interroger sur la reconnaissance du caractère normatif de ces Principes. Tous deux prévoient leur application dès lors que les parties ont exprimé leur volonté en ce sens. Cependant, en l'absence de caractère contraignant, le juge étatique ne pourra leur reconnaître qu'une valeur de stipulation contractuelle et placer le contrat sous l'égide d'une loi étatique. C'est le sort qui était réservé aux règles non étatiques depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Rome²³⁶. Lors de la transformation de ce texte en règlement communautaire, le

²³² Encore faut-il que le choix en faveur d'un droit applicable au contrat futur puisse être reconnu, ce qui reste contestable, v. sur ce point n^{os} 655 et s.

²³³ La question de l'applicabilité des Principes UNIDROIT et des PDEC au contentieux précontractuel, en l'absence de contrat, sera traitée aux n^{os} 993 et s.

²³⁴ Art. 1 :101 PDEC.

²³⁵ V. les commentaires officiels apportés au préambule des Principes UNIDROIT, pp. 2 et s.. Disponible sur :<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-f.pdf>

²³⁶ Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE*, n^o 27, 26 janv. 1998, pp. 34 à 46.

débat portant sur la reconnaissance de ces sources extranationales a été relancé. Le projet de Règlement Rome I proposé en 2005 avait choisi d'autoriser les parties à choisir, comme droit applicable, des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire²³⁷.

Cette formulation permettait d'étendre le choix aux Principes UNIDROIT et Principes du droit européen du contrat, tout en le soustrayant à la *lex mercatoria* ou tout autre source codifiée d'origine incertaine, répondant ainsi favorablement aux attentes de la doctrine²³⁸. Cependant, cette proposition ne sera restée qu'un vœu pieux puisque la version définitive du Règlement Rome I, adoptée en 2009, a écarté cette disposition pour conserver une position rigide. Dès lors, les Principes UNIDROIT ou les Principes de droit européen des contrats ne pourront s'appliquer, devant le juge étatique, en tant que choix de loi applicable aux négociations précontractuelles. Sauf, si leur application est réclamée devant une juridiction arbitrale qui pourra se soustraire à l'application stricte du Règlement Rome I²³⁹.

134. Enfin, le panorama des règles matérielles applicables aux négociations précontractuelles ne pourrait être complet sans mentionner l'unique texte contraignant en la matière, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), signée à Vienne le 11 avril 1980. L'analyse de cette convention, dans le cadre de l'étude des pourparlers précontractuels, pourrait surprendre puisqu'aucune de ses dispositions ne traite directement des négociations qu'il s'agisse de la rupture des pourparlers ou du retrait d'une offre par exemple. Pourtant, ce texte intéresse la formation du contrat puisqu'à travers ses articles 14 à 26, il définit la notion d'offre et d'acceptation et règlemente leur rencontre. Aussi, cette convention sera susceptible d'intervenir, au cours de l'étude du contentieux précontractuel, lorsque le litige portera sur l'existence même du contrat et que sa formation sera douteuse. Son champ d'application est temporellement circonscrit aux contentieux intervenant après son entrée en vigueur. Il est également limité aux questions de nature précontractuelle traitées ainsi qu'à la nature du contrat conclu.

135. La Convention s'applique tout d'abord si le contrat a été conclu après son entrée en vigueur²⁴⁰. En matière de contentieux précontractuel, cette première condition est délicate à réaliser. En effet, comme il vient d'être établi dans le développement précédent, la Convention de Vienne ne s'appliquera qu'à l'hypothèse de formation douteuse du contrat. Or le doute portant sur l'existence du contrat s'étendra inévitablement sur sa date de formation

²³⁷ Proposition de Règlement du Parlement et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM(2005) 650 final, 2005/0261 (COD).

²³⁸ V. K. BOELE-WOELKI, « The UNIDROIT Principles of international commercial and the Principles of european contract law : how to apply them to international contracts », *Uniform law review* 1996, n°4, p. 652; B. ANCEL, « *Auctoritate rationis*, Le droit savant du contrat international », in *Clés pour le 20^{ème} siècle*, Mélanges de l'Université Paris II Panthéon-Assas, 2000, p. 583; F. DE LY, « Choice of law clauses, UNIDROIT Principles of international commercial contracts and Article 3 Rome Convention : the *lex mercatoria* before domestic courts or arbitration privilege ? » in *Etudes offertes à B. MERCADAL*, éd. Francis Lefebvre, Paris, 2002, p. 133.

²³⁹ Sent. CCI n° 5953, rendue en 1989, *JDI* 1990, p. 1056, obs. Y. DERAÏNS.

²⁴⁰ Art. 100 al. 2 CVIM.

présumée. Conscients de cet écueil, les rédacteurs de la Convention ont prévu que ce texte s'appliquait à la formation des contrats dès lors que la proposition de contracter est intervenue après l'entrée en vigueur²⁴¹. Contrairement au Règlement Rome I qui laisse subsister cette complexité²⁴², la Convention de Vienne la résout en retenant la date de formulation de la proposition à l'origine de la conclusion présumée du contrat.

En outre, elle présente un champ d'application matérielle doublement limité. L'opération envisagée doit porter sur une vente de marchandises à caractère commercial ou professionnel²⁴³. De plus, le commanditaire ne doit pas fournir une part essentielle des matériels nécessaires à la fabrication desdites marchandises et l'obligation du fournisseur ne peut consister en une fourniture de main-d'œuvre ou autres services. Dès lors que ces conditions sont remplies, la Convention de Vienne trouve à s'appliquer. Cette applicabilité résulte du caractère international du contentieux.

136. L'internationalité des négociations précontractuelles permet donc aux parties de bénéficier d'une réglementation internationale étendue : des règles conflictuelles aux règles matérielles traitant de la juridiction compétente et du droit applicable. Mais les conséquences du caractère international des pourparlers ne s'expriment pas qu'au niveau juridique, elles se manifestent également au niveau pratique.

B. LES CONSEQUENCES PRATIQUES DE L'INTERNATIONALITE

137. Le caractère international des négociations conduit inévitablement les parties à résoudre des difficultés concrètes. Certaines relèvent de l'évidence comme l'organisation matérielle des discussions pour estomper les distances qui séparent les parties (1). D'autres, plus subtiles, consistent à abattre les frontières culturelles qui compliquent les négociations (2).

1. L'ELOIGNEMENT GEOGRAPHIQUE

138. Pour faire face à cet obstacle pratique, les parties aux pourparlers usent de moyens divers tels que la mise en place de réunions et l'utilisation d'outils de communication spécifiques. Ces pratiques complexifient le déroulement des négociations. Certaines difficultés d'ordre matériel portent sur l'organisation matérielle des discussions (a), alors que d'autres intéressent davantage la reconnaissance des échanges à distance (b).

a. L'organisation complexe de rencontres

²⁴¹ Art. 100, al., 2 CVIM.

²⁴² V. *supra* n° 125.

²⁴³ Art. 2, al. 1, CVIM : « La présente Convention ne régit pas les ventes: a) de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage; [...] ».

139. Pour échapper à la virtualité des négociations conduites à distance, les partenaires cherchent à organiser des rencontres entre eux. Eloignées par une distance plus ou moins importante, les parties peinent à organiser des entrevues. Cette démarche est à la fois chronophage et onéreuse. Les déplacements nécessitent la réquisition de temps à cet effet, mais aussi la réunion de moyens suffisants pour ce résultat. Les déplacements peuvent se limiter aux seuls responsables des tractations ou nécessiter la présence d'autres représentants de la société, alourdissant les charges.

Bien que complexes à organiser, ces réunions sont pourtant essentielles dans le cadre des pourparlers car elles permettent de concrétiser les échanges. Il est en effet primordial d'instaurer une relation de confiance entre les parties et pour cela un rapprochement physique est nécessaire. Dans certains Etats, comme c'est le cas en Chine, l'établissement d'un climat de confiance est indispensable à la réussite des pourparlers et justifie que les tractations s'étalent sur une durée particulièrement longue²⁴⁴. Cette démarche entraîne en effet un étirement des discussions dans le temps. Or, cette longueur peut rapidement devenir dommageable. En effet, tout au long des tractations, les parties se consacrent à la préparation du projet commun. Les coûts engendrés par les pourparlers persistent jusqu'à la conclusion du contrat. Il est effectivement possible d'envisager que les parties aient fait appel à des tiers pour organiser les négociations. Leur engagement se poursuit aussi longtemps que durent les échanges.

140. De plus, la longueur des tractations ouvre aux parties la possibilité de revirement. Les parties restent susceptibles durant cette durée de rompre à tout moment les négociations. L'allongement des discussions accroît ce risque de retrait brutal des pourparlers. D'autant que cette lenteur permet à la concurrence de formuler des offres plus attractives. Or, cette intervention peut générer deux hypothèses de préjudice. La partie aux négociations qui reçoit cette proposition extérieure peut choisir d'abandonner les pourparlers pour traiter avec le tiers, créant ainsi un dommage à l'égard de la partie délaissée. Mais il est également envisageable que le bénéficiaire de l'offre la décline pour poursuivre les négociations. Dès lors, en cas d'échec ultérieur des pourparlers, il pourra être reproché à l'autre partie la perte de chance de conclure ce contrat avec le tiers²⁴⁵.

Enfin, la distance séparant les parties aux négociations internationales n'engendre pas seulement un risque d'étirement des discussions dans la durée et des difficultés pratiques d'organisation des déplacements, elle nécessite aussi souvent la mise à contribution d'intermédiaires, afin de relayer les informations échangées. Pour contourner ces interventions, les parties choisissent de communiquer directement grâce à des instruments d'échange à distance.

b. La communication à distance

²⁴⁴ G. ROUGIER-BRIERRE, « Spécificités de la négociation et de la pratique contractuelles en Chine », *RDAL* 2007, pp. 151 et s, spéc. 154.

²⁴⁵ V. chapitre 2, les dommages réparables et la jurisprudence citée nos 268 et s.

141. La distance physique entre les parties engendre la formation du contrat à distance. La difficulté repose sur la date de prise en compte de l'effectivité de l'expression d'une volonté lorsque les informations échangées sont contradictoires. Le cas se présente quand le retrait d'une offre est émis avant la réception de l'acceptation. L'utilisation du courrier postal a justifié le traitement de cette question par le droit international²⁴⁶. Cependant, ces dernières années, le développement des communications par voie électronique a permis de réduire les espaces de temps entre les transmissions jusqu'à les rendre instantanées. L'intervention de ce nouveau mode de communication n'a pourtant pas permis d'annihiler toutes ces difficultés, elle les a simplement transformées.

142. A l'origine, les interrogations portant sur la conclusion de contrats à distance portaient sur la date d'appréciation de l'offre et de l'acceptation. Il s'agissait de déterminer si une offre pouvait être rétractée avant sa réception par le destinataire et avant son acceptation. Concernant l'acceptation, sa prise d'effet pouvait être reconnue à la date de son émission par l'acceptant ou de sa réception par l'offrant. Plus les transmissions traînaient en longueur, plus le risque de revirement d'une partie était élevé.

La transmission instantanée de données par l'utilisation du courrier électronique a déplacé la question sur le terrain de la réception par les différents droits des instruments électroniques de communication. Le droit a œuvré pour que la protection assurée à la formation du contrat se prolonge à la conclusion par voie électronique²⁴⁷. Il est essentiel que la manifestation d'une volonté à travers un document papier conserve son effectivité lorsqu'elle s'exprime *via* un écrit électronique. Cette célérité est nécessaire à la pérennité des tractations. Elle permet d'alléger la complexité des échanges qui se heurtent fréquemment à une barrière culturelle dans un cadre international.

2. L'ELOIGNEMENT CULTUREL

143. Le caractère international des négociations conduit à assister à des échanges entre des parties de cultures différentes. Cette période fondamentale d'échanges qui constitue la phase de construction du projet contractuel ne peut être productive que si les parties parviennent à communiquer dans un entendement parfait. Or, les diversités culturelles qui séparent les parties se traduisent par l'adoption de pratiques différentes (a) qui nuit à la bonne compréhension mutuelle, au même titre que l'utilisation de langues étrangères (b).

a. Les divergences de comportements

²⁴⁶ V. art. 15 à 24 CVIM et art. 2.1.3 à 2.1.10 Principes UNIDROIT.

²⁴⁷ Pour une prolongation des dispositions de la CVIM aux contrats conclus par voie électronique, v. la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux adoptée le 23 novembre 2005; Comp. en droit communautaire la directive 2000/35/CE du 29 juin 2000 sur le commerce électronique, *JOCE* L 178 du 17 juillet 2000, p. 1; R. SCHUZE, « Des principes de la conclusion du contrat dans l'acquis communautaire », *RIDC* 2005, vol. 4, pp. 877 à 898, spéc. p. 889; M. DEMOULIN, in *Le processus de formation du contrat*, M. FONTAINE (dir.), Bruxelles/Paris, 2002, pp. 693, 769 et s.

144. Les négociations internationales, terrain de prédilection des échanges culturels, sollicitent un effort d'adaptation de la part des parties. Chacune doit analyser le comportement de son partenaire au regard des conceptions étrangères pour comprendre ses attentes et ses propositions. Mais elle doit aussi ajuster sa propre attitude à des considérations qui peuvent lui paraître obscures. Par exemple, un partenaire grec manifera son accord par un mouvement de la tête de gauche à droite et exprimera au contraire son désaccord par un hochement de la tête de haut en bas²⁴⁸. Cette attitude pourrait bien décontenancer certains négociateurs, notamment français, qui confèrent un sens totalement contraire à cette gestuelle. Or, dans le cadre des pourparlers, il est fondamental que les parties puissent communiquer avec fluidité et sans contresens.

145. Il est également délicat pour les parties de s'adapter à des pratiques étrangères qui diffèrent du droit dont elles ont connaissance. En matière de cession d'entreprise, la pratique anglo-américaine qui impose la transmission d'un nombre important d'informations est devenue la norme²⁴⁹, plébiscitée par les praticiens qui lui ont reconnu un double avantage : elle contraint les parties à adopter un comportement de transparence et permet une discussion lors des négociations sur l'ensemble des éléments susceptibles d'intéresser la relation, ce qui permet d'échapper à la survenance de contentieux sur ces questions. Dans un tel contexte, des négociateurs acclimatés aux méthodes anglo-américaines attendent de leurs partenaires une communication exhaustive de données, alors que leurs interlocuteurs restent plus réticents à dévoiler des informations confidentielles²⁵⁰.

146. Le caractère international des négociations précontractuelles ne constitue donc pas un élément neutre mais entraîne des conséquences qui peuvent venir perturber le bon déroulement des pourparlers, voire même mener au contentieux en cas d'incompréhension entre les parties. Il est donc essentiel de dégager des règles spécifiques, adaptées à cette catégorie de litige. Pour cela, il ne suffit pas de retenir l'existence d'une implication du droit international privé, il faut également constater l'initiation de véritables négociations précontractuelles en s'appuyant sur leur définition.

b. La barrière de la langue

147. L'internationalité des négociations se traduit par une confrontation de plusieurs langues étrangères qui trouble la compréhension des échanges. Non seulement il est nécessaire de garantir l'effectivité des échanges par une traduction des tractations, mais il convient aussi d'opérer un choix entre les langues en présence, choix qui peut relever d'une véritable stratégie. Le langage occupe effectivement une place essentielle au stade des négociations. Les mots utilisés doivent être déterminés avec rigueur puisqu'ils traduisent une certaine intensité de l'engagement accepté²⁵¹. Une simple invitation à entrer en pourparlers ne

²⁴⁸ J.-M. LONCLE, J.-Y. TROCHON, « La phase de pourparlers dans les contrats internationaux », *RDAI* 1997, pp. 3 à 37, spéc. p. 15.

²⁴⁹ J.-F. PRAT, « L'importation des pratiques juridiques étrangères », *LPA* 27 nov. 2003, n° 237, p. 33.

²⁵⁰ V. les risques encourus par la révélation d'informations confidentielles, nos 205 et s.

²⁵¹ J.-A. ALBERTINI, « Les mots qui vous engagent... », *D.* 2004, p. 230.

doit pas être confondue avec une véritable offre. Une aspiration à la poursuite des discussions ne doit pas être comprise comme une acceptation susceptible d'entraîner la conclusion du contrat.

148. Pour ce faire, les parties peuvent choisir de négocier en conservant leur langue respective et en faisant appel à un traducteur. Cette option permet aux parties de préserver une certaine aisance dans les échanges, puisque chacune maîtrise le mieux sa langue d'origine. Cependant, cette solution présente deux écueils : d'une part, elle implique une traduction des propos qui, par hypothèse, ne peut respecter fidèlement la pensée originale et d'autre part, elle ne permet pas aux parties de réduire l'écart qui les sépare. Or, dans un contexte où les parties œuvrent à la réalisation d'un projet commun, un certain rapprochement est nécessaire. Il est ainsi envisageable qu'une des parties adopte la langue de son partenaire, par déférence ou par opportunité si la langue est communément parlée. Mais un tel comportement peut être interprété²⁵² comme l'adoption d'une position de faiblesse, faussant le jeu normal des pourparlers. Le choix d'une langue neutre semble dès lors approprié, à condition que les parties disposent d'une aisance suffisante dans sa pratique.

149. Les difficultés linguistiques s'accroissent lorsqu'elles portent non plus sur de simples échanges verbaux mais sur la rédaction des actes. Tout d'abord, les langues étrangères suscitent inévitablement des difficultés d'interprétation, les traductions ne pouvant transcrire fidèlement la volonté des parties, puisque certains termes ne trouvent qu'une traduction imparfaite. Le juge qui devra apprécier l'intention des parties se trouvera face à une situation délicate. Il lui faudra évaluer l'intensité de l'engagement souscrit à travers un texte qui a déjà fait l'objet d'une interprétation dans le cadre de la traduction.

150. De plus, lorsque les parties choisissent de soumettre leur contrat à une certaine loi mais le rédigent dans une langue étrangère en utilisant des concepts inconnus de la loi applicable, la lecture du contrat se complique. Par exemple, les parties peuvent avoir inséré, au sein de leur contrat, une clause d'*electio juris* en faveur de la loi française, mais l'avoir entièrement rédigé en anglais en se référant expressément dans cet acte à des concepts de *common law* tels que l'*equity*. Dans cette hypothèse, comment le juge peut-il analyser l'expression de ces notions étrangères dans la mise en œuvre de la loi applicable ? En matière de *culpa in contrahendo*, le droit international privé désigne la loi applicable au contrat qui a été conclu ou qui était simplement projeté. Or, la loi du contrat dépend du choix opéré par les parties. Il peut s'exprimer de manière expresse ou tacite. Ainsi, dans l'exemple cité, il semble envisageable de retenir un choix exprès en faveur de la loi française, mais aussi une élection implicite de la loi anglaise, par le choix de la langue utilisée et des concepts juridiques contenus par le contrat. Il a été avancé que le choix de la langue devait présenter une certaine cohérence avec la loi applicable pour contourner ces difficultés²⁵³. Cette proposition ne suscite pas un grand enthousiasme puisque l'exercice de ces deux choix est soumis à des considérations différentes. L'élection de la loi applicable permet de voir appliquées au contrat

²⁵² J.-M. LONCLE, J.-Y. TROCHON, *op. cit.*, p. 10.

²⁵³ E. ZOLLER, « La rédaction du contrat », *LPA* 06 mai 1998, n° 54, p. 30.

les règles les plus adaptées à son traitement, alors que le choix de la langue est motivé par une simple facilitation de l'accomplissement des formalités de rédaction. Il semble donc plus opportun de considérer, dans une telle hypothèse, que seul le choix explicite de la loi française doit être retenu.

151. Le caractère international des négociations génère ainsi des interrogations spécifiques à la distance physique et culturelle que doivent atteindre les parties pour parvenir à un accord de volonté. Mais surtout, il permet de déclencher le jeu du droit international privé et de faire bénéficier les pourparlers de l'application de sources particulières. Face à de tels enjeux, la découverte de la nature internationale des pourparlers est décisive. Elle se comprend par l'analyse de l'expression de l'internationalité.

§2. L'EXPRESSION DE L'INTERNATIONALITE

152. La période de l'avant-contrat peut être marquée par la présence d'un ou de plusieurs de ses éléments constitutifs à l'étranger. Elle peut conduire à la reconnaissance d'un caractère international aux négociations précontractuelles ou rester totalement neutre. Ce résultat dépend de la pertinence des éléments d'extranéité (A) et du choix opéré par les sources de droit de subordonner leur applicabilité à l'existence à l'étranger d'un élément déterminé (B).

A. LA PERTINENCE VARIABLE DES ELEMENTS D'EXTRANEITE

153. Les négociations précontractuelles présentant un lien avec l'étranger se rencontrent de plus en plus fréquemment. Ce lien peut être unique ou multiple, solide ou ténu. Si l'on raisonne sur l'exemple proposé par Pierre-Yves Gautier ²⁵⁴ d'une négociation entre un Français et un Américain à bord d'un avion d'une compagnie britannique et qui donnerait naissance à un contrat relatif à l'édification d'un musée à Houston, signé au-dessus de l'Inde, une pluralité d'éléments d'extranéité peut être constatée. Les tractations s'échangent entre des parties de nationalités différentes, dans un avion détenu par une compagnie qui leur est étrangère et cela, au-dessus d'un Etat tiers à la relation entre les parties. Le caractère international des négociations se déduit aisément. Cependant, certaines situations peuvent présenter des liens avec l'étranger si minces que la nature internationale reste douteuse. Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

154. Il est tout d'abord possible que l'élément d'extranéité s'exprime au niveau des parties à la négociation. Elles sont parfois établies dans des Etats différents ou disposent de nationalités distinctes. Les échanges peuvent également être menés *via* l'intervention de négociateurs qui eux-mêmes sont localisés à l'étranger. Il est également envisageable que le

²⁵⁴ P.-Y. GAUTIER, « Les aspects internationaux de la négociation », *RTD com*, 1998, pp. 493 à 503, spéc. p. 496, point 9.

déroulement des pourparlers s'effectue dans des Etats différents, soit de façon successive si des réunions s'organisent dans des Etats distincts, soit de façon simultanée si les échanges s'accomplissent à distance. Enfin, l'élément d'extranéité peut se localiser au niveau même de l'objet des pourparlers. Le contrat peut effectivement s'exécuter à l'étranger. Dans ces différentes hypothèses, il est délicat d'affirmer avec certitude l'internationalité des pourparlers. Certains facteurs semblent plus influents que d'autres. Il est donc nécessaire de rechercher les critères d'internationalité afin de pouvoir qualifier les pourparlers. Cette étape est primordiale puisque c'est l'existence de ce caractère international qui justifie l'intervention du droit international privé. La définition du caractère international de la situation doit être entendue à la fois de façon suffisamment large pour considérer toutes les situations impliquant un ordre juridique étranger, tout en restant assez étroite pour éviter que la seule volonté des parties permette l'éviction de la loi nationale compétente²⁵⁵.

155. Le premier réflexe de l'internationaliste sera de se tourner vers l'analyse du droit conventionnel pour espérer trouver quelques éléments de définition de l'internationalité. Il faut avouer que sur cette question, il ne pourra qu'essuyer une certaine déception. En effet, en matière de conflit de lois, le Règlement Rome I, comme le Règlement Rome II, voire même la Convention de Rome, restent très évasifs sur le sujet et réservent simplement leur champ d'application aux « situations comportant un conflit de lois »²⁵⁶. Elles optent pour un critère juridique de l'internationalité, imposant l'existence d'éléments d'extranéité sans apporter d'autres précisions²⁵⁷.

156. Le second automatisme consistera alors à interroger la jurisprudence sur la question. Il est possible de constater qu'aucune décision portée à la connaissance du juge ou de l'arbitre ne traite directement de la question du caractère international des négociations précontractuelles. Certaines réponses ont été apportées dans des espèces particulières²⁵⁸ mais la difficulté ne se présentant pas au niveau de cette qualification, la jurisprudence n'a pas trouvé l'occasion de se prononcer sur ce point. Pour se libérer de cette impasse et tenter d'apporter des éléments de réponse, il semble opportun de s'appuyer sur la définition du caractère international dessinée par la jurisprudence retenue en matière contractuelle. En effet, la proximité entre la matière contractuelle et précontractuelle justifie que l'on puisse user de la jurisprudence retenue en matière de contrat comme base de réflexion pour ensuite transposer le raisonnement à la question des pourparlers précontractuels. L'internationaliste se

²⁵⁵ N. ROZEHNALOVÁ, J. VALDHANS, « A Few Observations on Choice of Law, in Second Decade Ahead: Tracing the Global Crisis », *CYIL* 2010, pp.3 et s., spéc. p.9.

²⁵⁶ Art. 1 Convention de Rome de 1980 et art. 1 Règlement Rome I et II.

²⁵⁷ Sur cette question, l'étude ne s'étendra pas aux champs de compétence des diverses conventions spéciales qui présentent une vocation à s'appliquer au contentieux international. Sur l'appréhension du caractère international par les conventions spéciale, v. notamment C. WITZ, « L'internationalité et le contrat », *Revue Lamy Droit des affaires* 2002, p. 59; Pour la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, v. HEUZE, *La vente internationale de marchandises*, Traité des contrats, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 2000, pp. 5 et s.

²⁵⁸ V. notamment la question de l'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 à une lettre de confort, Cass. Com., 30 janv. 2001, *ING Bank NV Paris C/ Soc. Mantel Holland Beheer BV*, D. 2002, p. 1392, obs. B. AUDIT; *RCDIP* 2001, p. 539, note S. POILLOT-PERUZZETTO.

heurtera encore à une difficulté puisque, ainsi que le souligne Vincent Heuzé, l'incertitude dans laquelle évolue la jurisprudence en la matière, en retenant des critères distincts de façon quelque peu décousue, ne permet pas d'analyse pertinente²⁵⁹. Les juridictions se partagent en effet entre un critère économique d'origine ancienne et le critère juridique consacré notamment par le droit conventionnel, donnant l'effet d'évoluer dans une véritable cacophonie²⁶⁰.

157. Le critère économique a pour origine la célèbre doctrine *Matter* qui qualifie d'international le contrat qui implique « comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre »²⁶¹. Cette définition a été dégagée afin de refuser la qualification de contrat international à un contrat de bail sur un immeuble situé en Algérie consenti par une société anglaise à un français²⁶². Le seul élément étranger résidant dans la nationalité étrangère d'une des parties au contrat. L'application d'une telle doctrine au cas particulier des négociations précontractuelles conduirait à écarter la qualité d'internationale lorsque les discussions ne concernent qu'une société étrangère. Ce qui finalement aboutirait à ne retenir que très rarement l'intervention du droit international privé. Aussi, peut-on se réjouir que ce critère du double flux ait été très tôt appréhendé de façon plus compréhensive pour permettre une approche plus large de l'internationalité. La jurisprudence en a fait découler la notion de mise en jeu des « intérêts du commerce international »²⁶³. Ce critère a été accueilli avec plus d'enthousiasme puisqu'il a été repris dans des termes quasi-identiques pour définir l'arbitrage international²⁶⁴.

158. Un autre courant jurisprudentiel s'est éloigné d'une vision purement économique de la relation contractuelle et a retenu un critère juridique en faisant dépendre l'internationalité de l'existence d'un « contrat qui par ses éléments est susceptible de justifier l'application de législations concurrentes »²⁶⁵. C'est la présence de liens d'extranéité avec la situation qui conduit à retenir un caractère international. Aussi la jurisprudence s'est-elle fondée sur la

²⁵⁹ V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, GLN éd., 1990, n°269.

²⁶⁰ Selon l'expression utilisée par A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993, p. 143.

²⁶¹ Cass. civ., 17 mai 1927, *DP*. 1928, I, p.25, concl. M. MATTER, note H. CAPITANT.

²⁶² Cass. civ., 17 mai 1927, *op. cit.*

²⁶³ Arrêts *Mardelé*, Cass.civ., 19 févr. 1930; arrêt *Dambricourt*, Cass.civ., 27 janv. 1931, *S.* 1933, I, p. 41, note J.-P. NIBOYET.

²⁶⁴ Utilisation de ce critère pour définir l'arbitrage international par le législateur, v. art 1492 C. proc. civ.; par la jurisprudence, CA Paris, 28 janv. 1988, *JDI* 1989, p.1021, note E. LOQUIN.

²⁶⁵ CA Lyon, 19 avr. 1977, *RCDIP* 1979, p. 788, note B. ANCEL; CA Paris, 19 juin 1970, *Hecht*, *JDI* 1971, p. 83, note B. OPPETIT, *JCP* 1971, II, 16927, note B. GOLDMAN, *RCDIP* 1971, p. 692, note P. LEVEL, *Rev. Arb.* 1972, p. 67, note Ph. FOUCARD.

constatation de nationalités différentes des parties²⁶⁶, leur résidence dans des Etats distincts²⁶⁷ ou l'exécution du contrat à l'étranger²⁶⁸ pour qualifier le contrat d'international.

Mais l'insuffisance de ces critères pris indépendamment a rapidement conduit les juridictions à adopter une application cumulative²⁶⁹. Le contrat devient alors international s'il met en jeu les intérêts du commerce international tout en évoluant dans un contexte présentant des éléments d'extranéité. Cette prise en compte additionnelle s'explique par la volonté de ne pas dénier à une relation son caractère international tant en préservant l'intervention du droit international privé des situations faussement internationales, lorsque malgré la présence d'éléments à l'étranger, seul le marché interne se voit affecté. En matière de pourparlers précontractuels, l'ensemble des éléments de la situation ne présentent pas la même pertinence, ce qui justifie la nécessité d'une analyse du contexte des négociations au regard des critères économique et juridique.

B. LA CONSIDERATION PRATIQUE DES ELEMENTS D'EXTRANEITE

159. Qu'ils aient pour fonction de traiter les problèmes relatifs au conflit de lois ou de prévoir des règles matérielles résolvant directement les questions de droit posées, les textes internationaux et communautaires subordonnent leur application à l'existence d'un caractère international de la situation en cause. Cette reconnaissance permet aux parties de déterminer la loi applicable à leur litige au regard des dispositions proposées par ces textes ou de mettre en œuvre des règles spécifiques. Sur ce point, les négociations précontractuelles soulèvent deux interrogations : la première consiste à déterminer si l'internationalité doit s'apprécier au niveau du contrat ou des pourparlers (1), la seconde concerne l'estimation des critères d'extranéité pertinents (2).

²⁶⁶ Cass. civ., 5 déc. 1910, *American Trading*, S. 1911, I, p. 129, note Ch. LYON-CAEN; *Rev. dt. int. pr.* 1911, p. 395; *JDI* 1912, p. 1156, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., 2006, n°11.

²⁶⁷ Cass. Com., 19 janv. 1976, inédit.

²⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 1968, *JDI* 1968, p. 717, note M. SIMON-DEPITRE, *JCP G* 1968, II, 15451, note G. LYON-CAEN; Cass. soc., 8 juill. 1985, *RCDIP* 1986, p. 113, note H. GAUDEMET-TALLON; Cass. soc., 6 nov. 1985, *RCDIP* 1986, p. 501, note P. LAGARDE.

²⁶⁹ Par exemple, CA Toulouse, 26 oct. 1982, *JDI* 1984, p. 603, note H. SYNDET : « Attendu que si chacun de ces caractères a pu être considéré comme insuffisant en lui-même pour établir le caractère international d'une convention, ces deux caractères paraissent difficilement détachables l'un de l'autre et c'est leur conjonction qui caractérise le mieux l'extranéité [...] en la cause, il est constant que le lieu de conclusion du contrat, Ravenna en Italie, la nationalité différente des parties et l'objet même du contrat qui était de permettre à un ressortissant italien de donner pouvoir à un ressortissant français d'accomplir en France un certain nombre d'actes juridiques relevant du droit interne faisaient appel à des normes juridiques émanant des deux Etats.[...] L'application de ces normes juridiques différentes avait bien, d'autre part, pour objet de mettre en jeu les intérêts du commerce international de sorte que les deux critères se retrouvent l'un dans l'autre imbriqués ». V. les commentaires de H. SYNDET sous l'arrêt, spéc. p. 609, qui souligne qu'aucune justification en faveur d'une vision unitaire du caractère international ne vient mettre en échec l'application d'une combinaison de ces deux critères.

1. LE NIVEAU D'APPRECIATION DE L'ELEMENT D'EXTRANEITE

160. La Convention de Vienne sur la vente internationale prévoit l'exigence de cet élément étranger dès son article 1-1. Selon l'article 1-1 a, cette convention s'applique si les parties de vente au contrat sont établies sur le territoire de deux Etats membres différents. A défaut, l'article 1-1 b étend son champ d'application à l'hypothèse où les règles de conflit de lois normalement applicables désignent la loi d'un Etat contractant. Elle opte ainsi expressément pour un critère objectif, aisément vérifiable, le lieu d'établissement des parties aux contrats. Ainsi, le fait que l'acquéreur ait mené les négociations à son bureau situé dans le même Etat que celui du vendeur ne fait pas perdre au contrat son caractère international²⁷⁰. En effet, le lieu de déroulement des négociations reste sans influence. Seul les Etats dans lesquels sont établies les parties sont pris en compte.

161. Les règlements communautaires en matière de conflit de lois, qu'il s'agisse du Règlement Rome I en matière de contrat ou du Règlement Rome II relatif aux obligations extracontractuelles, ne contiennent pas de telles dispositions et restent muets sur la question de la définition de cet élément étranger. Il est possible d'envisager l'hypothèse de pourparlers entamés dans un même Etat avec des parties établies dans ce même pays. Dans ce cas, le déclenchement du jeu du droit international privé ne trouve aucune justification puisque la relation s'avère purement interne. Si par contre le contrat projeté doit s'exécuter à l'étranger, un élément étranger est introduit dans la relation. La question est alors de savoir si cette présence est suffisante pour que les parties puissent soumettre le traitement du contentieux à l'étude de ces règlements.

Si le contentieux relève bien de la matière contractuelle et se voit ainsi soumis au Règlement Rome I, alors il semblerait pertinent de rechercher l'élément d'extranéité au niveau du contrat. En effet, la reconnaissance de l'applicabilité d'une règle de conflit en matière contractuelle signifie que le raisonnement, que le contrat soit valide ou non, doit porter sur le contrat. Ainsi, le contentieux pourrait être considéré comme international si le contrat projeté de s'exécuter à l'étranger, même si le litige repose sur la validité de la convention. Il s'agirait alors de concevoir l'existence d'un contrat virtuel si la loi applicable invalide sa formation.

Cependant, dans le cadre de la rupture des pourparlers, si les parties ne contestent pas le constat de l'échec des négociations, il paraît surprenant de raisonner sur un élément étranger non plus seulement virtuel, mais inexistant. En effet, dès lors que les parties admettent la rupture des négociations et l'absence de contrat, le lieu d'exécution du contrat qui n'a jamais existé semble bien peu pertinent. Cet élément devrait être écarté pour que l'internationalité du contentieux ne s'exprime qu'à travers les négociations : le lieu de déroulement des pourparlers par exemple, ou encore l'établissement des parties dans des Etats différents.

162. C'est la solution qui aurait été certainement retenue si le droit international privé des négociations précontractuelles n'avait pas atteint une nature communautaire. Avant la rédaction du Règlement Rome II, la jurisprudence française appliquait à l'hypothèse de la

²⁷⁰ V. Sent. CCI n°7531, rendue 1994. Disponible sur : www.unilex.info/case.cfm?id=139.

rupture des pourparlers la loi du lieu de survenance du délit. Il était nécessaire de considérer les éléments constitutifs des négociations pour apprécier leur caractère international : le lieu de commission du délit et celui de son expression, le lieu du dommage. Or, l'intervention du Règlement Rome II change quelque peu la donne puisque son article 12 réservé à la *culpa in contrahendo* renvoie à la loi applicable au contrat projeté. Ce qui signifie que le caractère international des négociations peut à présent être déterminé au niveau du contrat. Cependant, il semblerait excessif de retenir le caractère international du contentieux précontractuel si le lieu d'exécution du contrat projeté constitue le seul critère d'extranéité, alors que tous les autres éléments sont situés dans un même Etat. C'est pourquoi, il est nécessaire d'identifier, parmi les éléments constitutifs du litige précontractuel, ceux qui présentent une pertinence suffisante pour conférer un caractère international à la situation.

2. LA DETERMINATION DES ELEMENTS D'EXTRANEITE PERTINENTS

163. Suivant le raisonnement adopté au cours des développements précédents, il paraît inopportun de considérer que des négociations sont internationales dès lors que les échanges se déroulent à l'étranger, alors que les autres éléments de la relation se trouvent localisés dans un même Etat : le lieu d'établissement des parties et le pays d'exécution du contrat projeté. En effet, suivant les dispositions du Règlement Rome II, le raisonnement porte soit sur la loi du contrat, soit sur la loi du lieu du dommage. Dans le premier cas, le Règlement Rome I retient, après la volonté des parties, le lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique. Si seules les tractations s'effectuent à l'étranger, la relation reste donc d'ordre interne²⁷¹. Dans le second cas, le dommage sera très certainement localisé au domicile de la victime, voire au lieu d'exécution du contrat, à savoir dans un même Etat. Le lieu de déroulement des négociations n'est donc pas considéré par ces textes communautaires, ce qui ne peut qu'être approuvé puisque cette localisation peut être totalement fortuite²⁷².

164. De plus, il serait opportun de circonscrire l'élément d'extranéité à un critère territorial, le lieu d'établissement des parties aux négociations, en excluant la considération de la nationalité. Cette solution permettrait d'assurer une uniformisation entre les règles de conflit communautaires et la Convention de Vienne. Le texte retient en effet le critère de l'établissement des parties, sans considération aucune pour la nationalité²⁷³. De même, la nationalité étrangère du négociateur professionnel auquel les parties auraient éventuellement fait appel ne déclenche aucune conséquence puisque l'intermédiaire reste transparent dans le cadre des relations entre les futures parties au contrat. Il n'agit qu'au nom et pour le compte du représenté. Enfin, le droit international privé raisonne en matière de pourparlers sur le domicile et non sur la nationalité des parties. Le Règlement Rome I, compétent par renvoi du Règlement Rome II, désigne effectivement la loi de l'Etat du domicile du débiteur de la prestation caractéristique²⁷⁴.

165. Encore faut-il déterminer ce que le droit international privé entend par la notion d'établissement. Or, sur ce point l'application des textes internationaux laisse subsister une ambiguïté. La difficulté porte sur la question de savoir si les négociations entreprises par une société détenue par une société étrangère pourront être considérées comme internationales. Deux interprétations sont envisageables. La première consiste à considérer que la filiale est

²⁷¹ Cette solution sera conforme au résultat obtenu par application de la CVIM, v. Sent. CCI n°7531, *op. cit.*

²⁷² Cf. l'exemple tiré de l'article de P.-Y. GAUTIER, « Les aspects internationaux de la négociation », *RTD com*, 1998, p. 493, localisant les tractations précontractuelles dans un avion au-dessus de l'océan.

²⁷³ Art. 1, al. 3, CVIM; Sent. arbitrale de la Chambre de commerce et d'industrie bulgare, n°59/1995, 12 févr. 1998. Disponible sur : www.unilex.info/case.cfm?id=421: le tribunal arbitral a refusé l'application de la CVIM en retenant que, même si le contrat litigieux concernait un vendeur bulgare et un acquéreur argentin, les parties étaient établis dans un seul et même Etat ; comp. sur une hypothèse inverse, décision de la Cour suprême autrichienne, *Oberster Gerichtshof*, n°2 Ob 191/98 X, 15 oct. 1998. Disponible sur : www.unilex.info/case.cfm?id=386 : la Cour a reconnu l'applicabilité de la CVIM au motif que les deux parties étaient établies dans des Etats différents, quand bien même elles possédaient la même nationalité.

²⁷⁴ Art. 4, al. 2, Règlement Rome I.

entrée en pourparlers pour le compte de la société-mère étrangère. Il serait alors logique, dans ce cas, d'examiner la filiale comme un simple négociateur mandaté. Elle serait totalement transparente dans la relation et son intervention ne serait donc pas prise en compte. Les pourparlers seraient analysés dès lors comme étant conduits par une société française et une société étrangère, la société-mère.

La seconde interprétation conduit à envisager que la filiale agit pour son propre compte. La solution paraît alors moins évidente. En effet, il semble à première vue que la relation ne concerne que deux sociétés françaises et donc que les négociations restent purement internes. Cependant, si l'on admet un raisonnement plus large, la filiale doit œuvrer à défendre les intérêts du groupe et ainsi, en négociant, elle agit indirectement pour le compte de la société-mère. Suivant ce raisonnement, les négociations présentent bien un caractère international à travers les relations établies entre la société-mère et sa filiale. Pourtant, cette seconde considération paraît peu convaincante. Ce n'est d'ailleurs pas en ce sens que semble se diriger la jurisprudence appliquant la Convention de Vienne. Interrogée sur un contrat conclu entre deux parties établies en France, la Cour d'appel a relevé que le lieu d'établissement invoqué par l'une des parties n'était qu'un bureau de liaison dépourvu de personnalité morale propre²⁷⁵. Il constituait ainsi une simple agence commerciale installée en France d'une société de droit allemand. Aussi, le contrat était-il finalement considéré comme conclu entre une société française et une société allemande. Cette décision ne peut être que favorablement accueillie car le contraire aurait conduit à considérer un simple bureau situé dans un Etat comme le lieu d'établissement des parties, permettant de fonder la compétence d'une loi. Compte tenu de la facilité à installer des locaux à l'étranger, un risque de *law shopping* était à craindre.

166. Face à cette décision, il est tentant d'envisager l'hypothèse où le bureau dont souhaitait se prévaloir la partie aurait disposé d'une personnalité morale propre, telle une filiale. A la lecture de l'arrêt de la Cour d'appel, il semble que la localisation de cette filiale aurait été prise en considération. Le caractère international de la vente aurait alors été écarté, alors même que la société française aurait été détenue par une société-mère étrangère. La filiale aurait été considérée comme étant indépendante de la société-mère. Pourtant, cette hypothèse présentée en jurisprudence n'a pas reçu une telle réponse. La juridiction saisie avait appliqué non pas la Convention de Vienne, comme dans l'espèce précédente, mais les Principes UNIDROIT²⁷⁶. Le contrat avait été conclu entre deux sociétés vénézuéliennes. Mais en retenant une interprétation large de la notion d'internationalité, le caractère international du contrat avait été retenu au motif qu'une des sociétés était la filiale d'une société américaine. Ainsi, le seul fait qu'une partie appartienne à une société étrangère suffirait pour conférer aux actes qu'elle conclut un caractère international. Mais il semble, à la lecture de la décision, que la Cour avait relevé que les intérêts de la société-mère étaient engagés par les actes de sa filiale. Aussi, ces deux jurisprudences restent compatibles si sont

²⁷⁵ CA Paris, 15^{ème} Ch., 22 avr. 1992, *Sté Fauba France FDIS GC Electronique v. Sté Fujitsu Mikroelektronik GmbH*. Disponible sur : www.unilex.info/case.cfm?id=142.

²⁷⁶ Cour suprême du Venezuela, 9 oct. 1997, *Bottling Companies v. Pepsi Cola Panamericana*. Disponible sur : www.unilex.info/case.cfm?id=643.

considérées non seulement l'existence d'une personnalité morale propre, mais aussi la mise en cause des intérêts de la société-mère.

Il serait tout de même pertinent que les textes communautaires s'inspirent de la Convention de Vienne et prévoient des éléments de définition du caractère international dont la présence n'agit pas simplement sur le traitement juridique des pourparlers mais sur leur déroulement pratique.

167. Pour conclure sur la définition des négociations internationales, il doit être relevé que la question de l'élément d'extranéité à prendre en considération pour reconnaître un caractère international aux pourparlers n'est traitée par aucun texte. La jurisprudence ne s'est pas non plus directement prononcée sur ce point. Il s'agit alors, dans le cadre de cette étude, de raisonner sur les données existantes et d'apprécier l'opportunité de leur transposition aux pourparlers pour chercher à proposer une définition du caractère international des négociations. Pour ce faire, certains éléments d'extranéité ont été jugés non pertinents, alors que d'autres ont, au contraire, été retenus.

De l'analyse réalisée, il peut être conclu que la nationalité est un critère qui doit être assurément exclu pour apprécier le caractère international des pourparlers. En effet, l'ensemble des textes intéressant la phase précontractuelle lui préfère le critère de l'établissement des intéressés. Le lieu de déroulement des négociations paraît également inopportun et doit de même être refoulé. Enfin, lorsque les tractations sont réalisées grâce à l'intervention d'un négociateur professionnel qui n'est pas partie au contrat négocié, mais qui agit en tant que mandataire, son établissement à l'étranger ne devrait pas non plus être considéré pour conférer un caractère international aux négociations. Le négociateur doit rester transparent dans la relation qui unit les parties aux pourparlers, son lieu d'établissement devrait rester indifférent.

De façon positive, certains éléments ont été retenus comme opportun pour fonder le caractère international des pourparlers. C'est le cas du lieu d'établissement des parties qui constitue le critère choisi aussi bien par la Convention de Vienne que par les Règlements Rome I et II. Le deuxième critère à considérer est le lieu d'exécution du contrat conclu ou projeté. Malgré le caractère contestable de raisonner sur un tel critère lorsque le contrat n'a finalement pas été conclu, il semble, à travers la lecture du nouveau droit communautaire, que l'exécution du contrat à l'étranger pourrait suffire à donner aux pourparlers une coloration internationale. Pour finir, les négociations pourraient devenir internationales lorsqu'elles impliquent la filiale d'une société étrangère, à la double condition que cette filiale bénéficie d'une personnalité morale propre et que le contrat envisagé mette en cause les intérêts de la société-mère.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

168. Le contentieux né des négociations internationales précontractuelles est difficile à circonscrire, et ce à un double titre. Tout d'abord, la période de l'avant-contrat présente des contours incertains. En théorie, elle est supposée s'étendre dès l'initiation des discussions et s'interrompre à la formation du contrat. Mais la pratique démontre une réalité toute autre. Certains litiges de nature précontractuelle portent justement sur cette formation douteuse du contrat, d'autres dépassent la frontière du contrat pour s'exprimer au cours de la phase contractuelle. C'est le cas notamment du fait dommageable commis lors des pourparlers sur lequel peut reposer une demande en réparation introduite pendant l'exécution du contrat négocié. Par conséquent, la délimitation du contentieux précontractuel, sur lequel porte l'étude, ne relève pas de l'évidence. La diversité des formes qu'il peut emprunter constitue une de ses spécificités majeures. Elle suscite inmanquablement des difficultés au niveau de son traitement, notamment dans la résolution du conflit de lois. Ce qui justifie la place de l'analyse de la polymorphie du contentieux précontractuel au sein de cette étude.

Cet examen a permis de dégager l'élément permettant de conférer à un litige donné un caractère précontractuel : l'existence d'un fait dommageable, survenant en amont de la formation du contrat et dans le contexte de sa préparation et de sa rédaction. Ensuite, il a été relevé que le caractère international des pourparlers pouvait être difficilement décelable dès lors que la localisation de certains éléments à l'étranger présentait peu de pertinence. Il a été proposé sur ce point que seul l'établissement dans des Etats étrangers des parties aux pourparlers devait constituer un élément suffisant pour reconnaître un caractère international aux négociations. Le lieu d'exécution du contrat, de façon bien moins convaincante, risque également de conduire à une telle reconnaissance.

169. A partir de tous les éléments étudiés dans le cadre de ce chapitre, il peut être enfin proposé une définition du contentieux des négociations internationales précontractuelles. Est ainsi désigné tout litige généré par un fait dommageable commis antérieurement à la formation du contrat, à l'occasion de sa préparation et de son élaboration, que les pourparlers aient ou non abouti ou encore si le contrat a été conclu, qu'il soit valable ou au contraire entaché d'un vice de nature à entraîner sa nullité, dès lors que les parties en discussion sont établies dans des Etats différents ou que le contrat projeté doit s'exécuter à l'étranger.

La résolution du conflit de lois demeurerait inutile si l'ensemble des droits susceptibles de s'appliquer admettait un traitement identique des litiges de nature précontractuelle. Cependant, aucune solution uniforme ne semble se dégager de l'analyse des différents droits. Ainsi, l'étape de qualification conserve une place essentielle dans la résolution du contentieux précontractuel puisqu'elle permet la détermination du droit applicable, rendue indispensable par les disparités de solutions retenues par les différents droits.

CHAPITRE 2. LES SINGULARITES NATIONALES DANS L'APPRECIATION DES NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES

170. La phase de pourparlers constitue la période au cours de laquelle les parties œuvrent conjointement à la réalisation d'un projet commun, la formation du contrat. Si le devoir de solidarité doit s'exprimer lors de la vie contractuelle afin de garantir une bonne effectivité du contrat, les négociations précontractuelles ne paraissent pas propices à accueillir un tel devoir. Les parties doivent rester libres de rechercher la satisfaction de leurs intérêts personnels. Lors de la conduite des pourparlers, il semble que le temps soit à « la défense des égoïsmes »²⁷⁷, celle-ci devant s'effacer une fois le contrat conclu. Chacune des parties cherche à soutirer une promesse de la part de son partenaire tout en ménageant son propre engagement afin de conserver une faculté de retrait. Un déséquilibre naît de ce comportement puisque l'une des parties est susceptible de croire légitimement à la réussite imminente des négociations. La rupture des tractations peut ainsi être préjudiciable. De même, pour parvenir à convaincre l'autre partie de contracter, chaque partenaire doit démontrer sa compétitivité en soulignant ses aptitudes, jusqu'à parfois masquer ses défaillances.

171. L'éloignement potentiel existant entre la réalité et la présentation idéalisée faite lors des négociations constitue une source de déception. L'expression de ces volontés antagonistes conduit inévitablement à la survenance de contentieux. Pour réduire les situations litigieuses, l'ensemble des droits, de façon plus ou moins marquée, a accepté d'équilibrer l'expression de la liberté contractuelle par l'intégration du concept de bonne foi au sein des pourparlers. Cependant, un regard par dessus les frontières permet de constater que la balance entre la garantie de la liberté contractuelle et la sécurisation des tractations ne penche malencontreusement pas dans une proportion identique au sein des différents droits. Cette disparité de solutions justifie l'intérêt porté à la résolution du conflit de lois, puisque le résultat de l'action de nature précontractuelle dépend de la loi désignée applicable. En effet, certains droits s'attachent plus à préserver la liberté des négociations, alors que d'autres s'inquiètent davantage de leur sécurisation. C'est cette réception dissonante, par les différents droits, des deux principes directeurs des négociations que sont la liberté contractuelle et la bonne foi (Section 1) qui conduit en pratique à observer des réglementations divergentes des pourparlers selon le droit qui leur est applicable (Section 2).

²⁷⁷ E. SAVAUX, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), Economica, 2004, p. 45.

SECTION 1. LES DIVERGENCES NATIONALES DANS L'APPREHENSION DES PRINCIPES DIRECTEURS DES NEGOCIATIONS

172. Le contentieux précontractuel peut intervenir dans deux hypothèses. Il peut être tout d'abord question de reconnaître que les échanges entre les parties ont donné naissance à une obligation de nature contractuelle. La réponse à cette interrogation est alors subordonnée à la notion d'engagement contractuel retenue par le droit applicable (§1). Mais le litige peut également reposer sur une demande en réparation d'un dommage né de la violation d'une obligation précontractuelle. Le résultat dépend dans ce cas de la question de savoir si le droit applicable reconnaît ou non l'existence de devoirs imposés aux parties pendant les négociations. Si les pourparlers restent libres, alors la responsabilité pourra difficilement être reconnue. Par contre, si les tractations sont présidées par un devoir général de bonne foi, la demande en réparation de la violation d'un tel devoir pourra recevoir un accueil favorable. Cette différence de traitement résulte de la réception plus ou moins intense de la bonne foi accordée par le droit applicable (§2).

§1. LES DIFFERENTES APPREHENSIONS DE LA NOTION DE CONTRAT

173. Une des principales difficultés en matière de négociations précontractuelles repose sur l'identification de la formation d'un contrat. Sur ce point, il est regrettable de constater que les systèmes de droit existants retiennent des éléments de définition divergents, conduisant à une incertitude quant à la nature des actes conclus au cours des pourparlers (A), mais aussi quant à l'étendue de la liberté réservée aux parties dans la conduite négociation (B).

A. LA NOTION D'ENGAGEMENT CONTRACTUEL

174. Le système de *civil law* offre une place prédominante à l'accord de volonté dans la définition qu'il retient du contrat (1). Il suffit ainsi que les parties s'accordent sur les éléments essentiels pour être liées. Pour la *common law*, au contraire, cet accord de volonté n'est pas suffisant. Le droit anglo-américain considère le contrat comme un échange et impose ainsi que soit également reconnue l'existence d'une contrepartie en l'absence de laquelle aucun engagement ne peut être retenu (2).

1. LA RECEPTION PAR LES DROITS DE *CIVIL LAW* : LE CONTRAT, ACCORD DE VOLONTE

175. Le contrat se présente comme l'instrument privilégié des échanges de biens et de services. Il répond à un besoin de coopération dans le commerce international entre les différents acteurs²⁷⁸. En droit français, la définition du contrat dispose d'une base textuelle. L'article 1101 du Code civil désigne sous le terme contrat « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Ainsi, le contrat se caractérise par un élément subjectif essentiel²⁷⁹, l'existence d'un accord de volonté entre les parties²⁸⁰. En l'absence de cet accord de volonté, le contrat ne peut exister. Plus qu'un simple critère, il constitue un élément essentiel du contrat, sans lequel il ne pourrait exister²⁸¹. De cette rencontre des volontés naissent des droits et des obligations à la charge des parties auxquelles elles se soumettent volontairement²⁸². Ce n'est donc pas la négociation qui génère le contrat, mais bien la création d'une règle par un accord de volontés, lorsque les parties acceptent de produire un lien de droit contraignant.

176. Cependant, malgré la place essentielle qu'occupe la volonté de contracter, le Code civil ne s'intéresse pas à la reconnaissance d'une telle intention. Il contient des dispositions relatives aux vices du consentement permettant de contrôler l'absence de malformation de la volonté et non de vérifier son existence au moment de la formation du contrat²⁸³. La doctrine est venue pallier ces lacunes en exigeant que la constatation d'un contrat soit subordonnée à la reconnaissance de l'existence d'un accord de volonté. La jurisprudence a entériné cette approche en appréciant *in concreto* si l'acte liant les parties exprime leur volonté de se lier. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a-t-elle jugé que ne pouvait recevoir la qualification de contrat, une convention, pourtant intitulée « contrat-cadre de coopération » par les parties, du fait que cet acte ne comportait que la simple mention que « les deux parties seraient intéressées éventuellement à collaborer à la réalisation de projets d'éditions et de publication »²⁸⁴. Par conséquent, si un accord de volonté sur les éléments essentiels du contrat est constaté au cours de la phase précontractuelle, le contrat soumis au droit de *civil law* sera considéré comme

²⁷⁸ F. DIESSE, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », *RDAI* 1999, n°7, p. 737; H. BATESON, « *The duty to co-operate* », *The Journal of Business Law* 1960, p. 187.

²⁷⁹ Comp. droit belge qui partage cette conception subjective du droit français : C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique – Réflexions comparatives », in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 139.

²⁸⁰ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations*, LGDJ, Paris, 1983, p. 3; M. OUDIN, « Un droit européen...pour quel contrat ? », *RIDC* 2007, n°3, p. 476.

²⁸¹ J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, 9^e éd., tome II, Montchrestien, 1998, n°127; B. LASSALLE, « Les pourparlers », *Revue de recherche juridique, droit prospectif*, 1994, n°3, p. 825.

²⁸² J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n°4, p.3.

²⁸³ P. REMY-CORLAY, « L'existence du consentement », in *Les concepts contractuels du droit français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Colloque Dalloz, 2003, p. 29 : « [le Code civil] se concentre sur le contrat né et les malformations dont il peut souffrir et non sur la naissance du contrat et les conditions de cette naissance ».

²⁸⁴ CA Paris, 26 sept. 1995, *Sté Malt international c/Sté Larousse*, *RTD civ.* 1996, p. 143; V. aussi dans le même sens, Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1998, n°004502, *JCP G* 1999, p. 56.

conclu. Cette reconnaissance peut intervenir dans l'ignorance des parties qui pensent n'avoir fait que poursuivre leurs échanges. Les parties doivent donc rester extrêmement vigilantes puisque, selon le droit reconnu applicable, la conclusion d'un contrat peut être reconnu à partir d'un simple accord obtenu au cours des pourparlers.

177. Le contrat suppose l'expression d'une volonté commune entre les parties et non d'une volonté unilatérale. Il doit réunir le consentement de l'ensemble des parties soumises au contrat. Dans le cadre d'une vente, il est ainsi nécessaire que le vendeur ait donné son accord définitif pour transférer la propriété d'un bien déterminé à un prix fixé et que l'acquéreur accepte de recevoir un tel bien et de verser le montant défini. L'expression de la volonté commune semble moins évidente dans le cadre des contrats unilatéraux. Ce sont des accords de volontés dont la spécificité repose sur l'existence d'un seul engagement. Alors que l'appréhension courante du contrat se limite en général à l'hypothèse d'un contrat synallagmatique, comprenant un engagement accepté par une partie à l'égard de l'autre, le contrat unilatéral est réduit à la création d'une obligation à la charge d'une seule des parties au contrat. Figure particulière de ces engagements unilatéraux, les parties aux négociations ont fréquemment recours aux promesses unilatérales de contrat.

178. La promesse unilatérale de contrat peut être définie comme une convention par laquelle une personne, le promettant, s'engage envers une autre, le bénéficiaire, qui l'accepte à conclure un contrat dont les conditions sont dès à présent fixées si ce dernier le lui demande, dans un certain délai, en levant l'option. Le promettant s'engage ainsi de manière définitive à conclure le contrat dans le délai imparti. Il ne pourra rétracter sa promesse avant que l'extinction du délai n'emporte sa caducité. Le bénéficiaire, lui, dispose d'une option qu'il peut choisir de lever ou non de façon discrétionnaire. Aucun n'engagement ne lie donc le bénéficiaire au promettant. Dans cette hypothèse, il est tentant de considérer que la promesse ne répond pas aux critères du contrat puisqu'elle ne suppose qu'un seul engagement de la part d'une partie. Ainsi, il pourrait être conclu à l'absence d'accord de volonté. Or, même s'il ne se voit imposer aucune obligation à l'égard du promettant, le bénéficiaire a accepté de bénéficier d'un droit d'option. Il a donc exprimé son accord dans la conclusion de la promesse. Ainsi, la promesse unilatérale réunit un accord de volontés entre les deux parties et répond à la définition de contrat. C'est pourquoi le manquement du promettant s'analyse en une inexécution de nature contractuelle²⁸⁵. Ainsi, malgré son objectif d'encadrement du contrat définitif, l'avant-contrat que forme la promesse unilatérale de contrat constitue bien un contrat puisqu'il repose sur un accord de volonté entre les parties.

²⁸⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, *Bull. civ. III*, n° 174; *D.* 1994, p. 507, note F. BENAC-SCHMIDT; *D.* 1995, *Somm.*, p. 87, obs. L. AYNES; *JCP* 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD; *Deffrénois* 1994, p. 795, obs. Ph. DELEBECQUE; Cass. civ. 3^{ème}, 28 oct. 2003, *RDC* 2004, p. 270, obs. D. MAZEAUD; Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 2008, *D.* 2008, *Pan.*, p. 2965, obs. S. AMRANI MEKKI; *JCP* 2008, II, 10147, note S. PILLET; *ibid.*, I, p. 218, obs. A. CONSTANTIN; *JCP N* 2009, p. 1001, obs. S. PIEDELIEVRE; *Dr. & patr.*, févr. 2009, p. 120, obs. L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK; *RDC* 2009, p. 143, obs. Ph. BRUN; *RTD civ.* 2008, p. 474, obs. B. FAGES; *RDC* 2008, p. 1239, obs. F. COLLART DUTILLEUL; *ibid.* 2009, p. 143, obs. Ph. BRUN.

179. La promesse se distingue ainsi de l'offre de contracter qui ne constitue qu'une simple manifestation unilatérale de volonté. Si l'offre n'a pas été acceptée, aucune rencontre de volonté n'est caractérisée. L'offre reste donc en principe librement révocable par son auteur²⁸⁶. Elle ne peut, de ce fait, se voir attribuer la qualité de contrat puisqu'elle est marquée par l'absence de l'élément essentiel du contrat, l'accord de volontés. La difficulté de caractérisation de l'existence d'un accord de volontés s'accroît davantage lorsqu'il s'agit de qualifier un engagement d'honneur. Désignés sous le terme de lettre d'intention²⁸⁷ ou par la pratique anglo-américaine sous l'appellation de *gentlemen's agreement*, les engagements d'honneur interviennent fréquemment dans la phase des pourparlers. Ils ont pour principal objet de manifester l'intérêt que porte une partie pour la conclusion d'un contrat. Les engagements d'honneur se caractérisent par la volonté de leur auteur de se soustraire à l'application d'un droit étatique et de ne pas former ainsi d'obligation susceptible d'exécution forcée²⁸⁸.

180. La difficulté porte ainsi moins sur la caractérisation d'un accord de volonté que sur la simple existence d'une volonté de la part de l'auteur d'un tel engagement d'honneur. La portée des engagements d'honneur dépend de l'expression du degré d'engagement de leur auteur. La jurisprudence sur la question s'adapte à l'hétérogénéité des formes que peuvent emprunter ces documents. Leur traitement est donc étudié au cas par cas. Pour certaines lettres d'intention, l'absence de caractère contraignant propre à ce type d'engagement a été reconnue. Par exemple, une lettre dans laquelle une société mère confirme à un établissement de crédit l'intérêt porté aux affaires de sa filiale ne contient aucun engagement contraignant pour la mère au profit de l'établissement de crédit²⁸⁹. Mais sur ce point la jurisprudence marque une forte tendance à considérer que les engagements d'honneur lient juridiquement leur auteur et sanctionne leur inexécution sur un terrain contractuel²⁹⁰. Ainsi a-t-il été jugé

²⁸⁶ Cass. civ., 3 févr. 1919, *DP* 1923, 1, 126; Cass. civ., 21 déc. 1846, *DP* 1847, 1, 19; Comp. Cass. civ. 3^{ème}, 20 mars 1979, *Bull. civ.* III, n° 72; Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 1984, *ibid.*, I, n° 193; CA Aix-en-Provence, 13 janv. 1983, *JCP* 1984, II, 20198, note F. GIVORD; En doctrine, v. Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 470; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 116; J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. 4, n° 35; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 305; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, nos 139 et s.; J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 135; Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 239; A. BENABENT, *op. cit.*, n° 59; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 89.

²⁸⁷ Ces documents ne doivent pas être confondus avec la sûreté personnelle issue de la pratique qui porte le même nom, tout en étant aussi dénommée lettre de confort ou lettre de patronage, et qu'a consacrée l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 (C. civ., art. 2287-1 et 2322); S. JAMBORT, « Les lettres d'intention sont-elles mortes », *Bull. Joly* 2007, p. 668.

²⁸⁸ Il en est ainsi, par exemple, de la lettre d'intention dans laquelle une société mère indique qu'elle ne se désintéresse nullement de la bonne fin d'une opération menée par sa filiale, CA Bordeaux, 16 oct. 1985, *D.* 1989. p. 438, 2^e esp.

²⁸⁹ CA Paris, 4 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, n° 312, note Ph. DELEBECQUE, « Les lettres, aux termes desquelles une société mère confirme à un établissement de crédit l'intérêt porté aux affaires de sa filiale, indique que sa prise de participation ne serait en aucun cas inférieure à 26 % et invite cet établissement à entrer en contact avec le gérant de la filiale afin de mettre en place les concours nécessaires à l'exportation et à l'évolution de ladite filiale, s'analysent en des lettres patronage ne contenant aucun engagement contraignant pour la mère au profit de l'établissement de crédit »; Comp. T. com. Paris, 16 avr. 1996, *Gaz. Pal.* 1996, Somm., p. 493.

²⁹⁰ V. par exemple, Cass. soc. 25 nov. 2003, n° 01-17.501, *Bull. civ.* V, n° 294; *JCP* 2004, I, 163, n° 6, obs. G. VINEY; *D.* 2004, p. 2395, note I. OMARJEE; Cass. civ. 2^{ème}, 10 juin 2004, n° 02-19.600, *Bull. civ.* II, n° 294;

qu'en s'engageant, fût-ce moralement, « à ne pas copier » les produits commercialisés par une société concurrente, une société avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers ce concurrent²⁹¹. Par conséquent, il peut être relevé une certaine tendance des droits de *civil law* à apprécier de façon large la notion de volonté. Ce qui conduit à placer plus facilement les engagements d'honneur sous le régime du contrat et leur reconnaître un caractère contraignant²⁹².

181. Pour parvenir un tel accord de volonté, il est nécessaire que les parties soient libres de s'accorder. Le contrat est un acte volontaire, un exercice de la liberté. Mais paradoxalement, il est en même temps une aliénation volontaire de cette liberté. Les parties consentent en effet à se voir imposer des obligations. Selon cette conception du contrat, la parole donnée librement occupe une place essentielle et ne doit donc pas pouvoir être reprise de la même manière. L'engagement assumé librement justifie l'existence d'une force obligatoire conférée au contrat. Il est donc primordial de contrôler l'existence d'une telle volonté d'aliénation. La qualité de contrat ne peut être donnée lorsque les termes de l'acte restent ambigus quant à la portée de l'engagement des parties ou lorsque ces dernières ont clairement exprimé leur volonté d'échapper à toute force contraignante²⁹³. C'est donc le consentement des parties, exprimé à travers l'accord de volonté, qui fonde la force obligatoire du contrat. Les régimes de la *common law* n'ignorent pas l'importance du consentement, mais réduisent notablement sa portée. La force contraignante du contrat est conférée par la loi et non par le simple consentement des parties.

2. LA RECEPTION PAR LES DROITS DE LA *COMMON LAW* : LE CONTRAT, *BARGAIN*

182. L'origine commerciale de la *common law* a pénétré le droit des contrats. Cette influence se manifeste par l'appréhension de la phase précontractuelle comme une période de risque et par la recherche d'un échange, « *bargain* »²⁹⁴, pour reconnaître aux contrats une force contraignante. Le droit anglo-saxon ne se contente pas d'un simple accord de volonté, à l'instar du système adopté par les Etats de *civil law*, mais impose la satisfaction de certaines conditions pour conférer une valeur obligatoire à l'accord. La plus représentative de ces conditions reste la *consideration* qui conduit à exiger que le contrat produise un véritable

CCC 2004, p. 117, note Ph. STOFFEL-MUNCK; *RTD civ.* 2004, p. 728, obs. J. MESTRE, B. FAGES; Cass. com., 24 oct. 2000, n° 98-18.367, *Bull. civ. IV*, n° 166; *D.* 2001. 1612, obs. H. THUILLIER, *RTD com.* 2001, p. 161, note J.-P. CHAZAL, Y. REINHARD.

²⁹¹ Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-13.189, *Bull. civ. IV*, n° 12, *D.* 2007, p. 442, obs. X. DELPECH; *Deffrénois* 2007, p. 1027, obs. E. SAVAUX.

²⁹² Néanmoins, les juridictions françaises respectent la volonté des parties lorsqu'elles expriment sans ambiguïté leur volonté de ne pas contracter : v. J. SCHMIDT, « Les lettres d'intention », *RDAI* 2002, n°3/4, pp. 257 à 270, spéc. p. 260.

²⁹³ J. SCHMIDT, « Les accord précontractuels en droit français », in *Les principales clauses des contrats contenus entre professionnels*, PU Aix, 1990; B. LASSALE, « Les pourparlers », *Revue de recherche juridique, droit prospectif*, 1994, n° 3, p. 825.

²⁹⁴ P. S. ATIYAH, *An introduction to the Law of Contract*, Londres, Clarendon, 1961, pp. 18 et s.

échange économique. Il a été ainsi justement résumé que « le diptyque offre-acceptation est en droit anglais remplacé par un triptyque offre-acceptation-*consideration* »²⁹⁵. Ainsi, contrairement au système romano-germanique, le droit anglo-américain ne considère pas tous les accords comme exécutoires. En d'autres termes, un accord de volonté peut exister tout en étant dépourvu de force contraignante. Certains avant-contrats peuvent donc être reconnus comme des accords de volonté entre les parties mais aux termes desquels les parties ne sont soumises à aucune obligation. La *consideration* peut être définie comme une contrepartie délivrée ou promise en l'échange de l'engagement. Dans la décision *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Selfridge & Co.*²⁹⁶, la Chambre des *Lords* a expliqué le concept de *consideration* en termes de marché et de vente. Le défendeur doit démontrer qu'il a acheté la promesse du défendeur en accomplissant un acte, conférant la propriété d'un objet ou simplement en promettant quelque chose en retour²⁹⁷.

183. Pour que soit reconnue l'existence d'une contrepartie, il est nécessaire qu'elle soit suffisante, antérieure à la promesse et qu'elle émane du bénéficiaire. La contrepartie doit être suffisante sans être forcément adéquate. La différence entre ces deux adjectifs reste très ténue, ce qui rend d'autant plus délicate l'appréhension de cette condition. Il suffit de reconnaître l'existence d'une contrepartie, même insignifiante. Les juges n'apprécient pas le caractère suffisant de la contrepartie. Il a été en effet souligné à l'occasion de l'affaire *Chappell & Co. Ltd. v. The Nestlé Co. Ltd.*²⁹⁸ que si l'offre requière un certain comportement de la part de l'offrant, cette exigence n'ouvre pas un droit aux juridictions à spéculer sur l'existence d'une valeur réelle conférée à cet acte dans l'esprit des parties.

Il est également exigé que la *consideration* existe antérieurement à la promesse. Cette condition semble évidente si l'on raisonne sur la notion de contrat en *common law* puisque la notion d'échange impose une transmission réciproque de contreparties. Il faut donc que la promesse constitutive de la contrepartie intervienne au moment de l'engagement. C'est la solution qui a été retenue en droit anglais, notamment dans l'affaire *Re McArdle*²⁹⁹. En l'espèce, un des héritiers d'une maison avait procédé à certains travaux d'amélioration du bien. Quelque temps plus tard, les autres héritiers se sont engagés à lui rembourser les embellissements réalisés. La juridiction britannique a considéré qu'il s'agissait d'une *past consideration* puisque les travaux de rénovation avaient été réalisés avant que la promesse de remboursement n'ait été obtenue. Elle a ainsi refusé d'admettre tout caractère contraignant à l'engagement de payer des autres héritiers.

184. L'exigence de *consideration* n'est pas le seul élément venant freiner la reconnaissance d'un contrat contraignant. Est également imposé aux parties un devoir de manifester une intention de se lier juridiquement. Les parties doivent avoir exprimé leur volonté de créer des relations légales entre elles. A défaut, l'accord sera considéré comme dépourvu de caractère obligatoire. Dans le cadre des négociations précontractuelles, cette exigence se traduit par le

²⁹⁵ R. DAVID, D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1985, p. 94.

²⁹⁶ *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Selfridge & Co.*, [1915], AC 847, p. 66.

²⁹⁷ C. ELLIOTT, F. QUINN, *Contract law*, 4^{ème} éd., [2003], p. 66.

²⁹⁸ *Chappell & Co. Ltd. V. The Nestlé Co. Ltd.*, [1969], AC 87 71, p. 329.

²⁹⁹ *Re McArdle*, [1951], ch.669, 1 All.ER, p. 905.

fait que même si l'acceptation d'une offre par le bénéficiaire a construit la conclusion d'un contrat, celui-ci ne sera pas exécutable s'il est démontré que les parties n'étaient pas disposées à créer un lien juridique entre elles³⁰⁰. La jurisprudence *Balfour v. Balfour*³⁰¹ est venue illustrer cette condition. Dans cette affaire, un couple avait réalisé un voyage en Angleterre. Alors que l'époux était rentré en Inde, l'épouse avait souhaité prolonger son séjour. L'époux lui avait alors envoyé une lettre dans laquelle il lui promettait de lui faire parvenir chaque mois une certaine somme d'argent pour assurer ses besoins. Mais quelque temps plus tard, le couple se séparait et l'époux souhaita que la lettre ainsi rédigée ne soit pas considérée comme un engagement de payer. Dans cette décision, la Cour se prononça en sa faveur en admettant que les accords entre époux étaient dépourvus d'effet contraignant et, pour ces motifs, ne constituaient pas des contrats puisque les époux n'avaient pas souhaité leur attribuer de conséquences légales. Ces accords étaient donc extérieurs au domaine des contrats.

185. De même, en droit américain, l'article 21³⁰² du *Restatement Second of Contracts* prévoit que les parties ne doivent pas avoir nécessairement conscience de la relation légale que créent leurs échanges verbaux ou leurs comportements, mais il reste essentiel que les comportements qui manifestent leur consentement soient adoptés intentionnellement. Ainsi le caractère intentionnel ne signifie pas que les parties doivent exprimer expressément leur volonté de se lier juridiquement. Cette intention peut être dégagée par l'analyse de l'attitude des parties en ce sens. Cet article poursuit en précisant que l'affirmation que la promesse produite ne crée aucun effet juridique entre les parties peut prévenir la formation d'un contrat. Le droit américain reconnaît ainsi pleinement la validité des engagements d'honneur qui se présentent sous la forme de promesses qui ne sont pas sanctionnées par le droit. Cette notion d'engagement contractuel se démarque ainsi de la vision issue de la tradition civiliste. Elle entraîne alors des divergences de solutions selon le droit applicable au contentieux précontractuel. Cette disparité ne se limite pas à la définition du contrat, mais s'observe également dans l'intensité de la liberté contractuelle retenue par les différents systèmes de droit.

B. LA NOTION DE LIBERTE CONTRACTUELLE

186. Que l'on s'intéresse aux droit qui retiennent une vision protectrice des négociations ou ceux qui adoptent une tendance bien plus libérale, le principe qui dirige les négociations précontractuelles reste la liberté des parties. Cette appréhension des pourparlers a été retranscrite en droit international sous la plume des rédacteurs des Principes UNIDROIT dont

³⁰⁰ G. KLASS, « Intent to Contract », *Va. L. Rev.* 2009, pp. 1437 et s., spéc. 1447.

³⁰¹ *Balfour v. Balfour*, [1919], 2 KB 571.

³⁰² « *Neither real nor apparent intention that a promise be legally binding is essential to the formation of a contract, but a manifestation of intention that a promise shall not affect legal relations may prevent the formation of a contract* ».

l'article 2.1.15³⁰³ consacré aux négociations énonce, dès le premier alinéa, que « les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord. ». Ce principe de liberté contractuelle se retrouve sous la même rédaction dans les Principes du droit européen des contrats à l'article 2:301³⁰⁴. Concept présidant les pourparlers, la liberté contractuelle doit être définie de façon générale (1) avant que ne soit exposée son application aux négociations précontractuelles (2).

1. LA SIGNIFICATION DU PRINCIPE DE LIBERTE CONTRACTUELLE

187. La liberté contractuelle telle qu'elle s'exprime dans les différents droits revêt un double sens³⁰⁵ qui a été identifié comme désignant la liberté de contracter « *freedom to contract* » et la liberté dans le contrat « *freedom from contract* ». La notion de « *freedom to contract* » se présente sous la forme d'une version positive de la liberté contractuelle et signifie que les parties sont libres de conclure un contrat qui reflète leur volonté, alors que l'expression « *freedom from contract* » désigne une acception négative de la liberté contractuelle qui justifie que les parties ne soient soumises à aucune obligation dès lors que la conclusion d'un contrat n'est pas intervenue³⁰⁶.

188. En vertu du principe de « *freedom to contract* », les parties restent libres de définir le contenu de leur contrat selon leurs souhaits et les objectifs visés. Elles peuvent déterminer les clauses de leur contrat et moduler leur rédaction afin qu'elles traduisent leur volonté avec précision et rigueur. Toute stipulation peut être intégrée au contrat. La portée de ce principe reste cependant réduite par l'intervention de dispositions d'ordre public. Le législateur impose l'introduction au sein du contrat de certaines règles impératives ou au contraire prohibe la rédaction de certaines stipulations entravant la liberté des parties. En droit français, par exemple, l'article L132-1 du Code de la consommation³⁰⁷ interdit l'insertion au contrat de clauses jugées abusives³⁰⁸. Le renouvellement d'un bail commercial est également soumis à

³⁰³ Art. 2.1.15 Principes UNIDROIT : (*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. »

³⁰⁴ Art 2:301 des Principes du droit européen des contrats : « Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord ».

³⁰⁵ I. BERLIN, « Liberty », in *Four essays of Liberty*, 1969, p. 118.

³⁰⁶ N. COHEN, « Pre-contractual duties: Two freedoms and the contract to negotiate », in *Good faith and fault contract law*, J. BEATSON, D. FREIDMAN, Oxford, Clarendon, 1995, pp. 25 à 40.

³⁰⁷ « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

³⁰⁸ Un décret d'application complète le dispositif en listant un certain nombre de clauses présumées abusives. Ainsi, une clause qui aurait pour objet de « constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion » serait présumée abusive de manière irréfutable. Elle serait déclarée non écrite.

certaines dispositions d'ordre public insérées *via* un décret du 30 septembre 1953 dans le Code de commerce à l'article L145-9³⁰⁹.

189. Le principe de « *freedom from contract* » signifie que les parties sont également libres de contracter ou non³¹⁰. Elles jouissent positivement du droit de conclure un contrat, de s'engager envers un partenaire et d'accepter ainsi de se soumettre à diverses obligations déterminées. De façon négative, ce principe confère le droit aux parties de ne pas conclure de contrat. Elles peuvent donc décliner librement toute proposition de contracter. Pourtant, malgré cette liberté de ne pas contracter, la faculté de refus de contracter reste une fois encore réduite par certaines dispositions légales. En effet, le droit positif compte de nombreuses hypothèses dans lesquelles le refus de contracter est limité³¹¹, voire même totalement prohibé³¹².

190. Eriger la liberté contractuelle au titre de principe dirigeant les négociations est essentiel dans un contexte commercial international. La période de l'avant-contrat a pour fonction principal l'étude de la viabilité d'un contrat. Il n'est donc pas favorable au développement des échanges de sceller l'accord de volonté dès la constatation de négociations avancées. Les parties doivent disposer du temps et des moyens nécessaires à l'analyse des profits engendrés par la conclusion d'un tel contrat. Aussi une entreprise peut-elle rompre des pourparlers lorsqu'elle prend connaissance de la situation économique inquiétante que traverse l'autre partie, alors que les propres difficultés qu'elle traverse légitiment son exigence

³⁰⁹ Il prévoit que les baux de locaux ne cessent que par l'effet d'un congé donné pour le dernier jour du trimestre civil et au moins six mois à l'avance. Le bailleur ne peut donc informer tardivement le locataire de son refus de renouveler le contrat de bail, il doit impérativement respecter un délai de six mois. Toute clause contraire serait frappée de nullité et le bail ne pourrait prendre fin avant l'extinction de ce délai légal. Cette disposition est justifiée par le fait que le locataire serait placé dans une situation précaire si le local dans lequel il exerce son activité pouvait lui être retiré à tout moment. Une telle protection n'est pas reconnue par l'ensemble des autres droits. En cas de non-renouvellement tardif, le locataire ne pourrait obtenir que des dommages-intérêts à condition cependant que le bailleur ait commis une faute dans la négociation du bail. Par exemple, s'il est démontré que le bailleur par sa conduite ou ses allégations à intentionnellement laisser croire au locataire que le bail serait prolongé, le droit anglais lui ouvre un droit à indemnisation sur le fondement du *tort of deceit*. V. sur ce point, J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge, 2008, p. 67.

³¹⁰ J.-C. SERNA, « Le refus de contracter...ou quarante ans après », in *Etudes offertes à J. DUPICHOT*, Bruylant, 2004, p. 465; V. aussi du même auteur, *Le refus de contracter*, thèse, Paris, LGDJ, 1967.

³¹¹ Pour ne citer que quelques exemples, on relèvera sur le plan pénal le refus de fourniture de biens ou de services ou la conclusion d'un contrat de travail, en raison de l'origine du cocontractant, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de son patronyme, de son état de santé, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales³¹¹. Sur le plan civil, la liberté de contracter est réduite d'autant. Il est ainsi interdit au bailleur de refuser de louer à un père de famille³¹¹. De même, l'embauche d'un salarié ne peut être refusée en raison de son affiliation syndicale³¹¹. Ces restrictions au refus de contracter restent cependant bien minoritaires au regard de l'étendue de l'expression de la liberté contractuelle.

³¹² J. RICOT, *Le refus de contracter*, thèse, Paris, 1939; C. JUSTAFRE, *De l'abus du droit de ne pas contracter*, thèse dactyl., Montpellier, 1950; J.-C. SERNA, *Le refus de contracter*, *op. cit.*; V. aussi pour une analyse plus récente du même auteur, « Le refus de contracter, 40 ans après », *op. cit.*; O. BARRET, « Variations autour du refus de contracter », *Mélanges J. BEGUIN*, p. 3; B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé. Étude dans le domaine du conflit de lois*, thèse, Paris, 2008, pp. 119 et s.

sur la fiabilité de son partenaire³¹³. De plus, la liberté contractuelle répond à une nécessaire garantie de la libre concurrence entre les acteurs du commerce international. L'abandon des négociations avec un partenaire au profit d'un concurrent dont l'offre paraît plus avantageuse relève du jeu normal de la concurrence³¹⁴. Si l'ensemble des droits reconnaissent à la liberté contractuelle son caractère indispensable au sein des pourparlers, il n'en demeure pas moins que l'étendue qu'ils lui réservent diffère d'un ordre juridique à l'autre.

2. L'EXPRESSION DU PRINCIPE DE LIBERTE CONTRACTUELLE

191. Le droit anglais retient une appréciation très étendue de la liberté contractuelle. Il se refuse à reconnaître un devoir général de bonne foi dans la conduite des pourparlers³¹⁵. *Lord Ackner* a confirmé l'intransigeance du droit anglais dans une importante décision *Walford v. Miles*³¹⁶ rendue par la Chambre des *Lords* en affirmant que « chaque partie à la négociation a le droit de rechercher son propre intérêt dès lors qu'elle évite d'alléguer de fausses affirmations. Pour faire valoir ses propres intérêts, si elle l'estime approprié, de menacer de se rétracter des négociations ou de les rompre, dans l'espoir que la partie adverse ouvre à nouveau les négociations en lui proposant de meilleures conditions. [...] Selon mon jugement, pendant la phase de négociations, chaque partie a le droit de rompre les pourparlers à tout moment et pour n'importe quelle raison »³¹⁷. Cette position a été réaffirmée par la suite avec autant de clarté dans l'affaire *Regalian Properties plc v. London Docklands Development Corp*³¹⁸ dans lequel il a été décidé que « dès lors que les parties s'attendent à la formation du contrat, elles entrent en négociant en sachant expressément que chaque partie est libre de rompre les pourparlers à tout moment »³¹⁹. Cette position libérale découle de la compréhension de la notion de contrat par la *common law*. Le contrat n'est pas perçu comme un simple échange des volontés, mais plutôt comme un marché, un « *bargain* »³²⁰. La période précontractuelle reste une étape de risque au cours de laquelle chaque partie qui y évolue cherche à obtenir un profit maximal des négociations.

192. L'objectif des pourparlers est de mener les parties vers l'établissement d'une relation légalement protégée, la conclusion d'un contrat, qui s'identifie par la rencontre d'une offre et

³¹³ CA Paris, 13 sept. 2007, *SA Groupe Canal + c/Société Kenwood Corporation*, *RTD civ.* 2008, p. 101, obs. B. FAGES; Dans le même sens, v. Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-20.332; *RTD civ.* 2008, p. 101, obs. B. FAGES; CA Paris, 4 déc. 2007, *Bull. Joly* 2008, note B. FAGES.

³¹⁴ J.-J. FRAIMOULT, « Le droit de rompre des pourparlers avancés », *Gaz. Pal.* 1^{er} juin 2000, n°153, p. 2.

³¹⁵ S. BANAKAS, « Liability for Contractual Negotiations in English Law : Looking for the Litmus Test », *Revista para el análisis del derecho* 2009. Disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1368208>, p. 4.

³¹⁶ *Walford v. Miles*, [1992] 2 AC 128.

³¹⁷ « Each party to the negotiations is entitled to pursue his (o her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact, in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms [...]. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason. »

³¹⁸ *Regalian Properties plc v. London Docklands Development Corp*, [1995] 1 WLR 212.

³¹⁹ «Where, however much the parties expect to contract between them to materialize, both enter negotiations expressly on terms that each party is free to withdraw from the negotiations at any time ».

³²⁰ V. nos 182 et s.

d'une acceptation. Avant l'atteinte de cet accord de volonté, les parties évoluent dans une phase préparatoire qui ne devrait donc être soumise à aucune contrainte légale. Les parties peuvent commettre un acte préjudiciable lors des négociations précontractuelles qui sera sanctionné, mais ce dommage sera réparé de la même façon que s'il était intervenu dans n'importe quel autre contexte extracontractuel³²¹. Les pourparlers ne placent les parties sous aucune protection légale particulière dès lors qu'aucun contrat n'a encore été formé. Ainsi, selon le droit anglais, en l'absence de *misrepresentation*, l'expression du principe de liberté contractuelle au cours des pourparlers permet la rupture de promesses ou la frustration des attentes créées lors des tractations même si l'autre partie pouvait croire en l'effectivité d'un tel engagement³²². La transmission de fausses informations, sanctionnée sur le fondement de la *misrepresentation*, ne pourra engager une quelconque responsabilité de l'auteur de ces allégations en l'absence de conclusion du contrat³²³. Si par l'échec des pourparlers, le contrat ne se forme pas, aucune action ne pourra intervenir sur un tel fondement. La rupture d'une promesse ne déclenche ainsi la responsabilité de son auteur que lorsque, remplissant toutes les exigences imposées par le droit des contrats, la promesse adopte la forme d'un contrat valide.

193. Certes, l'application pratique de ce principe de liberté contractuelle conduit à placer les parties aux négociations dans une situation de risque. Il est fréquent que, durant cette phase de préparation du contrat, les parties soient contraintes d'engager certains coûts, afin notamment de réaliser des études préalables de la viabilité du projet envisagé ou d'entourer les tractations d'une certaine publicité. L'annonce de l'avortement du projet non seulement entraîne la perte des frais engagés, mais surtout produit un impact négatif sur l'image d'une entreprise³²⁴. L'échec des pourparlers peut donc engendrer des répercussions économiques catastrophiques lorsqu'ils ont atteint un stade avancé³²⁵. Les parties qui entrent en négociation dans l'espoir d'obtenir un bénéfice généré par la conclusion du contrat supportent ainsi le risque de l'échec des pourparlers. Ces pertes ne se limitent pas aux coûts monétaires, mais se présentent aussi sous forme de temps et d'efforts. Le raisonnement repose sur la vision qu'en cas de réussite des négociations, ces dépenses seront compensées par les gains du contrat. Comme il a été exprimé dans l'affaire *William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis*³²⁶, une partie à la négociation entreprend les négociations comme un jeu de hasard et son coût fait partie des frais généraux de son entreprise qui seront récompensés, elle espère, par les profits tirés du contrat³²⁷.

³²¹ J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *op. cit.*, p. 449.

³²² N. COHEN, « Pre-contractual duties: Two freedoms and the contract to negotiate », *op. cit.*, p.56.

³²³ E. A. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 221; J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *op. cit.*, pp. 362 et s.

³²⁴ V. aux Etats-Unis, l'affaire *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.*, [1987], 729 S.W.2d 768; E. CHAMY, « L'affaire Texaco-Pennzoil et ses multiples développements au sein du système judiciaire américain », *JDI* 1988, p. 979, l'échec des négociations était intervenue à la suite de la publication d'un communiqué de presse annonçant le rachat de la société.

³²⁵ J.-J. FRAIMOUT, « Le droit de rompre des pourparlers avancés », *Gaz.Pal.* 1^{er} juin 2000, n° 153, p. 2.

³²⁶ *William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis*, [1957] 1 W.L.R. 932, 934 (Q.B.).

³²⁷ « *He undertakes this work as a gamble, and its cost is part of the overhead expenses of his business which he hopes will be met out of the profits of such contracts as are made* »; Comp. CA Paris, 16 déc. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 470, note A. LAUDE; Comp. CA Angers, 25 nov. 1992, *Juris-Data* n° 048656 : « 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

194. Les autres droits, plus flexibles, placent toutefois cette liberté également au titre de principe. Il en est ainsi du droit français³²⁸. Les juridictions françaises reconnaissent la liberté contractuelle au titre de principe directeur des pourparlers même si aucun fondement textuel ne vient encadrer les négociations. Le Code civil en effet ne contient aucune disposition concernant la phase précontractuelle, ce que certains auteurs ont justifié par la volonté, au moment de son édicition, de laisser aux parties le soin de protéger leurs propres intérêts³²⁹. Les juridictions³³⁰ rappellent régulièrement la primauté de la liberté dans la phase de pourparlers³³¹. L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription place la liberté en premier lieu dans la période de négociation précontractuelle³³².

195. Les parties demeurent libres d'initier ou non les négociations³³³ et de s'engager dans les liens contractuels. Elles peuvent donc ouvrir les pourparlers et les rompre librement sans engager leur responsabilité³³⁴, à tout moment et pour toute raison, voire même sans aucune raison³³⁵. Elles peuvent choisir le type de contrat qu'elles envisagent et définir son contenu, mais aussi élire librement la partie avec laquelle elle souhaite se lier. Elles sont également libres d'apprécier si des efforts doivent être poursuivis pour atteindre la conclusion du contrat, les moyens mis en œuvre, les méthodes utilisées et surtout la durée des négociations³³⁶. Les parties peuvent donc mettre fin aux négociations sans engager leur responsabilité lorsque leur réussite est condamnée. C'est le cas notamment lors de pourparlers enlisés. Il est possible que, malgré les efforts engagés par l'ensemble des parties, les

connaissance de cause »; Comp. également, CA Lyon, 29 sept. 2000, *Juris-Data* n° 132246 qui opère une distinction entre les frais relevant du déroulement normal des pourparlers (restant à la charge du négociateur déçu) et ceux « qui excèdent les seules nécessités d'une négociation commerciale » (réparés par l'auteur de la rupture); V. O. DESHAYES, pp. 187 et s, spéc. n°6.

³²⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, n° 28, p. 55; G. DURRY, *RTD civ.* 1972, p. 779; R. SACCO, « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RIDC* 2007, n° 4, p. 743.

³²⁹ J. MESTRE, « La période précontractuelle et la formation du contrat », *LPA* 5 mai 2000, n° 90, p. 7.

³³⁰ CA Versailles, 12^e ch., 5 mars 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 636, note J. SCHMIDT; *RTD Civ.* 1992, p. 752, obs. J. MESTRE; CA Riom, 10 juin 1992, *Rev. jurisp. dr. Aff.* 1992, n° 893, p. 732; *RTD civ.* 1993, p. 343, obs. J. MESTRE.

³³¹ Par exemple, Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *Bull. civ.* III, n° 164, *D.* 2006, p. 2963, note D. MAZEAUD; *JCP G* 2006, II, p. 10130, note O. DESHAYES; *ibid.*, I, p. 166, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK; *RDC* 2006, p. 1069, note D. MAZEAUD; *RTD civ.*, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

³³² « Les négociateurs sont libres d'entrer en pourparlers, de mener leur négociation et d'y mettre fin comme et quand bon leur semble. En principe, leur responsabilité ne peut pas être recherchée à l'occasion de cette phase de négociation », Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, p.25.

³³³ Comp. avec le droit de proposition d'un successeur de l'agent commercial, v. Cass. civ. 2^{ème}, 15 mai 1992, *Bull. civ.* II, n° 143, p. 71 : la Cour de cassation a reconnu le comportement fautif d'une compagnie d'assurance qui avait nommé un remplaçant à un agent commercial après sa démission sans respecter le délai pendant lequel il était en droit de lui proposer un successeur; Et plus généralement, G. CAS, R. BOUT, *Lamy Droit économique* 1993, n° 687.

³³⁴ Il n'existe pas véritablement un droit de rompre les pourparlers, ce n'est qu'une application de la liberté de ne pas conclure un contrat, V. P. MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.* 1998, p. 243.

³³⁵ E. A. FARNSWORTH, « Precontractual Liability and Preliminary Agreements », *Colum. L. Rev.* 1987, p. 222.

³³⁶ Voir les commentaires officiels des Principes UNIDROIT sous l'article 2.1.15. Disponible sur : <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-f.pdf>

tractations soient enrayées au point de compromettre l'aboutissement des négociations³³⁷. Les partenaires peuvent aussi tout simplement ne pas surmonter leur désaccord³³⁸. C'est également le cas lorsque les négociations évoluent dans un climat d'incertitude, la réussite du projet envisagé restant très hypothétique³³⁹.

196. Cependant, s'il est reconnu aux parties le droit d'initier et de rompre librement les négociations, il n'en demeure pas moins que cette rupture peut être fautive³⁴⁰. Les excès de la liberté contractuelle se voient ainsi corrigés par l'intervention de l'expression du devoir général de bonne foi dans la phase précontractuelle.

§2. LES DIFFERENTES APPREHENSIONS DE LA NOTION DE BONNE FOI

197. Définie comme un devoir d'honnêteté ou de loyauté, la notion de bonne foi connaît depuis le milieu du XX^e siècle une expansion considérable. De nature civiliste, sa reconnaissance a été étendue à l'ensemble des systèmes de droit. Elle s'exprime même au sein des normes internationales. De façon générale, négociateur de bonne foi suppose « une disposition d'esprit ouverte à la discussion, des efforts réels et sincères en vue de rechercher honnêtement la solution la plus apte à permettre d'aboutir à un accord »³⁴¹. Malgré son caractère confus et imprécis, la présence de la bonne foi se constate à toutes les étapes de la vie contractuelle. Au stade des pourparlers, elle contribue à assurer une sécurité des tractations (A). Mais cette intervention constitue un obstacle à une expression pleine de la liberté contractuelle et suscite ainsi une certaine réticence des droits à accueillir cette notion. Cette conséquence se constate par l'observation de la réception de la bonne foi qui adopte une intensité plus ou moins marquée selon le droit applicable (B).

³³⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 5 janv. 1994, n° 92-13.856, jugeant « qu'en interrompant des négociations qui n'aboutissaient pas après plusieurs mois, M. Clair ne s'était pas rendu coupable d'une brusque rupture et que la société French productions n'avait fait qu'user normalement de la liberté d'entreprendre sans qu'aucune manœuvre délictuelle ne soit prouvée à son encontre ».

³³⁸ Cass. com., 9 mars 1999, n° 96-16.559, *Bull. civ.* IV, n° 54, où les pourparlers n'ont pu aboutir en raison du refus opposé par un particulier aux propositions, non excessives, de garanties de la banque et de la formulation par lui de contre-propositions substantiellement différentes, non acceptées par la banque; Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, n° 00-11.493, où « l'échec des pourparlers (...) n'était dû qu'à la divergence sur l'évaluation des actions »; Cass. civ. 2^{ème}, 4 mars 2004, n° 02-14.022, « 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 »; Cass. com., 9 mai 2001, n° 98-15.952, l'échec des pourparlers est constaté au vu du « comportement d'attribution de l'intéressé, à la fois par les délais de réponse pris et par l'exigence de nouvelles pièces ».

³³⁹ Cass. com., 4 oct. 1982, n° 80-16.177, « l'aboutissement des pourparlers relatifs à un tel projet était étroitement lié à la conjoncture économique du moment et aux considérations de personnes, de sorte que les parties devaient toujours envisager l'éventualité d'un échec ».

³⁴⁰ P. CHAUVEL, « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », *Dr. & patr.*, 1996, p. 36

³⁴¹ A. BESSONNET, Ph. E. LAMY, *Contrats d'affaires internationaux*, Pearson, 2^e éd., 2008, p. 57.

A. LA CONTRIBUTION DE LA BONNE FOI DANS LES NEGOCIATIONS

198. Le respect de la liberté contractuelle reste essentiel à l'assurance de l'effectivité des pourparlers. Les parties doivent pouvoir rechercher librement à satisfaire leurs intérêts personnels. A défaut, la notion de contrat perd de son sens. Cependant, une telle conception des négociations précontractuelles incite les partenaires à se comporter de mauvaise foi au mépris de toute considération de loyauté pour parvenir à leurs fins. L'exigence du respect de la bonne foi intervient alors au stade des pourparlers pour prévenir de tels comportements. Imposer un tel devoir offre aux parties un gage de sécurité dans l'engagement des tractations qui les encourage non seulement à s'ouvrir plus amplement à la concurrence et ne pas limiter les échanges avec leurs partenaires habituels, mais aussi à envisager la construction de projets plus importants. En d'autres termes, la garantie assurée par le recours à la bonne foi engage les acteurs du commerce international à prendre plus de risques. Pour ce faire, il est essentiel de protéger les attentes raisonnables des parties aux négociations³⁴² en reconnaissant un devoir de bonne foi tout au long de la phase précontractuelle, de l'initiation à la poursuite des pourparlers (1), jusqu'à leur terme (2).

1. LES DEVOIRS DES PARTIES DANS LA CONDUITE DES POURPARLERS

199. En principe, l'initiation des pourparlers relève de la libre volonté des parties qui peuvent choisir librement d'engager des pourparlers. Cependant, cette affirmation doit être doublement nuancée. Tout d'abord, parce que le droit prévoit dans certaines hypothèses des obligations de contracter³⁴³. Ensuite et surtout l'introduction d'une proposition de contracter reste subordonnée à l'existence d'une intention réelle de l'initiateur de contracter. La responsabilité d'une partie qui engagerait des négociations sans poursuivre un véritable projet de contrat pourrait être engagée³⁴⁴. Les principes du droit européen des contrats, comme les Principes UNIDROIT prévoient expressément la sanction d'un tel comportement, en disposant qu'est contraire au devoir de bonne foi et de loyauté l'engagement ou la poursuite des négociations sans intention réelle de parvenir à un accord³⁴⁵. La jurisprudence allemande condamne de même sur le fondement de la bonne foi le fait d'entamer des pourparlers en ayant conscience qu'ils ne pourront aboutir³⁴⁶.

Il est également envisageable qu'une partie ait délibérément engagé des pourparlers afin de nuire à l'autre partie. C'est le cas lorsque les négociations ont pour fin d'empêcher l'autre

³⁴² J. STEYN, « Contract law : fulfilling the reasonable expectations of honest men », *LQR* 1997, p. 433.

³⁴³ V. *supra* n° 190.

³⁴⁴ V. en Italie : Cass. it., 28 janv. 1972, n° 199, *Foro it.* 1972, I, p. 2088; *Giur. It.* 1972, I, n° 1, p. 1315; Aux Etats-Unis : *Markov v. ABC Transfer & Storage Co.*, [1969]76 Wash. 2d 388, 457 P 2d 535; *Heyder Products Co. v. United States*, [1956], 140 F Supp. 409.

³⁴⁵ Art. 2:301 al. 3 PDEC et art. 2.1.15 Principes UNIDROIT.

³⁴⁶ RG, 19 janv. 1934, *RGZ* 143, 219.

partie de conclure un contrat avec un tiers³⁴⁷ ou de l'inciter à dévoiler des informations confidentielles³⁴⁸. En France, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi condamné la partie qui s'était emparée d'indications techniques divulguées lors des pourparlers précontractuels et les avait exploitées sans autorisation en retenant à son encontre une faute de concurrence déloyale³⁴⁹.

200. Cette intention de contracter originelle doit perdurer tout au long des négociations. A défaut, la partie qui aurait poursuivi les négociations alors qu'elle n'avait plus de volonté réelle de contracter engage sa responsabilité. Il faut préciser qu'il ne suffit pas que la partie ait conservé son projet de contrat; encore faut-il qu'elle souhaite toujours le réaliser avec l'autre partie. En d'autres termes, si une partie envisage de finaliser le projet de contrat avec un tiers, son intention de contracter avec l'autre partie aura disparue. Ce qui signifie que, bien que les parties ne soient pas soumises à une obligation d'exclusivité³⁵⁰, elles doivent se conformer à certaines exigences en cas de négociations parallèles³⁵¹. Elles risquent en effet de se voir sanctionner si elles ont entretenu, chez l'autre partie, une croyance légitime de la conclusion certaine et imminente du contrat³⁵².

201. La poursuite de la négociation de bonne foi impose également aux parties un devoir de négocier. Cette affirmation signifie non pas qu'elles ne peuvent se détacher du projet en exerçant leur droit de retrait des pourparlers, mais qu'elles ne doivent pas refuser de négocier en avançant des propositions inacceptables. Il a été ainsi jugé qu'une partie ne pouvait pas subordonner son acceptation de négocier au changement de composition de l'équipe de négociateurs que forme l'autre partie³⁵³. A été de même sanctionné le comportement d'un employeur qui conditionnait son accord dans la négociation à une acceptation par l'autre partie de conditions portant sur un autre contrat³⁵⁴. Cette exigence doit cependant être nuancée puisque les négociations portent souvent non pas sur un contrat isolé mais sur une opération de plus grande envergure nécessitant que la relation des parties se construise par le biais de

³⁴⁷ V. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *Precontractual liability in European private law*, Cambridge, 2008, cas n°1; Les commentaires officiels des Principe d'UNIDROIT illustrent cette hypothèse : A apprend que B a l'intention de vendre son restaurant. A, qui n'a aucune intention d'acheter le restaurant, entame néanmoins de longues négociations avec B dans le seul but d'empêcher B de vendre le restaurant à C, concurrent de A. A, qui rompt les négociations lorsque C a acheté un autre restaurant, est tenu vis-à-vis de B, qui parvient en fin de compte à vendre son restaurant mais à un prix inférieur à celui offert par C, de la différence du prix.

³⁴⁸ CA Rouen, 13 janv. 1981, *D.* 1983, p. 53, note A. LUCAS; CA Paris, 8 juill. 1972, *JCP G* 1973, II, n° 17509, note J.-M. LELOUP.

³⁴⁹ Cass. com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915, *Bull. civ. IV*, n° 208, *D.* 1980, p. 55, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI.

³⁵⁰ V. J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *op. cit.*, pp. 117 et s; CA Bordeaux, 11 juin 1996, *JCP E* 1997, I, p. 617, obs. P. MOUSSERON; En Belgique, CA Liège, 20 oct. 1989, *Revue de droit commercial belge* 1990, p. 521, note X. DIEUX; V. *infra* n° 231.

³⁵¹ V. par exemple, CA Versailles, 12^{ème} ch., 5 mars 1992, *Sté Alva belgie NV c/Sté Gallay*, *Bull. Joly* 1^{er} juin 1992, n°6, p. 636, obs. J. SCHMIDT : en l'absence d'accord d'exclusivité, n'engage pas sa responsabilité précontractuelle la partie qui conclut avec un tiers le contrat négocié, plusieurs mois après la rupture des pourparlers.

³⁵² V. par exemple, CA Paris, 4 avril 1997, *Juris data* n° 021076.

³⁵³ *General Elec. Co. v. NLRB*, [1969], 412 F. 2d 512, 516-17 2d Cir.

³⁵⁴ *NLRB v. Patent Trader, Inc.*, [1969], 415 F.2d 190. 2d Cir.; Dans le même sens : *Adrian Daily Telegram v. Thompson Newspapers, Inc.*, [1974], 214 N.L.R.B. 1103; *Federal Mogul Corp.*, [1974], 212 N.L.R.B. 950.

plusieurs accords. Dans ces conditions, il n'est pas envisageable de considérer que la partie, qui accepterait de réaliser une concession sur un premier contrat en exigeant en contrepartie un avantage sur un autre contrat, agisse de mauvaise foi. La bonne foi recherche constamment cet équilibre entre l'expression de la liberté des parties et l'absence d'utilisation de façon contraire à sa finalité originale. Dans le cadre des pourparlers, même s'il est reconnu qu'une négociation ferme et rigide n'est pas contraire à la bonne foi³⁵⁵, un rejet systématique et injustifié des propositions de l'autre partie peut être jugé fautif³⁵⁶.

202. Pour parvenir à un accord, il est essentiel que les parties disposent de toutes les informations nécessaires à fonder un consentement éclairé. Les parties doivent procéder mutuellement à un échange des informations indispensables à la formation du contrat. La bonne foi intervient alors à ce stade en imposant une obligation d'information³⁵⁷. Cependant, la phase de négociation reste une période de risque laissant les parties évoluer sans engagement l'une envers l'autre. La divulgation d'informations secrètes peut intervenir alors même que les parties décideront unilatéralement ou d'un commun accord de mettre fin aux pourparlers. Ces données ne seront en principe protégées par aucun engagement. Il est donc impératif de réagir pour pallier cette difficulté qui place les parties dans une situation délicate : elles restent soumises à une obligation de divulgation des données importantes dans le cadre de leur obligation d'information qui les conduit à se montrer vulnérables face aux agissements de l'autre partie. A cette fin, au devoir d'information, a été annexé un devoir de confidentialité fondé sur la bonne foi pour protéger les échanges de données au cours des négociations.

Sur ce point, l'ensemble des droits s'est accordé pour reconnaître un besoin de protection des informations confidentielles. La jurisprudence française a ainsi reconnu aux parties une obligation de discrétion implicite quant aux informations techniques divulguées lors des négociations. Ces données ne peuvent être transmises à des tiers ou utilisées à des fins personnelles sans engager la responsabilité de l'auteur de ces actes³⁵⁸. Parallèlement, les juridictions britanniques³⁵⁹ ont retenu une solution similaire par la voie de l'*unfair advantage*³⁶⁰. La partie qui obtient des informations confidentielles ne doit pas en tirer un avantage injuste sans l'accord de l'autre partie. La reconnaissance d'un devoir implicite de confidentialité est également consacrée par la *soft law*. Les Principes UNIDROIT posent à l'article 2.16 que 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, que le contrat soit conclu ou non. Il ajoute que le manquement à ce

³⁵⁵ *Chevron Oil Co. v. NLRB*, [1971], 42 F.2d 1067, 1072-73 (5th Cir.); *NLRB v. Herman Sausage Co.*, [1960], 275 F.2d 229, 231 (5th Cir.).

³⁵⁶ *NLRB v. Reed & Prince Mfg. Co.*, [1953], 205 F.2d 131 (1st Cir.).

³⁵⁷ V. *infra* nos 239 et s.

³⁵⁸ V. Cass. com., 3 oct. 1978, *op. cit.*

³⁵⁹ *Seager v. Copydex Ltd.*, (A.C)[1967] 2 All ER 415.

³⁶⁰ *Seager v. Copydex Ltd* [1990] QB 665.

devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie³⁶¹.

Ainsi, un devoir de confidentialité est largement reconnu dans la conduite des négociations internationales même si son intensité diffère selon le droit concerné. Il reste alors à s'interroger sur les modalités d'appréciation de la confidentialité. Comment distinguer une information soumise au secret d'une donnée qui peut être utilisée ? Les commentaires officiels des Principes UNIDROIT apportent un élément de réponse en proposant deux exemples. Le premier exemple illustre l'hypothèse dans laquelle le devoir de confidentialité découle d'une demande expresse de non-révéléation formulée par une partie à la négociation à l'égard de l'autre³⁶². Il est possible de conclure à ce stade du raisonnement que le devoir de confidentialité est tout simplement subordonné à l'existence d'une stipulation expresse de la partie intéressée en ce sens. Le devoir de confidentialité perd ici son intérêt puisqu'il suffit que les parties aient recours à une clause de confidentialité pour protéger contractuellement leurs données.

203. Mais les Principes UNIDROIT proposent un deuxième exemple bien plus intéressant. Il concerne le cas où A est intéressé à conclure un contrat de "*joint venture*" avec B ou C, les deux plus importants constructeurs automobiles dans le pays X. Les négociations progressent avec B en particulier et A reçoit des informations assez détaillées concernant les projets de B sur la conception d'une nouvelle automobile. Bien que B ne demande pas expressément à A de considérer ces informations comme confidentielles, A peut être tenu de ne pas les divulguer à C s'agissant des plans d'une nouvelle automobile, et A ne peut pas non plus utiliser ces plans pour sa propre production au cas où les négociations n'aboutiraient pas à la conclusion d'un contrat. Dans cette hypothèse, le devoir de confidentialité existe en dehors de toute disposition en ce sens. Il conserve le caractère implicite qui avait été dégagé par les jurisprudences française et anglaise. Aucune définition précise ne vient délimiter la notion de confidentialité. Et l'on ne peut que s'en réjouir. Circonscrire de façon trop rigoureuse ce concept empêcherait toute possibilité de l'étendre aux situations les plus diverses. Il appartiendra aux juridictions concernées d'apprécier *in concreto* le caractère confidentiel d'une information donnée. Le devoir de confidentialité qui naît au cours des pourparlers s'étend au-delà de leur extinction, alors que même pendant cette étape, la bonne foi soumet les parties au respect de certains devoirs.

³⁶¹ L'article 2.302 des Principes du droit européen des contrats retient une solution quasi-identique en disposant que « lorsqu'une information confidentielle est donnée par une partie au cours des négociations, l'autre est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser à ses propres fins, qu'il y ait ou non conclusion du contrat. Le manquement à ce devoir peut ouvrir droit à la réparation du préjudice souffert et à la restitution du profit qu'en aurait retiré l'autre partie ».

³⁶² Dans l'hypothèse où A invite B et C, producteurs de systèmes de climatisation, à soumettre des offres pour l'installation d'un tel système. Dans leurs offres B et C donnent également des détails techniques concernant le fonctionnement de leur système respectif afin de mettre en valeur leurs produits. A décide de refuser l'offre de B et ne poursuit les négociations qu'avec C. A est libre d'utiliser les informations contenues dans l'offre de B pour inciter C à proposer des conditions plus favorables. L'information n'est donc pas considérée soumise au devoir de confidentialité. Si, par contre, B demande expressément à A de ne pas révéler certains détails techniques qui y figurent. A ne peut pas utiliser ces informations dans ses négociations avec C.

2. LES DEVOIRS DES PARTIES DANS LA CLOTURE DES POURPARLERS

204. La fin des pourparlers s'appréhende comme une terre propice au contentieux, même si la rupture des négociations peut parfois se réaliser à l'amiable³⁶³. Le retrait peut intervenir au cours des balbutiements des pourparlers et constituer ainsi une expression du principe de liberté contractuelle. Il est de même envisageable qu'une partie puisse légitimement perdre patience face à la longueur des pourparlers dont l'avancée semble compromise³⁶⁴. Les parties peuvent atteindre une impasse dans laquelle, malgré leur bonne foi, les négociations semblent verrouillées³⁶⁵. Mais le retrait peut également être brutal et injustifié, causant un préjudice à l'autre partie. Aussi a-t-il été dégagé un devoir de bonne foi lors de la rupture des pourparlers.

205. En droit français, un tel comportement dans la rupture est sanctionné sur le terrain délictuel depuis 1972³⁶⁶ dès lors que la rupture présente un caractère brutal et unilatéral. Ainsi, plus les négociations persistent, plus le droit de rupture s'amenuise. Pour déterminer ce point de non-retour, il faut s'attacher à l'analyse des circonstances de l'espèce³⁶⁷. Il n'est en effet pas indispensable que les négociations aient été longues, il suffit qu'elles aient atteint un stade avancé compte tenu de leur objet³⁶⁸. A ce stade des négociations, la jurisprudence a considéré dans un premier temps que le retrait devait s'accompagner d'une justification, même si celle-ci s'avère totalement subjective³⁶⁹. Puis, elle a étendu davantage le devoir de bonne foi en imposant la démonstration d'un motif légitime de rupture, à l'occasion de l'affaire *Poleval c/Sandoz*³⁷⁰. Il appartient ainsi au juge d'apprécier le caractère légitime du motif invoqué par l'auteur de la rupture. En l'espèce, la société Poleval avait engagé des pourparlers avec la société Sandoz pour l'exploitation du procédé breveté qu'elle venait de créer. Après quatre années de discussions et de nombreuses études portant sur la faisabilité du projet, la société Sandoz a rompu les pourparlers en invoquant « des considérations internes au groupe ne mettant aucunement en cause la qualité du produit ». Cette justification n'a pas été jugée suffisante par la Cour de cassation qui a condamné la société Sandoz au paiement de dommages-intérêts en considérant non seulement la longueur particulièrement importante des négociations mais aussi que les considérations invoquées ne constituaient pas un motif

³⁶³ CA Paris, 19 janv. 2001, *RTD civ.* 2001, p. 350, obs. J. MESTRE, B. FAGES : « considérant qu'en l'espèce, s'il y a bien eu des pourparlers avancés entre les parties caractérisés par un certain délai, la remise d'argent et un rendez-vous chez le notaire, il apparaît que la rupture des pourparlers a été faite de convenance entre les époux I et Mme N; qu'en raison de leurs bonnes relations antérieures de voisinage, les époux I en signant l'acte du 14 septembre 1994, n'ont pas estimé devoir réclamer à Mme N une indemnité d'immobilisation, ni protesté et se sont satisfaits d'obtenir un prêt sans intérêt puisqu'ils n'ont pas assigné Mme N en exécution forcée du rendez-vous notarié afin que soit délivré un procès-verbal de carence ; qu'il suit que les époux I sont mal venus à se prévaloir maintenant d'une faute de Mme N ».

³⁶⁴ *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, [1982], 646 P.2d 900.

³⁶⁵ *NLRB v. Tex-Tan, Inc.*, [1963], 318 F.2d 472, 482 (5th Cir.).

³⁶⁶ Cass. com. 20 mars 1972, n° 70-14.154, *Bull. civ.* IV, n° 93; *JCP G* 1973, II, n° 17543, note J. SCHMIDT; *RTD civ.* 1972, p. 779, obs. G. DURRY.

³⁶⁷ V. commentaires officiels des Principes UNIDROIT sous l'article 2.1.15.

³⁶⁸ P. CHAUVEL, note ss Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561; Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-18.953, *D.* 1998, jur., p. 45; Cass. cass. 1^{ère}, 6 janv. 1998, n° 95-19.199, *Bull. civ.* I, n° 7; *JCP G* 1998, II, n° 10066, note B. FAGES.

³⁶⁹ Cass. com., 7 janv. 1997, *D.* 1998, p. 45, note P. CHAUVEL.

³⁷⁰ Cass. com., 7 avril 1998, *JCP E* 1999, p. 169.

légitime de rupture. Le projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, dirigé par le Professeur Catala, s'intéresse directement à la rupture des pourparlers, puisque son article 1104, alinéa 2, dispose que « l'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties ».

206. Les juridictions italiennes ont reconnu que, pour retenir une violation du principe de liberté contractuelle, il était nécessaire que les négociations aient atteint un niveau tel que la victime de la rupture pouvait objectivement croire en leur réussite prochaine³⁷¹ et que, de ce fait, elle ait engagé des frais ou renoncé aux propositions plus favorables de tiers et que l'auteur de la rupture ne présente aucun motif justifié³⁷². Ce comportement est susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de son auteur sur le fondement des articles 2043 et 2056 du *Codice civile*, dès lors qu'est caractérisée l'existence d'une faute indifféremment de toute intention de nuire³⁷³. En droit allemand, les juridictions sanctionnent largement les cas de rupture abusive des pourparlers³⁷⁴. Le fondement de ces décisions reste ambigu, laissant planer un doute sur la question de savoir si les juridictions s'intéressent au caractère injustifié de la rupture ou si elles exigent que le comportement de la partie fautive ait atteint la confiance légitime de l'autre partie³⁷⁵. L'adoption d'un tel correctif à la liberté de rupture des pourparlers est, quoiqu'il en soit, permise par l'intégration du devoir de bonne foi que ce droit a réalisée.

207. L'adoption d'un principe général de bonne foi lors de la phase précontractuelle se révèle ainsi indispensable à la garantie d'un certain équilibre entre les parties en sécurisant les tractations. Pourtant, lorsque l'on s'intéresse au droit positif, il apparaît que l'ensemble des droits n'a pas répondu à l'unisson à une préoccupation, ce qui peut susciter un certain étonnement.

³⁷¹ V. Cass. it., 17 juin 1974, n° 1781, *Foro padano* 1975, I, 80, note F. PRANDI; *Temi*, 175. p. 408, note A. FAJELLA; Pour apprécier l'existence d'une croyance légitime en la réussite prochaine des négociations, les juridictions italiennes ont retenu qu'il suffisait qu'au cours des pourparlers les parties aient au moins discuté des éléments essentiels du contrat (Cass. civ. sez. III, 13 Mars 1996, n° 2057), sans que les parties aient nécessairement atteint le stade de l'acceptation d'une offre entraînant la formation du contrat (Cass. civ. Sez. III, Février 14, 2000, n° 1632).

³⁷² Notamment Cass. civ. sez. lav. ,7 Mai 2004, n° 8723.

³⁷³ V. notamment Cass.civ. sez. I, 30 août 1995, n° 9157.

³⁷⁴ BGH, 10 juill. 1970, *NJW* 1970, p. 1840; pour une traduction en anglais de la décision, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 252.

³⁷⁵ M. PAZ GARCIA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 116; S.WHITTAKER, R.ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge. Cambridge University Press, 2000, p. 237.

B. LA RECEPTION DE LA BONNE FOI PAR LES DIFFERENTS DROITS

208. Si l'accueil d'un devoir de bonne foi précontractuel établit indéniablement un équilibre dans les relations entre les parties, nécessaire à la pérennité du commerce international, il tend néanmoins à placer les partenaires dans une situation d'engagement susceptible de freiner les échanges commerciaux. Ce qui explique que certains arguments puissent être avancés pour rejeter l'existence d'un devoir de bonne foi au cours des négociations (1). Cet impact négatif de la bonne foi justifie la réticence de certains droits à reconnaître un tel principe. Alors que certains ordres juridiques se refusent à imposer un devoir de bonne foi susceptible d'entraver largement la liberté contractuelle qui dirige les négociations, d'autres, au contraire, privilégient la garantie de la loyauté des pourparlers. Ces divergences expliquent l'observation d'un panorama très contrasté de l'application du principe de bonne foi aux négociations par les différents droits (2).

1. LES ARGUMENTS DE REFUTATION DE LA BONNE FOI DANS LES NEGOCIATIONS

209. L'argument traditionnellement retenu pour justifier le refus de l'existence d'un devoir général de bonne foi gouvernant la phase précontractuelle repose sur l'idée que cette doctrine implique que chaque partenaire prenne en considération les intérêts et attentes légitimes de l'autre. Ce qui conduit les parties à restreindre la défense de leurs intérêts personnels et constitue ainsi une atteinte trop prononcée à leur liberté contractuelle. Or, un contrat qui ne résulte pas d'une négociation visant à obtenir la satisfaction de ses intérêts propres ne peut être considéré comme un véritable contrat³⁷⁶. L'objectif de cet accord de volonté demeure celui de matérialiser les souhaits respectifs des parties et non de répondre exclusivement aux besoins d'une seule d'entre elles. Chacune des parties doit conserver la liberté de poursuivre ses propres intérêts³⁷⁷, droit qui se voit entravé par le devoir de bonne foi. L'équilibre est naturellement atteint³⁷⁸.

210. Le caractère évanescent de cette notion est également susceptible de décourager les plus grands défenseurs de la bonne foi. Elle peut être définie de façon générale comme l'« attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au droit qui permet à l'intéressé

³⁷⁶ R. BROWNSWORD, « *Positive, Negative, Neutral : the Reception of Good Faith in English Contract Law* », in *The Concept of Good Faith in American Law*, E. A. FARNSWORTH (dir.), Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993, Rome, p. 15.

³⁷⁷ V. *Walford v. Miles*, [1992], 2 AC 128 : « 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 ».

³⁷⁸ V. la décision américaine : *Feldman v. Allegheny International*, [1988], 850 F.2d 1217 (7th Cir.) : La Cour statue que « *Good faith is no guide. In a business transaction both sides presumably try to get the best of the deal. That is the essence of bargaining in the free market...So one cannot characterize self interest as bad faith* ».

d'échapper aux rigueurs de la loi »³⁷⁹. Si certaines restrictions peuvent être facilement identifiées, il reste impossible de dessiner avec certitude et rigueur les contours de cette doctrine³⁸⁰. Ce qui crée dans le cadre des négociations précontractuelles une absence de prévisibilité des solutions, atteignant la sécurité juridique des transactions. La bonne foi suppose effectivement un certain nombre de normes morales auxquelles sont confrontées les parties à la négociation, sans qu'il soit possible de déterminer clairement quels concepts moraux sont concernés. Il est nécessaire de s'interroger sur les modalités d'appréciation de la bonne foi, à savoir notamment si elle s'analyse de façon subjective ou objective.

Si une conception subjective de la bonne foi est retenue, seule « la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière »³⁸¹ sera vérifiée pour retenir une quelconque responsabilité. L'appréciation sera réalisée *in concreto* et l'exigence de bonne foi supposera qu'une partie ne commette aucune action mettant en péril les négociations ou ne nuisent à son partenaire. Si au contraire, la jurisprudence s'attache à une conception objective de la bonne foi, alors l'analyse portera sur le comportement effectif des parties et non sur leurs intentions. L'attitude des parties lors des pourparlers sera comparée à un standard, permettant de déterminer si leur comportement était bien conforme à la bonne foi. La Convention de Vienne sur la vente de marchandises a adopté une solution bicéphale à son article 8, dont l'alinéa 1³⁸² retient une interprétation subjective du comportement des parties, fondée sur l'analyse de leurs intentions. L'alinéa 2³⁸³ se prononce au contraire en faveur d'une conception objective, l'interprétation s'effectuant par la voie d'une comparaison avec l'attitude qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans une situation identique, aurait adoptée.

211. De plus, l'étendue de l'exigence de bonne foi reste tout aussi incertaine³⁸⁴. La bonne foi peut être retenue de façon négative. Elle impose alors simplement aux parties de ne pas adopter de comportement contraire à la bonne réalisation des pourparlers³⁸⁵. Ces parties

³⁷⁹ *Vocabulaire juridique*, 2^{ème} éd., G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2007, v. Bonne foi.

³⁸⁰ M. G. BRIDGE, « Does anglo-canadian contract law need a doctrine of good faith? », 1984, *Canadian Journal of Business Law*, p. 385; C. P. GILLETTE, « Limitations on the obligation of good faith », 1981, *Duke Law Journal*, p. 619; M. SNYDERMAN, « What's so good about good faith », 1988, *University of Chicago Law Review*, p. 1335.

³⁸¹ V. F. RANIERI, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du *civil law* », *RIDC* 1998, p. 1055, spéc. pp. 1062 et s.

³⁸² « Aux fins de la présente Convention, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention ».

³⁸³ « Si le paragraphe précédent n'est pas applicable, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné ».

³⁸⁴ E. A. FARNSWORTH, « Good faith performance and commercial reasonableness under the Uniform commercial Code », *University of Chicago Law Review*, 1962, p. 666; Du même auteur, *The concept of good faith in american law*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, Conferenze e seminari, Rome, 1993.

³⁸⁵ V. art. 2.1.15 al. 2 des Principes UNIDROIT qui n'impose pas le respect d'un comportement de bonne foi, mais sanctionne, au contraire, les comportements de mauvaise foi adoptés lors des pourparlers : « 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. »

doivent donc s'abstenir de toute action mettant la réussite des négociations en péril ou nuisant à leurs partenaires. Sur cette appréhension négative de la bonne foi, pourront être sanctionnées les parties qui rompent brutalement des négociations sans motifs légitimes³⁸⁶, qui contractent sans réelle intention de contracter³⁸⁷ ou qui n'informent pas l'autre partie d'un fait qui atteint directement la validité du contrat projeté³⁸⁸. La bonne foi peut être également considérée de façon positive. Elle implique alors l'adoption d'un certain comportement par les parties. Elles ne doivent pas se contenter de ne pas agir de mauvaise foi, mais doivent adopter une conduite active dans la réalisation des pourparlers. Sur ce fondement, il pourra être imposé une véritable obligation de coopération entre les parties³⁸⁹. Ce qui signifiera que non seulement une partie à la négociation ne devra pas taire des informations essentielles à l'établissement du consentement de l'autre partie, mais encore qu'elle aura l'obligation de lui dévoiler tous les renseignements utiles à une bonne évaluation de l'accord projeté.

Cette difficulté d'appréhension s'étend à la mise en œuvre de l'obligation de bonne foi. Si l'on retient son étendue la plus réduite et que l'on suppose que le devoir des parties est limité à l'éviction d'agissements de mauvaise foi, reste la délicate appréciation du comportement des parties. En matière de rupture des pourparlers, l'analyse repose sur les motifs qui ont suscité le retrait des négociations. La rupture n'est pas sanctionnée si elle est justifiée par des raisons légitimes. Comment apprécier la légitimité des motifs invoqués ? Il faudrait pouvoir distinguer avec certitude entre des négociations très engagées³⁹⁰ et des pourparlers enlisés³⁹¹.

Cette absence de précision crée une insécurité juridique qui explique la réticence de certains Etats à reconnaître un devoir général de bonne foi lors des négociations³⁹². Cependant, il ne faudrait pas écarter trop rapidement le bien-fondé du devoir de bonne foi. Laisser la phase des pourparlers entièrement soumise à l'expression d'une liberté contractuelle conduit inévitablement à placer les parties dans une situation de risque bien plus importante peut-être que celle qu'engendre la notion évanescence de bonne foi, ce qui justifie l'adoption d'une telle obligation.

212. Reste à s'interroger sur l'intensité que doit adopter l'obligation de bonne foi. Doit-on circonscrire ce devoir à l'éviction d'un comportement de mauvaise foi par les parties ou faut-il leur imposer l'adoption d'une attitude active au service de leurs intérêts respectifs ? Exiger des parties qu'elles considèrent les intérêts personnels de leurs partenaires constituerait un vœu pieux. Par hypothèse, les négociateurs sont motivés par des intérêts antagonistes. Mais limiter l'exigence de bonne foi à l'éviction d'un comportement actif ne permettrait pas d'atteindre l'objectif de sécurisation des transactions. Le dol, connu par la *common law* sous la forme de *misrepresentation*, illustre cette nécessité. Depuis 1971, le droit français a étendu

³⁸⁶ Pour un exemple récent, v. Cass. com., 18 janvier 2011, n° 09-14.617; Dans le même sens mais écartant la responsabilité de l'auteur de la rupture, v. Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-20.332.

³⁸⁷ V. en ce sens, art. 2.1.15 des Principes UNIDROIT.

³⁸⁸ V. en ce sens, art. 1338 *Codice civile* italien.

³⁸⁹ F. DIESSE, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », *RDAI* 1999, n°7, p. 737-782; H. BATESON, « The duty to co-operate », *The Journal of Business Law* 1960, p. 187.

³⁹⁰ Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-18.953, *RTD civ.* 1997, p. 651, obs. J. MESTRE.

³⁹¹ Par exemple, Cass. civ. 2^{ème}, 5 janv. 1994, n° 92-13.856, les négociations n'aboutissaient pas après plusieurs mois d'échanges.

³⁹² V. les systèmes inspirés de *common law* en général et plus spécifiquement le droit anglais.

la sanction du dol à l'hypothèse de la réticence dolosive. Il n'est plus nécessaire qu'une partie ait allégué de fausses informations, il suffit que celle-ci ait volontairement omis de dévoiler ces renseignements³⁹³. Le droit anglais ne reconnaît pas une telle extension. La simple réticence d'informations reste insuffisante pour déclencher une quelconque sanction.

Par conséquent, une appréhension simplement négative de la notion de bonne foi s'avère insuffisante pour protéger les parties et ne peut donc pas être retenue. Mais une appréhension positive, consistant à imposer une attitude active aux parties, ne serait pas non plus une bonne solution car elle entraverait trop fortement la liberté contractuelle qui dirige les négociations. Il faudrait donc préconiser l'adoption d'une solution hybride, à savoir retenir une vision large de la mauvaise foi. Une telle solution permettrait d'appréhender tous les comportements générateurs de préjudice à l'égard de l'autre partie à la négociation, tout en préservant la liberté des parties dans la poursuite des pourparlers. C'est d'ailleurs en ce sens que semblent se diriger tant le droit positif que la *soft law*, même si ces droits adoptent de façon plus ou moins formelle et intense la notion de bonne foi.

2. L'APPLICATION CONTRASTÉE DU DEVOIR GÉNÉRAL DE BONNE FOI DANS LES NÉGOCIATIONS

213. L'expression de la bonne foi au sein des différents droits se dessine sous la forme de trois tendances. La première consiste à reconnaître un devoir général de bonne foi et à étendre son application à la phase de négociations précontractuelle. La deuxième se différencie de la première par l'existence de dispositions spécifiques à la gestion des pourparlers qui s'ajoutent au principe général de bonne foi. Ces deux tendances peuvent être regroupées sous la présentation des droits accueillant le concept de bonne foi (a). Enfin, la dernière orientation adoptée par certains droits rejette l'extension du principe de bonne foi à la période précontractuelle ou dénie tout devoir général de bonne foi (b).

a. La reconnaissance manifeste du devoir de bonne foi précontractuel

214. La notion de bonne foi a été consacrée par la jurisprudence arbitrale qui l'a placée au rang des principes généraux du droit. L'application de la *lex mercatoria* permet de contourner les difficultés liées à la détermination et l'interprétation de la loi étatique applicable. Cette reconnaissance facilite ainsi sa mise œuvre, ce qui ne surprend pas en arbitrage, puisque la bonne foi serait « de l'essence de la *lex mercatoria* ».

L'affaire *Norsolor*³⁹⁴ a permis l'accueil de la bonne foi au sein des principes généraux du commerce international. Le juge français a validé la décision des arbitres qui ont retenu « au titre des principes généraux des obligations applicables dans le commerce international, la bonne foi qui doit présider à la formation et à l'exécution des contrats ». Ainsi, non seulement la bonne foi a été érigée au niveau des principes généraux du commerce international, mais sa

³⁹³ Pour une solution identique en droit allemand, v. BGH, 3 mars 1982, *NJW* 1982, p. 1386.

³⁹⁴ Sent. CCI n° 3131 rendue en 1979, *JDI* 1981, p. 920, obs. Y. DERAÏNS, *Rev. Arb.* 1983, p. 530, *YCA* 1984, p. 109.

portée atteint la phase précontractuelle. Cette position a été confirmée par la suite par l'arrêt *Ganz*³⁹⁵ qui a reconnu aux arbitres « le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi qui doivent présider aux relations entre partenaires du commerce international ». Une telle position conduit alors à s'interroger sur les comportements considérés comme contraires à la bonne foi. En effet, comme il a été affirmé dans l'arrêt *Valenciana*³⁹⁶ « la bonne foi doit présider à la négociation des contrats et à leur interprétation comme à leur exécution ». Ainsi pour être sanctionnée devant l'arbitre, une partie doit avoir adopté une attitude contraire à la bonne foi lors des pourparlers précontractuels. Ce devoir général conduit à considérer comme déloyale la rupture des pourparlers lorsque l'auteur du retrait a incité l'autre partie à croire à son intention ferme de contracter. Le comportement de la partie qui ruine ainsi les espoirs qu'elle a elle-même suscités engage sa responsabilité. Mais l'exigence de bonne foi s'exprime également en cas de réussite des pourparlers, lorsqu'une conduite répréhensible a été adoptée au cours des négociations. Ainsi, le manquement à l'obligation d'information, par la voie d'une manipulation ou d'une simple réticence, peut entraîner la responsabilité de son auteur si ce comportement avait pour objectif d'inciter l'autre partie à contracter dans ces conditions. La sentence *Cameroun c./Klockner*³⁹⁷ qui a été rendue dans l'hypothèse d'un contrat déjà formé pose une solution qui peut être étendue aux pourparlers. Dans cette affaire, il était reproché à l'une des parties de ne pas avoir informé son partenaire que les circonstances économiques avaient évolué au cours des pourparlers, en affectant la rentabilité de l'opération envisagée. L'explosion du prix du pétrole avait conduit à une modification significative des prix tant des matières premières que des produits finis. Cette circonstance invalidait inévitablement les prévisions qui avaient été établies au début des tractations. Les arbitres ont relevé des manquements de divulgation sans établir leur caractère intentionnel. Ils ont imposé, à cette occasion, un devoir de « tout révéler à son partenaire ».

215. La doctrine s'est également intéressée à l'appréhension de la bonne foi dans les relations précontractuelles. Les Principes UNIDROIT n'ont pas manqué d'accueillir ce concept. L'article 1.7 est réservé à l'obligation de bonne foi mais cette obligation s'exprime en réalité à travers plus d'une vingtaine d'articles des Principes UNIDROIT. Elle s'applique à l'ensemble des phases du contrat en englobant l'étape des pourparlers³⁹⁸. Mais les Principes UNIDROIT ne se contentent pas d'un principe général, ils prévoient également des règles spécifiques au contrôle de l'attitude des parties au stade précontractuel. Ainsi, l'article 2.1.4 prohibe la révocation de l'offre « si le destinataire était raisonnablement fondé à croire que

³⁹⁵ CA Paris, 29 mars 1991, arrêt *Ganz*, *Rev. arb.* 1991, p. 478, note L. IDOT.

³⁹⁶ Sent. CCI rendue en 1989, n° 5953, *JDI*, 1990, p. 1056, obs. Y. DERAÏNS.

³⁹⁷ Sent. *Cameroun c./Klockner*, *Rev. Arb.* 1984, p. 19; *JDI* 1984, p. 409, *YCA* 1985, p. 71.

³⁹⁸ L'exemple apporté par les commentaires officiels des Principes vise directement une hypothèse de comportement contraire à la bonne foi au cours des pourparlers : « 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 ».

l'offre était irrévocable et s'il a agi en conséquence ». On retrouve ici la notion de croyance légitime chère à la jurisprudence arbitrale. L'article 2.1.15 poursuit en retenant la responsabilité de la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi. Il précise ensuite la notion de mauvaise foi par l'apport d'un exemple. Serait 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. Enfin, l'article 2.2.5 interdit au représenté de se prévaloir du défaut de pouvoir du représentant lorsqu'il a adopté un comportement laissant croire légitimement au tiers que le représentant était compétent³⁹⁹. Serait effectivement de mauvaise foi le représenté qui chercherait à invalider le contrat conclu alors qu'il a lui-même incité le tiers à présumer de la compétence du représentant. Le recours au concept malléable que constitue la bonne foi permet ainsi de rééquilibrer les relations entre les parties en leur imposant le respect de certains devoirs.

216. En droit français, le principe de bonne foi s'exprime à travers l'article 1134, alinéa 3, du Code civil qui dispose que « les contrats doivent être exécutés de bonne foi ». L'article 1135 complète le mécanisme en précisant que « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Alors que ces dispositions semblent circonscrire le devoir de bonne foi à la phase d'exécution du contrat, la jurisprudence s'est fondée sur ce principe pour sanctionner la rupture brutale des pourparlers⁴⁰⁰, la révocation intempestive d'une offre ou même la réticence dolosive d'informations⁴⁰¹. Elle a de plus introduit un devoir de confidentialité dans la gestion des pourparlers, la bonne foi interdisant la divulgation ou l'utilisation de données obtenues lors des tractations⁴⁰².

³⁹⁹ Il prévoit en effet que « lorsque le comportement du représenté conduit le tiers à croire raisonnablement que le représentant a le pouvoir d'agir pour le compte du représenté et qu'il agit dans la limite de ce pouvoir, le représenté ne peut se prévaloir à l'égard du tiers du défaut de pouvoir du représentant ».

⁴⁰⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 3 oct. 1972, n° 71-12.993, *Bull. civ.* III, n° 491; Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, *Bull. civ.* IV, n° 186, *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. MESTRE, B. FAGES; *JCP* 2004, I, 163, n° 18, obs. G. VINEY. D. 2004, p. 869, note A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. MAZEAUD; Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, n° 04-20.040, préc.; V. pour une sanction du caractère brutale de la rupture, Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, préc.; Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561, *D.* 1998, p. 45, note P. CHAUVEL; Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-18.953, *D.* 1998, p. 45, note P. CHAUVEL; *RJDA* 1997, n° 996; *RTD civ.* 1997, p. 651, obs. J. MESTRE; CA Lyon, 4 mars 1994, *Juris-Data* n° 1994-04-3277; CA Paris, 4 févr. 1993, *Juris-Data* n° 1993-02-0503; ou pour son caractère tardif, Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, n° 95-19.199, *Bull. civ.* I, n° 7, *JCP* 1998, II, 10066, note B. FAGES; *Defrénois* 1998, p. 741, obs. D. MAZEAUD; CA Paris, 10 mars 2000, *JCP E* 2001, p. 422, note F. VIOLET; ou encore pour des motifs illégitimes, Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20.361, *D.* 1999, p. 514, note P. CHAUVEL; *JCP E* 1999, p. 579, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI; Cass. com. 11 juill. 2000, n° 97-18.275, inédit; Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, n° 00-17.048, inédit; Cass. civ. 3^{ème}, 27 mai 2003, n° 01-15.099.

⁴⁰¹ Cass. com., 8 nov. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 298; Cass. civ. 1^{ère}, 26 nov. 1991, préc.; Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1992, n° 90-15.866, *CCC* 1992, p. 133, obs. L. LEVENEUR; Sur l'obligation de révélation de certaines informations à l'autre partie au cours des négociations, v. Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 1995, n° 92-20.976; *JCP* 1996, II, 22736, note F.-X. LUCAS; Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 01-13.018; Cass. com., 20 sept. 2005, n° 03-19.732, *Juris-Data* n° 2005-02-9785; *D.* 2006, p. 2855, obs. P. CROCQ.

⁴⁰² Cass. com., 3 juin 1986, n° 84-16.971, *Bull. civ.* IV, n° 110; CA Paris, 5 mai 1991, *Expertises* 1994, p. 234.

217. De même, le Code civil québécois de 1994 retient, *via* son article 1375, que « la bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». Il reconnaît l'existence d'un devoir de bonne foi dont le respect s'impose à tous les stades du processus contractuel, et s'applique ainsi aux négociations. Le droit chinois ne reste pas non plus en retrait puisque la Loi unique sur les contrats du 15 mars 1999 énonce dans ses articles 5 et 6 les principes généraux de bonne foi et d'équité⁴⁰³. On peut citer également l'article 2, alinéa 1⁴⁰⁴, du Code civil suisse qui impose l'exercice des droits et l'exécution des obligations conformément à la bonne foi⁴⁰⁵. Le même constat peut être relevé aux Pays-Bas où le principe de bonne foi de l'article 6-2 du Code néerlandais⁴⁰⁶ conduit à étendre ce devoir aux pourparlers au cours desquels les parties doivent considérer leurs intérêts respectifs⁴⁰⁷.

218. L'accueil réservé à la bonne foi au cours des pourparlers se présente de façon plus marqué en droit allemand. Non seulement il reconnaît un principe général de bonne foi, mais il adopte des dispositions spécialement dédiées aux négociations précontractuelles, dont la réforme du droit des contrats de 2002 n'a pas réduit la portée⁴⁰⁸. En effet, le §242 du *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* dispose que « le débiteur a l'obligation d'exécuter la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires »⁴⁰⁹. Le devoir de bonne foi est donc reconnu largement au sein des relations contractuelles. Le droit allemand prévoit également une obligation imposée spécifiquement aux parties à la négociation. Le §241, alinéa 2, du *BGB* exige de leur part une prise en considération des droits, des biens et des intérêts de l'autre. Il traduit par voie législative la célèbre doctrine de la *culpa in contrahendo* avancée par Rudolf von Jhering. Selon cette thèse, les parties à la négociation précontractuelle sont soumises au respect d'un devoir de bonne foi et sont responsables des dommages subis par l'autre partie en cas de manquement à ce devoir. Les juridictions allemandes sanctionnent ainsi très largement les conduites contraires à la bonne foi adoptées dans le cadre des pourparlers.

⁴⁰³ X.-Y. LI-KOTOVTCHIKHINE, « Le nouveau droit chinois des contrats internationaux », *JDI* 2002 p. 113.

⁴⁰⁴ « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de bonne foi ».

⁴⁰⁵ Pour une application de l'article 2, al. 1, du Code civil suisse par l'arbitre, v. Sent. CCI n° 13646, *JDI* 2007, n°4, Chron. sentences arbitrales, note F. MANTILLA SERRANO.

⁴⁰⁶ « Le créancier et le débiteur sont tenus de se comporter l'un envers l'autre suivant les exigences de la raison et de l'équité », selon la traduction du texte proposée par G. ROBIN, « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAl* 2005, pp. 665 et s, spéc. P. 699.

⁴⁰⁷ Hoge Raad, 15 nov. 1957, *NJ* 1958, p. 67, note Ch. RUTTEN.

⁴⁰⁸ Sur la réforme du droit allemand des contrats entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002, v. V. HENTE, « The recent german law, implementing a modernisation of german contract law », *RDAl* 2005, p. 359.

⁴⁰⁹ Cette règle générale est complétée par l'article 157 du BGB qui pose que « les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi, eu égard aux usages admis en affaires »⁴⁰⁹. De même, la Section 9 de l'AGBG⁴⁰⁹, incorporée dans les articles 305 à 310 du BGB, applique le principe de bonne foi aux relations d'affaires en prévoyant que « les dispositions des conditions générales sont inefficaces lorsque, contrairement aux impératifs de la bonne foi, elles désavantagent le partenaire contractuel du stipulant de manière déraisonnable. Un désavantage inapproprié peut aussi résulter de ce que la clause n'est pas claire et compréhensible ».

Suivant la même orientation, le droit italien prévoit des dispositions spécifiques aux négociations précontractuelles. Selon l'article 1337⁴¹⁰ du *Codice civile*, lors du déroulement des pourparlers et de la formation du contrat, les parties doivent adopter un comportement conforme à la bonne foi⁴¹¹. La loi règlemente également un cas particulier de *culpa in contrahendo*, puisque l'article 1338⁴¹² retient la responsabilité de la partie qui, lors des pourparlers, a eu connaissance de l'existence d'une cause d'invalidité du contrat négocié et n'en a pas informé l'autre⁴¹³. On peut également noter les dispositions réservées en ex-Yougoslavie, l'article 30 de la Loi sur les obligations sanctionnait également certains comportements jugés fautifs lors des pourparlers⁴¹⁴.

219. Cette considération spécifique de la question de la responsabilité précontractuelle ne doit pas être perçue comme une tendance réservée aux Etats européens. Les pays d'Amérique latine sont également animés par une volonté semblable d'assurer une certaine sécurité au cours des pourparlers. L'article 1-546 du Code chilien a servi de modèle à l'élaboration de règles adaptées à la *culpa in contrahendo* en Equateur, Colombie et Venezuela. Son inspiration a donné naissance également à l'article 1198 du Code civil argentin. En Israël, la section 12 de la Loi sur les contrats impose aux parties une obligation de négocier de bonne foi et prévoit la responsabilité en cas d'adoption d'un comportement contraire à ce principe. Ce droit reconnaît pleinement et formellement l'effet de la bonne foi sur la conduite des pourparlers, s'opposant ainsi aux systèmes de droits inspirés de la *common law* où la reconnaissance d'un tel devoir n'est pas encore effective mais reste espérée.

b. La négation de principe du devoir de bonne foi précontractuel

220. Traditionnellement, les droits issus de la *common law* ont toujours montré une certaine réticence à adopter un principe général de bonne foi⁴¹⁵. Une scission est apparue entre le droit anglais et le droit américain, puisque ce dernier a accepté d'accueillir une telle notion, alors

⁴¹⁰ « *Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede* ».

⁴¹¹ V. Par exemple, Tribunale di Lecco, 14 juin 2007, n° 657; Tribunale di Bolzano, sez. II civile, 20 oct. 2007, n° 1305; Cass. civ. sez. III, 8 oct. 2008, n° 24791; Cass. civ. sez. III, 8 oct. 2008, n° 24795. Disponibles sur : [Altalex Massimario](#).

⁴¹² « *La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto* ».

⁴¹³ V. par exemple, Tar Lazio-Roma, sez. III, 10 sept. 2007, n° 8761. Disponible sur : [Altalex Massimario](#).

⁴¹⁴ Ainsi le paragraphe 2 visait directement la conduite des négociations sans intention véritable de contracter. Le paragraphe 3 condamnait la partie qui, après avoir mené des tractations avec une intention réelle de s'engagement par la conclusion d'un contrat, rompait les discussions sans motifs justifiés et en causant un préjudice à son partenaire. L'objectif de ces dispositions pouvait être rapproché de celui qui anime le devoir de coopération au cours de la vie contractuelle imposé par l'article 7 et de la conscience et l'honnêteté de l'article 12.

⁴¹⁵ Ce que certains auteurs anglo-saxons ont appelé « *the repugnancy thesis* », R. BROWNSWORD, « Two Concepts of Good Faith », *JCL* 1994, p. 197; Du même auteur, « Positive, Negative, Neutral : the Reception of Good Faith in English Contract Law », in *The Concept of Good Faith in American Law*, E. A. FARNSWORTH (dir.), Rome, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993, p. 16.

que le droit anglais a conservé une certaine rigidité⁴¹⁶. Le droit anglais a toutefois montré quelques inclinaisons en faveur de la bonne foi⁴¹⁷, ce qui a permis d'espérer qu'une telle reconnaissance soit consacrée. Pourtant, le droit anglais persiste dans son refus⁴¹⁸. En matière précontractuelle, l'absence de disposition générale imposant aux parties à la négociation le respect d'un comportement général de bonne foi s'explique par le souci de ne pas réduire la liberté contractuelle. En ce sens, le devoir de bonne foi s'oppose au principe même des négociations. Comme il a été posé dans la décision *Walford v. Miles*⁴¹⁹ de la Chambre des *Lords*, « le concept d'un devoir de mener des négociations de bonne foi est en soi contraire à la position contradictoire des parties lorsqu'elles sont impliquées dans les négociations. Chacune des parties à la négociation est en droit de poursuivre sa (ou ses) propre(s) intérêt(s), tant qu'elle évite de faire des fausses déclarations [...]. Une obligation de négocier de bonne foi est aussi inapplicable dans la pratique car elle est intrinsèquement incompatible avec la position d'une partie à la négociation »⁴²⁰. La position britannique peut être rapprochée du droit australien qui traduit les mêmes inquiétudes quant à la préservation de la liberté contractuelle lors des pourparlers⁴²¹.

221. Même si un tel principe n'est pas formellement consacré par ces droits qui lui sont historiquement réfractaires, l'essence du concept de bonne foi peut être dégagée de l'analyse de la jurisprudence anglo-américaine. En effet, les droits de *common law* acceptent tout de même de corriger certains excès des parties au cours des négociations sur les fondements de la *promissory estoppel*, l'*injust enrichment* et la *misrepresentation*. Ainsi, malgré le refus d'imposer un principe général de bonne foi, les correctifs apportés par la *common law* permettent toutefois d'obtenir, dans certaines situations et sous certaines conditions, un résultat assez semblable.

Les systèmes issus de la *common law*, et essentiellement le droit anglais, utilisent la doctrine de l'*estoppel* pour assurer un certain rééquilibrage des parties au cours des négociations. Selon le droit anglais, l'*estoppel* ne repose pas sur la notion de bonne foi, mais constitue un principe de justice et d'équité. Si des décisions britanniques s'étaient déjà fondées sur cette théorie, c'est définitivement l'intervention de Lord Denning, juge de la *High Court* à

⁴¹⁶ E. A. FARNSWORTH, *The Concept of Good Faith in American Law*, op. cit., p. 1 : « To begin with, my distinguished British colleague began his lecture by telling that "we in England find it difficult to adopt a general concept of good faith" [...] We in the United States, however, have had a generally accepted concept of good faith for decades ».

⁴¹⁷ V. par exemple, en matière de vente (*Uniform Law of International Sales Act*, 1967), d'agent commercial (*Commercial Agents Regulations*, 1993) et de clauses abusives (*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, 1994), la Loi de 1906 sur l'assurance maritime sous l'intitulé *uberrimae fidei*.

⁴¹⁸ V. *Interfoto Library Ltd v. Stilleto Ltd*, [1989], 1 QB 433, 439; *James Spencer & Co. Ltd v. Tame valley Padding Co. Ltd*, inédit, 8 avril 1998.

⁴¹⁹ *Walford v. Miles*, [1992], 2 AC 128.

⁴²⁰ Selon une traduction libre du texte original : « 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 a negotiating party ».

⁴²¹ V. *Austotel Property Ltd v. Franklins Selfserve Property Ltd*, [1989], 16 NSWLR 582.

l'occasion du *High Trees case*⁴²², qui a permis son essor⁴²³. La promesse ou la représentation claire et non équivoque d'une partie l'engage. Elle ne peut plus agir de façon incohérente avec cette représentation. On ne peut s'empêcher de rapprocher le concept de *promissory estoppel* au principe de bonne foi. En effet, ces deux notions de bonne foi exigent le respect d'un comportement cohérent par les parties à la négociation pour respecter les attentes légitimes de leurs partenaires.

222. De même, les systèmes anglo-saxons acceptent d'accorder la restitution de l'enrichissement injuste et inéquitable obtenu par une partie au détriment d'une autre au cours des négociations en appliquant le mécanisme de l'*unjust enrichment* à la phase précontractuelle. Cette doctrine est en effet considérée comme représentant le fondement principal de la responsabilité précontractuelle en droit anglais⁴²⁴. Cette consécration émane de la décision du juge Goff à l'occasion de l'affaire *British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd*⁴²⁵. En l'espèce, les deux sociétés avaient entamé des pourparlers envisageant la fourniture par British Steel de matériels de construction. Cleveland Bridge, après quelques discussions, lui avait transmis une lettre d'intention proposant le démarrage immédiat du travail de production et suggérant que l'accord définitif soit soumis à ses conditions générales. British Steel avait refusé ces conditions mais avait tout de même initié le travail de fourniture. Mais les négociations aboutirent finalement à un échec. Cleveland Bridge refusant de payer le prix des matériels fabriqués à son intention, British Steel l'assigna en paiement. Le juge Goff dans sa décision a relevé l'absence de contrat entre les parties, puisqu'aucun accord sur les éléments essentiels du contrat, notamment le prix, n'avait été obtenu. Cependant, il a retenu que lorsque que les parties aux négociations croient légitimement à la formation future d'un contrat et que l'une des parties invite son partenaire à initier l'exécution dudit contrat, une obligation de remboursement des travaux ainsi réalisés par l'exécution du contrat s'impose.

223. Enfin, la *common law* sanctionne l'allégation au cours des négociations de fausses informations sur le terrain de la *misrepresentation*⁴²⁶. Ce qui démontre bien que même si le droit anglais refuse de soumettre la phase de négociations précontractuelles au respect d'un

⁴²² *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd*, [1947], 1 KB 130: des baux immobiliers avaient été conclus en 1937 pour une durée de 99 ans. En 1940, alors que la guerre a conduit à l'évacuation de Londres, une partie des appartements loués sont vides. Le bailleur décide alors de réduire de moitié le montant du loyer. En 1945, l'ensemble des biens sont habités et le bailleur réclame pour l'avenir le paiement de la somme totale du loyer. Lord Denning a considéré qu'à partir de 1945 le montant total du loyer devait être versé. Il a ensuite précisé que le bailleur aurait pu obtenir le paiement du montant total des loyers avant cette date, conformément à sa promesse.

⁴²³ B. FAUVARQUE-COSSON, « La confiance légitime et l'estoppel », *Electronique Journal of Comparative Law* 2007, vol. 11.3, p. 10.

⁴²⁴ P. GILIKER, « Precontractual Liability in English and French Law », *Kluwer Law International* 2002, p. 63.

⁴²⁵ *British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd*, [1984], 1 All ER 504.

⁴²⁶ V. par exemple, *Erlanger v New Sombrero Phosphate Co*, [1878], 3 App Cas 1218; *Redgrave v Hurd*, [1881], 20 Ch D 1; *Derry v Peek*, [1889], UKHL 1; *Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd*, [1963], UKHL 4; *Car and Universal Finance Co Ltd v. Caldwell*, [1965], 1 QB 525; *Lambert v. Co-op Insurance Ltd*, [1975], 2 Lloyd's Rep 485; *Esso Petroleum Co Ltd v. Mardon*, [1976], EWCA Civ 4; *East v. Maurer*, [1990], EWCA Civ 6; *Royscot Trust Ltd v. Rogerson*, [1991], EWCA Civ 12; *Saamco v. York Montague Ltd*, [1996], UKHL 10; *Shogun Finance Ltd v. Hudson*, [2003], UKHL 62.

devoir général de bonne foi, il n'est pas totalement réfractaire à une intervention judiciaire dans le contrôle des échanges entre les négociateurs. Le droit anglo-américain distingue entre deux hypothèses de communication d'informations erronées : la transmission intentionnelle (*fraudulent misrepresentation*) et non intentionnelle (*negligent misrepresentation*).

La *fraudulent misrepresentation* peut être définie comme « une fausse et non équivoque affirmation de faits adressée à la partie induite en erreur afin qu'elle contracte »⁴²⁷. L'application de cette doctrine est subordonnée à la réalisation de cinq éléments retenus par la jurisprudence américaine : « (1) qu'une affirmation soit faite par une partie; (2) que l'inexactitude de cette affirmation soit connue de la partie qui en est l'auteur ou que cette dernière ne se soit pas souciée de la véracité de l'information transmise; (3) que la fausse affirmation soit communiquée dans le but de frauder une autre personne; (4) que cette personne se comporte en se fiant raisonnablement à la fausse information transmise avec une croyance totale en sa véracité, et qu'elle n'ait pas causé par son comportement le dommage subi; et (5) que cette personne en se comportant de la sorte souffre des dommages résultant directement de la fausse affirmation »⁴²⁸. Cette doctrine permet de sanctionner certains comportements contraires à la bonne foi adoptés au cours des pourparlers. Ce mécanisme reste cependant assez complexe à mettre en œuvre. Il nécessite la réalisation des cinq conditions citées. Peu d'affaires ont donc pu aboutir à sanctionner une partie à la négociation sur un tel fondement⁴²⁹. La *fraudulent misrepresentation* a néanmoins permis de sanctionner les fausses allégations d'un consultant ayant fourni des logiciels défectueux à un fabricant⁴³⁰, mais aussi de retenir la responsabilité du bailleur qui avait communiqué intentionnellement de fausses informations à son locataire afin qu'il renouvelle son bail, alors que la vente du local était négociée⁴³¹.

224. La *negligent misrepresentation* permet également d'apporter quelques correctifs à la liberté des négociations. Un tel mécanisme a été mis en œuvre dans l'affaire *Esso Petroleum Co Ltd v. Mardon*⁴³². Les négociations portaient sur un contrat de franchise d'une station-service Esso. Un représentant de la société Esso avait établi une prévision de la rentabilité du projet, sur laquelle s'est fondé Mr. Mardon pour accepter le contrat. Le projet s'est avéré bien moins rentable que les prévisions ne le présentaient. Or, il est apparu qu'une décision municipale avait modifié le plan des rues en faisant disparaître l'accès direct à la station depuis la rue principale. Les juridictions britanniques ont retenu qu'en avançant des allégations dans le seul objectif d'inciter l'autre partie à conclure le contrat, le représentant de la société Esso était soumis à une obligation de diligence raisonnable. Cette dernière se

⁴²⁷ E. MCKENDRICK, *Contract Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2003, p. 630.

⁴²⁸ Traduction libre des conditions posées par la Cour spéciale du Maryland dans l'affaire *R.D. Greenfield v. Udo Heckenbach Greenfield*, 144 Md. App. 108, 797 A.2d 63, 2002, en reprenant la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Call Carl, Inc. v. BP Oil Corp*, 554 F.2d 623(4th Cir. 1977); V. aussi plus récemment, *Kaloti Enterprises, Inc. v. Kellogg Sales Co.*, 2005 WI 111, 283 Wis. 2d 555, 699 N.W. 2d 205.

⁴²⁹ E. A. FARNSWORTH, « Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair dealings and Failed Negotiations », *Colum. L. Rev.* 1987, vol. 87, n° 2, p. 207.

⁴³⁰ *Huron Tool v. Precision Consulting Serv*, 1995, 209 Mich. App. 365 [532 N.W2d 544].

⁴³¹ *Markov v. ABC Transfer & Storage Co*, 76 Wash. 2d 388, 457 P.2d 535, 1969.

⁴³² *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon, Court of Appeal*, 1976, 2 All ER 5.

traduisait par le devoir de contrôler que les prévisions avancées étaient correctes. La responsabilité de la société Esso a ainsi été retenue pour *negligent misrepresentation*. Cependant, le champ d'application de cette doctrine reste limité. Tout d'abord, elle nécessite l'accomplissement de quatre conditions pour être retenue : « (1) une déclaration des faits, (2) une relation spéciale créant une obligation de diligence de la part du défendeur, (3) une confiance en cette déclaration, et enfin (4) une relation professionnelle »⁴³³. Mais surtout, cette doctrine suppose que soit reconnue l'indemnisation des pertes économiques « *economic loss* »⁴³⁴. Cette notion recouvre les préjudices pécuniaires dépourvus de toute atteinte matérielle ou corporelle. Or, un tel préjudice n'est pas accueilli par le droit américain qui circonscrit donc la *negligent misrepresentation* à la réparation des dommages physiques⁴³⁵.

225. En droit américain, la position adoptée face au principe de bonne foi se présente de façon plus nuancée par rapport au droit anglais. Chacun des cinquante Etats dispose de son propre droit des contrats, ce qui freine toute tentative de réaliser une analyse rigoureuse du droit américain sur cette question. Cependant, l'ensemble des Etats est soumis à un seul et même code fédéral, appelé *Uniform Commercial Code (UCC)*. Sa section 1-203 prévoit le respect d'un devoir général de bonne foi en matière contractuelle⁴³⁶, mais sa portée se limite aux contrats visés directement par ce code. Il faut attendre 1981 pour que le *Restatement of Contracts Second* vienne étendre l'application du devoir général de bonne foi. Contrairement au *UCC*, la source du *Restatement of Contracts Second* n'est pas étatique; il émane d'un institut privé, l'*American Law Institute*, qui réunit des professeurs et praticiens afin de dégager des principes directeurs en droit des contrats. Ces principes ont pour vocation principale de résoudre les conflits entre les droits des différents Etats. Sa section 205 impose une obligation d'exécuter les contrats de bonne foi⁴³⁷. Certes, ces principes restent dépourvus de valeur contraignante. Pourtant, la jurisprudence américaine fait régulièrement appel à ces dispositions, ce qui leur permet d'influencer considérablement l'état du droit américain. Cette tendance du droit américain à admettre progressivement l'existence d'un principe de bonne foi dans la phase contractuelle pourrait lui permettre de reconnaître l'extension d'un tel principe aux pourparlers précontractuels. Et pourtant, il n'en est rien. Non seulement aucune disposition spécifique ne vient imposer le respect d'un devoir de bonne foi pendant les

⁴³³ R. MONZER, *La négociation des contrats internationaux: une harmonisation des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, Bruylant, LGDJ, Delta, 2008, p. 93.

⁴³⁴ V. la définition retenue par la jurisprudence à l'occasion de l'affaire *Sacramento Regional Transit Dist. v. Grumman Flexible*, [1984], 158 Cal.App.3d 289, 294 : « damages for inadequate value, costs of repair and replacement of the defective product or consequent loss of profits – without any claim of personal injury or damages to other property ».

⁴³⁵ V. la décision de la Cour suprême de Californie *Seely v. White Motor Co*, [1965], 63 Cal.2d 9, à l'occasion de laquelle la Cour a retenu qu'un fabricant de camions peut être considéré responsable des dommages physiques causés à une personne ou une propriété, mais pas des pertes purement économiques; dans le même sens : *Aas v. Superior Court*, [2000], 24 Cal.4th 627, 640; *Contra*. la décision britannique *Hedley Byrne v. Heller and Partners* qui reconnaît l'indemnisation des pertes économiques dans certaines circonstances, [1964], AC 465.

⁴³⁶ « Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement ».

⁴³⁷ « Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement ».

négociations, mais le commentaire officiel « C » de la section 205 du *Restatement Second* écarte expressément cette application à la phase d'avant-contrat⁴³⁸. Les parties à la négociation doivent donc s'armer de prudence lorsqu'elles s'aventurent dans des tractations soumises au droit anglo-américain puisque ce dernier reste moins enclin à contrôler la conduite des parties lors des pourparlers.

226. Le devoir de bonne foi constitue un devoir d'ordre moral et social permanent. Il n'est donc circonscrit par aucune considération temporelle ou même spatiale⁴³⁹. Il doit ainsi irradier l'ensemble des phases du contrat, de sa gestation à son exécution en passant par sa formation. L'intensité de son expression, qui diffère selon le droit applicable, mène inévitablement à une divergence de solutions.

L'appréciation dissonante de la notion de bonne foi par les différents droits nationaux conduit à des solutions plus ou moins protectrices des parties selon le droit reconnu applicable au contentieux précontractuel. On assiste ainsi, en pratique, à un traitement hétérogène des pourparlers.

⁴³⁸ « *This Section, like Uniform Commercial Code §1- 203, does not deal with good faith in the formation of a contract* ».

⁴³⁹ D. MAZEAUD, « La bonne foi : en arrière toute ? », *D.* 2006, p. 761.

SECTION 2. LES DIVERGENCES NATIONALES DANS LA REGLEMENTATION DES NEGOCIATIONS

227. Lors de la survenance d'un litige entre les parties engagées dans une négociation internationale, la première interrogation porte sur la détermination de la loi applicable au traitement de la question de droit soulevée. Cette étape se justifie par le constat de l'analyse du contenu des différents droits en matière de pourparlers. Certains présentent une ouverture particulièrement favorable à la victime d'un comportement contraire à la bonne foi en accueillant largement l'éventualité de sanctions dans la conduite des négociations. D'autres, au contraire, consacrent davantage le respect de la liberté contractuelle en circonscrivant l'intervention des juridictions dans le déroulement des tractations.

Pour prévenir une telle incertitude quant à la portée de l'engagement de leur responsabilité susceptible d'être reconnue par le juge en cas de contentieux, les parties n'hésitent plus à garantir elles-mêmes le respect des promesses échangées lors des pourparlers et à circonscrire l'intensité de leurs engagements par le recours à la conclusion d'avant-contrats. Pourtant, cette organisation formelle et volontaire ne prémunit pas les parties d'une intervention extérieure dans le contrôle de leurs tractations. En effet, la portée même des documents précontractuels peut être source de contentieux. Lorsqu'il s'agira d'apprécier la valeur de tels actes, les parties se heurteront une fois encore aux divergences de contenu des droits étatiques. Cette difficulté repose essentiellement sur l'appréhension distincte de la notion de contrat d'un droit à un droit. Un engagement sur l'honneur signé entre les parties lors des pourparlers pourra constituer un acte neutre comme il sera possible qu'une force contraignante lui soit reconnue.

Le traitement du conflit de lois présente dans ces hypothèses un intérêt essentiel puisque de sa solution dépend la réponse au fond apportée au litige. S'il peut être concédé que les efforts d'harmonisation du droit international ont contribué à gommer les distances qui séparaient le contenu des droits étatiques, il n'en demeure pas moins que de multiples dissemblances perdurent, justifiant ainsi la nécessité de rechercher la loi applicable aux contentieux précontractuels. Pour comprendre les difficultés rencontrées par le droit international privé, il est nécessaire de démontrer l'enjeu du règlement du conflit de lois. Pour ce faire, il sera cherché à mettre en lumière les divergences qui animent les différents droits aussi bien dans le traitement des négociations informelles (§1) que dans celui des pourparlers organisés par voie contractuelle (§2) à travers l'étude de quelques exemples significatifs.

§1. LES DIFFERENCES DE REGLEMENTATION DES NEGOCIATIONS INFORMELLES

228. Si les droits s'accordent largement pour considérer les pourparlers comme une phase d'expression de la liberté contractuelle en l'absence d'encadrement formel, l'exercice de ce droit nécessite néanmoins un contrôle afin qu'il ne se détourne pas de sa finalité originale. Par la voie législative mais aussi jurisprudentielle, s'est mis en place un système de surveillance des négociations précontractuelles consacré à la répression des comportements préjudiciables des parties. Les contradictions entre les différents droits quant à l'appréhension du besoin de contrôle des pourparlers se sont répercutées sur les modalités de mise en œuvre de la responsabilité des parties tant dans la définition de la faute susceptible d'engager son auteur (A) que dans la sanction qui l'accompagne (B).

A. UNE APPRECIATION DISSEMBLABLE DE LA FAUTE COMMISE LORS DES POURPARLERS

229. L'acceptation d'obligations précontractuelles s'est confrontée à la réticence des systèmes de *common law*, plus libéraux, qui sont restés réservés face à la restriction de la liberté contractuelle. Pourtant, la nécessité d'encadrer les négociations par l'exigence de devoirs dont le manquement est assorti de sanctions est désormais unanimement reconnue par l'ensemble des droits⁴⁴⁰. Mais, si l'existence d'une éventualité de manquements dans la conduite des négociations est convenue, la faute ne se présente pas sous une forme unique. Cette diversité de traitements des comportements adoptés lors des négociations peut être démontrée à travers deux illustrations particulièrement significatives. L'une concerne la difficulté de savoir si l'entretien de discussion avec un concurrent peut être susceptible d'engager la responsabilité d'une partie. Elle conduit à s'intéresser à la question des négociations parallèles (1). La seconde illustration se préoccupe d'un autre souci majeur des pourparlers : l'encadrement de l'échange des renseignements par la reconnaissance d'un devoir d'information (2).

1. LES NEGOCIATIONS PARALLELES

230. Les négociations précontractuelles ne visent pas simplement à organiser un rapprochement entre deux partenaires, mais constituent une période de préparation d'un projet commun. Dans le contexte commercial, chacune des parties va chercher à obtenir les meilleures conditions de mise en œuvre de l'opération visée. Il est donc nécessaire que les

⁴⁴⁰ V. *supra* nos 222 et s.

propositions émises par une partie puissent être confrontées à d'autres offres formulées par des concurrents, afin que le destinataire de la proposition puisse être placé en situation de choisir celle qui lui est la plus avantageuse⁴⁴¹. La liberté contractuelle qui domine les négociations conduit à nier toute obligation d'exclusivité entre les parties aux négociations. Cette ouverture des négociations à d'autres partenaires est implicite. Compte tenu de l'importance du jeu de la concurrence en matière commerciale et surtout de la fréquence des négociations parallèles, il semble impossible d'imposer par la loi un devoir d'exclusivité aux parties⁴⁴². Pour pallier cette difficulté, les parties organisent contractuellement les discussions en concluant des contrats de négociation dans lesquels elles insèrent des clauses d'exclusivité⁴⁴³.

231. La majorité des droits nationaux reconnaissent une telle liberté en refusant de sanctionner l'entretien de négociations parallèles avec un tiers⁴⁴⁴. En France, cette solution a été posée par une décision de la Cour d'appel de Versailles le 5 mars 1992⁴⁴⁵. Il a été jugé qu'en l'absence de clause d'exclusivité entre les parties, une société ne pouvait reprocher à son partenaire d'avoir engagé des négociations parallèles avec des concurrents concomitamment. La rupture des négociations est ainsi considérée comme justifiée dès lors qu'elle a pour fin de profiter d'une meilleure opportunité⁴⁴⁶. La conclusion du contrat avec un tiers ayant formulé une proposition plus intéressante ne constitue que la conséquence logique des négociations parallèles. De plus, il est largement admis que les parties ne sont pas soumises à un devoir de s'informer mutuellement sur l'existence de négociations parallèles avec un tiers⁴⁴⁷. Cette solution se justifie par le fait que ce comportement ne dénote pas avec la conduite normale de pourparlers qui s'inscrivent dans une économie de marché⁴⁴⁸. En effet, les parties doivent envisager les conséquences d'un possible échec des pourparlers et pallier son effet négatif en s'assurant que le projet pourra toujours naître dans les mains d'un autre partenaire⁴⁴⁹.

⁴⁴¹ H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, op. cit., p. 248.

⁴⁴² E. A. FARNSWORTH, op. cit., p. 232.

⁴⁴³ V. cependant un exemple assez peu fréquent dans lequel une des parties s'est octroyée dans le contrat de négociation une faculté de négocier avec toute autre personne intéressée, *Ridgeway Coal Co. v. FMC Corp.*, [1985], 616 F.Supp. 404, 408 (S.D.W.Va.).

⁴⁴⁴ V. J. CARTWRIGH, M. HESSELINK, *Precontractual liability in European private law*, op. cit., p. 117; En Belgique, CA Liège, 20 oct. 1989, *Revue de droit commercial belge*, 1990, p. 521, note X. DIEUX.

⁴⁴⁵ CA Versailles, 5 mars 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 636, note J. SCHMIDT; *RTD Civ.* 1992, p. 752, note J. MESTRE.

⁴⁴⁶ V. en droit espagnol, M. PAZ GARCIA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 43 et s.

⁴⁴⁷ CA Pau, 14 janv. 1969, *D.* 1969, p. 716; Dans le même sens, Cass. com., 15 déc. 1992, n° 90-19.608, *Bull. civ.* IV, n° 415; *RTD civ.* 1993, p. 577, obs. J. MESTRE; Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, *RTD civ.* 2004, p. 500, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

⁴⁴⁸ M. W. HESSELINK, « Perte de chance (Expectation interest) and liability of a third person in cas of breaking off negotiations », *ERPL* 2005, p. 443, qui s'appuie sur l'étude de la tendance des juridictions hollandaises; V. en France, E. LAMAZEROLLES, « Rupture de pourparlers et cession d'actions », *D.* 2004, p. 2922.

⁴⁴⁹ V. en ce sens CA Bordeaux, 11 juin 1996, *JCP E* 1997, I, p. 617, obs. P. MOUSSERON, qui a jugé que « le fait pour un fournisseur, de négocier avec un autre éventuel distributeur concomitant à la prolongation du rapport contractuel déjà existant avec le distributeur dont le terme du contrat approchait, s'il est resté secret, conformément à la confidentialité commerciale et non rendu public avant la rupture du contrat de

232. Cependant, le principe de bonne foi peut, dans certaines hypothèses, venir entraver la liberté des parties dans la conduite de négociations parallèles. Cette intervention dépendra de la situation des parties et de la nature des négociations entreprises. L'exigence de bonne foi joue de manière modérée puisqu'elle ne permet pas d'imposer une exclusivité des négociations en interdisant la conduite de discussions parallèles avec des concurrents⁴⁵⁰. Néanmoins, peut être considérée comme une conduite de mauvaise foi le fait qu'une partie rompe les négociations à la réception d'une proposition plus intéressante dès lors que ce retrait empêche l'autre partie de surenchérir⁴⁵¹. Les juges du fond semblent assez favorables à la reconnaissance d'une responsabilité en cas de conduite de négociations parallèles. C'est ce qui ressort notamment des décisions de la Cour d'appel de Paris. Dans un premier arrêt rendu le 20 décembre 1994⁴⁵², la Cour avait jugé que constituait une faute le fait de « dissimuler l'existence de négociations parallèles à [l'autre partie] maintenue dans l'illusion ». Dans un second⁴⁵³, elle a considéré de même que « commet une faute la société qui demande une étude de faisabilité et d'exécution à une société de construction [...], envoie pendant la réalisation de cette étude, une lettre d'intention de lui confier ce projet, lui demande de nouveaux chiffrages de prix entraînant une renégociation du prix global et une proposition définitive, puis ne donnant pas suite, confie la construction du bâtiment à une entreprise concurrente. Dès lors qu'il n'est pas démontré que la société de construction ait eu connaissance de la mise en concurrence des différentes entreprises pour la réalisation du projet, il ne peut être invoqué le jeu normal de la concurrence. »

233. Certains auteurs ont vu dans ces décisions l'établissement d'une obligation de transparence au cours des négociations⁴⁵⁴. Serait alors considéré comme fautif le fait de ne pas révéler à son partenaire l'existence de négociations parallèles⁴⁵⁵. Cette interprétation semble quelque peu enthousiaste au regard de la réparation du dommage causé par l'abandon des pourparlers au profit d'un tiers. En effet, s'il l'on s'attache à la lettre de ces décisions, il est possible de relever que la Cour d'appel s'appuie dans la première espèce sur le fait que le partenaire était « maintenu dans l'illusion ». Dans la seconde, il est précisé que le demandeur n'avait pas eu connaissance de la mise en concurrence des différentes entreprises pour la réalisation du projet. Ce qui semble plutôt signifier que la jurisprudence tend à sanctionner non pas une action négative, le fait de ne pas divulguer la poursuite de négociations avec des tiers, mais une action positive tendant à faire croire ou du moins laisser croire l'autre partie en

distribution, n'est pas fautif. Une société commerciale doit envisager en effet les conséquences de ses dispositions, pallier leurs effets négatifs et s'assurer que les produits seront distribués par un autre concessionnaire avant de rompre un contrat de distribution ».

⁴⁵⁰ J. MESTRE, note ss CA Versailles, 5 mars 1992, *RTD civ.* 1992, p. 752; Dans le même sens, J. SCHMIDT, *Bull. Joly* 1992, p. 636.

⁴⁵¹ C. KNAPP, « Enforcing the Contract to Bargain », *N.Y.U.L.Rev* 1969, p. 721 : « If it is bad faith to withdraw on the receipt of a better offer, it is presumably bad faith to seek to get a better offer by negotiating with a third party ».

⁴⁵² CA Paris, 20 déc. 1995, *Juris data* n° 24.508.

⁴⁵³ CA Paris, 4 avril 1997, *Juris data* n° 021076.

⁴⁵⁴ R. MONZER, *op. cit.*, p. 291; B. LASSALE, « Les pourparlers », *op. cit.*, pp. 825 et s., spéc. p. 885.

⁴⁵⁵ B. BEIGNIER, « La conduite des négociations », actes du colloque organisé par l'Université de Toulouse, La négociation du contrat, *RTD com.* 1998, p. 479.

l'existence d'une exclusivité en sa faveur. Cette analyse s'accorde d'autant plus avec l'orientation de la jurisprudence en matière de rupture des pourparlers qui retient assez largement le critère de la « croyance légitime » pour sanctionner l'auteur de la rupture⁴⁵⁶. Ainsi, le raisonnement doit s'effectuer au cas par cas, selon que le partenaire délaissé pouvait supposer l'existence d'une ouverture à la concurrence⁴⁵⁷. Dans la majorité des cas, les nécessités du marché économique conduisent à laisser place aux propositions des tiers. Les parties peuvent donc légitimement supposer la possibilité de négociations parallèles. Cependant, dans l'hypothèse où les négociations s'inscriraient dans une certaine durée et seraient concrétisées par la réalisation de plusieurs études et projets de contrat, il semblerait légitime que le demandeur suppose qu'il bénéficie d'une telle exclusivité⁴⁵⁸. C'est la conclusion qui peut être formulée au regard de l'analyse de la jurisprudence. Dans la décision *Plas v. Valsburg*⁴⁵⁹ rendue par les juridictions hollandaises, un accord sous réserve d'acceptation du conseil municipal avait été obtenu entre un entrepreneur et le maire. Mais entre temps, un membre du conseil avait contacté une autre entreprise dont l'offre plus intéressante a été acceptée. Ce qui entraîna le rejet de celle du premier entrepreneur qui saisit la juridiction hollandaise et obtint gain de cause. Dans cette espèce, il est possible de relever que compte tenu de l'avancement des pourparlers, il était légitime que le demandeur soit placé dans l'illusion d'une situation d'exclusivité.

Peut être également appliquée au cas spécifique des négociations parallèles, la règle en vertu de laquelle les parties ne peuvent poursuivre, voire même initier, des négociations lorsqu'elles n'ont plus l'intention de contracter⁴⁶⁰. Un tel comportement serait considéré contraire à la bonne foi⁴⁶¹. Tel est le cas lorsqu'une partie poursuit des négociations entamées sur le fondement d'un prix excessif, alors qu'elle conduit des discussions parallèles avec un tiers sur

⁴⁵⁶ CA Riom, 10 juin 1992, *JCP E* 1993, I, n° 231, note J. SCHMIDT; *RJDA* 1992, n° 893; *RTD civ.* 1993, p. 343, obs. J. MESTRE : « 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 »; V. dans le même sens, CA Reims, 13 déc. 1989, cité par P. CHAUVEL, note ss Cass. com., 22 avril 1997, n° 94-21.561; Cass. com., 22 avril 1997, n° 94-18.953; *D.* 1998, p. 45; CA Paris, 3 sept. 1999, *RJDA* 1999, n° 1284; CA Versailles, 12^e ch., 1^{re} sect, 1^{er} avril 1999; *RJDA* 12/1999, n° 1285; CA Paris, 5^e ch. B, 5 nov. 1999, *RTD civ.* 2000, p. 104; CA Versailles, 12^e ch., 1^{re} sect., 1^{er} avril 1999, *Sté Koetsier c/Cachou Lajaunie*, *RJDA* 1999, n° 1285; CA Paris, 5^e ch. B, 5 nov. 1999, *SARL Prometech c/Société Daewoo Automobiles France*, *RTD civ.* 2000, p. 104.

⁴⁵⁷ M. FONTAINE, « Les lettres d'intention », in *Droit des Contrats Internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, 2^{ème} éd., FEC, Bruylant, 2003, pp. 5 et s.

⁴⁵⁸ Ce qui semble être le cas dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 avril 1997, préc.

⁴⁵⁹ Hoge Raad, 18 juin 1982, *NJ* 1983, p. 723, note C. J. H. BRUNNER; *AA.* 32 1983, p. 758, note P. VAN SCHILFGAARDE; Pour une version anglaise de la décision, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pp. 262 et 263.

⁴⁶⁰ Art. 2 :301 PDEC « (3) ; article 2.15 Principe UNIDROIT; Cass. It. 28 janv. 1972, n° 199, *Foro it.* 1972, I, 2088; *Giur.it.* 1972, I, 1.1315; Pour une version anglaise, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *op. cit.*, pp. 243 et s.; J. MESTRE, « La période précontractuelle et la formation du contrat », in *Le contrat, question d'actualité*, *LPA* 5 mai 2000, p. 7, qui relève l'existence d'une obligation de mener « des pourparlers sincères ».

⁴⁶¹ De même, lorsqu'une partie poursuit les négociations tant en sachant qu'elles n'aboutiront pas : Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-16.488; Cass. com., 25 févr. 2003, n° 01-12.660; *A contrario*, Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} avril 1998, n° 96-18.381; Cass. com., 17 juin 2003, n° 01-10.272.

un prix bien moins élevé⁴⁶². Il semble dans ce cas évident que l'entretien des négociations n'est pas justifié.

Pourtant, contrairement aux droits de *civil law* précités, les droits de *common law* sur cette question répondent de manière très stricte en refusant de sanctionner la conduite de négociations parallèles en l'absence de clause d'exclusivité⁴⁶³.

234. Dans ce contexte s'est également posée la question de savoir si l'action en responsabilité pouvait s'étendre au tiers à l'origine de la rupture. Puisque la partie qui a rompu les négociations pour contracter avec un tiers peut engager sa responsabilité lorsque son comportement est considéré comme contraire à la bonne foi, il est possible d'envisager que le tiers qui aurait finalement obtenu la conclusion du contrat négocié soit également condamné. Compte tenu du raisonnement des droits les plus favorables à la victime, qui se fondent sur l'existence d'un manquement au devoir général de bonne foi, il faudrait pour cela qu'un tel manquement soit reconnu dans le comportement du tiers. Or, si l'utilisation de manœuvres dolosives par le tiers dans la négociation, réalisées dans le but de tromper le cocontractant et le forcer à contracter, est sanctionnée⁴⁶⁴, le fait pour le tiers de conclure le contrat avec une partie déjà en pourparlers avec une autre est plus difficilement critiquable.

235. En droit italien, la jurisprudence a expressément refusé d'étendre l'application au tiers des dispositions de l'article 1337 du *Codice civile* qui exige que les parties adoptent une conduite conforme à la bonne foi dans la poursuite des négociations et la formation du contrat⁴⁶⁵. En effet, cette obligation intéresse directement le rapport entre les parties et ne peut donc s'étendre au-delà de cette relation. Ce devoir de bonne foi n'est pas non plus reconnu en droit français puisque selon la jurisprudence *Manoukian*, le tiers qui a obtenu la conclusion du contrat ne peut voir sa responsabilité engagée en l'absence de manœuvres dolosives ou de l'expression d'une volonté de nuire⁴⁶⁶. Et cela, même s'il avait connaissance de l'existence du fait que le cocontractant entretenait déjà des négociations avec le demandeur. Sur ce point, la jurisprudence *Manoukian* n'a pas emporté l'unanimité. Si l'absence de responsabilité du tiers qui remporte finalement le contrat a été majoritairement bien accueillie⁴⁶⁷, la restriction de la condamnation du tiers à l'existence d'une intention de nuire ou de manœuvres frauduleuses semble critiquable. En effet, dans cette espèce, le tiers s'était engagé dans le contrat le liant à

⁴⁶² Cass. civ. 2^{ème}, 4 juin 1997, *RTD civ.* 1997, p. 921, obs. J. MESTRE.

⁴⁶³ Pour la réticence en droit américain, v. E. A. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 232; En droit anglais, irlandais et écossais, v. J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *op. cit.*, p. 138.

⁴⁶⁴ V. Cass. civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, arrêt *Carrières de Brandefert*, *Bull. civ.* III, n° 171; *D.* 2002, Somm., p. 928, obs. O. TOURNAFOND (2^e esp.); *JCP* 2002, II, 10054, note M. LIEVREMENT; *JCP* 2001, I, p. 301, n° 1, obs. Y.-M. SERINET; *JCP E* 2001, p. 1578, note P. CHAUVEL (2^e esp.); *ibid.* 2002, p. 640, n° 6, obs. D. MAINGUY; *Deffrénois* 2001, p. 242, obs. E. SAVAUX; *CCC* 2001, n° 23, note L. LEVENEUR; *RTD civ.* 2001, p. 355, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

⁴⁶⁵ Cass. civ. sez. II., 29 mai 1991, n° 6058.

⁴⁶⁶ *Aff. Manoukian*, Cass. com., 26 nov. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 186; *D.* 2004, p. 869, note A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE; *ibid.*, Somm., p. 2922, obs. E. LAMAZEROLLES; *JCP* 2004, I, 163, obs. G. VINEY; *JCP E* 2004, p. 738, note Ph. STOFFEL-MUNCK; *ibid.*, p. 601, n° 5, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY ET G. WICKER; *Dr. & patr.*, mars 2004, p. 102, obs. D. PORACCHIA; *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. MESTRE, B. FAGES; *Rev. sociétés* 2004, p. 325, note N. MATHEY; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. MAZEAUD.

⁴⁶⁷ *Contra* D. MAZEAUD, *RDC* 2004, p. 260, favorable à une sanction du tiers.

l'auteur de la rupture à le garantir de toute indemnité qu'il serait susceptible de devoir verser à la victime. Il semble donc que le tiers avait connaissance non seulement des négociations entreprises avec le demandeur, ce qui n'était pas en soit condamnable, mais surtout du caractère certainement illicite de la rupture⁴⁶⁸.

236. Il semble alors surprenant que la Cour de cassation n'ait pas dans cette espèce retenu l'intention de nuire. Les parties étant reconnues libres de rompre les pourparlers pour profiter d'une opportunité plus intéressante, si la proposition du tiers était plus avantageuse, aucune crainte de responsabilité n'aurait pu inquiéter l'auteur de la rupture. Il est donc possible de penser que cette partie se sentait moralement engagée et restait réticente à rompre les tractations avec son premier partenaire. Dans ce contexte, le tiers, en s'engageant à rembourser le versement des dommages-intérêts auxquels son cocontractant risquait d'être condamné, a incité l'autre partie à quitter les négociations engagées. Il est possible alors de considérer que la jurisprudence française n'inquiétera les tiers que dans l'hypothèse où leur volonté de nuire s'exprimera de façon positive et directe à l'encontre de la victime, comme cela a déjà été reconnu en cas de manœuvres dolosives⁴⁶⁹. Cependant, une telle conduite semble pouvoir être susceptible de sanction si la relation est soumise à un autre droit européen. Etudiant une possible transposition de l'affaire *Manoukian* en droit espagnol, M. Paz Garcia Rubio a relevé que, dans cette hypothèse particulière où l'action du tiers a participé au dommage en incitant à la rupture des pourparlers, il pourrait voir sa responsabilité délictuelle engagée⁴⁷⁰. Les tiers sont donc susceptibles de voir leur responsabilité engagée selon le droit espagnol, contrairement aux dispositions du droit français.

237. De même, aux Etats-Unis, les tiers ne sont pas à l'abri d'une action en responsabilité. Cette hypothèse peut être envisagée à la lumière de l'affaire américaine *Texaco Inc. v Pennzoil Co.* En l'espèce, la société Pennzoil avait proposé une offre d'achat à la société Getty. Les deux sociétés avaient conclu à cette fin un *memorandum of agreement* et annoncé publiquement, par la voie d'un communiqué de presse, la conclusion d'une telle transaction. Mais quelques jours plus tard, Getty fut rachetée, non pas par Pennzoil, mais par la société Texaco avec qui elle avait entretenu des négociations tenues secrètes. Pennzoil engagea alors la responsabilité de la société Texaco pour avoir incité Getty à rompre l'accord préliminaire. La juridiction américaine a non seulement retenu la responsabilité de la société Texaco, mais l'a condamnée à verser des dommages-intérêts extrêmement élevés, les plus importants à l'époque. Ainsi, malgré l'absence de relations avec la partie aux contrats, la responsabilité du tiers peut tout de même se voir engagée. Les opérateurs du commerce international doivent donc redoubler de prudence à l'approche d'un professionnel peut-être déjà engagé dans des négociations précontractuelles portant sur un même projet.

⁴⁶⁸ E. LAMAZEROLLES, « Rupture de pourparlers et cession d'actions », *D.* 2004 p. 2922.

⁴⁶⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, arrêt *Carrières de Brandefert*, *op. cit.*

⁴⁷⁰ M. PAZ GARCÍA et M. OTERO CRESPO, « La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo », *Revista para el análisis del derecho*, 2010, n°1.

2. LE MANQUEMENT AU DEVOIR D'INFORMATION

238. Pour assurer aux parties l'expression d'un consentement certain et éclairé, il est nécessaire qu'elles disposent de toutes les données du contrat projeté. Cet échange d'informations permet de placer les parties sur un pied d'égalité en leur permettant de décider d'abandonner les négociations ou de s'engager définitivement dans les liens contractuels. Ce besoin a été entendu par l'ensemble des droits qui ont reconnu un devoir d'information au cours des pourparlers. Cependant, l'intensité de cette obligation diffère selon les droits applicables. Très étendu en droit romano-germanique, il apparaît de façon plus limitée dans son appréhension par la *common law*.

En France, le devoir d'information imposé aux parties dispose d'une source législative et jurisprudentielle. En effet, certaines dispositions ont exigé le respect d'une obligation d'information dans des hypothèses spécifiques. Peuvent être cités notamment à titre d'exemple les articles L 113-2⁴⁷¹ et L 113-8⁴⁷² du Code des assurances, mais aussi, pour les relations entre professionnels, la loi *Doubin* qui a introduit l'article L330-3 du Code de commerce⁴⁷³.

239. L'introduction d'un devoir général d'information au cours des négociations s'est réalisée par le biais de la jurisprudence. La partie à la négociation qui allègue volontairement des informations fausses ou erronées dans le but d'inciter l'autre partie à contracter engage sa responsabilité. De plus, un tel comportement influence directement le consentement. Ainsi, le dol peut entraîner la nullité du contrat puisque la rencontre des volontés sera considérée comme étant viciée. L'article 1116 du Code civil dispose en ce sens que « le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ».

La transmission de fausses informations est également sanctionnée en *common law* sur le fondement de la *misrepresentation*. Elle se décline en deux versions : la *fraudulent misrepresentation* qui désigne les hypothèses dans lesquelles l'auteur de l'allégation a agi volontairement motivé par une intention de tromper le futur cocontractant et la *negligent*

⁴⁷¹ « L'assuré est obligé : 2° De répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ».

⁴⁷² « Indépendamment des causes ordinaires de nullité, et sous réserve des dispositions de l'article L. 132-26, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre ».

⁴⁷³ « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ».

misrepresentation qui vise au contraire les cas où ces agissements sont intervenus de manière non intentionnelle, par simple négligence⁴⁷⁴.

240. Contrairement à son homologue français, le dol, la *fraudulent misrepresentation* n'a pas connu de véritable succès en *common law*. Les juridictions anglaises et américaines restent réticentes à retenir l'existence d'un tel comportement. Une telle méfiance s'explique par la difficulté de démontrer que l'attitude de l'auteur des fausses allégations a été dictée par une volonté d'inciter le cocontractant à conclure le contrat. Or, la jurisprudence exige qu'une telle preuve, aussi délicate soit-elle, soit apportée⁴⁷⁵. Par conséquent, seuls de très rares cas peuvent illustrer l'application de cette doctrine. On peut citer l'affaire *Markov v. ABC Transfer & Storage Co*⁴⁷⁶ qui concerne la délivrance par le propriétaire d'un magasin de fausses allégations à son locataire pour l'inciter à renouveler le bail, alors qu'il prévoyait la vente de ce local à un tiers. Les informations erronées avaient pour but d'encourager le locataire à occuper les lieux jusqu'à la vente.

La voie de la *negligent misrepresentation* permet à la victime de contourner la difficulté de l'apport de la preuve de l'intention frauduleuse de l'auteur des mensonges puisqu'il suffit de démontrer l'existence de telles allégations. Cette hypothèse est ainsi plus facilement accueillie. Cependant, son efficacité reste limitée en droit américain⁴⁷⁷, puisque ce dernier exclut l'indemnisation des pertes économiques⁴⁷⁸. Ainsi, même si les modalités d'accueil se présentent sous un angle plus ou moins strictes, les mensonges communiqués par les parties lors des pourparlers peuvent être sanctionnés par les différents droits. Il reste alors à se demander si la simple réticence peut également être condamnée.

241. Le consentement d'une partie peut être vicié par la simple absence de divulgation d'une information essentielle dont l'autre partie avait connaissance⁴⁷⁹. La sanction d'un tel comportement reste subordonnée à la reconnaissance d'une obligation d'information à la charge des parties lors des négociations. En effet, si elles doivent se conformer à un devoir d'information, alors l'absence de transmission de données constituera un manquement à ce devoir. Or, l'exigence d'un tel devoir d'information n'a pas été admise par tous les droits nationaux. Depuis 1971, la jurisprudence française a reconnu que le dol pouvait être exercé par la voie d'une rétention d'information. Le droit allemand n'a pas attendu aussi longtemps

⁴⁷⁴ V. *supra* nos 224 et 225.

⁴⁷⁵ *Polhill v. Walter*, [1932], 3B&Ad 114, 110 ER 43; *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corp*, [1995], 2 Lloyd's Rep 365, 373; *Armitage v. Nurse*, [1998], Ch 241, 251; *Thomas Witter Ltd. v. TBP Industries Ltd.*, [1996], 2 All ER 573, 587; *Derry v. Peek*, [1889], 14 1pp Cas, 337, 374; *Downs v. Chappel*, [1997], 1 WLR 426, CA.

⁴⁷⁶ *Markov v. ABC Transfer & Storage Co.*, [1969], 76 Wash. 2d 388, 457 P 2d 535.

⁴⁷⁷ V. *supra* n° 225.

⁴⁷⁸ *Seely v. White Motor Co.*, [1965], 63 Cal.2d 9; Dans le même sens, *Aas v. Superior Court*, [2000], 24 Cal.4th 627, 640; V. aussi la définition retenue par la jurisprudence à l'occasion de l'affaire *Sacramento Regional Transit Dist. v. Grumman Flexible*, *supra* note 433.

⁴⁷⁹ Cass. com., 17 oct. 1995, note J.-L. COURTIER, *LPA* 2 sept. 1996, p. 10 : « le cessionnaire de parts sociales n'aurait pas traité avec l'entreprise cédante si elle avait connu l'indisponibilité du matériel constituant l'essentiel de l'actif immobilisé sans lequel l'entreprise ne pouvait avoir aucune activité et à défaut duquel l'entreprise perdait toute sa substance » ; comp. en droit suisse, Sent. CCI n° 2508, *JDI* 1977, p. 943, note Y. DERAÏNS.

et a consacré l'existence d'une obligation d'information de la part du vendeur dès 1903⁴⁸⁰. Il ne faudrait pas en conclure que cette obligation d'information s'étend à toutes les données échangées dans le cadre des négociations. Les parties restent soumises à un devoir de se renseigner. Seules les informations que la victime ne peut obtenir seront considérées pour fonder une action sur l'existence d'une réticence dolosive⁴⁸¹.

Le droit anglais, comme le droit américain, retient une position beaucoup plus protectrice puisqu'il refuse d'imposer des obligations de divulgation entre les parties à la négociation⁴⁸². Un tel rejet peut s'expliquer par deux particularités du droit anglais des contrats. Tout d'abord, le droit anglais adopte un point de vue singulier sur l'appréhension de la relation entre les parties lors des négociations, puisqu'il considère l'entrée en pourparlers comme une prise de risque. Ensuite, ce droit n'accorde aucune place à l'erreur dans le processus de formation du contrat.

L'absence de reconnaissance d'un principe général de bonne foi explique cette réticence à imposer aux parties des devoirs qui en découlent. De plus, contrairement au système retenu par les pays d'Europe continentale qui accueille largement une remise en cause du contrat sur le fondement de l'erreur, la *common law* met davantage l'accent sur la responsabilité de l'autre partie pour avoir effectivement causé cette erreur par des déclarations inexactes. Toutefois, la reconnaissance de la règle générale de non-existence d'une obligation d'information contractuelle entre les parties à la négociation n'a pas empêché la *common law* d'imposer un tel devoir d'informations dans des conditions particulières⁴⁸³. Mais ces exceptions entrent dans un contexte très encadré. Elles ne sont pas suffisamment étendues pour renverser le principe d'absence d'obligation précontractuelle d'informations. Ainsi, la rétention d'information par l'une des parties lors des négociations ne sera pas sanctionnée avec la même rigueur selon la loi applicable à un tel litige. Il est donc essentiel de déterminer la loi compétente pour régir la phase d'avant-contrat.

B. UNE APPRECIATION DISSEMBLABLE DES SANCTIONS APPLICABLES AUX POURPARLERS

242. L'intérêt de l'ouverture d'une action repose sur la sanction qui l'accompagne. Elle doit être suffisamment efficace pour permettre à la victime d'obtenir une réparation de son préjudice. A défaut, la reconnaissance d'une quelconque faute dans la conduite des pourparlers serait dépourvue d'utilité. La majorité des droits refusent de réduire la liberté de

⁴⁸⁰ R.G., 16 mai 1903, *Seufferts Archiv.*, n°58, p. 314.

⁴⁸¹ V. en droit allemand, Reichsgericht, 26 avril 1912, *juristische Wochenschrift*, p. 743; Pour une présentation de la décision, v. F. KESSLER, E. FINE « *Culpa in contrahendo*, Bargaining in good faith and freedom of contract : a comparative study », *Harv. LRev.* 1964, p. 404; M. PEDAMON, *Le contrat en droit Allemand*, LGDJ, 1993, p. 40.

⁴⁸² *Heates v. Cadogan*, [1851], 10 CB 591; Dans le même sens, *Smith v. Hughes*, [1871], LR 6 QB 597.

⁴⁸³ Pour une présentation des exceptions retenues par la *common law*, v. R. MONZER, *La négociation des contrats internationaux: une harmonisation des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, Bruylant, LGDJ, Delta, 2008, pp. 255 et s.

contracter au point de forcer les parties à se lier par un contrat ou à poursuivre les négociations. Pourtant, des divergences significatives apparaissent quant à la sanction retenue par les différents droits. Certains systèmes se risquent à accueillir la possibilité d'une réparation en nature (1). Pour les autres, il est possible de constater que même si la nature de la sanction reste identique, cantonnée au versement de dommages-intérêts, l'appréciation de son montant diffère (2), incitant à un recours au *law shopping* pour obtenir satisfaction.

1. LA REPARATION EN NATURE OU PAR EQUIVALENT

243. La réparation en nature consiste à rétablir l'état des choses perturbé par le fait dommageable⁴⁸⁴. Lorsque ce fait constitue le retrait d'une offre, le rétablissement ne peut s'exécuter que par l'ordonnance de son maintien (a). Si l'étape de formulation d'une véritable offre n'a pas été atteinte, la sanction imposera le simple maintien des négociations (b).

a. Le maintien forcé de l'offre

244. La neutralisation de la rétractation de l'offrant est subordonnée à la reconnaissance du caractère irrévocable de l'offre à laquelle certains droits restent encore réticents (i). La sanction qui accompagne le retrait anticipé de l'offrant peut consister, selon le choix adopté par les différents ordres juridiques, à réparer le dommage en nature ou à verser des dommages-intérêts équivalents aux gains du contrat projeté (ii).

i. L'appréhension du caractère irrévocable de l'offre

245. Le principe de liberté contractuelle qui gouverne la phase des pourparlers confère une large autonomie aux parties tout au long des tractations. Suivant ce principe, elles peuvent librement rétracter leur proposition avant d'être liées par l'acceptation de son destinataire. Cependant, ce libéralisme expansif conduirait à neutraliser les effets d'une offre. Si l'offrant disposait de la faculté de rétracter son offre à tout moment, aucune base solide de négociations n'existerait. L'offre serait ainsi totalement vidée de sa substance. C'est pourquoi des tempéraments ont été apportés à la libre révocabilité de l'offre afin d'assurer une certaine stabilité aux propositions échangées au cours des pourparlers et sécuriser les négociations. Certains droits conservent cependant une appréciation stricte de la liberté contractuelle refusant de restreindre la faculté de retrait de l'offrant.

246. Le droit anglais, fidèle à sa tendance préservatrice de l'autonomie de la volonté, consacre le principe de la libre révocabilité de l'offre⁴⁸⁵. L'offre reste librement révocable à

⁴⁸⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil: Les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 899.

⁴⁸⁵ K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 357; G.H. TREITEL, *The Law of contract*, 11^e éd., Thomson Sweet & Maxwell, pp. 41 et s.; J. BEATSON, *Anson's law of contract*, 28^e éd., Oxford, 2002, p. 51; J.A. WEIR, « Droit des contrats », in *Droit Anglais*, J.A. JOLOWICZ (dir), Dalloz, 1997, n° 173.

tout moment et même si son auteur avait déclaré la maintenir pendant un délai déterminé⁴⁸⁶. L'intransigeance du droit anglais se justifie par l'exigence de *consideration*, condition inconnue de la *civil law*. Selon la théorie de la *consideration*, un engagement ne peut se créer en l'absence de contrepartie. Or, dans l'hypothèse de l'émission d'une offre, l'offrant ne dispose d'aucune contrepartie avant l'acceptation de sa proposition. Il ne peut donc être lié par sa promesse qui ne présente aucune force obligatoire. De plus, retenir l'existence d'un engagement de l'offrant par la formulation d'une proposition revient à reconnaître la conclusion forcée du contrat. Obliger l'offrant à contracter contre sa volonté s'oppose à la conception du contrat, accord de volonté, et à l'expression de la liberté contractuelle. La position similaire du droit américain s'explique par sa volonté de conserver une égalité de traitement entre les parties. Selon le raisonnement américain, le caractère irrévocable de l'offre confère au bénéficiaire la faculté d'apprécier les fluctuations du marché au détriment de l'offrant qui lui reste engagé⁴⁸⁷. Pour que soit conservée une position identique des parties dans les négociations précontractuelles, nécessaire au bon fonctionnement du commerce international, il est impératif que l'offrant puisse rétracter sa proposition.

247. Cependant, le droit américain prévoit une exception au principe de libre révocabilité dans le cadre de relations entre commerçants. En effet, le §2-205 du *Uniform Commercial Code (UCC)*⁴⁸⁸ prévoit que lorsque l'offre est stipulée par écrit, l'offrant doit respecter le délai fixé ou à défaut un délai raisonnable qui ne peut excéder trois mois⁴⁸⁹. De plus, la *common law* accepte de rétablir un certain équilibre entre la liberté de l'offrant et le respect des attentes du bénéficiaire en sanctionnant l'auteur de l'offre sur le fondement de la *promissory estoppel*⁴⁹⁰. Le comportement de l'offrant avait suscité chez le bénéficiaire de la proposition de contracter une confiance légitime dans le maintien de l'offre. L'offrant ne peut donc pas agir de façon incohérente avec cette représentation en rétractant sa proposition. Ainsi, la *common law* retient pour principe la libre révocation de l'offre mais accepte de l'affaiblir par quelques infléchissements.

⁴⁸⁶ *Routledge v. Grant*, [1828], 4 Bing 653; confirmé par *Dickinson v. Dodds*, [1876], 2 ch. D 463, la juridiction anglaise a reconnu que l'offrant qui avait promis de maintenir l'offre pendant un délai prédéterminé n'avait pas l'obligation d'honorer sa promesse en maintenant l'offre jusqu'à l'expiration de ce délai; V. aussi dans le même sens, *Byrne & Co v. Van Tienhoven & Co*, [1880], 5 CPD 344, Common Pleas Division, jugeant que l'offre peut être librement rétractée même en présence d'un délai fixé par l'offrant.

⁴⁸⁷ E. A. FARNSWORTH, *United States Contract Law*, Juris Publishing, Inc., 1999, p. 78.

⁴⁸⁸ « *An offer by a merchant to buy or sell goods in a signed writing which by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable, for lack of consideration, during the time stated or if no time is stated for a reasonable time, but in no event may such period of irrevocability exceed three months; but any such term of assurance on a form supplied by the offeree must be separately signed by the offeror* ».

⁴⁸⁹ Pour une application de cet article, v. *City University of New York v. Finalco, Inc.*, 129 AD2d 494.

⁴⁹⁰ *V. Drennan v. Star Paving Co.*, [1958], Supreme Court of California, 51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757 : En l'espèce, un entrepreneur avait sollicité plusieurs sous-traitants pour répondre à un appel d'offre pour projet de construction d'écoles publiques. Un de ces sous-traitants lui a formulé une offre. L'entrepreneur s'est alors fondé sur le montant indiqué par l'offre pour calculer le montant de sa proposition de contrat. Il a ainsi obtenu le contrat de construction. Mais le lendemain, le sous-traitant l'a informé qu'il avait sous-estimé le coût du projet et a refusé d'exécuter le travail pour le montant indiqué dans son offre. La Cour suprême de Californie a considéré que la confiance raisonnable dans le maintien de l'offre justifie l'existence d'une promesse définitive.

248. Certains droits adoptent une position à l'exact opposé de la vision britannique en retenant pour principe le caractère irrévocable de l'offre. La proposition de l'offrant ne peut pas être révoquée, elle lie son auteur dès sa réception par son destinataire. Le droit allemand expose, à travers le §130, alinéa 1, du *BGB* qu'une déclaration de volonté devient efficace dès lors qu'elle parvient à son destinataire. Elle peut toutefois être rétractée avant qu'elle ne parvienne à son destinataire ou si le retrait parvient au même moment que la réception de l'offre. L'alinéa 2 complète ces dispositions en précisant que le décès ou l'incapacité qui atteindrait l'auteur de la déclaration d'intention ne la prive pas de son efficacité. Ainsi, l'offre constitue un acte unilatéral de volonté qui dispose d'une véritable force obligatoire. Dès son émission, elle ne peut donc plus être rétractée⁴⁹¹. Cette position trouve sa justification dans la volonté de préserver les attentes légitimes du bénéficiaire de l'offre. A la réception d'une telle proposition, le destinataire doit pouvoir fonder sa confiance sur le maintien de l'offre. Si celle-ci pouvait être retirée à tout moment, le bénéficiaire perdrait toute protection de ces expectatives. Cette justification repose sur les nécessités d'assurer une certaine stabilité de l'offre dans le commerce international.

Il est ainsi surprenant de relever que pour préserver les mêmes intérêts, les droits américain et allemand adoptent des positions radicalement opposées. Alors que, pour le premier, l'égalité de traitement des parties doit être assurée pour préserver l'efficacité du commerce international, pour le second, c'est la protection des attentes du bénéficiaire qui assure cette garantie de bon fonctionnement. La position du droit belge⁴⁹², similaire au droit allemand, trouve sa justification dans l'existence d'un engagement de l'offrant⁴⁹³. Il ne s'agit plus de protéger les intérêts du bénéficiaire mais plutôt d'assurer le respect d'une cohérence entre le comportement de l'offrant et l'expression de sa volonté lorsqu'il a formulé sa proposition. Cependant, conscients des risques suscités par la reconnaissance d'une telle force à l'offre, les droits allemand et belge ont circonscrit le caractère irrévocable de l'offre au respect du délai fixé⁴⁹⁴ ou, à défaut, d'un délai suffisant pour permettre au bénéficiaire de l'accepter⁴⁹⁵.

249. Le droit français a adopté une position médiane en renversant le principe et l'exception retenus par le droit allemand. L'offre est ainsi librement révocable jusqu'à ce qu'elle ait été valablement acceptée⁴⁹⁶. Cet état du droit positif correspond à la conception du

⁴⁹¹ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droits civils français et allemand*, Thèse Strasbourg, LGDJ, 1961, pp. 83 et s; Dans le même sens, R. MONZER, *La négociation des contrats internationaux: une harmonisation des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, Bruylant, LGDJ, Delta, 2008, pp. 293 et s.

⁴⁹² C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in *Le processus de formation du contrat*, M. FONTAINE (dir.), LGDJ, 2002, pp. 139 et s.

⁴⁹³ Cass. Belge, 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, 1127; Dans le même sens, 16 mars 1989, *Pas.*, 1989, I, 737.

⁴⁹⁴ § 148 BGB.

⁴⁹⁵ En droit allemand, par application du §147 II du BGB; En droit belge, la jurisprudence a imposé le respect d'un « délai moral d'acceptation » : Cass. civ. Liège, 29 oct. 1980, *B.A.* 1982, p. 303 ou d'un « délai raisonnable » : C.T. Liège, 29 juin 1989, *C.D.S* 1990, p. 129; Bruxelles, 14 oct. 1987, *R.G.* 82/1645; Mons, 10 déc. 1985, *R.D.C* 1986, p. 670; Mons, 30 janv. 1987, *J.L.M.B.* 1987, p. 889.

⁴⁹⁶ Cass. civ. 3^{ème}, févr. 1919, *DP* 1923, 1, 126; V. déjà Cass. civ. 21 déc. 1846, *DP* 1847, 1, 19; Comp. Cass. civ. 3^{ème}, 20 mars 1979, *Bull. civ.* III, n° 72; Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 1984, *ibid.* I, n° 193; CA Aix-en-Provence, 13 janv. 1983, *JCP* 1984, II, 20198, note F. GIVORD; En doctrine, V. Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFELMUNCK, *op. cit.*, n° 470; F. TERRE, P. SIMLER ET Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 116; J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. 4, n° 35; J. GHESTIN, *op. cit.* n° 305; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, nos 139 et s.; J. MAZEAUD et F.

droit international. Pour le droit contraignant, on relèvera les articles 15-2 et 16-1 de la Convention de Vienne qui disposent respectivement qu'« une offre, même si elle est irrévocable, peut être rétractée si la rétractation parvient au destinataire avant ou en même temps que l'offre » et que « jusqu'à ce qu'un contrat ait été conclu, une offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié son acceptation ». Pour la *soft law*, l'article 2 :202 des Principes du droit européen des contrats retient que l'offre peut également être révoquée si la révocation parvient à son destinataire avant que celui-ci n'ait expédié son acceptation ou, en cas d'acceptation du fait d'un comportement en ce sens, avant que le contrat n'ait été conclu. De même, l'article 2.1.4 des Principes UNIDROIT prévoit cette faculté de rétractation dans des conditions identiques.

250. La jurisprudence française a cependant atténué la portée du principe de libre révocabilité de l'offre en imposant le respect du délai que l'offrant a lui-même fixé ou, à défaut de délai déterminé, d'un délai d'une durée raisonnable⁴⁹⁷. Cette durée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond⁴⁹⁸ selon les circonstances dans laquelle l'offre s'inscrit⁴⁹⁹. Cette évaluation pourra notamment se fonder sur la nature du contrat envisagé⁵⁰⁰ ou la détermination de la volonté des parties exprimée à travers l'indication que l'offre doit être acceptée rapidement⁵⁰¹. Le fondement de cette obligation de maintien de l'offre reste très incertain. La jurisprudence n'apporte pas de réponse précise sur cette question et la doctrine semble perplexe⁵⁰². Mais c'est surtout sur le terrain de la sanction que la position de la

CHABAS, *op. cit.*, t. 2, 1^{er} vol., n° 135; Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 239; A. BENABENT, *op. cit.*, n° 59; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 89.

⁴⁹⁷ CA Paris, 12 juin 1869, *DP* 1870, p. 26; V. égal. Cass. req. 28 févr. 1870, *DP* 1871, 1, 61; 27 juin 1894, *DP* 1894, 1, 432; CA Paris, 5 févr. 1910, *DP* 1913, p. 21, note J. VALERY; Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, *Bull. civ.* III, n° 164; *D.* 1992, Somm., p. 397, obs. J.-L. AUBERT, *D.* 1993, p. 493, note G. VIRASSAMY; *RTD civ.* 1993, p. 345, obs. J. MESTRE; Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13.230.

⁴⁹⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 8 févr. 1968, *Bull. civ.* III, n° 52; Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 1972, *ibid.* III, n° 297, *RTD civ.* 1972, p. 773, obs. Y. LOUSSOUARN; Cass. com., 6 févr. 1973, *Bull. civ.* IV, n° 65; Cass. civ. 3^{ème}, 21 oct. 1975, *ibid.* III, n° 302, *D.* 1976, p. 20; Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411, *ibid.* III, n° 117, *D.* 2005, panor. 2837, obs. S. AMRANI MEKKI; *JCP* 2005, I, 172, n° 1, obs. P. GROSSER; *CCC* 2005, p. 166, obs. L. LEVENEUR; *RTD civ.* 2005, p. 772, obs. J. MESTRE, B. FAGES; Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, *Bull. civ.* III, n° 118; *D.* 2009, p. 1537; *CCC* 2009, n° 214, obs. L. LEVENEUR; *Gaz. Pal.* 2009, p. 2604, obs. A. DUMERY; *RLDC* 2009, n° 3486, obs. V. MAUGERI; *RDC* 2009, p. 1325, obs. Y.-M. LAITHIER; *RTD civ.* 2009, p. 524, obs. B. FAGES.

⁴⁹⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 21 oct. 1975, préc.; CA Bordeaux, 29 janv. 1892, *DP* 1892, 2, 390; CA Lyon, 19 déc. 1917, *S.*, 1918, 2, p. 40; V. en doctrine, Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 470; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 115; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 139; J. GHESTIN, *op. cit.*, nos 303 et s.; J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 134; G. MARTY, P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 112; Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 239; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 88.

⁵⁰⁰ Cass. com., 6 févr. 1973, préc.

⁵⁰¹ Cass. civ. 3^{ème}, 8 févr. 1968, préc.

⁵⁰² Cette obligation avait été justifiée dans un premier temps par la théorie de l'avant-contrat (DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t.24, n°63 et s). L'offre serait appréhendée comme étant composée d'une proposition de contracter et d'une autre de bénéficiaire d'un délai d'acceptation. Le destinataire de l'offre aurait tacitement accepté le bénéfice de ce délai de réflexion. Ce serait ainsi formé un avant-contrat qui aurait fondé l'obligation de maintien de l'offre. Cette théorie n'a pas été couronnée de succès puisqu'il a été relevé le caractère très incertain de l'expression de la volonté du destinataire, voire même des deux parties (V., pour la critique, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 141; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 306; F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 119; V. cep. R. DEMOGUE, « Des contrats provisoires », in *Études H. Capitant*, pp. 159 et s.). Le contrat suppose impérativement la rencontre de volontés qui ne semble dans cette hypothèse que très artificielle. La seconde proposition avancée repose

jurisprudence française est la plus ambiguë, suscitant l'hésitation entre le maintien forcé ou l'allocation de dommages-intérêts, alors que les droits étrangers ont pourtant tranché avec fermeté cette question.

ii. La réparation en nature ou en dommages-intérêts

251. Les droits anglais et américain ne reconnaissent pas à l'offre un caractère irrévocable⁵⁰³. Tout au mieux, ils acceptent de sanctionner le comportement de l'offrant sur le fondement de la *promissory estoppel*⁵⁰⁴. En l'absence de considération de l'existence d'un engagement de l'offrant, cette sanction ne peut donc se présenter que sous la forme de dommages-intérêts⁵⁰⁵. En effet, exiger de l'offrant le maintien de sa proposition entrerait en conflit avec le principe de liberté contractuelle⁵⁰⁶.

252. De façon cohérente, la position totalement opposée adoptée par le droit allemand se retrouve au niveau de sa sanction. Si la *common law* limite la réparation à l'allocation de dommages-intérêts, le droit allemand reconnaît la condamnation de l'auteur de l'offre au maintien forcé de sa proposition. La jurisprudence allemande considère qu'une fois que l'offre a été reçue par son destinataire, elle ne peut plus être rétractée⁵⁰⁷. Le retrait de l'offre postérieure à la réception par son bénéficiaire n'est pas effectif et l'offre est considérée comme étant maintenue. Le §145 *BGB* dispose en effet que celui qui propose la conclusion d'une offre est lié par celle-ci, à moins d'avoir exclu cette sujétion.

Si l'on se tourne vers le droit international, il est surprenant de noter que les sources d'origine doctrinale retiennent une sanction identique au droit allemand, alors qu'elles ne placent pas l'irrévocabilité de l'offre au titre de principe. En effet, les Principes UNIDROIT, de même que les Principes du droit européen des contrats, consacrent le principe de la liberté de révocation de l'offrant⁵⁰⁸. Pourtant, tous deux sanctionnent le retrait de l'offre avant l'expiration du délai par son maintien forcé. En vertu des dispositions de l'article 2 :202, alinéa 3, des Principes du droit européen des contrats, la révocation est sans effet si l'offre indique qu'elle est irrévocable, ou fixe un délai déterminé pour son acceptation, ou si son destinataire était raisonnablement fondé à la considérer comme irrévocable et s'il a agi en

sur la reconnaissance d'un engagement unilatéral de volonté. Le caractère obligatoire de l'offre est ainsi conféré par l'engagement de l'offrant à respecter un délai déterminé (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 143; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.* n°470; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 307; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, nos 116 et s.; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 89).

⁵⁰³ Sauf l'exception de l'article 2-205 UCC dont la violation est sanctionnée par l'allocation de dommages-intérêts.

⁵⁰⁴ *JT Developments v. Quinn*, [1991], 62 P & CR 33 où le jeu du *promissory estoppel* a entraîné la conclusion forcée du contrat; v. aussi *supra* n° 222

⁵⁰⁵ *V. Drennan v. Star Paving Co.*, [1958], Supreme Court of California, 51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757 : la Cour suprême de Californie a accepté d'indemniser le bénéficiaire de l'offre en évaluant le montant des dommages-intérêt en fonction du prix fixé dans l'offre et de celui payé par le bénéficiaire au remplaçant de l'offrant.

⁵⁰⁶ Cf *supra*, n° 192

⁵⁰⁷ RG, 25 oct. 1917, *RGZ* 91, 60 ; pour une version anglaise du texte, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 195.

⁵⁰⁸ Art. 2 :202 al. 1 PDEC et 2.1.4 al. 1 des Principes UNIDROIT.

conséquence. De même, selon l'article 2.1.4, alinéa 2, des Principes UNIDROIT, l'offre ne peut être révoquée si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation ou autrement, qu'elle est irrévocable; ou si le destinataire était raisonnablement fondé à croire que l'offre était irrévocable et s'il a agi en conséquence.

253. Le droit français retenant une position identique à la *soft law* concernant la reconnaissance de la liberté de l'offrant, il est tout à fait envisageable qu'une telle sanction soit également acceptée. Pourtant, la tendance traditionnelle adoptée par la jurisprudence française se limite à l'octroi de dommages-intérêts⁵⁰⁹. L'intervention de l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 7 mai 2008⁵¹⁰ n'a pas laissé les commentateurs indifférents et mérite ainsi que l'on s'y intéresse. La réponse de la Cour de cassation était assez classique puisque la Cour a simplement rappelé que l'offrant ne peut retirer sa proposition avant l'expiration du délai fixé. Cependant, elle intervient dans un contexte où les propositions d'uniformisation du droit international se sont orientées en faveur de la réparation en nature, ce qui laisse supposer une évolution jurisprudentielle en ce sens. Pourtant, l'arrêt déçoit par sa timidité puisqu'il ne se positionne pas franchement en faveur de la permanence de la solution classique ou, au contraire, d'une évolution. Si, pour certains, il reconnaît sans équivoque l'existence d'un engagement unilatéral de l'offrant⁵¹¹, il ne se prononce nullement sur la question de la sanction. Si une lecture littérale de l'arrêt est retenue, il est possible d'envisager que la Cour de cassation ait consacré le maintien forcé de l'offre jusqu'à l'expiration du délai. En effet, la Cour a bien pris le soin de relever que l'offre était irrévocable jusqu'à l'expiration du délai. Cependant, une autre interprétation, plus convaincante encore, peut être proposée. En effet, dans cette espèce, la demande ne portait pas sur un possible maintien de la proposition mais sur la faculté de l'offrant de récupérer le montant de son dépôt de garantie. Il est donc envisageable de considérer qu'en affirmant que l'offre n'était pas révocable, la Cour de cassation indiquait simplement à l'offrant qu'il ne pouvait obtenir le retour de son indemnité. Il semble alors plus conforme aux aspirations de la jurisprudence française de considérer que seule une réparation par équivalent pourra venir compenser le dommage du bénéficiaire déçu. Ainsi, l'offrant qui se verrait condamner en application du droit français ne devrait craindre que le versement de dommages-intérêts.

254. Selon le droit applicable à la question du retrait anticipé de l'offre, la réponse apportée différera. La détermination de la loi compétente pour régir un tel contentieux précontractuel représente un enjeu essentiel dans la satisfaction du bénéficiaire de l'offre. Si le droit allemand est reconnu applicable, le destinataire de l'offre pourra obtenir l'exécution forcée. Dans l'hypothèse où seraient mises en œuvre les dispositions du droit français, seuls des dommages-intérêts pourront être perçus. Si au contraire, le droit anglais ou américain est

⁵⁰⁹ Cass. soc., 22 mars 1972, *D.* 1972, p. 468; Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1959, *Bull. civ.* I, n° 413.

⁵¹⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, *Bull. civ.* III, n° 79; *JCP* 2008, I, 179, n° 1, obs. Y.-M. SERINET; *RLDC* 2008, n° 3045, obs. V. MAUGERI; *ibid.* 2009, n° 3367, note E. BURDIN; *Dr. & patr.* 2009, p. 122, obs. L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK; *RTD civ.* 2008, p. 474, obs. B. FAGES; *RDC* 2008, p. 1109, obs. T. GÉNICON; *ibid.*, p. 1239, obs. F. COLLART DUTILLEUL.

⁵¹¹ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *D.* 2009, p. 440 et s.

appliqué au litige, le bénéficiaire de l'offre risque de ne rien obtenir. Cette divergence dans le choix des sanctions se retrouve à nouveau dans l'hypothèse de la rupture des pourparlers.

b. Le maintien forcé des négociations

255. La rupture des pourparlers reste un des contentieux les plus délicats à résoudre. En effet, si la reconnaissance d'un engagement de la part de l'auteur d'une offre fait débat, que dire lorsque les parties à la négociation ne font qu'échanger de simples propositions ? Il semblerait contraire au principe de liberté contractuelle qui régit l'ensemble des pourparlers de considérer que la seule entrée en négociation lie les partenaires et que le retrait des discussions ne puisse plus être mis en œuvre. Les parties seraient ainsi contraintes de poursuivre les négociations entamées. Ce raisonnement n'a pas trouvé de large écho en droit positif puisque la plupart des droits nationaux sanctionne la rupture des pourparlers par l'attribution d'une réparation par équivalent et refuse toute exécution forcée.

En France, la jurisprudence a très tôt reconnu un fondement délictuel⁵¹² à la responsabilité de l'auteur de la rupture et admis une réparation par l'octroi de dommages-intérêts⁵¹³, même s'il est vrai que l'obligation de négocier a pu être retenue dans quelques décisions isolées⁵¹⁴. Celles-ci s'inscrivaient dans un contexte particulier puisqu'un contrat existait déjà. Il s'agissait donc de reconnaître une éventuelle obligation de renégocier le contrat pour y apporter des modifications et non de poursuivre les discussions afin de conclure un contrat. La plupart des autres droits marque de même une réticence à reconnaître une réparation en nature. C'est le cas notamment du droit italien⁵¹⁵ ou allemand⁵¹⁶.

256. Placé en marge de cette tendance majoritaire, le droit néerlandais retient une solution particulièrement intéressante pour le traitement du conflit de lois. La jurisprudence différencie trois phases composant la période des pourparlers. Durant la première étape, les parties restent libres de rompre les négociations sans engager leur responsabilité, ce qui constitue une simple expression de la liberté contractuelle, sans nouveauté. Dans la seconde période, elles conservent cette liberté mais doivent dédommager l'autre partie des frais engagés au cours des pourparlers, conformément à la vision civiliste du droit français. Mais, c'est à la troisième phase que la solution néerlandaise se démarque, puisque les parties perdent leur liberté de

⁵¹² V. par exemple, Cass. com., 23 mai 1989, n° 87-18.212; *JCP E* 1989, I, 18761; Cass. com., 11 janv. 1984, n° 82-13.259; *Bull. civ.* IV, n° 16; Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154; *Bull. civ.* IV, n° 93, *JCP G* 1973, II, n° 17543, note J. SCHMIDT; *RTD civ.* 1972, p. 779, obs. G. DURRY.

⁵¹³ V. P. CHAUVEL, note ss Cass. com., 7 janv. 1997, n°94-21.561 et Cass. com., 22 avr. 1997, n°94-18.953, *D.* 1998, *jur.*, p. 45 et les références citées.

⁵¹⁴ V. CA Paris, 28 sept. 1976, *JCP* 1978, II, 18810, note J. ROBERT; P. MOUSSERON, « Négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.* 1998, pp. 243 et s, spéc. la jurisprudence citée p. 269, note 153.

⁵¹⁵ Cass. It. 28 janv. 1972, n°199.

⁵¹⁶ BGH, 19 oct. 1960, LM BGB §276 (Fa) n°11; *NJW* 61. 169; MDR 1961.49 ; comp. M. PAZ GARCIA, M. OTERO CRESPO, « La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo », *Revista para el análisis del derecho*, 2010, n°1, les critiques de la doctrine allemande à propos de cette jurisprudence qui considère que la solution obtenue manque de cohérence si elle permet de reconnaître que le demandeur peut avoir légitimement cru en la conclusion du imminent et certaine du contrat, tout en lui refusant l'obtention de l'exécution forcée du contrat ou, tout au moins, l'allocation de dommages-intérêts positifs correspondants aux profits qui auraient été obtenus par la formation du contrat négocié.

rupture⁵¹⁷. Elles ne peuvent plus se rétracter et sont considérées comme engagées dans les négociations. Cette phase est atteinte lorsque les parties pouvaient légitimement croire à la conclusion imminente du contrat⁵¹⁸. Ainsi est-il reconnu aux juridictions une faculté d'ordonner la poursuite des négociations. Dans une décision du *Hoge Raad* en date du 7 mai 1987, la veuve d'un écrivain a été condamnée à la poursuite des négociations concernant l'autorisation de réaliser un film sur la base d'un roman⁵¹⁹.

Cette solution, pourtant isolée au regard des autres ordres juridiques, engendre des conséquences considérables. Elle permet en effet à la victime de la rupture des pourparlers d'obtenir en justice une poursuite des discussions, alors que l'ensemble des autres droits n'accorde que des dommages-intérêts qui certes réparent le préjudice subi, mais laissent la victime insatisfaite. Dans le cas de la décision du *Hoge Raad* de 1987, si l'auteur de la rupture n'avait été condamné qu'à verser des dommages-intérêts, aussi élevés soient-ils, la victime n'aurait pu procéder à la réalisation du film espérée. Le résultat du conflit de lois peut ainsi conduire à l'obtention par la victime de la poursuite des négociations. Il faut toutefois relever que cette sanction reste isolée, non seulement au regard des autres droits, mais même au sein de la jurisprudence hollandaise qui lui préfère une réparation par équivalent. Cependant, l'approche du droit hollandais se démarque des autres droits. Sa spécificité s'exprime dans l'évaluation du montant des dommages-intérêts alloués.

2. LES DOMMAGES-INTERETS POSITIFS OU NEGATIFS

257. Le retrait des négociations peut causer un dommage à l'autre partie qui espérait légitimement la conclusion du contrat. Outre le préjudice moral résultant de sa déception, elle peut avoir engagé des frais pour préparer le contrat ou pour réparer l'abandon du projet de contrat. De plus, la rupture entraîne la disparition de toute espérance des gains engendrés par la conclusion du contrat projeté. Lors de l'appréciation du préjudice subi par la victime et plus particulièrement dans la détermination du dommage réparable, une distinction est opérée. Le premier préjudice concerne l'ensemble des dépenses réalisées par la victime en vue de préparer la conclusion du contrat mais aussi de répondre aux difficultés causées par la rupture. Il sera réparé par l'allocation de dommages-intérêts dits « négatifs » (ou « *reliance* ») et qui

⁵¹⁷ Hoge Raad, 18 juin 1982, *NJ* 1983, p. 723, note C. J. H. BRUNNER; *AA*. 32 1983, p. 758, note P. VAN SCHILFGAARDE; Pour une version anglaise de la décision, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pp. 262 et 263 et la note pages suivantes; J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *Precontractual liability in European private law*, Cambridge, 2008, pp. 46 et s.; S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 246; Comp. la décision du Hoge Raad du 14 juin 1996 qui semble limiter la portée de la jurisprudence antérieure, citée par M. PAZ GARCIA, M. OTERO CRESPO, *op. cit.*

⁵¹⁸ HR, 23 oct. 1987, *NJ* 1988, p. 1017; Comp. HR, 14 juin 1996, *NJ* 1997, p. 481; V. les commentaires sur cette décision in H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *op. cit.* p. 263 : cette décision semble ouvrir la voie vers une prise en considération des intérêts de l'auteur de la rupture.

⁵¹⁹ *Gerechtshof Amsterdam*, 7 mai 1987, *op. cit.* 1988, p. 430, pour une version anglaise de la décision, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *op. cit.*, pp. 275 et s; dans le même sens, *Gerechtshof Arnhem*, 14 nov. 1983, *NJ* 1984, p. 499 : la Cour a ordonné le maintien des négociations portant sur la reprise d'une société.

correspondent aux pertes subies. La victime est alors replacée dans l'état où elle se trouvait avant la survenance du fait dommageable. Le second préjudice correspond au montant des gains qui auraient été obtenus si le contrat avait effectivement été conclu. Il se présente sous l'appellation de dommages-intérêts « positifs » (« *expectation* » ou encore gains manqués). Il s'agit de placer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le contrat avait effectivement été conclu.

Une présentation préalable des différents dommages précontractuels susceptibles d'être réparés (a) permettra ensuite d'observer que les droits nationaux ne répondent pas de façon unanime à la question du dommage réparable, en acceptant ou au contraire en refusant d'adjoindre l'indemnisation du gain manqué à celui de la perte subie (b). Ces disparités entre les droits positifs engendrent une divergence de traitement entre les contentieux précontractuels soumis à différentes lois applicables.

a. La définition des dommages réparables

258. Dans le cadre de l'évaluation des coûts résultant des pourparlers qui constituent les pertes subies par la victime de la rupture, deux catégories de frais peuvent être distinguées : les frais de négociation et les frais de rupture⁵²⁰. Les frais de négociation correspondent aux sommes engagées en vue de préparer la conclusion du contrat avec l'autre partie. Ils comprennent tout d'abord les charges générées par l'organisation et la poursuite des pourparlers. Sont concernés le temps et le dérangement causé par les pourparlers⁵²¹, mais aussi les frais de voyages ou de déplacements⁵²² nécessaires à la concrétisation des rencontres entre les parties à la négociation. Ils englobent également les coûts essentiels à la mise en place du projet tels que les sommes engagées dans la réalisation d'études préliminaires permettant l'évaluation de la viabilité du projet⁵²³, du recours à des tiers spécialisés comme des architectes, ingénieurs ou spécialistes en marketing⁵²⁴. Enfin, ils désignent les dépenses consacrées à la préparation de l'exécution du contrat telles que les aménagements des locaux⁵²⁵, l'acquisition de matériel⁵²⁶ ou les sommes engagées dans l'organisation, comprenant notamment les campagnes publicitaires ou l'embauche de personnel⁵²⁷. En cas d'échec des pourparlers, ces dépenses auront été inutiles puisque la cause de leur engagement a disparu.

Parallèlement à ces frais de négociation, il existe des frais de rupture qui désignent les dépenses causées directement par l'interruption des négociations. La disparition du projet de contrat a nécessité pour la victime de prendre des mesures engendrant un certain coût. Ces

⁵²⁰ La terminologie est empruntée à O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », *RTD Com.* 2004, p. 187.

⁵²¹ CA Rennes, 8 juill. 1929, *DH* 1929, p. 548; CA Lyon, 24 juill. 2002, *Juris-Data* n° 193214.

⁵²² Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, *Bull. civ.* IV, n° 93, *JCP G* 1973, II, 17543, note J. SCHMIDT; *RTD civ.* 1972, p. 779, obs. G. DURRY; CA Angers, 25 nov. 1992, *Juris-Data* n° 048656.

⁵²³ CA Paris, 10 mars 2000, *JCP E* 2001, p. 422, note F. VIOLET.

⁵²⁴ CA Rennes, 29 avr. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 463, n° 132, note J.-J. DAIGRE; *JCP* 1993, IV, 1250; CA Lyon, 6 juin 2002, *Juris-Data* n° 184338.

⁵²⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 3 oct. 1972, n° 71-12.993, *Bull. civ.* III, n° 491; Cass. com., 12 oct. 1993, n° 91-19.456; CA Aix, 16 oct. 2001, *Juris-Data* n° 180989.

⁵²⁶ CA Agen, 21 août 2002, *JCP* 2003, II, 10162, note A. LECOURT.

⁵²⁷ CA Versailles, 8 mars 1985, *Juris-Data* n° 041111.

frais regroupent les dépenses liées au recours dans la précipitation aux services plus onéreux d'un tiers au lendemain de la rupture⁵²⁸, ou à la recherche rapide d'un autre emploi⁵²⁹. Contrairement aux frais de négociations qui concernent les coûts de préparation du contrat, les frais de rupture ne trouvent leur cause que dans l'échec des discussions.

259. Mais la victime n'a pas simplement engagé des frais, elle a également subi une perte de chance d'obtenir des gains. En effet, l'échec des pourparlers a mis fin à toute possibilité de conclure le contrat projeté et a ainsi fait disparaître les éventuels profits tirés de ce contrat. La victime a ainsi été privée d'une chance de conclure le contrat non seulement avec l'autre partie, mais aussi avec un tiers. En effet, alors qu'elle pouvait légitimement croire en la conclusion du contrat, la victime a poursuivi les négociations avec son partenaire et n'a ainsi pu entretenir de discussions avec un tiers. La poursuite des pourparlers a parfois eu pour conséquence la perte d'une chance de conclure avec un tiers un autre contrat que celui qu'elle projetait.

Confrontées à cette pluralité de dommages, les juridictions des différents Etats se sont interrogées sur leur caractère réparable dans le cadre des relations précontractuelles. La question soulève des difficultés puisqu'il semble nécessaire que le préjudice subi puisse être relié à un comportement de l'auteur de la rupture pour que la réparation soit fondée. Le remboursement des frais de négociation semble justifié au premier abord puisque leur engagement résulte de la croyance légitime dans la réussite des négociations suscitée par le comportement de l'autre partie⁵³⁰. Si la victime n'avait pas supposé que la formation du contrat était imminente, elle n'aurait certainement pas alloué un budget aussi conséquent.

Cependant, une partie de la doctrine, comme de la jurisprudence, considère que ces frais correspondent au coût normal de la négociation qui resterait à la charge des parties même en cas de réussite des pourparlers⁵³¹. Ce qui justifie qu'ils ne fassent l'objet d'aucun remboursement.

⁵²⁸ CA Paris, 5 nov. 1999, *RTD civ.* 2000, p. 104, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

⁵²⁹ CA Agen, 21 août 2002, *JCP* 2003, II, 10162, note A. LECOURT.

⁵³⁰ CA Reims, 13 déc. 1989, cité par P. CHAUVEL, note ss Cass. com., 22 avril 1997, n° 94-21.561; CA Riom, 10 juin 1992, *JCP E* 1993, I, n° 231, note J. SCHMIDT; *RJDA* 1992, n° 893; *RTD civ.* 1993, p. 343, obs. J. MESTRE; Cass. com., 22 avril 1997, n° 94-18.953; *D.* 1998, jur., p. 45; CA Paris, 3 sept. 1999, *RJDA* 1999, n° 1284; CA Versailles, 12^e ch., 1^{re} sect, 1^{er} avril 1999, *Sté Koetsier c/Cachou Lajaunie*, *RJDA* 1999, n° 1285; CA Paris, 5^e ch. B, 5 nov. 1999, *SARL Prometech c/ Société Daewoo Automobiles France*; *RTD civ.* 2000, p. 104.

⁵³¹ *V. William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis*, [1957], 1 W.L.R. 932, 934 (Q.B.) : « une partie à la négociation entreprend les négociations comme un jeu de hasard et son coût fait partie des frais généraux de son entreprise qui seront récompensés, elle espère, par les profits tirés du contrat »; Comp. en France, CA Paris, 16 déc. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 470, note A. LAUDE; CA Angers, 25 nov. 1992, *Juris-Data* n° 048656 : « 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 »; CA Lyon, 29 sept. 2000, *Juris-Data* n° 132246, qui opère une distinction entre les frais relevant du déroulement normal des pourparlers (restant à la charge du négociateur déçu) et ceux « qui excèdent les seules nécessités d'une négociation commerciale » (réparés par l'auteur de la rupture); Pour la doctrine, v. O. DESHAYES, *op. cit.*, pp. 187 et s., spéc. n°6, qui relève qu'une partie de la doctrine retient une solution identique mais en se fondant sur l'affectation des frais de la négociation aux charges générales de l'entreprise.

260. Mais c'est essentiellement sur la réparation d'un gain manqué que les discussions sont les plus animées. En effet, attribuer à la victime les profits espérés du contrat conduit à considérer que la conclusion du contrat était certaine, alors que par définition, la formation du contrat reste hypothétique jusqu'à l'accord de volonté et cela pendant toute la durée des pourparlers. De plus, l'évaluation du montant semble délicate puisqu'elle suppose que les profits du contrat soient connus. Comment apprécier les bénéfices d'un contrat qui n'a jamais été formé ? Sur ces questions, les solutions retenues par les différents ordres juridiques divergent. Selon la loi reconnue applicable au traitement de la rupture des pourparlers, la victime pourra donc obtenir des dommages-intérêts allant du simple remboursement des frais, à l'attribution de la totalité des gains espérés par la réussite des pourparlers.

b. L'accueil des dommages réparables

261. La plupart des ordres juridiques accepte d'allouer des dommages-intérêts dits négatifs, correspondant aux frais engagés dans la négociation et causés par la rupture⁵³². La question de l'accueil des dommages-intérêts positifs désignant les gains manqués par l'absence de formation du contrat amène des réponses plus contrastées. Le système de *common law* accepte la réparation à un degré mesuré en accordant le remboursement des frais ainsi que de la perte de chance de conclure le contrat avec un tiers⁵³³. Comme l'a relevé Allan Farnsworth, l'indemnisation des dommages-intérêts négatifs permet de replacer la victime dans la situation où elle se trouvait avant de subir la faute précontractuelle, c'est pourquoi la perte de chance de conclure avec un tiers doit également être indemnisée⁵³⁴. Cependant, le droit américain, comme le droit anglais, n'étend pas la réparation aux gains manqués⁵³⁵. En effet, la restitution des bénéfices dans le cadre de la *promissory estoppel*⁵³⁶ se limite aux frais engagés par la victime, « *out of pocket expenses* »⁵³⁷ et ne comprend pas les gains manqués⁵³⁸. La majorité des droits européens s'alignent sur cette solution en accueillant les dommages-intérêts négatifs⁵³⁹, mais aussi les opportunités manquées⁵⁴⁰, tout en excluant l'indemnisation des dommages-intérêts positifs⁵⁴¹.

⁵³² V. Sur ce point, F. RIGAUX, « Examen de la détermination du droit applicable aux relations précontractuelles », in *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, p. 11, qui relève qu'il ne faudrait pas exagérer les conséquences de la distinction entre la nature contractuelle ou délictuelle de l'action, dès lors que le débiteur aura toujours à payer une somme d'argent. Cependant, l'accueil par certains droits des dommages-intérêts positifs confère davantage d'importance à la question de la qualification à l'origine de la détermination du droit applicable.

⁵³³ *Goodman v. Dicker*, [1948], 169 F.2d 684, 83 US App. DC 353; *Hoffman v. Red Owl Stores*, [1965], 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267; *Werner v. Xerox Corporation*, [1984], 732 F.2d 580; *Mooney v. Graddock*, [1974], 35 Colo. App.20, 26, 530 P.2d 1302, 1305 (A.C).

⁵³⁴ A. FARNSWORTH, « Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations », *Colum L Rev.* 1987, p. 225 : « *If reliance damages are intended, as it is said, to put the injured party in the position in which it would have been had the misrepresentation, promise, or undertaking not been made, then it follows that lost opportunities should be counted.* »

⁵³⁵ E. A. FARNSWORTH, *op. cit.*, spéc. p. 223.

⁵³⁶ V. la définition, *supra* n° 222

⁵³⁷ R. MONZER, *op.cit.*, spéc. p. 399.

⁵³⁸ C'est ce qui résulte de la décision américaine, rendue par la Cour d'appel de Californie, *Earhart v. William Low Co.*, 25. Cal. 3d 503, 600 P.2d 1344.158, Cal Rptr.887, 1979.

⁵³⁹ V. En Allemagne, BGH, 10 juill. 1970, *NJW* 1970, p. 1840; Pour une version traduite en anglais, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *op. cit.*, pp. 252-253; Pour une espèce ayant

262. Le droit néerlandais se distingue de cette tendance européenne sans étonnement puisqu'il retient une appréciation singulière de la période précontractuelle en la décomposant en trois phases distinctes⁵⁴². Lors de la première étape, les parties sont libres de rompre les négociations à tout moment. Dans une deuxième phase, elles conservent cette liberté, mais l'auteur de la rupture engagera sa responsabilité et devra s'acquitter du remboursement des frais engagés par la victime. Enfin, dès lors que les pourparlers auront atteint la troisième étape, les parties ne seront plus susceptibles de rompre les pourparlers. Elles seront considérées comme liées l'une à l'autre. En cas de retrait par l'une des parties, la jurisprudence néerlandaise a accepté d'accueillir une réparation en nature du préjudice en ordonnant le maintien des négociations. Cependant, la réparation se présente plus généralement sous la forme de dommages-intérêts correspondant aux gains espérés par la formation du contrat. En d'autres termes, les juridictions sanctionnent les ruptures intervenant à la veille de la conclusion du contrat par l'allocation de dommages-intérêts positifs.

263. En France, la jurisprudence a traditionnellement montré une certaine réticence à accorder la réparation des gains manqués, puisqu'elle consisterait à reconnaître des effets à un contrat qui n'a jamais existé⁵⁴³. Pourtant, pendant un temps, les juridictions françaises ont accepté d'accorder une telle réparation en se fondant sur la notion de perte de chance⁵⁴⁴. Dans

exceptionnellement accueilli les dommages-intérêts positifs, v. BGH, 25 nov. 1992, *NJW* 1992, p. 520; En droit italien, v. Cass. it., 12 mars 1993, n° 2973; *Foro italiano* 1993, I, 956; P. GALLO, « La responsabilité précontractuelle : il quantum », *Rivista di diritto civile* 2004, II, p. 487; En droit espagnol, v. par exemple, STS, 16 déc. 1999, *RJ* 1999, p. 8978; V. aussi à propos de cette décision les commentaires de M. PAZ GARCIA RUBIO, M. OTERO CRESPO, « La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo », *Revista para el analisis del derecho* 2010, qui relèvent que la jurisprudence espagnole faisant référence aux dommages-intérêts négatifs ne précise pas leur contenu; V. aussi M. PAZ GARCIA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 232.

⁵⁴⁰ V. pour l'Italie, Cass. It., 20 août 1980, n° 4942, *Foro it.* 1980, p. 78; Cass. civ. sez. II, 25 juin 1988, n° 582; V. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 2, Padoue, Dedam, 2004, p. 635 et la jurisprudence citée par cet auteur; Pour l'Allemagne, *NJW* 1963, p. 1843; *JZ* 1964, p. 324, 7 juin 1963.

⁵⁴¹ V. Pour l'Italie : Cass. It., 20 août 1980, n° 4942, préc.; Cass. It., 12 mars 1993, n° 2973, *Foro Italiano*, I, 956; Pour une version anglaise de l'arrêt, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *op. cit.*, p. 260; Cass. civ. sez. III, 14 fév. 2000, n° 1632; Cass. civ. sez I, 10 juin 2005, n° 12313; Cass. civ. sez II, 7 fév. 2006, n° 2525; Pour l'Allemagne, BGH, 6 févr. 1969; *WM* 1969, p. 595; Comp. BGH, 25 nov. 1992, *NJW* 1993, p. 520, des dommages-intérêts positifs ont été accordés à la victime car le contentieux concernait une situation d'enchère publique pour laquelle la conclusion du contrat était certaine ; v. aussi les critiques de la doctrine allemande à propos du refus de l'allocation de dommages-intérêts positifs présenté comme contraire à la reconnaissance d'une croyance légitime pour le demandeur dans la conclusion du contrat, M. PAZ GARCIA RUBIO, M. OTERO CRESPO, *op. cit.*

⁵⁴² V. *supra* n° 257.

⁵⁴³ V. par exemple, CA Rennes, 8 juill. 1929, *DH* 1929, p. 158; *RTD civ.* 1930, p. 112 : « 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 provoqués, du dommage matériel et moral qu'elle a entraîné ».

⁵⁴⁴ Cass. com. 7 avril 1998, *JCP E* 1999, p. 579, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI; CA Paris, 16 déc. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 470, note A. LAUDE; CA Versailles, 1^{er} avr. 1999, *RJDA* 1999, n° 1285; CA Paris, 10 mars 2000, *JCP* 2001.II.10470, note F. VIOLET; CA Lyon, 29 sept. 2000, *Juris-Data* n° 132246 ; CA Rennes, 27 mars 2002, *Juris-Data* n° 206838; CA Lyon, 6 juin 2002, *Juris-Data* n° 184338; CA Paris, 24 janv. 2003, *Juris-Data*

le cas où la chance perdue pouvait être jugée suffisamment sérieuse, la jurisprudence acceptait d'allouer à la victime des dommages-intérêts correspondant aux gains qui auraient été générés par la conclusion du contrat négocié⁵⁴⁵.

Mais cette tendance a été interrompue par l'intervention du célèbre arrêt *Société Alain Manoukian*⁵⁴⁶ à l'occasion duquel la Cour de cassation a posé 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 ». Ainsi, la jurisprudence française se refuse depuis 2003 à accorder à la victime le versement des profits qu'elle aurait pu obtenir par la réalisation du contrat⁵⁴⁷. Elle se rallie à la solution adoptée par la majorité des droits nationaux et qui coïncide avec l'appréhension du dommage réparable par les textes internationaux⁵⁴⁸.

En effet, les Principes UNIDROIT, comme les Principes du droit européen des contrats, limitent la réparation aux dommages-intérêts négatifs en y incluant la perte de chance de conclure le contrat avec un tiers, refusant dès lors de considérer le gain manqué. Les commentaires des Principes UNIDROIT sous l'article 2.1.15, repris à l'identique par les illustrations de l'article 2:301 des Principes du droit européen des contrats, précisent que le créancier peut recouvrer les dépenses réalisées lors des négociations et peut aussi être indemnisé pour l'occasion manquée de conclure un autre contrat avec un tiers (intérêt négatif), mais ne peut généralement pas recouvrer le profit qui aurait résulté si le contrat original avait été conclu (intérêt positif). Ainsi, même si la majorité des droits s'orientent vers une solution similaire, le montant des dommages-intérêts susceptibles d'être obtenu varie considérablement selon la loi applicable au contentieux précontractuel.

264. Pour contourner les contraintes de la différence de traitement des négociations informelles par les droits étrangers, les parties ont de plus en plus fréquemment recours à la conclusion d'avant-contrats. Cependant, la formalisation des pourparlers ne permet pas aux partenaires de faire pleinement échapper leurs négociations aux aléas de l'intervention du juge. En cas de contentieux, une partie cherchera à se prévaloir de l'existence d'un engagement, alors que l'autre niera toute expression de volonté en ce sens dans l'acte. Or, la reconnaissance d'engagement contractuel n'est pas homogène dans les différents droits, ce qui conduit les parties à devoir spéculer une fois de plus sur la loi applicable à leurs avant-contrats.

n° 206349; CA Paris, 11 mars 2003, *Juris-Data* n° 216319; CA Versailles, 25 sept. 2003, *JCP E* 2004, n° 384, obs. P. MOUSSERON.

⁵⁴⁵ P. CHAUVEL, notes ss Cass. Com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561 et Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-18.953, *D.* 1998, p. 45.

⁵⁴⁶ Cass. com., 26 nov. 2003, nos 00-10.243 et 00-10.949, *Bull. civ.* IV, n° 186, *JCP G* 2004, I, n° 163, spéc. n° 18, obs. G. VINEY, *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. MESTRE, B. FAGES; Rapp. Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006 n° 04-20.040, *D.* 2006 p. 2963, note D. MAZEAUD; *D.* 2006 p. 2638, obs. S. AMRANI-MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON; Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-17.289, *CCC* 2008, comm. 6, note N. MATHEY; 7 janvier 2009, Cass. civ. 3^{ème}, n° 07-20.783, *D.* 2009 p. 297.

⁵⁴⁷ Comp. Art. 20 du projet de réforme du droit des obligations.

⁵⁴⁸ V. aussi en droit communautaire *Citymo SA*, *Aff.* T-271/04 qui reprend la jurisprudence *Manoukian*.

§2. LES DIFFERENCES DE REGLEMENTATION DES NEGOCIATIONS FORMELLES

265. Pour assurer une certaine sécurité aux négociateurs, la phase précontractuelle est très souvent ponctuée par la rédaction de documents préparatoires. Certains ont pour objectif d'organiser le déroulement des négociations en fixant par exemple le lieu, la durée des négociations, ou d'assurer la protection des informations échangées par le biais de clauses de confidentialité. D'autres viendront structurer les pourparlers en entérinant les points de négociation acquis. Parallèlement à ces contrats dont la force contraignante n'est pas remise en cause, se développe la rédaction de documents préparatoires dont la nature et la portée restent très incertaines, jusqu'à générer un doute quant à l'existence d'un engagement contractuel (A). Leur réception par les différents droits varie d'autant, créant des disparités entre les sanctions associées à la violation des obligations qui en découlent (B).

A. LA QUESTION DE L'EXISTENCE DES AVANT-CONTRATS

266. La polymorphie adoptée par les documents précontractuels encadrant les négociations complique la distinction entre eux (1). Pourtant, cette identification des documents précontractuels reste essentielle à l'établissement de leur traitement et facilite la reconnaissance d'un engagement contraignant (2).

1. LA DISTINCTION DELICATE DES DOCUMENTS PRECONTRACTUELS

267. Les négociations internationales sont fréquemment marquées par la mise en place d'une organisation formelle. En pratique, les parties rédigent des documents précontractuels qui peuvent adopter des formes très variables⁵⁴⁹. L'appellation sous laquelle ils apparaissent et qui a été choisie par les parties complexifie d'autant l'identification de leur nature juridique (b).

a. La description pratique des négociations formelles

268. En pratique, les parties entameront en général leurs pourparlers par la signature d'engagements d'honneur, de lettres d'intention, dont le but principal est pour l'un des partenaires d'informer de façon plus solennelle qu'un simple discours oral l'autre partie de l'intérêt qu'il porte à la conclusion d'un tel contrat. L'intervention de ces documents est motivée par un souci plus psychologique que juridique de marquer sa volonté d'entreprendre

⁵⁴⁹ V. B. BEIGNIER, « La conduite des négociations », *RTD Com.* 1998, p. 463, qui relève l'« impressionnisme de la qualification du contrat de négociation ».

des négociations. Cet engagement d'honneur est le plus souvent usité entre les dirigeants d'une entreprise qui annoncent à travers sa rédaction le but des discussions effectives.

269. Dans un second temps des pourparlers, les parties vont chercher à organiser leurs tractations. Le but poursuivi est double. Il s'agit, d'une part, d'encadrer l'échange des discussions en prévoyant notamment un calendrier des rencontres auquel pourront être annexées des échéances pour permettre aux négociations de ne pas s'enliser et de conserver un rythme raisonnable. D'autre part, les parties seront soucieuses à ce stade des pourparlers d'assurer une certaine sécurité juridique à leurs échanges. Cette inquiétude justifiera la signature d'accords de confidentialité permettant de protéger les données échangées au cours des discussions, mais aussi éventuellement de contrats d'exclusivité afin de se voir réserver une préférence et d'éviter qu'après plusieurs mois d'échanges et de frais importants engagés dans la préparation du futur contrat, l'autre partie conclue finalement avec un tiers.

270. Enfin, lors d'une ultime étape, les parties souhaiteront matérialiser leurs tractations par la rédaction d'un projet de contrat présentant les différents points d'accord obtenus après discussions, mais qui ne constitue pas encore le contrat définitif. Ces accords ont simplement pour but de présenter une ébauche de contrat en décrivant les clauses futures qui y seront intégrées. Cet accord présente en général une portée contractuelle plus importante puisqu'elle traduit l'avancée significative des tractations. A ce stade, les parties peuvent décrire de façon plus précise et concrète le contenu de leur futur contrat. Il faut cependant noter que ces différentes étapes peuvent se confondre en pratique.

Il est envisageable que les parties imposent une obligation de confidentialité dès l'entrée en discussions ou, au contraire, qu'une telle clause ne soit discutée qu'au moment de la réalisation du projet de contrat.

b. La traduction juridique des négociations formelles

271. La nature des documents précontractuels dépend de leur contenu. Si certains n'ont pour but que de signifier un simple intérêt porté à l'ouverture des discussions sur un projet, d'autres soumettent les parties à de véritables obligations comme celles de réserver les négociations à un seul partenaire. Effectuer un classement rigide de ces documents semble irréalisable et peu pertinent. Irréalisable parce qu'il existe finalement autant de types de documents précontractuels que d'accords rédigés en pratique par les parties. Elles décideront elles-mêmes de la nature et de la portée de leur document en traduisant leur volonté dans un écrit. Peu pertinent puisque désigner de façon définitive des documents précontractuels dont la nature diffère de celle que l'on rencontre en réalité dans les relations commerciales internationales n'apportera aucune réponse adaptée aux problèmes du conflit de lois et de juridictions. Pour traiter une telle difficulté, il est nécessaire de pouvoir se fonder sur des éléments intervenant effectivement en pratique.

272. Cependant, pour comprendre les différences d'appréhension de ces documents par l'ensemble des droits nationaux, il est nécessaire d'analyser les caractères communs présentés par la majorité de ces écrits afin de dégager un certain nombre de documents précontractuels représentatifs. La terminologie utilisée ne permet pas d'apporter une aide dans cette tâche.

Tout d'abord parce que les parties n'attribuent pas forcément une correcte appellation à leur engagement ou utilisent des termes introduisant une certaine ambiguïté dans le contenu du document. Or, c'est de l'étude de ce contenu que peut être déterminée la portée des engagements des parties. L'utilisation d'une rédaction équivoque peut s'expliquer par l'incompétence des parties à qualifier de façons conformes leurs documents précontractuels. Mais elle se comprend aussi par le fait que, durant cette phase de pourparlers, les parties sont mues par des volontés antagonistes. Elles souhaitent par le biais d'un tel écrit soutirer un quelconque engagement de la part de leurs partenaires tout en conservant leur propre liberté contractuelle. Ces écrits traduisent donc souvent la volonté implicite des parties d'engager sans s'engager, mais aussi de s'engager tout en se préservant de toute action en responsabilité à leur rencontre⁵⁵⁰. Chacune considère qu'elle doit se ménager une certaine liberté dans les discussions, mais que l'autre partie doit lui garantir une sécurité dans le déroulement des pourparlers, en lui assurant notamment la poursuite des discussions sans retrait anticipé⁵⁵¹. Il est donc nécessaire de redonner à ces documents leur véritable nature mais surtout leur réelle portée, afin qu'ils reflètent le plus fidèlement possible la volonté effective des parties.

273. La seconde difficulté résulte de l'adoption par la doctrine d'appellations très diverses pour désigner ces accords de négociation⁵⁵². Chaque auteur présente ces documents sous un terme précis auquel il confèrera sa propre définition. Ces documents se présentent sous diverses appellations dont la multiplicité ne permet pas l'établissement d'une liste exhaustive⁵⁵³. Si certains ont choisi de regrouper sous la notion de lettre d'intention la majorité des accords intervenant au cours des pourparlers, d'autres réservent l'utilisation de ce terme pour désigner une espèce spécifique de documents précontractuels, les engagements d'honneur, qui se distinguent par la volonté de leur auteur de s'affranchir de l'intervention de tout droit étatique. Pour réaliser une présentation efficace et lisible de l'organisation formelle des négociations, il sera donc procédé à une classification des documents précontractuels en rassemblant les écrits présentant des caractéristiques communes. Mais il faut garder en mémoire que cette hiérarchie reste artificielle puisque la véritable nature d'un document dépend de la volonté des parties qui s'exprime à travers la rédaction de son contenu.

⁵⁵⁰ M. FONTAINE, F. DE LY, « Les lettres d'intention », in *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*, FEC, Bruylant, 2^{ème} éd., 2003.

⁵⁵¹ J.-M. LONCLE, J.-Y. TROCHON, « La phase de pourparlers dans les contrats internationaux », *RDAI* 1997, p. 8.

⁵⁵² V. sur ce point, F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Thèse, LGDJ, 1994, n° 211.

⁵⁵³ On peut tout de même relever quelques dénominations fréquemment utilisées telles que « lettre d'intention », « memorandum of understanding », « protocole », « letter of understanding », « accord de principe », « heads of agreement ». La fréquence de leur utilisation s'est traduite par l'adoption par la pratique de véritables abréviations telles que *LoU* (*Letter of Understanding*), *L/I* (*Lettre d'intention*) ou même *MoU* (*memorandum of understanding*).

2. LA RECONNAISSANCE CONTRASTÉE D'UN ENGAGEMENT CONTRACTUEL

274. Dans le cadre des négociations, la multiplicité des documents échangés nécessite de distinguer ceux qui constituent l'accord définitif et ceux qui doivent être dénués de toute valeur juridique. Si par exemple les parties prévoient au cours des pourparlers que tout accord sera subordonné à une formalisation spécifique, alors la jurisprudence considère que le consentement des parties n'est pas entièrement formé et qu'un tel acte ne peut recevoir de force contraignante. Cette solution est unanimement reconnue par les différents systèmes de droit⁵⁵⁴. Une telle identification est d'autant plus délicate à réaliser lorsque les parties envisagent de limiter leur engagement à l'honneur.

275. Présentées sous l'appellation française d'engagement d'honneur, ou anglo-saxonne de *letter of intent* ou encore *gentlemen's agreement*, les lettres d'intention interviennent le plus souvent au commencement des pourparlers. Elles adoptent des formes diverses, du simple document unilatéral à un accord bipartite entre les parties à la négociation, et ont souvent pour but principal de signifier à l'autre partie l'intérêt porté dans la conclusion d'un contrat. Elles se distinguent par le fait que leurs auteurs cherchent à les soustraire de toute intervention d'un droit étatique en les restreignant à une simple valeur morale, ce qui leur vaut la qualification d'« accords décontractualisés »⁵⁵⁵. Ces engagements d'honneur sont des accords fondés uniquement sur l'honneur, dépourvus de valeur contraignante et qui ne peuvent en principe engager la responsabilité de leur auteur⁵⁵⁶.

276. La *common law* reconnaît largement ces accords dénués de valeur contractuelle⁵⁵⁷ qui reposent sur l'honneur et la bonne foi. Le droit français, et plus généralement le droit romano-germanique, restant plus enclins à reconnaître une valeur contraignante à de tels accords⁵⁵⁸. Ainsi la chambre commerciale a-t-elle considéré qu'« en s'engageant, fût-ce moralement, « à ne pas copier » les produits commercialisés par [un concurrent], [une] société [...] avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente ; que la cour d'appel [...], en a donc exactement déduit que cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable »⁵⁵⁹. De même, la

⁵⁵⁴ Cass. com., 15 nov. 1994, *SA Banque Rhône Alpes c/Dumez France*, *RJDA* 1995, n° 264; *British Steel corp. v. Cleveland Bridge Engineering Co. Ltd.*, *op. cit.*

⁵⁵⁵ V. L. VANDOMME, « La négociation des contrats internationaux », *RDAI*, n°5, 2003, pp. 487 et s., spéc. p.496.

⁵⁵⁶ CA Bordeaux, 16 oct. 1985, *D.* 1989, p. 438, 2^e esp.; CA Paris, 4 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, n° 312, note Ph. DELEBECQUE; T. com. Paris, 16 avr. 1996, *Gaz. Pal.* 1996, n° 2, somm. p. 493.

⁵⁵⁷ *Rose & Franck Co. V. J.R. Crompton Bros*, [1925], AC 445.

⁵⁵⁸ V. D. HOUTCIEFF, « L'influence du droit anglo-saxon sur le droit français des contrats », *Intervention dans le cadre du colloque célébrant les 30 ans de la faculté d'Amiens*, Université Picardie Jules Vernes. Disponible sur : <http://leblogdedimitrihoutcieff.blogspot.com/files/blog - droit anglosaxon.pdf> : l'auteur présente l'utilisation des gentlemen's agreements et lettres de confort comme une contamination du droit français par la domination économique anglo-saxonne.

⁵⁵⁹ Com. 23 janv. 2007, n° 05-13.189, *Bull. civ. IV*, n° 12; *D.* 2007. 442, obs. X. DELPECH; *Defrénois* 2007, p. 1027, obs. E. SAVAUX.

loi italienne impose la recherche de l'essence de l'accord afin de lui rendre sa véritable qualification⁵⁶⁰. En l'absence de stipulation expresse en faveur d'une éviction de tout caractère contraignant, l'accord peut perdre sa dénomination de *gentlemen's agreement* pour prendre la valeur d'un engagement contraignant⁵⁶¹. Il appartiendra ainsi au juge d'apprécier la portée d'un tel engagement. Il faut également relever que même si un caractère contractuel ne leur est pas reconnu, ces documents conservent un rôle dans le contrôle des pourparlers par le juge ou l'arbitre. En effet, dans le cadre d'une action pour rupture abusive des pourparlers, l'intervention d'une telle lettre d'intention lors des discussions peut démontrer l'état d'avancement particulièrement important des négociations. Or, plus les pourparlers se concrétisent, plus les juridictions admettent facilement le caractère abusif du retrait anticipé de l'une des parties.

277. Les lettres d'intention intervenant dans le cadre des négociations pour introduire les discussions doivent être distinguées des lettres dites de confort, appelées également lettres de patronage, de soutien, d'apaisement mais aussi lettres d'intention, ce qui soulève un risque de confusion⁵⁶². Ces lettres de confort adressées au créancier ont pour objet de lui signifier la solvabilité de leur auteur et de garantir l'adoption d'un comportement favorisant l'exécution par le débiteur de ses obligations. Cette lettre est en général rédigée par la société-mère de filiales qui projettent de s'engager avec un tiers. Elle informe par ce biais le créancier qu'elle cherchera par sa conduite à permettre à ces dernières d'assurer leurs engagements. Ce type de document intervient également dans les phases de pourparlers. Il est fréquent que les créanciers cherchent avant tout engagement définitif à garantir la bonne exécution du contrat en s'assurant de la solvabilité de la société-mère. Le problème majeur soulevé par les lettres de confort concerne l'établissement de leur portée. Par le choix d'un tel écrit, leur auteur marque bien sa réticence à souscrire un engagement de caution ou de garant à première demande. Il est donc essentiel de ne pas étendre ses obligations au-delà des engagements pris dans la lettre. Cependant, si au contraire, l'analyse reste circonscrite à sa seule rédaction, l'engagement pris dans la lettre de confort est dépourvu d'intérêt pour le créancier. En d'autres termes, si la société-mère s'est simplement engagée à « faire le nécessaire »⁵⁶³ pour que sa filiale dispose des fonds requis pour la réalisation d'un tel projet, le créancier risque de ne pas obtenir satisfaction en cas de difficultés financières rencontrées par la filiale. Aussi les juridictions s'attachent-elles à conférer à ces écrits leur véritable signification qui s'étend du simple engagement moral sans valeur contraignante⁵⁶⁴ à une véritable obligation de satisfaire le créancier⁵⁶⁵.

⁵⁶⁰ art. 1362 *Codice civile*.

⁵⁶¹ G. CAPECCHI, « Nature et applicabilité de la lettre d'intention en droit italien », *RDAl* 2004, pp. 151 et s., spéc. p. 154 et la jurisprudence italienne citée, p. 156.

⁵⁶² R. BAILLOD, « Les lettres d'intention », *RTD com.* 1992, p. 547; S. JAMBORT, « Les lettres d'intention sont-elles mortes ? », *Bull. Joly* 1^{er} juin 2007, n° 6, p. 668.

⁵⁶³ Cass. com., 26 févr. 2002, n° 99-10.729, *Bull. civ. IV*, n° 43; *JCP E* 2002, n° 24, p. 1003, note D. LEGEAIS; *Dr. sociétés* 2002, n° 105, note T. BONNEAU; *Dr. & patr.* 2002, n° 107, p. 110, obs. D. PORACCHIA, *Banque et droit* 2002, n° 83, p. 42, obs. N. RONTCHEVSKY, *D.* 2002, som., p. 3331, obs. L. AYNES.

⁵⁶⁴ CA Paris, 4 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 729, note Ph. DELEBECQUE, *Rev. Sociétés* 1993, p. 662, obs. Y. GUYON.

⁵⁶⁵ Cass. com. 21 déc. 1987, *Lamy* 115-19.

278. De même, l'appréhension de la clause « *subject to contract* », fréquente dans les négociations anglo-saxonnes, s'avère délicate pour les juridictions qui ne sont pas familières avec cette notion. Cette clause a pour fonction de priver l'accord de toute portée juridique⁵⁶⁶, elle écarte la valeur contractuelle de l'écrit qui la contient. Le droit anglais reconnaît pleinement la valeur d'une telle clause en considérant qu'à défaut de l'accomplissement des formalités prévues par les parties, aucun contrat ne les lie⁵⁶⁷. Telle est la solution qui émane de la célèbre affaire *Rose & Frank Co v. JR Crompton & Bros Ltd*⁵⁶⁸. Lors des négociations, un accord a été conclu entre les parties mentionnant notamment que « le présent accord n'est pas conclu et le présent écrit n'est pas rédigé à titre de convention formelle de caractère juridique ». Les juridictions britanniques en ont déduit une absence de volonté de la part des parties de se lier juridiquement⁵⁶⁹.

279. Mais cet accueil favorable réservé par le droit anglais aux clauses « *subject to contract* » est loin d'être unanime. Le droit américain, à l'instar des droits continentaux, reste plus réticent à sa réception, ce qui conduit à une divergence de traitement de ces documents précontractuels selon le droit applicable. Le droit américain apparaît en effet plus enclin à reconnaître l'existence d'un engagement contractuel malgré la présence d'une telle clause⁵⁷⁰. Encore faut-il toutefois que soit caractérisée la volonté des parties de s'engager mutuellement⁵⁷¹. Pour ce faire, les juridictions doivent rechercher la volonté intrinsèque des parties en s'appuyant sur les termes de l'accord et le contexte de son adoption⁵⁷². Dans cette hypothèse, les parties voient peser sur elles une obligation de négocier de bonne foi les éléments du contrat qui n'ont pas encore fait l'objet d'un accord⁵⁷³. Elles sont dès lors susceptibles d'engager leur responsabilité en cas de rupture injustifiée des pourparlers.

⁵⁶⁶ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, thèse, LGDJ, 1994, n° 266.

⁵⁶⁷ *Evans v. James*, [2001], C.P. Rep. 36; Dans le même sens, *v. A-G of Hong Kong v. Humphreys Estate Ltd.*, [1987], 1 A.C., 114; A noter qu'un tel accueil est également constaté en droit vietnamien, N. AUDIER, N. PICARD, « La pratique des lettres d'intention au Vietnam », *RDAI* 2005, p. 593.

⁵⁶⁸ *Rose and Frank Co. v. J.R. Crompton & Bros Ltd*, [1923], 2 KB 261; 1925, AC 445.

⁵⁶⁹ R. DAVID, D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1985, spéc. n° 119.

⁵⁷⁰ B. HANOPTIAU, M. DEMIDELEER, N. GERRYNY : « Vers la conclusion du contrat : les éléments caractéristiques de la convention et les pouvoirs des négociateurs », in *Le contrat en formation*, Bruxelles, 1987, p. 186; Sur l'évolution du droit américain sur ce point, V. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Thèse, LGDJ, 1994, spéc. n° 287; G. KLASS, « Intent to Contract », *Va. L. Rev.* 2009, pp. 1437 et s., spéc. 1480 et s.

⁵⁷¹ Cette solution a été dégagée à l'occasion de l'affaire *Teachers Ins. and Annuity Ass'n of Am. v. Tribune Co.*, 670 F. Supp. 491, 499 (S.D.N.Y. 1987); V. aussi *Texaco Inc. v Pennzoil Co* 784 F.2d 1133, 1986, où les juridictions américaines ont accepté de reconnaître l'existence d'un engagement contractuel, malgré la présence d'une clause *subject to contract* destinée à priver de force contraignante l'accord conclu.

⁵⁷² Dans l'affaire *Teachers Ins. and Annuity Ass'n of Am. v. Tribune C.*, *op. cit.*, les juridictions américaines ont considéré le contexte de conclusion de l'accord, les motivations des parties, le nombre de termes ouverts et les usages commerciaux. E. A. FARNSWORTH a proposé d'adjoindre à cette liste d'autres critères tels que la qualité des parties, l'importance et la nature de la transaction, dans son article « Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations », *Colum. L. Rev* 1987, pp. 217 et s., spéc. p. 253; V. aussi les critiques apportées à cette méthode d'appréciation qui laisserait la solution à la libre expression du pouvoir discrétionnaire du juge par A. SCHWARTZ, R. E. SCOTT, « Precontractual Liability and Preliminary Agreements », *Harv. L. Rev.* 2007, pp. 661, spéc. p. 676.

⁵⁷³ J-Y. TROCHON, J-M. LONCLE, « Les risques juridiques inhérents aux pourparlers dans les rapprochements d'entreprises », *LPA*, 02 sept. 1996, n° 106, p. 4.

280. Pour sa part, la jurisprudence française a tendance à écarter l'existence d'une clause « *subject to contract* » pour reconnaître un engagement contractuel⁵⁷⁴ dès lors qu'un accord sur les éléments essentiels est constaté⁵⁷⁵. La clause « *subject to contract* » n'influe pas sur l'existence d'un engagement contractuel, mais sur sa mise en œuvre⁵⁷⁶. Ainsi, dans l'arrêt *Péchiney*, la Cour d'appel de Chambéry⁵⁷⁷ a-t-elle dégagé l'existence d'une promesse sous condition, alors même que l'acte était stipulé « *subject to contract* ». Ce qui a conduit les commentateurs à admettre une tendance des juridictions françaises à découvrir un accord là où le juge anglais n'en distinguerait pas⁵⁷⁸.

La recherche de la loi applicable à un avant-contrat s'avère donc primordiale dans la détermination du résultat d'un contentieux portant sur l'existence d'un tel document. Une exigence similaire s'impose quant au traitement de l'inexécution des avant-contrats reconnus.

B. LE QUESTION DE L'INEXECUTION DES AVANT-CONTRATS

281. Par une organisation formelle de leurs échanges, les parties cherchent à sécuriser les pourparlers et garantir la réussite des discussions. Pour ce faire, elles encadrent tant les négociations elles-mêmes (1) que la conclusion du contrat définitif (2).

1. LES CONTRATS ORGANISANT LA NEGOCIATION DU CONTRAT DEFINITIF

282. La volonté de maîtrise des pourparlers par les parties les encourage à s'imposer mutuellement une obligation contractuelle de négocier le contrat définitif (a). Pour s'assurer de leur bon déroulement, les parties n'hésitent pas à organiser les négociations par voie conventionnelle (b).

⁵⁷⁴ B. OPPETIT, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, *Chron.*, p. 107.

⁵⁷⁵ A. LAUDE, « Le constat judiciaire des pourparlers », *RTD com.* 1998, p. 551.

⁵⁷⁶ En ce sens Y. DERRAINS, note ss Sent. CCI n° 5065 rendue en 1986, *JDI* 1987, p. 1039.

⁵⁷⁷ CA Chambéry, 23 févr. 1998, *JCP E* 1998, n° 37, p. 1378 et *Chronique Technique contractuelle* 1999, p. 169, n° 2.

⁵⁷⁸ L. VANDOMME, « La négociation des contrats internationaux », *RDAI* 2003, pp. 487 et s., spéc. p. 497.

a. L'obligation de négocier le contrat définitif

283. Parmi les avant-contrats organisant les négociations, se place l'accord de principe qui a pour objet de mettre à la charge des parties une obligation d'entreprendre et/ou de poursuivre les négociations de bonne foi. Il se distingue aussi bien du contrat principal que de la promesse de contrat puisqu'il ne contient aucun accord sur les éléments essentiels. Il semble ainsi préférable de le présenter sous l'appellation d' « engagement de négocier » ou « *agreement to negotiate* »⁵⁷⁹ afin de dégager sa fonction principale. En effet, l'obligation qu'il impose se limite à la négociation de bonne foi. Les parties ne sont donc soumises à aucune obligation de conclure le contrat mais seulement de le négocier, formuler des offres et les discuter. En pratique, les parties liées par un tel accord s'engagent à prendre contact avec leurs partenaires et avancer des propositions non excessives pendant une durée raisonnable. L'accord de principe comporte ainsi un double engagement : celui d'initier les négociations, qui s'analyse en une obligation de résultat, et celui de les poursuivre de bonne foi, limité à une obligation de moyens⁵⁸⁰. Dès lors, si le juge retient l'existence d'un accord de principe imposant une obligation d'amorcer les négociations de bonne foi, il pourra constater si la partie supposée avoir méconnu ses engagements a bien débuté les discussions.

284. Pour apprécier le comportement de bonne foi adopté au cours des pourparlers, la tâche s'avère plus délicate puisque seule la mise en œuvre des moyens nécessaires à la réalisation d'une telle obligation sera prise en compte. Le juge s'attachera à vérifier si le défendeur a poursuivi les discussions pendant une durée suffisante pour permettre à l'autre partie d'y répondre favorablement ou de formuler des contre-propositions. Il constatera également si le défendeur n'a pas avancé de propositions manifestement déraisonnables⁵⁸¹ dans le but de dissuader l'autre partie à poursuivre les discussions, ce qui démontrerait ainsi qu'il poursuit les négociations sans intention véritable de contracter.

L'accord de négociation peut prendre un aspect plus formel et constituer un pacte de préférence. Par cet accord, le promettant s'engage à proposer prioritairement la conclusion d'un contrat au bénéficiaire tout en s'abstenant de le conclure avec un tiers⁵⁸². Le promettant s'oblige alors à entrer en négociation avec une personne déterminée.

285. Les régimes romano-germaniques qui fondent la notion de contrat sur l'existence d'un accord de volonté reconnaissent une force contraignante aux avant-contrats ayant pour objet d'engager les parties à négocier. La *common law* exige que des conditions supplémentaires soient remplies pour admettre une telle valeur à un document : la *consideration* et la

⁵⁷⁹ Selon la formulation adoptée par E. A. FARNSWORTH, *op. cit.*

⁵⁸⁰ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000, p. 25.

⁵⁸¹ V. E. A. FARNSWORTH, *op. cit.*, qui relève cependant que les parties ne sont pas soumises à une obligation d'accepter des conceptions.

⁵⁸² G. DURRY, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, Thèse, Paris, 1957; J. SCHMIDT, *op. cit.*, nos 385 et s.; R. GROSLIERE, « Le droit de préemption. Préférence ou retrait », *JCP* 1963, I, 1769; M. FONTAINE, « Les clauses d'offre concurrente, du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux », *Rev. droit et prat. du comm. int.* 1978, p. 189; F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1997, nos 86 et s.; M. DAGOT, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988.

certitude⁵⁸³. Cette seconde condition vient limiter la portée des actes conclus par les parties au cours des pourparlers. Ainsi le droit anglo-saxon a consacré la théorie du « *all or nothing* » qui distingue avec rigidité entre les accords précontractuels neutres et contraignants⁵⁸⁴. Un accord préliminaire n'a, au regard d'un tel droit, aucune valeur contraignante, sauf s'il fixe un accord entre les parties sur l'ensemble des éléments essentiels⁵⁸⁵. Il constitue alors le contrat définitif⁵⁸⁶. En l'absence de ces éléments, aucune responsabilité ne pourra être retenue sur le fondement d'un tel avant-contrat même si les parties y stipulent expressément que les négociations doivent être conduites de bonne foi⁵⁸⁷. Ce rejet s'explique par le fait que de tels accords restent trop incertains et que le montant des dommages-intérêts serait délicat à estimer puisque le résultat des négociations n'est pas connu⁵⁸⁸.

286. Ainsi, en principe l'« *agreement to agree* », qui ne constitue qu'un accord à conclure un contrat, ne présente aucune valeur contraignante. C'est en ce sens que s'est prononcée la Chambre des *Lords* à l'occasion de l'affaire *Ridgeway v. Wharton*⁵⁸⁹. Elle a en effet considéré qu'un accord doit déterminer tous les éléments sur lesquels les parties souhaitent s'engager et qu'un accord à conclure un autre contrat alors que ces éléments ne sont pas définis s'inscrit en totale contradiction avec ces conditions. Pourtant, la jurisprudence anglaise tend à modérer cette vision restrictive de la notion de contrat en reconnaissant qu'un *agreement to agree* qui n'est pas exécutoire peut tout de même supposer l'existence d'un devoir de négocier de bonne foi dans des circonstances particulières⁵⁹⁰. Ce qui signifie qu'une obligation de négocier de bonne foi peut parfois être reconnue même par les juridictions anglaises, les plus réfractaires à une telle notion. En ce sens, la jurisprudence britannique se rapproche de la tendance française à reconnaître au sein d'un accord de principe, une obligation de négocier de bonne foi⁵⁹¹. Cependant, de telles décisions restent rares et ne renversent pas la doctrine du « *all or nothing* »⁵⁹².

287. Ces divergences conduisent à deux séries de difficultés. La première concerne la détermination de la loi applicable puisque le droit international distingue selon que le litige porte ou non sur un contrat. Or, l'analyse des différents systèmes du droit démontre que l'identification même de la présence d'un contrat reste délicate. La seconde intéresse la mise

⁵⁸³ V. *supra* nos 183 et s.

⁵⁸⁴ V. les vives critiques de J. SCHMIDT, « Les lettres d'intention », *RDAL* 2002, pp. 257 à 270, spéc. p. 268, qui retient à l'occasion de son commentaire de l'affaire *Pennzoil* le caractère monstrueux du résultat obtenu par l'application de la théorie du *all or nothing* et regrette l'absence du droit américain de reconnaître dans ces avant-contrats une obligation de négocier de bonne foi.

⁵⁸⁵ *Charles Church Developments Ltd. v. Pacific Western Oil Corp.*, [1980], Q.B., p. 914 (CA); E. PEEL, « Pre-contractual liability in property law – a contradiction in terms? », *Blundell Lectures* 2002, p. 11.

⁵⁸⁶ G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, 11^{ème} éd., Sweet & Maxwell, 2003, p. 52.

⁵⁸⁷ *Bennett, Walden & Co. v. Wood*, 2 All E.R., [1950], 134 (CA); *Santa Fe Land Co. v. Forrestal Land, Timber & Ry. Co.*, [1910], 26 T.L.R., 1910, 534.

⁵⁸⁸ *Courtney and Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels), Ltd.*, [1975], 1, All E.R. 716.

⁵⁸⁹ *Ridgeway v. Wharton*, [1857], 10 Eng. Rep., 1287, 1313; Comp. aux Etats-Unis, *Arok Construction Co. v. Indian Construction services*, [1993], 174 Ariz. 291, 848 P.2d 870.

⁵⁹⁰ *Donwin Productions Ltd. v. E.M.I. Films, Ltd.*, [1984], T.L.R., Mars 9, 1984.

⁵⁹¹ Par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 16 avril 1973, *Bull. civ.* n° 3, p. 207.

⁵⁹² U. DRAETTA, R. LAKE, « Letters of intent and precontractual liability », *RDAL* 1993, p. 837.

en œuvre de la loi ainsi désignée. Selon le droit applicable, un contrat pourra être reconnu ou, du moins, une obligation de négocier de bonne foi sera dégagée d'un tel acte. La détermination de la loi applicable est donc essentielle dans le traitement des négociations formelles, même pour apprécier l'intensité des obligations encadrant les pourparlers.

b. Les obligations organisant la négociation

288. L'étendue dans la longueur des pourparlers incite les parties à recueillir au fur et à mesure de l'avancée des discussions leurs consentements partiels (i), tout en garantissant le bon déroulement des négociations (ii).

i. Les contrats partiels

289. Dans le cadre des pourparlers, les parties expriment souvent le besoin de formaliser leurs intentions afin d'obtenir une base écrite sur laquelle entamer la construction du contrat définitif. Elles ont ainsi recours à la conclusion de protocoles d'accord⁵⁹³ qui permettent de retranscrire les objectifs visés par les parties avant d'ouvrir les discussions sur la détermination des éléments essentiels du contrat. Ce type d'accord se rencontre le plus souvent en matière de constitution ou de création de sociétés commerciales. En principe, il n'implique aucun effet contraignant entre les parties. Son intérêt ne réside que dans la concrétisation d'une formulation des objectifs visés par les parties. Il n'a pas la valeur de contrat définitif, ni même de promesse de contrat. Il n'oblige pas les parties à négocier, elles peuvent à tout moment décider d'abandonner le projet envisagé.

290. Cependant, comme il a été précisé, la complexité de ces documents résulte essentiellement de leur rédaction souvent ambiguë. Si les parties ont simplement souhaité formaliser par écrit leurs intentions afin de pouvoir orienter leurs négociations en un sens conforme à leurs attentes, mais que le document ainsi rédigé constate un accord des parties sur les éléments essentiels du contrat projeté, alors le protocole d'accord constituera un véritable contrat entre les parties⁵⁹⁴. Il s'agira de s'assurer des exigences que la loi régissant un tel accord impose pour que soient considérés comme ayant été acceptés les éléments essentiels. Si par exemple la loi applicable réduit la description des éléments essentiels à la désignation de l'objet, il est possible que ce protocole d'accord soit requalifié en contrat définitif même si les parties ne se sont pas accordées sur le prix. Il est également envisageable que l'accord prévoie des engagements particuliers à la charge des parties, laissant craindre une requalification en contrat.

291. Les pourparlers supposent que plusieurs discussions soient engagées sur l'acceptation des différentes clauses du contrat projeté. Les échanges porteront successivement sur des points de négociation. Tout au long de la phase précontractuelle, les parties vont ainsi

⁵⁹³ Rencontrés également sous les appellations de projets commun ou projets de contrat.

⁵⁹⁴ J. SCHMIDT, « La période précontractuelle en droit français, *RIDC*, vol. 42 N°2, Avril-juin 1990. pp. 545-566, spéc. p.562.

s'accorder sur les différentes clauses qui formeront, une fois assemblées, le contrat principal. Selon la doctrine de la *punctatio*⁵⁹⁵ le contrat ne se forme pas en une seule unité mais s'établit plutôt par couches successives. Pour entériner ces accords distincts, les parties concluent une succession de contrats dont l'objet se limite au point d'accord obtenu, appelés accords partiels. En cas de réussite des négociations, il suffira de réunir l'ensemble de ces accords partiels pour obtenir le contrat définitif dans sa version complète. Les accords partiels peuvent concrétiser indifféremment un accord des parties sur des éléments essentiels ou accessoires du contrat définitif. La difficulté portera ainsi sur la distinction entre ces accords et le contrat principal. Si l'accord partiel concerne un élément objectivement accessoire, il se distingue du contrat définitif. Si en revanche il porte sur un élément essentiel, il suffit que la loi applicable à l'accord considère que cet élément est suffisant pour former le contrat pour que l'accord partiel soit requalifié en contrat définitif.

ii. les contrats temporaires

292. Les négociations peuvent s'étaler sur une période allant de quelques jours à des années. Le déroulement de cette phase est rythmé par des rencontres entre les parties, des échanges de documents souvent confidentiels, des formulations d'offres et contre-propositions. Il est souvent nécessaire d'organiser cette phase de tractations afin de permettre des échanges effectifs de propositions et d'informations. A cette fin, les parties ont recours à des contrats de négociations, appelés encore accords provisoires, contrats temporaires ou intérimaires. Leur durée varie selon le type d'obligations qu'ils imposent. Dans certains cas, ils ont pour but d'encadrer les négociations en fixant leur organisation concrète. C'est le cas par exemple si l'accord a pour objet de fixer un calendrier des rencontres, en prévoyant des échéances pour chaque étape des discussions, chaque point de négociation. Ils prendront naturellement fin à l'aboutissement des négociations qu'elles se soldent par un échec ou par la conclusion du contrat définitif. Mais si l'accord prévoit des obligations qui se poursuivent dans la phase d'exécution du contrat, il s'étendra au-delà de la période précontractuelle.

293. Un avant-contrat peut en effet être utilisé comme outil de protection des données secrètes. Son exécution est essentielle lors des pourparlers pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles. Cette protection reste nécessaire pendant la mise en œuvre du contrat principal. Ainsi, les appellations « accord provisoire » ou « accord temporaire » ne présentent pas une grande pertinence puisqu'elles créent une confusion en fondant la distinction de ces avant-contrats avec le contrat principal sur un critère temporel, alors que ces accords peuvent non seulement s'étendre à la phase d'exécution du contrat principal, mais ils peuvent également survivre au contrat. Si l'on raisonne sur l'exemple de l'accord de confidentialité, le plus représentatif, il fait naître une obligation de non divulgation des informations obtenues au cours des pourparlers. Cette obligation devra être respectée tout au long des négociations et poursuivie en cas d'échec des pourparlers. Lorsque le contrat principal prendra fin, cette obligation de confidentialité pourra néanmoins perdurer. Il est

⁵⁹⁵A. RIEG, « La punctatio, contribution à l'étude de la formation successive des contrats », in *Mélanges Pierre JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 593.

donc préférable de présenter ces avant-contrats sous le terme de « contrat de négociation » pour mettre en évidence leur caractéristique principale qui est d'imposer des obligations qui s'exécuteront au cours des pourparlers.

294. Ces contrats de négociation sont donc de véritables contrats, distincts du contrat principal. Par conséquent, les contrats à l'essai ne sont pas considérés comme des contrats de négociation puisqu'il ne présente pas d'objet distinct de celui du contrat principal⁵⁹⁶. La portée des contrats de négociation, de même que leur lien avec le contrat principal, n'est pas mise en cause, contrairement aux engagements d'honneur ou aux projets de contrat. La difficulté repose uniquement sur l'exécution des obligations contenues par ces accords. Les contrats de négociation peuvent présenter un contenu divers suivant leur objet et leur finalité. Certains seront consacrés à l'organisation pratique des pourparlers et auront ainsi pour fonction de désigner les personnes habilitées à mener les négociations, fixer des échéances, déterminer les dates et lieux des réunions. Ils jouent un rôle essentiel dans les pourparlers puisque les négociations internationales sont particulièrement coûteuses. Si une durée minimale est nécessaire pour dissiper tout éventuel malentendu, il ne faudrait pas laisser s'enliser les discussions plus que de raison⁵⁹⁷. Ils peuvent également concerner la répartition des frais engagés dans les pourparlers tels que les sommes avancées pour réaliser des analyses de faisabilité du projet ou consulter des spécialistes en ingénierie ou en marketing⁵⁹⁸. D'autres contrats de négociation permettront d'anticiper l'échec des pourparlers en prévoyant une limitation de la responsabilité en cas de rupture.

295. Ces contrats de négociation se présentent fréquemment sous la forme de clause d'exclusivité ou de sincérité. La liberté contractuelle placée au titre de principe dominant les négociations, les parties ne sont pas soumises à un devoir d'exclusivité et peuvent engager des négociations avec des tiers de façon concomitante. Il est donc possible qu'une partie, après une longue période de discussion fructueuse, choisisse finalement d'accepter une offre plus intéressante. La partie délaissée subira un préjudice considérable puisque, outre la déception de ne pas remporter le contrat projeté, les dépenses engagées pour la préparation d'une telle opération auront été inutiles. Pour se préserver d'une telle situation, les parties ont recours aux accords d'exclusivité. Elles s'engagent par la voie contractuelle à ne pas négocier avec des tiers le contrat projeté. Ainsi, elles s'imposent mutuellement un droit d'exclusivité puisqu'elles resteront seules parties aux négociations.

296. Parfois, la conclusion de tels accords est motivée par un souci d'échapper à toute action en responsabilité, plus que d'imposer des obligations. Dans le cadre des négociations parallèles, le devoir de conduite des négociations de bonne foi permet de sanctionner dans des cas spécifiques le comportement de certaines parties qui délaisseraient leur partenaire pour

⁵⁹⁶ Sur la question du contrat à l'essai, v. R. DEMOGUE, *Des contrats provisoires, Mélanges H. CAPITANT*, Dalloz, 1938, p. 159; H. SINAY, « Le travail à l'essai », *Dr. Soc.* 1963, p. 150; L. LORVELLEC, *L'essai dans les contrats*, Thèse, Rennes, 1972.

⁵⁹⁷ J.-M. LONCLE, J.-Y. TROCHON, « La phase de pourparlers dans les contrats internationaux », *RDAI* 1997, pp. 3 à 37, spéc. p. 27.

⁵⁹⁸ Sur la nature des frais engagés, v. *supra* nos 258 et s.

conclure le contrat définitif avec un tiers. L'analyse de la jurisprudence démontre que la sévérité ne porte pas sur la conduite de négociations parallèles mais plutôt que le fait que la victime ignorait la présence de concurrents dans le champ des pourparlers⁵⁹⁹. L'éviction de la responsabilité sera permise si les parties s'engagent simplement à s'informer mutuellement de l'engagement de négociations avec un tiers, sans qu'il soit nécessaire de préciser son identité ou même l'avancée des discussions. C'est pourquoi, pour restreindre la portée de la clause d'exclusivité bien trop contraignante, les parties lui préfèrent la clause de sincérité qui a pour objet d'imposer aux parties un devoir d'avertissement mutuel de l'entrée en négociation avec des tiers.

297. Enfin, les accords de négociation peuvent adopter la forme de contrats de confidentialité essentiels à la préservation des informations divulguées au cours des pourparlers. Ce type d'avant-contrat présente un intérêt fondamental puisque les négociations obligent les parties à dévoiler certaines données. Certaines parties engagent même des pourparlers, sans aucune intention de conclure le contrat, mais dans le seul but d'obtenir le dévoilement de certaines informations secrètes⁶⁰⁰. En effet, pour parvenir à un accord, il est nécessaire que les parties exposent certaines données telles que les modalités de fabrication d'un produit dont la vente est négociée ou bien l'état financier de la société engagée dans les pourparlers. En l'absence de ces renseignements, il semble difficile de parvenir à un accord entre les parties. Pour protéger ces données, les parties optent donc fréquemment pour la conclusion de clauses de confidentialité⁶⁰¹.

Même l'encadrement des négociations ne suffit pas à garantir la conclusion du contrat définitif, aussi les parties usent-elles d'accords organisant sa formation.

2. LES CONTRATS ORGANISANT LA CONCLUSION DU CONTRAT DÉFINITIF

298. Certains contrats ont pour objet de préparer la formation du contrat définitif. Ils adoptent des formes diverses, parfois inconnues des droits étrangers. C'est le cas notamment du contrat préliminaire prévu par le Code civil italien⁶⁰². Il impose aux parties de conclure le contrat définitif. Il se distingue ainsi des pourparlers, puisqu'il constitue un véritable contrat, mais aussi des accords partiels car il contient déjà un accord des parties sur tous les éléments du contrat. Par la signature d'un contrat préliminaire, les parties s'engagent à conclure un contrat à l'identique qui constituera le contrat définitif⁶⁰³. Il présente l'intérêt de réserver la formation d'un contrat lorsque l'acquéreur ne dispose pas encore des fonds nécessaires ou si les parties doivent réaliser des études préalables.

⁵⁹⁹ V. *supra* n° 231.

⁶⁰⁰ Cass. com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915, *Bull. civ.* IV, n° 208, D. 1980, p. 55, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI.

⁶⁰¹ H. DUBOUT, « Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisitions d'entreprises », *Bull. Joly* 1992, p. 722.

⁶⁰² Art. 1350 *Codice civile*.

⁶⁰³ G. ALPA, « Le contrat individuel et sa définition », *RIDC* 1988, pp. 327 à 350, spéc. p. 344.

299. Bien qu'il s'en approche, le contrat préliminaire italien ne se confond pas avec la promesse synallagmatique connue du droit français. La promesse synallagmatique est un contrat par lequel les parties consentent à un contrat, tout en se référant à une formalité supplémentaire⁶⁰⁴. Elle est assimilée au contrat définitif. Ce dernier se forme dès la conclusion de la promesse synallagmatique. Seule son exécution est différée à l'arrivée du terme ou la réalisation de la condition prévue⁶⁰⁵. Mais cette promesse peut également n'engager qu'une seule des parties aux pourparlers. Elle devient alors unilatérale et a pour effet de conférer un droit d'option au bénéficiaire. Le promettant s'engage à la fois, de façon négative, à ne pas conclure le contrat avec un tiers pendant la durée de l'option et, de façon positive, à conclure le contrat avec le bénéficiaire s'il lève l'option dans le délai imparti. A la levée de l'option, la promesse unilatérale prendra automatiquement la forme du contrat définitif, sans qu'il soit nécessaire de conclure un autre contrat, contrairement au contrat préliminaire du Code civil italien.

300. Il est également possible qu'une promesse synallagmatique constitue un contrat conditionnel. Il s'agit d'un contrat définitif dont le consentement reste conditionné à la survenance d'un événement défini. Dès la réalisation de la condition, le contrat sera formé. La réception des contrats conditionnels diffère nettement selon les droits concernés. Le droit français prohibe les contrats conclus sous condition potestative. L'exécution de la convention ne doit pas être subordonnée à un événement dont la survenance dépend de la seule volonté de l'une des parties⁶⁰⁶. Or, il est fréquent que des accords soient conclus sous réserve de l'aval du Conseil d'administration. De tels accords sont admis par les droits anglais et allemand⁶⁰⁷, alors que le droit français contrôle son caractère potestatif. En effet, si la décision du Conseil d'administration ne dépend d'aucun événement économique externe et ne constitue qu'une faculté de retrait des négociations, alors même que son consentement a déjà été donné, une telle condition sera invalidée⁶⁰⁸. Ainsi, le sort d'un tel accord dépendra de la loi qui lui sera reconnue applicable.

301. Enfin, lorsque les parties envisagent l'établissement d'une relation contractuelle de longue durée, elles ont souvent recours à des accords-cadres pour s'entendre sur les principales clauses destinées à régir les contrats qui seront formés par la suite. Ils peuvent avoir pour objet d'imposer des obligations qui s'exécuteront tout au long de la relation entre les parties, tels que des clauses d'exclusivité ou de confidentialité, ou bien des engagements dont l'exécution est subordonnée à la conclusion d'un contrat d'application, comme une clause de fixation de prix. Si les parties s'accordent en effet sur les modalités d'appréciation des tarifs, cet élément d'accord ne pourra être effectif que dans le cadre de la mise en œuvre

⁶⁰⁴ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000 p. 25.

⁶⁰⁵ Cass. com., 18 déc. 1962, n° 59-10.632, *Bull. civ.* III, n° 522; Cass. com., 11 déc. 1965, *D.* 1965, p. 198; Cass. civ. 3^{ème}, 14 janv. 1987, n° 85-16.306, *D.* 1988, p. 80, note J. SCHMIDT.

⁶⁰⁶ Art. 1170 C. civ.

⁶⁰⁷ J.-M. LONCLE, J.-Y. TROCHON, « La phase de pourparlers dans les contrats internationaux », *RDAI* 1997, pp. 3 et s., spéc. p. 24.

⁶⁰⁸ CA Paris, 18 octobre 1991, 5^{ème} ch. C, *RJDA* 1992, n° 9.

du contrat d'application. Ainsi, dans le premier cas, l'accord-cadre peut s'analyser en un accord de négociation puisqu'il a simplement pour objet d'organiser la formation des contrats d'exécution. Dans le second cas, l'accord sera considéré comme intégré au contrat d'application et pourra donc être considéré comme un accord partiel. Par conséquent, les difficultés soulevées par la conclusion d'un accord-cadre au regard du droit international privé ne se distinguent pas de celles qui naissent à l'occasion des contrats de négociation et accords partiels. Il ne semble donc pas nécessaire ici de leur consacrer une étude à part entière. Reste simplement à relever qu'à l'instar de tous les documents précontractuels évoqués, leur traitement reste subordonné à la détermination du droit qui leur est applicable.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

302. Dans le cadre de l'avant-contrat, le principe de bonne foi est reçu différemment selon les systèmes juridiques. La réticence à l'accueil de la bonne foi trouve son explication dans la nature ambiguë de cette notion qui exige une appréciation souvent délicate à réaliser. Adoptée par les droits civilistes, la notion de bonne foi a su apprivoiser les systèmes de *common law* qui s'ouvrent progressivement vers sa reconnaissance. Cette influence ne s'est pas limitée aux seuls droits internes mais s'est au contraire propagée sur la scène internationale aux normes nationales pour intégrer la *lex mercatoria*. Pourtant, la progression de la bonne foi ne permet pas encore d'atteindre une harmonisation des droits nationaux dans le traitement de pourparlers. Si l'on schématise l'approche de la bonne foi dans l'ensemble des droits, on peut observer que trois tendances se dégagent : la reconnaissance large d'une obligation de bonne foi, un refus général d'ériger la bonne foi au titre de principe général et, enfin, une position médiane qui trouve un équilibre entre la liberté contractuelle et la bonne foi.

303. Couplée aux disparités d'acception de la notion d'engagement contractuel par les différents systèmes de droit, l'expression inégale de la bonne foi dans les droits nationaux conduit à des manifestations pratiques déplaisantes dans la résolution des contentieux précontractuels. Des divergences de traitement des négociations internationales sont ainsi dénombrées, suivant le droit reconnu applicable. L'accueil extensif de certaines fautes commises au cours des pourparlers réservé par certains droits permet l'engagement de la responsabilité de son auteur, alors que d'autres, plus réticents, ne permettent pas une telle protection. Ces dissemblances s'expriment également au niveau des sanctions plus ou moins dissuasives qui sont susceptibles de frapper les parties négociant de mauvaise foi.

304. Ces difficultés ne semblent de plus pas pouvoir être contournées par le recours à un encadrement contractuel des pourparlers, malgré le succès croissant des avant-contrats. Polymorphes, ces derniers présentent des objets multiples et se retrouvent tout au long de la phase précontractuelle. Certains auront par exemple pour objectif d'annoncer le début des pourparlers ou de signifier plus timidement l'intérêt porté à l'éventualité d'un contrat, alors que d'autres interviendront plus en aval des discussions pour entériner un point de négociation acquis. Ces documents ne se limitent pas aux parties à la négociation mais peuvent concerner les tiers. Ainsi, la coopération d'un tiers peut être sollicitée afin que celui-ci assure l'autre partie du soutien qu'il apportera au futur cocontractant dans l'exécution du contrat envisagé. L'étude pratique d'un large échantillon de ces documents précontractuels a permis de mettre en lumière le choix arbitraire et souvent injustifié de ces appellations qui sont utilisées de

manière totalement interchangeable⁶⁰⁹. Sous un même vocable se décline un nombre considérable d'actes dont l'hétérogénéité ne permet pas de retenir de qualification unique. Aussi, non seulement l'appréciation de l'intensité de l'engagement des parties dans un tel document reste délicate du fait de l'ambiguïté de sa rédaction, mais les divergences d'appréhension de la notion de contrat par les différents droits conduisent à ce que, selon le droit applicable et pour un même acte, soit reconnue une véritable promesse contraignante ou une déclaration neutre, dépourvue d'effet obligatoire. La dissonance entre les dispositions internes applicables aux négociations internationales retenues par les différents droits étatiques justifie l'importance de la résolution du conflit de lois. Pour le résoudre, la première difficulté à surmonter sera de retenir une qualification pertinente pour l'ensemble du contentieux né des pourparlers. Or, son particularisme ne lui permet pas de s'intégrer de façon évidente dans une des catégories existantes en droit international privé. Ce qui nécessite que la question du classement du contentieux né des pourparlers soit envisagée.

⁶⁰⁹ M. FONTAINE, F. DE LY, « Les lettres d'intention », in *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*, FEC, Bruylant, 2^{ème} éd., 2003.

CONCLUSION DU TITRE 1

305. L'objet de la qualification est à présent identifié. Le contentieux né des négociations internationales précontractuelles correspond aux litiges qui portent sur des faits commis à l'occasion de la conclusion d'un contrat, mais avant la formation dudit contrat projeté, et qui comprennent un élément d'extranéité. D'après la teneur du droit international privé actuel, cette dimension internationale se voit conférée par l'établissement des parties dans des Etats différents ou l'exécution à l'étranger du contrat négocié.

Une fois les négociations internationales définies, il a pu être démontré que cette phase de pourparlers était perçue différemment par les droits nationaux. Alors que certains droits restent réticents à imposer des devoirs aux parties lors des tractations, d'autres n'hésitent pas à sanctionner certains excès du libéralisme contractuel sur le terrain de la bonne foi. Cette différence de traitement de la phase de l'avant-contrat conduit à subordonner la réussite d'une action de nature précontractuelle au droit qui lui est reconnu applicable. Par conséquent, ce constat justifie que l'on s'intéresse maintenant à la résolution du conflit de lois et de juridictions. En effet, c'est le résultat du conflit de lois qui dicte indirectement les conséquences d'une demande précontractuelle, en désignant un droit plus ou moins favorable à une telle requête. Pour analyser le système conflictualiste actuel, récemment étoffé de nouvelles règles de conflit, il apparaît indispensable d'examiner l'étape de qualification. Elle constitue effectivement l'étape maîtresse de la résolution du conflit de lois puisque c'est elle qui détermine la règle de conflit à appliquer et décide ainsi du sort du contentieux précontractuel.

TITRE 2. LE CLASSEMENT DE LA QUESTION DE DROIT, OBJET DE LA QUALIFICATION

306. Les négociations précontractuelles constituent une phase ambiguë dans l'identification des relations entretenues entre les parties. Aucunement liées entre elles, elles ne peuvent pourtant pas être considérées comme étant ignorantes l'une de l'autre. Aussi, chacune cherchera à soutirer un engagement à l'autre partie tout en préservant sa propre liberté contractuelle. Cette ambivalence trouvera également son expression au niveau du règlement des conflits en droit international privé. En effet, ce droit ne connaît essentiellement que deux matières principales susceptibles d'intéresser le contentieux précontractuel, le domaine du contrat et celui du délit. Or, le caractère polymorphe qu'empruntent les litiges nés lors des pourparlers entrave toute possibilité de choix unique en faveur de l'une ou l'autre de ces catégories. Il est donc nécessaire de distinguer, au sein du domaine précontractuel, entre les demandes relevant de la matière contractuelle et celles qui recevront un traitement de nature délictuelle.

307. Cette analyse mettra en évidence les difficultés auxquelles se heurte la qualification lorsqu'elle cherche à intégrer une question de nature précontractuelle donnée dans une catégorie existante en droit international privé. L'étude du droit comparé conduit à une vision pessimiste de la réussite de cette opération puisque l'ensemble des ordres juridiques n'est pas parvenu à s'accorder sur une qualification homogène. Lorsque pour un même contentieux précontractuel certains droit retiennent une qualification contractuelle, d'autres lui réservent une qualification délictuelle. L'examen des catégories existantes en droit international privé n'apporte pas plus d'encouragements, puisqu'aucune ne semble pouvoir accueillir la totalité du contentieux précontractuel. En effet, les litiges nés des pourparlers n'ont jamais été intégrés sous une qualification unique, mais ont été répartis sous diverses catégories juridiques. Il a été mainte fois mis en évidence l'impossibilité de circonscrire la question du dommage précontractuel à une qualification unique et figée⁶¹⁰.

⁶¹⁰ V. notamment le commentaire concernant la proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles du Groupe européen de droit international privé (art. 3), Luxembourg, 1998. Disponible en français sur le site du groupe : <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-10cf.html> : « La question de la qualification de la responsabilité précontractuelle ne paraît pas pouvoir recevoir de solution catégorique, vu la variété des situations possibles. Ainsi, on ne pourrait pas parler d'une qualification contractuelle lorsque les négociations n'aboutissent pas.

Ce constat conduit alors à reconnaître la nécessité d'une nouvelle catégorie qui présenterait une indépendance non seulement par rapport aux qualifications retenues par les droits nationaux, mais aussi par rapport aux catégories déjà existantes en droit international. Par conséquent, il sera mis en évidence le besoin d'une qualification doublement autonome (chapitre 1).

308. Les objectifs étant fixés, il sera alors possible d'interroger le nouveau droit positif européen en matière de responsabilité précontractuelle, fraîchement issu des travaux règlementaires, pour apprécier si cette double autonomie a bien été consacrée. L'essai de qualification du droit communautaire, après décryptage, montrera son avancée tout en dévoilant ses déplorables imperfections (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA NECESSITE D'UNE QUALIFICATION AUTONOME

309. A la difficulté d'adopter une qualification autonome, s'ajoute l'absence de conception uniforme retenue au niveau des droits nationaux. Chaque ordre juridique retient sa propre interprétation des litiges précontractuels. Ce qui conduit en pratique à ce que la nature contractuelle d'une demande reconnue par un droit se traduise par une interprétation délictuelle dans un droit différent. Pour assurer une certaine sécurité juridique dans le traitement des litiges au sein de l'espace international, telle que l'envisage le droit européen⁶¹¹, il est donc devenu essentiel de dégager une qualification des négociations précontractuelles présentant une double autonomie : en s'affranchissant des conceptions divergentes retenues par les différents droits nationaux (Section 1), mais aussi en intégrant une *matière sui generis*, placée à la croisée des matières contractuelle et délictuelle (Section 2).

SECTION 1. L'AUTONOMIE PAR RAPPORT AUX QUALIFICATIONS NATIONALES

310. La qualification de la demande formée à l'occasion d'un litige intéressant la phase des pourparlers occupe une place essentielle dans le traitement des litiges précontractuels présentant un caractère international. A partir de cette étape, pourront être déterminées les règles de conflit de lois et de juridictions dont la mise en œuvre est nécessaire pour répondre au contentieux. Or, le choix de classement d'une question de nature précontractuelle s'avère des plus complexes (§1). De ce fait, les droits nationaux n'accueillent pas de conception uniforme sur le traitement de ces demandes. Ce qui conduit à des conflits de qualification lorsque les ordres juridiques intéressés par un litige retiennent des interprétations inconciliables (§2).

§1. LE CHOIX OBSCUR DE LA QUALIFICATION

311. Le règlement des conflits de lois ou de juridictions répond à un mécanisme identique. La loi applicable à un problème de droit, de même que le juge compétent pour connaître de ce contentieux, peuvent être déterminés par la mise en œuvre d'une règle de conflit. Elle a pour fonction, pour chaque catégorie, de relier une loi ou une juridiction à un critère de rattachement. Par exemple, en matière de délit, la loi désignée applicable sera la loi du lieu du

⁶¹¹ V. Préambule de la Convention de Bruxelles, point 11.

dommage⁶¹². Il suffit ensuite de localiser le dommage pour obtenir la désignation de la loi applicable au litige. Encore faut-il dans un premier temps avoir établi que le contentieux portait bien sur un délit. Pour ce faire, il est nécessaire de procéder à une qualification de la situation. Alors qu'elle remplit une fonction indispensable à la résolution des conflits (A), cette étape s'avère complexe en matière de pourparlers puisque plusieurs catégories juridiques sont susceptibles d'intégrer un même contentieux précontractuel, générant une concurrence entre les qualifications existantes (B).

A. LA FONCTION DE LA QUALIFICATION

312. La règle de conflit relie une qualification donnée à un critère de rattachement. Si les règles de conflit retenaient un même critère de rattachement, aucune difficulté ne serait relevée puisque quelle que soit la qualification retenue, la règle de conflit renverrait à la localisation d'un même critère de rattachement et finalement conduirait à un résultat similaire. Or, chaque règle de conflit est susceptible d'élire son propre critère de rattachement et de faire varier la solution finale du litige. Ainsi, selon la qualification retenue, la règle de conflit différera et conduira à un résultat différent. La période des pourparlers, qui ne connaît pas de qualification unique, peut susciter l'application de règles de conflit variables tant en matière de détermination de la compétence juridictionnelle (1) que de désignation de la loi applicable (2), suivant la qualification retenue.

1. LA DETERMINATION DES REGLES DE CONFLIT DE JURIDICTIONS

313. La détermination de la compétence du juge est facilitée par l'existence d'un instrument communautaire, le Règlement Bruxelles I. Il concerne les obligations de nature civile et commerciale et intéresse de ce fait les questions qui relèvent de la qualification contractuelle et délictuelle. Il occupe ainsi une place majeure dans le traitement des contentieux précontractuels. Le Règlement prévoit à son article 2 une compétence générale en faveur de la juridiction de l'Etat où se situe le domicile du défendeur. Cette faculté de saisir un tel juge présente un intérêt essentiel en matière de négociations précontractuelles car elle permet d'échapper aux difficultés de trancher les épineuses questions de qualification entre les matières contractuelle et délictuelle. En cas de doute sur la nature de la question donnée, le contentieux pourra donc toujours être présenté devant le juge du domicile du défendeur qui se reconnaîtra automatiquement compétent sans qu'il soit nécessaire de soulever la question de la qualification⁶¹³.

⁶¹² Art. 14 Règlement Rome II.

⁶¹³ Il appartient cependant au juge de vérifier la nature civile et commerciale de la demande ainsi que de constater l'absence d'un facteur générateur de compétence exclusive ou d'une clause attributive de juridiction. Il faut également relever que si le juge est dispensé de l'opération de qualification pour

314. Cette compétence s'efface cependant dans l'hypothèse où serait constatée l'existence d'un facteur générateur de compétence exclusive. L'article 22 confère une compétence exclusive à la juridiction du lieu de situation de l'immeuble lorsque l'action porte sur un droit réel. Le règlement ne précisant en rien la nature de ces actions, il semble permis de s'interroger sur l'applicabilité de cette disposition au contentieux de la période précontractuelle sous ses diverses formes. Il pourrait s'agir d'une action en responsabilité pour rupture abusive des négociations portant sur l'exploitation d'un bien immobilier, d'une contestation de l'existence même d'un contrat de bail (une partie se prévalant de l'existence de la conclusion d'un contrat, alors que l'autre ferait valoir que de simples pourparlers avaient été échangés), d'une action en nullité d'un contrat de vente immobilière pour vice de consentement ou, enfin, une demande en versement de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi en raison de la faute précontractuelle réalisée par le cocontractant avant la réalisation de cette vente, sans remettre en cause sa validité. Dans l'hypothèse où l'action porterait sur l'annulation d'un contrat de vente d'un bien immobilier ou sur la rupture abusive de tractations portant sur la cession de droits réels, la compétence du juge du lieu de situation de l'immeuble pourrait être envisagée. Ce qui démontre la place essentielle de l'opération de qualification.

315. En matière de contrats et délits, l'article 5 ouvre au demandeur un choix de juridiction supplémentaire. Outre la saisine du tribunal du domicile du défendeur, il peut bénéficier, en matière contractuelle, de la compétence du juge du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande⁶¹⁴ et, en matière délictuelle, de celle du juge du lieu du fait dommageable⁶¹⁵. La qualification de la question posée fera certainement varier la désignation du juge compétent, consacrant ainsi la place essentielle de cette étape dans la résolution du contentieux.

316. La qualification présente également un intérêt dans le cadre de la conclusion d'une clause attributive de juridiction. En effet, l'article 23 du Règlement Bruxelles I⁶¹⁶ permet aux parties contractantes de désigner un autre juge, voire même un arbitre, qui sera exclusivement compétent pour connaître des litiges qui peuvent naître entre eux dans le cadre d'un contrat. En conférant une telle compétence, les parties acceptent de renoncer au juge qui leur est attribué. Pour pouvoir renoncer à ce droit, il est nécessaire d'en avoir connaissance. Les parties doivent donc être éclairées sur le juge qui leur est assigné entre le juge du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ou bien celui du fait dommageable, afin que la renonciation repose sur un choix réfléchi⁶¹⁷. La qualification influe ainsi

déterminer sa compétence, il conserve le devoir de qualifier le litige pour régler le problème du conflit de lois.

⁶¹⁴ Art 5-1 Règlement Bruxelles I.

⁶¹⁵ Art 5-3 Règlement Bruxelles I.

⁶¹⁶ Cf. art. 17 Convention de Bruxelles de 1968.

⁶¹⁷ V. les conclusions de l'avocat général Geelhoed présentées le 31 janv. 2002, rendues à l'occasion de l'affaire *Tacconi*, CJCE, C-334/00.

directement sur la compétence juridictionnelle mais aussi sur la détermination de la loi applicable.

2. LA DETERMINATION DES REGLES DE CONFLIT DE LOIS

317. Concernant la loi applicable, la même diversité des règles de conflit pouvant recevoir application peut être constatée. En matière d'obligations contractuelles, la Convention de Rome de 1980 qui régissait l'ensemble du contentieux a fait l'objet d'une transformation récente en règlement communautaire. Le droit applicable se présente actuellement sous les traits du Règlement Rome I qui a apporté quelques modifications à son contenu. Le Règlement s'applique aux contrats conclus après son entrée en vigueur, soit décembre 2009. Il est donc nécessaire que les litiges concernent des contrats très récemment formés pour que ce texte soit mis en œuvre. Or, l'engorgement des tribunaux qui ralentit la procédure conduit à ce que ne soient présentés devant la Cour de cassation que des litiges relativement anciens ou, en tous cas, suffisamment datés pour échapper à l'application du Règlement Rome I. Il n'existe ainsi à ce jour aucune décision de la Cour suprême réglant un contentieux précontractuel par la mise en œuvre de ce texte. Aujourd'hui, Convention de Rome et Règlement Rome I marchent donc de pair pour traiter les questions de nature précontractuelle. Leur article 3 se prononce en faveur de la loi choisie par les parties. L'article 4 prévoit une méthode de localisation objective de la loi du contrat en l'absence d'un tel choix de loi.

318. Les questions de nature délictuelle n'ont pas fait l'objet d'un traitement conventionnel aussi précoce. Jusqu'en 2008, elles restaient soumises aux règles nationales en l'absence d'uniformisation. En droit international privé français, la règle adoptée disposait d'une source jurisprudentielle, l'arrêt *Lautour*⁶¹⁸ qui a désigné dès 1948 la loi du lieu du délit. Désormais, le Règlement communautaire Rome II s'applique aux obligations non-contractuelles. Il prévoit une règle de principe en faveur de la loi du lieu du dommage⁶¹⁹ et des dispositions particulières pour traiter des délits spéciaux, notamment en matière de *culpa in contrahendo* qui désigne la loi qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu⁶²⁰. A l'instar du Règlement Rome I, le Règlement Rome II ne s'applique pas à tous les litiges de nature extracontractuelle. Sa mise en œuvre reste limitée aux faits générateurs de dommages survenus après son entrée en vigueur⁶²¹, soit le 11 janvier 2009⁶²². Cette remarque présente un intérêt beaucoup plus marqué qu'en matière contractuelle puisque si, pour les contrats, le Règlement Rome I et la Convention de Rome retiennent des solutions semblables, pour les délits la disposition spéciale du Règlement Rome II concernant la *culpa in contrahendo*

⁶¹⁸ Civ. 25 mai 1948, *Lautour*, *RCDIP* 1949, p. 89, note H. BATIFFOL; *D.* 1948, p. 357, note P. LEREBOURS-PIGEONNIERE; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., 2006, n° 19.

⁶¹⁹ Art. 14 Règlement Rome II.

⁶²⁰ Art. 12 Règlement Rome II.

⁶²¹ Art. 31 Règlement Rome II.

⁶²² Art. 32 Règlement Rome II.

diffère profondément de la solution antérieure. En effet, le droit communautaire désigne la loi applicable au contrat conclu ou à conclure alors que la jurisprudence retient la loi du lieu de survenance du délit. Si l'on raisonne sur l'exemple de l'action en réparation fondée sur une rupture abusive des pourparlers survenue avant 2009, deux difficultés seront visibles.

319. La première repose sur les conséquences d'une modification de la règle de conflit dans le temps. Le droit allemand retient une qualification contractuelle de cette action et la soumettra alors à la loi du contrat, soit la loi choisie par les parties. Le droit français, au contraire, analyse cette situation comme étant de nature délictuelle. Sera appliqué le Règlement Rome II dont l'article 12 donne compétence à la loi choisie par les parties. Une solution identique sera constatée quelle que soit la qualification retenue. Si à présent, il est considéré que la rupture est intervenue avant janvier 2009, le Règlement Rome II ne sera pas applicable et la jurisprudence retrouvera son empire. Le raisonnement du droit allemand restera inchangé : suivant la qualification contractuelle, il désignera la loi choisie par les parties en tant que loi du contrat ; alors que la loi française appliquera la loi du lieu du délit. Ainsi, suivant la date de survenance du fait générateur du dommage, la loi désignée applicable sera différente même si la qualification reste inchangée. Cette deuxième hypothèse met en évidence une seconde difficulté qui porte sur l'existence d'un conflit de qualification⁶²³. En effet, selon la qualification retenue, la solution du conflit de lois divergera.

320. Concernant la question de la capacité des négociateurs à poursuivre les pourparlers et surtout à engager la partie qu'ils représentent dans l'hypothèse de l'intervention d'un intermédiaire, la qualification conserve son importance. En effet, plusieurs règles de conflit au contenu distinct peuvent entrer en concurrence. La qualification retenue déclenche la compétence d'une règle de conflit différente. Ainsi la question de la capacité personnelle d'une partie à la négociation sera appréciée au regard des dispositions de sa loi nationale dans un souci de protection⁶²⁴. Cette loi déterminera si cette partie disposait des aptitudes nécessaires à la conduite de telles tractations. Cependant, dans l'hypothèse où les pourparlers ont été menés par le dirigeant d'une société et que ce dernier a adopté un comportement fautif, la qualification du litige prend une tout autre forme. Il est possible de considérer que l'action du dirigeant n'est pas conforme aux devoirs qui lui incombent dans la représentation de la société et que, de ce fait, il a excédé les pouvoirs qui lui avaient été conférés à cette fin. Or, l'analyse de l'étendue des pouvoirs du dirigeant relève de la *lex societatis*⁶²⁵, ce qui introduit la compétence d'une règle de conflit supplémentaire dans le traitement des pourparlers précontractuels.

321. De même, si les pourparlers ont été menés grâce au concours d'un agent commercial, mandaté à cet effet, les règles spéciales prévues par la Convention de La Haye du 14 mars 1978 portant sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation sont

⁶²³ Sur ce point, voir n° 342.

⁶²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1957, *RCDIP* 1957. 680, note H. BATIFFOL.

⁶²⁵ V. pour l'engagement de la société dans une lettre de confort, Cass. com., 21 déc. 1987, arrêt *Sté Viuda*, *Bull. civ.* n° 85-13173.

susceptibles de trouver application. Ce texte a vocation à régir les relations entre l'intermédiaire et le représenté. Pour que la Convention soit déclarée applicable, il est nécessaire que la qualification préalable conduise à retenir que le contentieux repose bien sur l'inexécution ou la mauvaise exécution des obligations inhérentes à l'agent commercial dans sa relation avec la partie par laquelle il assure la représentation. En effet, si la qualification retient que le litige porte sur la réparation d'un dommage causé par l'intermédiaire à l'autre partie à la négociation, au cours des pourparlers, il est possible que ce texte soit écarté.

322. L'étape de qualification occupe ainsi une place essentielle dans la résolution du contentieux précontractuel. De son résultat dépend l'applicabilité d'une pluralité de règles de conflit. Cette tâche de classement de la question de droit se présente particulièrement ardue puisque plusieurs catégories juridiques sont susceptibles d'accueillir une même demande de nature précontractuelle. La phase des négociations constitue ainsi un terrain favorable à la confrontation de qualifications concurrentes.

B. LES CONCURRENCES DE QUALIFICATIONS

323. Les pourparlers connaissent des contentieux de différentes natures qui peuvent intéresser plusieurs catégories de questions. L'étape de qualification présentera un intérêt particulier pour ces litiges puisqu'ils sont susceptibles d'être intégrés dans des catégories différentes et subir ainsi un traitement distinct selon la qualification retenue. En matière de contentieux précontractuels, les concurrences de qualifications concernent le plus fréquemment la délicate distribution entre la matière délictuelle et contractuelle (1). Ce qui ne signifie pas que d'autres catégories juridiques ne peuvent intervenir. Bien au contraire, la question de la capacité intéresse aussi le traitement de la phase des pourparlers (2).

1. LA CONCURRENCE ENTRE DELIT ET CONTRAT

324. Le conflit le plus marqué en matière de négociations précontractuelles reste celui qui concerne la délimitation entre les matières contractuelle et délictuelle. L'exemple de l'action en responsabilité engagée dans le contexte d'un dol est représentatif du caractère incertain de la qualification. Un raisonnement sur la célèbre affaire des *Carrières de Brandefert*⁶²⁶ permettra de mettre en évidence l'existence d'une telle ambiguïté. Il avait été conclu une promesse de vente portant sur un terrain dans laquelle était insérée une clause de substitution. Avant la formation du contrat définitif, l'acquéreur s'était substitué une entreprise de carrière. La faculté de substitution servait à cacher l'identité du cocontractant car cette identité révélait

⁶²⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, *Carrières de Brandefert*, *Bull. civ.* III, n° 171; *D.* 2002, Somm, p. 928, obs. O. TOURNAFOND (2^e esp.); *JCP* 2002, II, 10054, note Ch. LIÈVREMENT; *JCP* 2001, I, p. 301, obs. Y.-M. SERINET; *JCP E* 2001, p. 1578, note P. CHAUVEL (2^e esp.); *ibid.* 2002, p. 640, n° 6, obs. D. MAINGUY; *Defrénois* 2001, p. 242, obs. E. SAVAUX; *CCC* 2001, n° 23, note L. LEVENEUR; *RTD civ.* 2001, p. 355, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

la qualité du terrain dont le sous-sol jouissait d'une richesse particulière. La connaissance par le vendeur de l'intérêt que portait une entreprise de carrières pour son terrain l'aurait certainement averti de la valeur considérable du bien. Cette information lui aurait permis d'ajuster le prix de vente pour qu'il corresponde à la valeur réelle du terrain.

325. Dans cette hypothèse, le contrat est susceptible d'être annulé sur le fondement d'un vice de consentement, du dol en droit français ou bien de la *misrepresentation* en droit anglais⁶²⁷ par exemple. Ces manœuvres ont en effet introduit un vice dans la formation du contrat en atteignant le consentement du vendeur. Mais il est également possible de rechercher la responsabilité du vendeur qui, au cours des négociations, a usé de manœuvres dolosives pour tromper le cocontractant. Comment le juge va-t-il qualifier le litige qui se compose de deux questions distinctes mais liées entre elles ? Ces demandes se démarquent l'une de l'autre quant à leur finalité puisque la première a pour but de contester la validité du contrat, alors que la seconde intéresse la sanction du comportement fautif d'une partie à la négociation. Elles sont pourtant unies entre elles puisque c'est l'existence de la conduite condamnable du vendeur qui fonde la remise en cause de la validité du contrat.

326. Deux catégories juridiques sont susceptibles d'accueillir un tel contentieux : le contrat et le délit. Cependant, aucune d'entre elles ne s'impose incontestablement. La qualification de l'action en nullité du contrat ne relève pas de l'évidence. Il est possible de militer en faveur d'une qualification contractuelle puisqu'il s'agit d'apprécier les conditions de formation du contrat. Mais dans l'hypothèse où la nullité serait reconnue, le contrat disparaîtrait, dissipant alors tout fondement contractuel. Cet argument laisse planer le doute entre la qualification contractuelle ou délictuelle de ce contentieux.

De même, la qualification de l'action en responsabilité pour la faute commise lors des pourparlers peut être délicate. Il semblerait dans un premier temps qu'une qualification délictuelle s'impose en l'absence de formation du contrat. Le manquement à l'origine du dommage a été commis au cours de la période précontractuelle, alors qu'aucun contrat n'était conclu. Pourtant, cette faute repose essentiellement sur l'obligation de bonne foi à laquelle sont contraintes les parties tout au long des tractations. Or, cette obligation de bonne foi précontractuelle ne diffère pas de l'obligation de bonne foi contractuelle qui s'impose dans l'exécution du contrat. Elle n'en constitue que le prolongement. La simple distinction chronologique perd alors de sa pertinence et une qualification contractuelle d'une telle action paraît opportune.

327. L'hypothèse de la rupture des pourparlers se présente également comme un terrain favorable à la concurrence de qualification entre le contrat et le délit. Il semble absurde d'écarter toute qualification contractuelle et de traiter les parties en faisant abstraction de tout lien entre elles alors que, même en l'absence de conclusion d'un contrat, elles se voient imposer des obligations spécifiques à la phase de construction du contrat. En d'autres termes, seraient classés sous une même catégorie délictuelle le dommage corporel généré par la

⁶²⁷ V. par exemple, *Markov v. ABC Transfer & Storage Co.*, [1969], 76 Wash. 2d 388, 457 P 2d 535.

collision de deux passants inconnus l'un de l'autre et le préjudice économique engendré par le retrait des discussions d'une partie après plusieurs mois d'échanges. La relation tissée entre les parties au cours des pourparlers n'aurait aucune influence sur la qualification du litige. Cependant, retenir une qualification contractuelle conduirait non seulement à considérer l'existence de cette relation, mais aussi à lui conférer une portée plus importante, en enchaînant les parties dans les liens du contrat. Une telle conception des négociations heurterait alors le principe de liberté contractuelle. Ainsi, le classement des demandes fondées sur un contentieux précontractuel pourra se révéler délicat, de même que celles qui intéressent la question de la capacité.

2. LA QUESTION DE LA CAPACITE

328. Les pourparlers se définissent par des échanges de propositions et d'informations entre des parties intéressées par la formation d'un contrat. Il est possible que les partenaires fassent appel à un négociateur professionnel pour mener les pourparlers⁶²⁸. Se pose dès lors la question de sa capacité à engager les discussions mais surtout à conclure des avant-contrats, voire même le contrat définitif, au nom de son mandant. Cette difficulté renvoie à l'appréciation de l'étendu des pouvoirs du mandataire (a). Il est également possible que la question de l'aptitude de la partie à la négociation elle-même soit soulevée (b).

a. L'étendue des pouvoirs du mandataire

329. En matière internationale, les questions portant sur l'exécution des contrats de représentation relèvent de la compétence de la Convention de La Haye de 1978⁶²⁹. Elle soumet en son article 5 le rapport de représentation entre le représenté et l'intermédiaire à la loi choisie par les parties. A défaut, l'article 6 désigne la loi interne de l'Etat dans lequel, au moment de la formation du rapport de représentation, l'intermédiaire a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle. Il ajoute cependant que s'applique la loi interne de l'Etat dans lequel l'intermédiaire doit exercer à titre principal son activité, si le représenté a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet Etat.

330. Il faut néanmoins circonscrire le champ d'application de la Convention. Tout d'abord, la compétence de la Convention de La Haye se limite à la question des pouvoirs du négociateur et ne s'étend pas à la détermination de sa capacité personnelle⁶³⁰ qui relève du droit commun. Ensuite, elle n'a vocation à régir que le rapport de représentation existant entre le représenté et l'intermédiaire. Ce qui signifie que, dans l'hypothèse où l'intermédiaire aurait outrepassé ses fonctions en signant un avant-contrat avec l'autre partie à la négociation en

⁶²⁸ C. DILOY, *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, 2000, LGDJ, pp. 26 et s.

⁶²⁹ Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, faite à La Haye le 14 mars 1978, *JO* 8 mai 1992, p. 6307.

⁶³⁰ Art. 2 Convention de La Haye de 1978.

engageant le représenté, la Convention ne s'appliquera pas à l'ensemble du litige. Il faut en effet distinguer les questions qui intéressent directement le contrat de représentation de celles qui portent sur la validité de l'avant-contrat. L'action poursuivie par le représenté à l'encontre de l'intermédiaire sera traitée suivant les dispositions de la Convention de La Haye de 1978⁶³¹, alors que la revendication de la nullité du contrat signé par l'intermédiaire au nom et pour le compte du représenté relèvera de la loi du contrat conclu et non pas du contrat d'intermédiaire.

En effet, en négociant avec l'autre partie, l'intermédiaire n'a fait qu'agir au nom et pour le compte de la partie à la négociation. Il apparaît donc comme transparent au niveau des tractations, les pourparlers étant considérés comme ayant été bien menés entre les parties. En d'autres termes, en cas de rupture brutale des négociations, c'est la responsabilité de la partie pour laquelle le contrat est négocié qui sera engagée par l'autre partie sur une base contractuelle ou délictuelle selon la qualification retenue par le juge. Il appartiendra ainsi à cette dernière de faire constater les manquements de l'intermédiaire en se fondant cette fois-ci sur le contrat d'agent commercial relevant de la Convention de La Haye. Il faudra ainsi distinguer précisément entre les rapports de droit concernés. Si la qualification conduit à considérer que la demande formulée repose sur l'inexécution ou la mauvaise exécution des obligations inhérentes à l'agent commercial dans sa relation avec le représenté, la Convention de La Haye trouvera à s'appliquer. Mais s'il est démontré que le contentieux porte sur le rapport entretenu avec l'autre partie à la négociation, il sera raisonné sur le terrain du contrat principal négocié ou sur la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des pourparlers.

b. La capacité des parties à la négociation

331. Lors des négociations précontractuelles, les parties peuvent rythmer les discussions par la conclusion d'avant-contrats conférant ainsi un caractère définitivement contractuel⁶³² aux pourparlers. Pour que ces contrats soient reconnus valides, il est indispensable que les parties jouissent de la capacité nécessaire à la conclusion de tels actes. Dans l'hypothèse où un avant-contrat est signé au cours des pourparlers et qu'il apparaît que l'une des parties ne disposait pas au moment de la conclusion dudit contrat de la capacité suffisante, la validité du contrat peut être remise en cause. Se posera alors la question de la loi applicable à une telle demande. Ce qui nécessite un passage obligatoire par l'étape de qualification de la demande. Elle peut être analysée sous deux angles différents. Il est possible de considérer que cette question relèvera de la matière contractuelle. En effet, le cas échéant, elle mène à la reconnaissance de la nullité du contrat. Or, il est admissible de considérer que la loi du contrat régit les questions relatives à la validité de l'acte. Cependant, il est également envisageable de

⁶³¹ Art. 8 Convention de La Haye de 1978 : « La loi applicable en vertu des articles 5 et 6 régit la formation et la validité du rapport de représentation, les obligations des parties et les conditions d'exécution, les conséquences de l'inexécution et l'extinction de ces obligations. Cette loi s'applique en particulier : a) A l'existence, l'étendue, la modification et la cessation des pouvoirs de l'intermédiaire, ainsi qu'aux conséquences de leur dépassement ou de leur emploi abusif ».

⁶³² La question de la nature délictuelle des pourparlers informels reste ouverte puisque certains droits, suivant la conception allemande de la « *culpa in contrahendo* », ont adopté une qualification contractuelle des négociations précontractuelles.

retenir que la capacité ne dépendant pas des dispositions du contrat mais des facultés intrinsèques de la personne concernée, la question relève du statut personnel⁶³³.

332. La question de la capacité n'ouvre pas uniquement un débat sur les catégories de contrat et statut personnel, elle peut également intéresser une autre catégorie, lorsque la question du pouvoir concerne une personne morale. Les négociations demeurent un terrain favorable à la formation d'engagements unilatéraux tels que des lettres de confort. Il est fréquent que, dans le cadre d'une opération concernant une filiale, la société-mère adresse une lettre au créancier dans laquelle elle exprime son engagement à adopter un comportement favorisant la bonne exécution du contrat par sa filiale. La difficulté porte le plus souvent sur l'évaluation de l'étendue de l'engagement de l'auteur de la lettre de confort⁶³⁴. D'une simple abstention de rendre plus difficile la mise en œuvre du contrat jusqu'à une véritable promesse de payer le créancier, la lettre de confort peut introduire des obligations présentant des intensités extrêmement variables. Lorsque le débiteur sera défaillant, le créancier cherchera le plus naturellement à obtenir satisfaction auprès de la société-mère, auteure de la lettre⁶³⁵. Il est possible que cette dernière échappe à cette obligation en démontrant que les dirigeants ne disposaient pas du pouvoir nécessaire à l'engagement de la société dans un tel acte. Une difficulté de qualification se présentera dans une telle hypothèse puisque la question de l'étendue des pouvoirs des dirigeants pourra aussi bien être analysée comme relevant de l'organisation de la société que de la capacité des parties voire encore de la validité du contrat. Ainsi, la difficulté de qualification place trois lois applicables en concurrence : la *lex societatis*, la loi nationale de la société ou encore la loi du contrat⁶³⁶.

Ces illustrations présentent les difficultés de qualification qui sont susceptibles de naître au cours des pourparlers. L'existence de qualifications concurrentes conduit les Etats à adopter l'une ou l'autre de ces qualifications sans aucune homogénéité entre eux. Cette diversité engendre en pratique des conflits de qualifications que l'adoption d'une qualification autonome pourrait prévenir.

⁶³³ Sur cette question, v. l'arrêt *Silvia*, Cass. civ., 25 juin 1957, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, 5^{ème} éd., 2006 et *infra* n° 378.

⁶³⁴ Cass. com., 26 févr. 2002, *SA Sofiber c/Banque Populaire de Bourgogne*, *Juris-Data* n° 2002-013246, *JCP E* 2002, p. 918, comm. D. LEGEAIS; Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.882, *Waintraub c/SA Balmain et a.*, *Juris-Data* n° 2007-037498, *JCP E* 2007, p. 1661, comm. F. DESCORPS DECLERE.

⁶³⁵ V. sur cette question, arrêt *Sté Viuda*, Cass. com, 21 déc. 1987, *Bull. civ.* n° 85-13173.

⁶³⁶ *Infra* n° 381.

§2. LA PREVENTION DU CONFLIT DE QUALIFICATIONS

333. A la constatation de l'apparition de conflit de qualifications (A), des solutions ont été apportées par le droit positif et la doctrine. Réfutables, elles ne résolvent pas l'ensemble des difficultés rencontrées par la qualification des négociations précontractuelles. Cette observation milite en faveur d'une qualification autonome des pourparlers par rapports aux droits nationaux concernés (B).

A. LA SURVENANCE DU CONFLIT DE QUALIFICATIONS

334. Toutes les difficultés d'identification de la catégorie juridique accueillant une question de droit s'amplifient par le fait que l'ensemble des droits nationaux ne s'est pas accordé pour conférer une qualification semblable à une même question donnée en matière précontractuelle (1), suscitant ainsi des conflits de qualifications (2).

1. L'ABSENCE D'HOMOGENEITE DE QUALIFICATION

335. La nature de la responsabilité précontractuelle diffère selon les droits nationaux. Ces divergences s'expriment à travers le contenu des règles matérielles relatives notamment à la charge de la preuve, la prescription de l'action ou du montant de la réparation, mais atteint également le droit international privé. La qualification contractuelle de la responsabilité née des pourparlers a été clairement défendue en Allemagne. Cette conception s'explique par le fait que le droit allemand ne prévoit pas de disposition générale en matière de responsabilité délictuelle comme l'article 1382 du Code civil français, l'article 2043 du Code civil italien⁶³⁷ ou encore l'article 1902 du Code civil espagnol⁶³⁸. Le droit allemand se limite à la désignation de certains faits délictuels susceptibles d'engager une action en réparation à l'encontre de l'auteur du délit. La responsabilité délictuelle ne peut être engagée que pour « les atteintes à des droits absolus ou des violations d'une loi protectrice ou encore un agissement contraire à la morale (...) »⁶³⁹. Contrairement au système français, il n'est donc pas suffisant de démontrer l'existence d'une faute (ou d'un simple fait), d'un dommage et d'un lien de causalité, il faut aussi prouver que ce fait préjudiciable a transgressé un droit protégé par la loi⁶⁴⁰.

⁶³⁷ « *Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno* ». Cet article impose la réparation de tout fait dolosif ou coupable qui cause à autrui un préjudice injuste, selon la traduction proposée par A. DK CCJPIS dans sa présentation du *Trattato di diritto civile*, vol.IV, *Fatti illeciti* de G. GROSSO, F. SANTORO-PASSAREI-LI, RIDC 1962, p.640.

⁶³⁸ Celui qui par commission ou omission cause un dommage à autrui, par faute ou négligence, s'oblige à réparer le préjudice causé : « *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado* ».

⁶³⁹ M. FRÉMONT, *Droit allemand des affaires*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 107.

⁶⁴⁰ P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, Staempfli, 1997, p. 447-448.

336. Ces hypothèses restreintes ne permettent pas d'englober les dommages précontractuels. La qualification contractuelle permet alors d'intégrer le contentieux précontractuel pour assurer la réparation du préjudice. Il faut cependant préciser, par souci de rigueur, que la responsabilité précontractuelle telle que conçue par le droit allemand relève d'une nature autonome, indépendante de la responsabilité contractuelle ou délictuelle⁶⁴¹. Ce sont ses effets qui seront appréciés au regard de la responsabilité contractuelle⁶⁴². L'adoption d'un tel fondement se justifie également par le fait que les actions délictuelles se prescrivaient par le bref délai de trois ans, alors que les obligations contractuelles ne se prescrivaient que par le délai normal de trente ans. La réforme du Code civil allemand initiée, par la loi du 26 novembre 2001 dite de modernisation du droit des obligations (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*)⁶⁴³ qui avait pour objectif d'uniformiser le droit allemand de la prescription en établissant un droit commun, ne semble pas être parvenue à atténuer cette distinction⁶⁴⁴.

337. Pour retenir une telle qualification, le droit allemand s'est construit sur la base de la théorie de la *culpa in contrahendo*⁶⁴⁵ forgée par R. Von Jhering, en 1861⁶⁴⁶. A cette époque, le commerce a rencontré des contentieux que le droit n'avait pas anticipés. Jhering a reconnu que la partie qui s'était engagée dans des négociations de bonne foi et avait placé sa confiance légitime dans la réussite du projet devait recevoir une protection⁶⁴⁷. Pour ce faire, l'auteur a soutenu que seule la responsabilité contractuelle était susceptible d'assurer à un tel soutien aux parties lors des pourparlers. Pour justifier un tel fondement contractuel, R. Von Jhering a retenu qu'en exprimant leur volonté de contracter ensemble, les parties ont souhaité échapper aux obligations de respect et de conservation imposées à chaque individu et inhérentes aux relations sociales qui relèvent de la responsabilité délictuelle pour s'introduire sur un autre terrain, celui des relations contractuelles⁶⁴⁸. Ainsi, naît entre les parties à la négociation une relation de confiance quasi-contractuelle (« *Vertragsähnliches Vertrauensverhältnis* »). Elle engendre la formation d'un contrat tacite entre elles imposant une obligation de bonne foi dans la conduite des négociations et ayant pour objet la réussite du projet contractuel envisagé. Suivant cette conception de la période précontractuelle, le § 311, alinéa 2, du *BGB* précise en effet qu'un rapport contractuel générateur d'obligations peut naître même avant la conclusion du contrat. En vertu de ce rapport, les cocontractants se voient imposer des obligations réciproques de prudence quant aux droits, aux biens et aux intérêts de l'autre (§ 241, alinéa 2)⁶⁴⁹. Le droit allemand admet une vision extensive des devoirs des parties aux

⁶⁴¹ M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2004, p. 54.

⁶⁴² M. PÉDAMON, *op. cit.*, p. 36; M. FRÉMONT, *op. cit.*, p. 107.

⁶⁴³ V. HENTE, « La nouvelle loi allemande de modernisation du droit des obligations », *RDAI* 2005, p. 359.

⁶⁴⁴ Y. LEVANO, « La prescription extinctive en droit allemand après la réforme du droit des obligations », *RIDC* 2004, pp. 947 à 958, spéc. p. 955.

⁶⁴⁵ Qui peut se traduire par « faute commise au cours d'une négociation » : J.-Y. TROCHON, J.-M. LONCLE, « Les risques juridiques inhérents aux pourparlers dans les rapprochements d'entreprises », *LPA* 02 sept. 1996, n° 106, p. 4.

⁶⁴⁶ R. VON JHERING, *De la culpa in contrahendo. Œuvres choisies*, t. II, trad. Meulenaere, 1893.

⁶⁴⁷ B. LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 148.

⁶⁴⁸ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 130.

⁶⁴⁹ W.-T. SCHNEIDER, « La codification d'institutions prétorienne », *RIDC* 2002, vol. 54, n°4, pp. 959-968.

négociations. Il ne se limite pas à la sauvegarde de leurs intérêts patrimoniaux respectifs, mais s'étend à l'obligation de préserver mutuellement leur intégrité physique⁶⁵⁰. Aussi, le droit allemand retient-il la responsabilité contractuelle du vendeur dans l'hypothèse, par exemple, de la chute d'un client dans un magasin causée par une mauvaise installation des marchandises⁶⁵¹.

338. Une telle qualification contractuelle se justifie ainsi en droit allemand par le caractère essentiel de la garantie d'une certaine sécurité au niveau des parties aux négociations. En Italie, même si la qualification dominante reste de nature extracontractuelle, il faut relever l'existence d'une doctrine minoritaire qui milite en faveur d'une incorporation de la responsabilité précontractuelle dans le domaine du contrat⁶⁵². L'analyse s'appuie sur les dispositions des articles 1337 et 1338 du Code civil italien qui imposent le respect d'un comportement de bonne foi au cours de la période de formation du contrat. En effet, ces dispositions impliquent un devoir spécifique entre les parties et non un devoir général qui doit être respecté envers tous. Cette obligation de bonne foi naît du lien particulier qui unit les parties lors des négociations précontractuelles. Ce qui exclut ainsi toute qualification délictuelle qui concerne des obligations imposées à l'égard de tous. De plus, la doctrine met en parallèle l'obligation de se comporter de bonne foi, qui commande la phase précontractuelle, et celle qui s'impose dans l'exécution du contrat. Une telle extension de cette obligation lors des pourparlers a pour objectif de discipliner la période de l'avant-contrat, en exigeant des parties qu'elles adoptent un comportement identique à leur conduite lors de l'exécution du contrat. Suivant ce raisonnement, il apparaîtrait inopportun de distinguer les régimes du devoir de bonne foi suivant qu'il s'applique avant ou après la formation du contrat.

339. Le droit anglais, qui ne reconnaît pas l'existence d'un devoir général de bonne foi, ne rencontre pas cette difficulté. La réparation de la rupture des pourparlers est généralement réalisée sur le fondement de la *promissory estoppel*⁶⁵³. Ce mécanisme appliqué aux pourparlers peut être décrit de la manière suivante : l'adoption dans un premier temps par une partie (A) à la négociation d'une position claire ou d'un comportement non ambigu. Puis, dans un second temps, cette partie communique à l'autre partie, partie (B), son intention de modifier son comportement. Ce qui conduit son partenaire à modifier son comportement

⁶⁵⁰ M. PAZ GARCÍA RUBIO et M. OTERO CRESPO, « La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo », *Revista para el analisis del derecho*, 2010.

⁶⁵¹ RG, 7 déc. 1911, R.G.Z. 1978, p. 239. La décision est reproduite en partie en anglais in H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pp. 291-292.

⁶⁵² L. MENGONI, « Sulla natura de la responsabilità precontrattuale », *Riv. Dir. Comm.* 1956, II, pp. 360-372, spéc. 367.

⁶⁵³ *JT Developments v. Quinn*, [1991], 62 P & CR 33; *Gillett v. Holt*, 2001, Ch. 210 ; Pour la doctrine v. B. FAUVARQUE-COSSON, « La confiance légitime et l'estoppel », *Rapport général publié par la Société de législation Comparée*, 2007; *Electronic Journal of Comparative Law*, déc. 2007, vol. 11-3; « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », *RDC* 2006, n° 4, p. 1279.

suivant l'intention exprimé par cette première partie⁶⁵⁴. Ce changement brutal de position de la partie (A) qui contrarie les attentes légitimes de la partie (B) au cours des négociations est sanctionné sur le fondement de la reconnaissance d'une promesse formulée par l'auteur du revirement qui l'engage auprès de son partenaire. L'objectif est alors de dédommager le préjudice causé par la croyance de ces représentations de faits et d'empêcher l'auteur du dommage de nier l'engagement qu'il a souscrit dans sa promesse⁶⁵⁵. Au Royaume-Uni, l'application de la doctrine de la *promissory estoppel* relève d'une extension du principe général. Elle permet de conférer un effet juridique à une promesse qui ne pourrait pas en générer en principe sur un plan contractuel⁶⁵⁶. Cette action suppose donc l'existence d'un engagement de nature contractuelle entre les parties, ce qui explique la qualification contractuelle des pourparlers retenue par le droit anglais.

340. Cependant, cette conception reste relativement isolée. La qualification délictuelle est en effet largement reconnue par l'ensemble des Etats qui disposent d'une règle générale en matière de délit, susceptible d'incorporer tous les manquements distincts permettant de retenir la responsabilité de leurs auteurs. C'est le cas de l'Italie⁶⁵⁷, par exemple, ou de la France⁶⁵⁸. Le principal argument en faveur d'une telle qualification repose sur le fait qu'il ne peut être reconnu de responsabilité contractuelle en l'absence de contrat. Si les parties, au cours des négociations, ne sont pas parvenues à atteindre un quelconque accord, seule la responsabilité délictuelle pourra venir réparer l'éventuel préjudice subi du fait d'un comportement dommageable adopté par l'une des parties lors des pourparlers.

341. En tout état de cause, pour tous les droits nationaux, la frontière est établie soit au niveau de l'entrée en pourparlers, comme en Allemagne, soit au moment de la formation du contrat pour les ordres juridiques orientés vers une qualification délictuelle. Par conséquent, quelle que soit la qualification des pourparlers retenue, la responsabilité devient contractuelle dès que le fait à l'origine du dommage survient après ou au moment de la formation du contrat.

Mais une troisième position que l'on pourrait qualifier d'hybride existe et est adoptée par le droit hollandais. En effet, il distingue trois étapes lors des négociations. Durant la première période, les parties qui ont initié les pourparlers jouissent d'une pleine liberté contractuelle. Elles peuvent ainsi rompre librement les négociations sans être inquiétées. Lors d'une deuxième étape, elles conservent cette liberté, mais deviennent susceptibles d'engager leur

⁶⁵⁴ P. PINSOLLE : « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI* 1998, p. 905; *Rev. Arb.* 2005, p. 993.

⁶⁵⁵ E. A. FARNSWORTH, « Negotiation of Contracts and Precontractual Liability : General Report », in *Conflicts et harmonisation : Mélanges en l'honneur d'Alfred E. Von Overbeck*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1990, p. 663.

⁶⁵⁶ P. BRASSEUR, B. DE CONINCK, C. DEFFORGE, M. DEMOULIN, E. MONTERO, M. FONTAINE, S. MICHAUX, L. VANDENHOUTEN, *Le processus de formation du contrat, contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2002, p. 69.

⁶⁵⁷ Cass. it. sez. un. 16 juill. 2001, *Giust. Civ. mass.* 2001, p. 1404; Cass. 29 avril 1999, n° 4299, *Giur. It.* 2000, p. 932.

⁶⁵⁸ Cass. com., 7 janv. et 22 avril 1997, *D.* 1998, p. 45, note P. CHAUVEL; Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, *Dr. & patr.* 1998, chron. n° 1927.

responsabilité en cas de rupture. Cette position ne diffère pas pour l'instant de celle largement retenue par les Etats qui placent le contentieux des pourparlers sous l'égide de la qualification délictuelle. Cependant, dès lors que l'avancement des tractations est suffisamment établi, les parties sont considérées comme engagées et leur retrait est neutralisé⁶⁵⁹. Il conduit à la conclusion forcée du contrat ou la poursuite des négociations⁶⁶⁰, voire le versement de dommages-intérêts positifs. La qualification des pourparlers devient alors contractuelle. La confrontation de ces disparités d'acceptation de la responsabilité précontractuelle dans le cadre du traitement d'un contentieux issus des pourparlers génère alors des conflits de qualifications.

2. L'EXPRESSION DU CONFLIT DE QUALIFICATIONS

342. Il est possible que plusieurs ordres juridiques se reconnaissent compétents pour résoudre une même question de droit et génèrent ainsi un risque de conflit positif de qualification. Le cas d'une rupture des pourparlers engagés dans l'objectif de conclure un contrat de vente entre un vendeur établi en Allemagne et qui surviendrait en France l'illustre parfaitement. L'acquéreur, qui reconnaîtrait la rupture et chercherait à engager la responsabilité du vendeur, devrait s'inquiéter dans un premier temps de la loi applicable à sa demande, puisque le litige sera tranché suivant la mise en œuvre des dispositions substantielles contenues par la loi désignée compétente. La réussite d'une telle action sera donc subordonnée à la détermination d'une loi applicable contenant des dispositions favorables à la victime de la rupture des négociations. Selon le droit français, l'action en responsabilité visant à reconnaître l'exercice d'un abus dans la rupture des pourparlers est de nature délictuelle⁶⁶¹. Cette qualification conduit, dans un contexte international, à désigner la loi du lieu de survenance du délit. Il sera certainement localisé au lieu d'intervention de la rupture⁶⁶², la France. Ainsi, la loi française aura vocation à s'appliquer en tant que loi du délit.

⁶⁵⁹ Hoge Raad, 18 juin 1982, *NJ* 1983, p. 723, note C. J. H. BRUNNER; *AA.* 32 1983, p. 758, note P. VAN SCHILFGAARDE; Pour une version anglaise de la décision, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pp. 262 et la note pages suivantes ; J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *Precontractual liability in European private law*, 2008, p. 46 et s; S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 246; Comp. la décision du Hoge Raad du 14 juin 1996 qui semble limiter la portée de la jurisprudence antérieure, citée par M. PAZ GARCIA, M. OTERO CRESPO, « La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo », *Revista para el análisis del derecho*, 2010, n°1.

⁶⁶⁰ *Gerechtshof Amsterdam*, 7 mai 1987, *NJ* 1988, p. 430; Pour une version anglaise de la décision, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *op. cit.*, p. 275; Dans le même sens, *Gerechtshof Arnhem*, 14 nov. 1983, *NJ* 1984, p. 499.

⁶⁶¹ La jurisprudence en faveur d'une qualification délictuelle reste constante : Cass. com., 23 mai 1989, n° 87-18.212, *JCP E* 1989, I, 18761; Cass. com., 11 janv. 1984, n° 82-13.259; *Bull. civ.* IV, n° 16; Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154; *Bull. civ.* IV, n° 93; *JCP G* 1973, II, 17543, note J. SCHMIDT; *RTD civ.* 1972, p. 779, obs. G. DURRY. Voir sur ce point les arguments développés par R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle », *RTD civ.* 1907, p. 697.

⁶⁶² nos 610 et s.

Pour sa part, le droit allemand retient une qualification contractuelle de cette action⁶⁶³. Seront dès lors mises en œuvre les dispositions de la Convention de Rome ou du Règlement Rome I, suivant la date de survenance de la rupture, constituant la règle de conflit de lois allemande en matière de contrat. La combinaison des articles 4, alinéa 1, et 4, alinéa 2⁶⁶⁴, conduit à appliquer la loi du lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, la loi du vendeur dans le cadre d'une vente, en tant que loi présumée présenter les liens les plus étroits avec la situation⁶⁶⁵. La loi allemande sera donc applicable à la demande en réparation. Ainsi, pour une demande, deux lois auront *a priori* une vocation égale à s'appliquer, la loi française et la loi allemande, selon le juge saisi.

343. En matière de pourparlers, des conflits de qualifications semblables peuvent surgir. Tel est le cas notamment lorsque l'un des ordres juridiques concernés par le litige précontractuel retient une qualification contractuelle du contentieux, alors que l'autre adopte une qualification délictuelle. Pour l'illustrer il est possible de raisonner sur des négociations impliquant le droit français et le droit allemand. Elles sont susceptibles d'engendrer un tel conflit dès lors que ces droits retiennent une appréhension totalement différente de la phase précontractuelle⁶⁶⁶. Le droit français se montre réservé face à la reconnaissance d'un engagement entre les parties à la négociation avant toute conclusion d'un contrat. Lorsque survient une rupture des pourparlers en dehors de tout encadrement formel, le droit français retient une qualification délictuelle du contentieux. Le droit allemand des négociations précontractuelles s'est édifié essentiellement sur la base de la théorie de Jhering. L'avant-contrat est reconnu comme une extension de la phase contractuelle. La construction du contrat génère des obligations pour les négociateurs qui relèvent de la qualification contractuelle. Dans une telle hypothèse, si le juge français réduit l'analyse à la conception de son propre droit, il reconnaîtra la qualification délictuelle du litige, alors que si au contraire il accepte d'interpréter la demande au regard des conceptions de la loi allemande, il admettra la nature contractuelle de la situation.

Un tel risque de conflit de qualifications appelle nécessairement à la recherche de solutions.

B. LES METHODES DE RESOLUTION DU CONFLIT DE QUALIFICATIONS

344. L'absence d'uniformisation de qualification conduisant inévitablement à des risques de conflits lorsque le litige intéresse des ordres juridiques adoptant une qualification incompatible, l'application par chaque droit national de sa propre conception est impropre à répondre aux spécificités des contentieux précontractuels. Le principe de qualification *lege*

⁶⁶³ Selon les dispositions des § 241 et § 311 du BGB, retenant une position fidèle à la doctrine de Jhering, l'ouverture des négociations contractuelles soumet chacune des parties à une obligation de prendre en considération les droits, les biens juridiquement protégés et les intérêts de l'autre.

⁶⁶⁴ Dans le cadre de l'application de la Convention de Rome.

⁶⁶⁵ La solution ne serait pas modifiée par l'intervention du Règlement Rome I, puisque l'article 4, alinéa 1, désigne la loi du vendeur comme loi applicable à la vente.

⁶⁶⁶ Pour un exposé comparatiste, v. n° 335.

fori se révèle donc inadapté (1). Aussi, devrait-il être écarté au profit de l'adoption d'une qualification autonome des négociations (2).

1. LE CONSTAT : L'INADAPTATION DE LA QUALIFICATION *LEGE FORI*

345. Confronté au conflit de qualifications, le droit international privé s'est dirigé vers la réception de la conception du juge compétent. Le principe de qualification *lege fori* résulte d'un choix déterminé (a) qui présente pourtant des écueils⁶⁶⁷ disqualifiant cette élection (b).

a. Le choix de la qualification *lege fori*

346. L'opération de qualification consiste à classer une question de droit posée dans une catégorie juridique pour lui faire produire un effet de droit. Cette question est formée à la fois par la prétention du demandeur mais aussi par les faits qu'il allègue à son soutien⁶⁶⁸. En droit international privé, la qualification peut rencontrer certaines difficultés lorsque l'appréhension d'une donnée de fait ou de droit diffère selon les ordres juridiques concernés par la situation⁶⁶⁹. Un système juridique s'appuiera sur une définition qui diverge de celle qui sera retenue par un autre. Lorsqu'une juridiction doit appliquer un droit étranger ou international, elle se trouve amenée à s'interroger sur la question de savoir quelle qualification retenir. Doit-elle qualifier la question de droit posée selon les conceptions de son propre ordre juridique, « qualification *lege fori* », ou selon celles du droit étranger appliqué au fond, « qualification *lege causae* », ou, le cas échéant, selon les conceptions propres d'un droit uniforme ?

347. Alors que les juridictions étatiques ne peuvent s'affranchir de cette étape préalable à la détermination de la règle de conflit, la législation française ne s'est pas intéressée à la question de la qualification. C'est la jurisprudence qui est venue apporter une réponse aux modalités de classement de la question de droit posée. Il s'agit de trancher entre l'appréciation des conceptions du for ou la prise en compte de l'appréhension retenue par le droit étranger intéressé par la relation. Sur ce point, l'arrêt *Caraslanis*⁶⁷⁰ a apporté des éléments de réponse⁶⁷¹. Pour la majorité de la doctrine, par cet arrêt, la Chambre civile a consacré le

⁶⁶⁷ V. Relevant de façon générale les difficultés engendrées par la qualification *lege fori* : C. KESSEDJIAN, « les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales », *RIDC* 1995, p. 373.

⁶⁶⁸ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 10^{ème} éd, Montchrestien, 2010, p. 107, n°151.

⁶⁶⁹ Pour une présentation générale de ces difficultés, v. J.-L. ELHOUEISS, « Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé », *JDI* 2005, p. 281.

⁶⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 1955, *JCP* 1955, II, 8928; *JDI* 1955, p. 682; *D.* 1956, p. 73; *RCDIP* 1955, p. 723; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., 2006, p. 204 : cette affaire impliquait un homme de nationalité grecque ayant épousé en France une femme de nationalité française, en la forme civile. S'était par la suite posée la question de la validité en la forme du mariage. La loi grecque prévoyait que l'absence de cérémonie religieuse, pour les Grecs se mariant à l'étranger, rendait le mariage nul. Elle appréhendait l'exigence d'une célébration religieuse du mariage comme une condition de fond, alors que la loi française la qualifiait de condition de forme.

⁶⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 1955, *op. cit.*, Il s'agissait de déterminer si les conditions de célébration du mariage devaient être considérées comme des conditions de fond ou de forme du mariage. En l'espèce, le

principe de qualification *lege fori*⁶⁷². Il est ainsi largement reconnu que, selon le droit français, la qualification doit en principe s'exécuter en fonction des conceptions de la loi du for⁶⁷³.

348. Devant l'arbitre, la question de la qualification se présente sous un angle différent. En effet, la qualification préalable à la détermination de la règle de conflit conduit en principe la juridiction à se poser la question de la qualification à retenir entre celle adoptée par son propre ordre juridique et celle retenue par le système étranger susceptible d'intervenir dans la situation en cause. Or, par définition, l'arbitre n'est lié à aucun for⁶⁷⁴. Il ne peut donc se voir imposer la qualification retenue par un ordre juridique donné et reste libre dans l'étape de qualification. Néanmoins, l'arbitre tient son pouvoir de la volonté des parties puisqu'elle constitue le fondement de son investiture. La liberté de l'arbitre doit donc être tempérée. Il semble essentiel que la qualification donnée à la situation reflète le plus fidèlement possible le souhait des parties. L'arbitre doit donc orienter sa qualification en fonction de la volonté des parties. Ainsi, dans cette tâche, il recherche si, au vu du contexte des négociations dans lequel évoluent les parties, celles-ci ont légitimement pu considérer qu'une relation contractuelle était née entre elles. Il reste cependant à préciser que, dans le traitement du contentieux des négociations, l'arbitre semble plus enclin à appliquer le principe de bonne foi au titre de principe général du droit⁶⁷⁵. Il échappe ainsi à l'embarras de la qualification en choisissant de s'engager dans la voie de la mise en œuvre de la *lex mercatoria*, plutôt que d'emprunter la voie traditionnelle imposée aux juridictions étatiques.

349. L'étape de qualification, préalable à la détermination de la règle de conflit compétente, ne doit pas être confondue avec la qualification opérée après identification de la loi applicable. La première étape de qualification intervient en amont et permet de sélectionner la règle de conflit applicable en opérant un classement de la question posée au sein des catégories élaborées par le droit international privé. La règle de conflit mise en œuvre désigne ainsi la loi applicable. Il appartient ensuite au juge ou à l'arbitre de rechercher, au sein de l'ordre juridique ainsi désigné, les dispositions substantielles applicables à la situation litigieuse, procédant ainsi à une seconde analyse de la nature de la question de droit posée. En effet, le principe de qualification *lege fori* ne se justifie pas par une question de souveraineté mais parce qu'il est nécessaire d'interpréter la règle de conflit au regard de l'ordre juridique duquel elle émane afin de la préserver de tout risque de dénaturation.

mariage célébré uniquement en la forme civile en France, impliquant un ressortissant grec, encourait la nullité par application de la loi grecque qui imposait une célébration religieuse. La question de la qualification revêtait une importance significative car la situation présentait un conflit de qualification : selon la loi grecque l'exigence de célébration religieuse devait s'analyser en une condition de fond, alors que la loi française l'appréhendait comme une condition de forme. Interrogée, la Cour de cassation trancha en faveur de la loi française, loi du juge saisi.

⁶⁷² V. note précitée ; Une partie des auteurs nuance cependant la portée de cette décision en remarquant que dans la décision rendue la juridiction ne relève pas expressément l'existence d'un conflit de lois : cf qualification, juriscasseur.

⁶⁷³ Comp. art. 12-1 C. civ. espagnol; art. 9 C. civ. Algérien, qui retiennent la même solution.

⁶⁷⁴ Ch. SERAGLINI, « L'arbitrage commercial international », in *Droit du commerce international*, J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), Litec, 2005, p. 876, n° 2473.

⁶⁷⁵ P. MAYER, « Le Principe de Bonne Foi devant les Arbitres du Commerce International », in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993, p. 543. Disponible également sur : <http://www.trans-lex.org/115700>.

Ainsi, si la loi désignée par la règle de conflit du for retient une qualification distincte et qu'il est nécessaire de qualifier la règle de conflit de loi étrangère, cette qualification devra s'effectuer conformément aux conceptions de cette loi étrangère et non plus à la loi du for⁶⁷⁶. Il est possible d'adopter la formule plus explicite de Niboyet sur la question, qui constate que « la qualification est celle du pays dont la règle de conflit s'applique »⁶⁷⁷. Le renvoi de qualification permet d'adopter une solution conforme à la conception des deux droits concernés par le litige. Pourtant, elle aboutit en pratique à un traitement incohérent du contentieux précontractuel.

b. Les écueils de la qualification lege fori

350. L'absence de qualification uniforme, couplée au choix d'une qualification *lege fori*, peut conduire à la situation incohérente dans laquelle toutes les lois présentant des liens avec la situation reconnaissent l'action engagée par la victime, mais aucune des règles de conflit appliquées par le for ne leur donne compétence. On peut envisager le cas d'une *misrepresentation* (erreur provoquée) commise par un vendeur anglais lors d'une vente réalisée en Allemagne⁶⁷⁸. Le droit anglais reconnaît la responsabilité délictuelle du vendeur mais n'est pas applicable à défaut d'être le lieu de commission du délit. Il désigne la loi allemande comme loi applicable à l'action. Mais, selon le droit allemand, l'erreur provoquée constitue une hypothèse de *culpa in contrahendo*, action de nature contractuelle et soumise à la loi du contrat. Le droit allemand renvoie donc à la loi anglaise qui ne se reconnaît pas compétence. Dans cette hypothèse, il semble que la victime ne pourra obtenir réparation en vertu d'aucune de ces lois⁶⁷⁹, à moins que la loi anglaise n'accepte le renvoi.

351. En adoptant une position tranchée en faveur de la qualification *lege fori*, le droit positif conduit à la désignation d'une loi différente selon le juge saisi. Le juge allemand retiendra une qualification contractuelle de l'action en responsabilité pour rupture des pourparlers suivant les dispositions de la loi allemande. Au contraire, une nature délictuelle sera reconnue par le juge français. Il serait donc loisible au demandeur d'anticiper la loi applicable à sa demande dans le choix de la juridiction compétente. Si les dispositions de la loi allemande permettent à la victime d'obtenir une indemnisation que le droit français lui

⁶⁷⁶ Cf. T. civ. Seine, 20 juill. 1923, *JDI* 1924, p. 403.

⁶⁷⁷ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, p. 374.

⁶⁷⁸ V. P. LAGARDE, « *Culpa in contrahendo* à la croisée des règlements communautaires », *Mélanges offerts à L. FAUSTO POCAR*, Giuffrè, pp. 583 à 598, spéc. p. 591, qui cite l'exemple présenté par D. MOURA VICENTE, « Precontractual liability - a portuguese perspective », *RabelsZ.* 2003, pp. 699 à 725, spéc. p. 718.

⁶⁷⁹ Pour une critique des conséquences absurdes des conflits négatifs, v. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 10^{ème} éd, Montchrestien, 2010, p. 117, n° 167, qui relatent le cas d'une décision du tribunal allemand relative à la prescription d'un effet de commerce émis aux Etats-Unis. Selon la conception allemande, la question relevait de la catégorie « obligation » et était soumise à la loi américaine. Or, la loi américaine classait les questions de prescription sous la catégorie « procédure » et le droit des obligations américain ne comprenait donc pas de disposition sur cette question. Le tribunal allemand avait alors conclu à l'absence de règles et que de ce fait l'action n'était pas prescrite, alors que les deux lois en présence reconnaissaient cette prescription. Il faut cependant relever que la jurisprudence a choisi parfois d'appliquer les dispositions pertinentes du droit étranger en passant outre toute divergence de qualification afin de pallier le conflit négatif : Cass. civ. 1^{ère}, 18 oct. 1989, *RCDIP* 1990, p. 712, note J. FOYER; *JDI* 1990, p. 415, note Ph. KAHN.

refuse, le demandeur optera pour la saisine du juge allemand, afin de déclencher l'applicabilité de la loi allemande à son action et obtenir la réparation de son préjudice. S'il n'est pas frauduleux, ce choix sera pleinement efficace puisque le demandeur aura simplement usé de sa faculté d'élection de for entre les juridictions reconnues compétentes. Cette ouverture au *forum shopping* s'oppose aux objectifs du droit international privé, puisqu'elle mène à une application de la loi unilatéralement choisie par le demandeur. De plus, le principe de qualification *lege fori* nuit à la prévisibilité de la solution. En effet, le résultat du litige dépend de la qualification retenue par le juge saisi puisque c'est cette qualification qui permet la désignation de la loi applicable et cette désignation de la loi applicable qui conditionne le résultat du litige au fond. Or, la prévisibilité de la solution constitue un gage de sécurité juridique pour les parties. Retenir une qualification selon les conceptions du juge saisi n'est donc pas une solution opportune. Pour répondre à ces effets négatifs de la qualification *lege fori*, seule l'adoption d'une qualification autonome aux conceptions retenues par les droits nationaux semble efficace.

2. LA REPOSE : LA PERTINENCE D'UNE QUALIFICATION AUTONOME

352. Certains auteurs ont relevé différentes voies empruntables pour résoudre ce conflit positif, alternatives à la qualification *lege fori*⁶⁸⁰. Il est tout d'abord concevable d'exclure l'application de l'une des lois concurrentes dès lors que les deux ordres juridiques désignés retiennent le principe de non-cumul des responsabilités. Dans une telle hypothèse, les droits concernés refusent au créancier d'une obligation contractuelle de choisir entre l'obtention d'une réparation sur le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle ou sur celui de la responsabilité contractuelle⁶⁸¹. Cependant, aucun critère déterminant ne permettant de disqualifier une loi au profit de l'autre, un tel choix relève inévitablement du choix arbitraire de la juridiction compétente. Ce qui ne peut constituer une solution pertinente.

Ensuite, le cumul des deux lois peut être envisagé. Mais un résultat satisfaisant ne pourrait être obtenu que si les dispositions substantielles concernées menaient à une solution identique. Si, dans le cas de l'exemple cité, la loi allemande retenait la responsabilité de l'auteur de la rupture, alors que, selon la loi française, aucune faute susceptible d'engager une telle action n'était caractérisée, le cumul des deux lois conduirait à une impasse. Il serait impossible de concilier la mise en œuvre de ces deux lois également compétentes.

⁶⁸⁰ V. notamment D. MOURA VICENTE, « Precontractual liability - a portuguese perspective », *RabelsZ.* 2003, pp. 699 à 725, spéc. p. 717.

⁶⁸¹ En droit français, le principe de non cumual a été consacré par Cass. Req., 21 janv. 1980, S. 1980, I, p. 408; Pour la justification du principe, v. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit Civil, Les Obligations*, 10e édition, 2009, Dalloz, pp. 884 et 885, « Le principe même de la force obligatoire du contrat condamne le cumul de responsabilités : lorsque les parties ont décidé, par exemple, qu'il n'y aurait pas de responsabilité dans tel ou tel cas, permettre cependant au créancier d'invoquer alors la responsabilité délictuelle, serait, en quelque sorte, l'autoriser à violer le contrat, en tournant les clauses conventionnelles relatives à la responsabilité ».

353. C'est pourquoi, une troisième solution, plus convaincante, pourrait être accueillie. Elle propose une combinaison des dispositions substantielles les plus favorables à la victime de la rupture contenues par les deux lois concurrentes. Cette proposition confère à la victime plus de chances d'obtenir réparation de son préjudice. Pourtant, l'application cumulative de deux lois s'oppose aux objectifs visés par la règle de conflit de lois⁶⁸², qui cherche à justement à élire entre toutes les lois désignées, celle qui présente le plus de légitimité à s'appliquer à la situation donnée. La règle de conflit de loi doit présenter un caractère de neutralité. Elle ne doit pas s'intéresser au résultat obtenu par l'application des lois en concurrence pour désigner la loi applicable. Ces solutions proposées permettent ainsi de résoudre le conflit positif, mais en effectuant des contorsions impropres à apporter une réponse conforme aux attentes du droit international privé. Elles doivent donc toutes être disqualifiées.

354. Pour réaliser un traitement adéquat du contentieux des pourparlers, il est donc nécessaire d'intervenir, non pas au niveau de la mise en œuvre de la loi applicable, mais plus en amont, lors de l'étape de qualification préalable à la détermination de la loi compétente. Dans l'hypothèse de la rupture des pourparlers engagés avec un vendeur établi en Allemagne et survenue en France, un idéal serait atteint si les lois française et allemande présentant une vocation égale à s'appliquer retenaient la même qualification de l'action en responsabilité pour rupture fautive des pourparlers. Si une nature délictuelle était reconnue à cette action par les deux lois, alors quel que soit le juge compétent, la règle de conflit délictuelle serait mise en œuvre. De la même façon, si une qualification contractuelle était retenue, la loi allemande, comme la loi française, désignerait la loi du contrat pour résoudre la demande en réparation introduite sur le fondement de la rupture des pourparlers.

355. Encore faut-il cependant que les règles de conflit ainsi compétentes désignent la même loi applicable. A défaut, le résultat conduirait de la même façon à une diversité des solutions puisque si les règles de conflit de la même catégorie retenaient un critère de rattachement différent, la loi désignée divergerait d'autant. Par exemple, si les lois française et allemande retenaient toutes deux une qualification délictuelle, mais que la règle de conflit français en matière extracontractuelle désignait la loi du lieu de survenance du délit, alors que la règle de conflit délictuelle allemande retenait la compétence de la loi du domicile de la victime, alors, dans l'hypothèse où la victime de la rupture serait établie en Italie, la loi française s'auto-désignerait alors que la loi allemande désignerait la loi italienne. Cependant, ce risque reste quelque peu virtuel, puisque la plupart des Etats retiennent des règles de conflit assez homogènes. En matière d'obligations extracontractuelles, la *lex loci delicti* est le plus fréquemment retenue. Elle a été consacrée par le Règlement Rome II⁶⁸³. En matière contractuelle, la Convention de Rome, puis le Règlement Rome I ont unifié les règles de

⁶⁸² Le caractère bilatéral de la règle de conflit savinienne permet à une telle règle de désigner comme applicable une loi parmi toutes celles qui présentent une vocation à s'appliquer en excluant toutes les autres, sur les objectifs poursuivis par cette règle de conflit, v. B. AUDIT, D'AVOUT, L., *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Economica, 2010, pp. 82 et s.

⁶⁸³ A ce stade du raisonnement, il ne sera pas fait référence aux dispositions du Règlement Rome II réservées à la *culpa in contrahendo*, puisqu'il s'agit d'établir les solutions à obtenir pour pouvoir les comparer ensuite aux dispositions retenues par le Règlement Rome II.

désignation de la loi applicable dans toute l'Union européenne. Il faut néanmoins retenir que cette similitude des critères de rattachement doit impérativement être maintenue pour qu'un traitement homogène des pourparlers soit assuré.

356. De même, une qualification autonome permettrait de fonder la compétence du juge saisi. A été soulevée la question de la portée de la qualification retenue par le juge pour apprécier sa propre compétence⁶⁸⁴. En effet, l'application d'une règle de conflit de juridiction, à l'instar de la règle de conflit de loi, requiert un passage préalable par une opération de qualification. Cette étape s'avère indispensable du fait de la dichotomie des règles de conflit de juridictions, édictées par les articles 5-1 et 5-3 du Règlement Bruxelles I respectivement consacrés au for du contrat et à celui du délit. La vérification de la compétence du juge saisi nécessite l'appréciation, dans un premier temps, de la nature de l'action envisagée, contractuelle ou délictuelle, afin de mettre en œuvre la règle de conflit de juridiction appropriée qui va fonder ou, au contraire, infirmer la compétence du juge saisi. Ce constat conduit à s'interroger sur la persistance de cette qualification dans la recherche de la loi applicable.

En d'autres termes, le juge qui se déclare compétent en application de la règle de conflit de juridiction délictuelle, conformément à la qualification retenue par le texte en cause, est-il lié par cette qualification dans la recherche de la loi applicable, ou doit-il requalifier la question de droit suivant la qualification contractuelle imposée par les règles de conflit de lois ? La première proposition séduit par sa simplicité mais conduit à dénaturer la règle de conflit de lois en l'appliquant à un contentieux alors qu'elle ne se reconnaît pas applicable. Elle ne peut être que rejetée de ce fait.

La seconde solution s'inscrit dans la conformité du droit international privé puisqu'elle écarte tout risque de dénaturation de la règle de conflit de lois. La règle de conflit appliquée se reconnaît bien compétente. Cependant, non seulement cette solution oblige le juge à procéder à une nouvelle opération de qualification, mais elle aboutit à une solution absurde puisque pour un même litige, le juge retiendra deux qualifications opposées. Aussi est-il nécessaire de s'assurer que la qualification autonome retenue par la règle de conflit de juridiction s'étende aussi au conflit de lois afin d'assurer l'homogénéité du traitement des contentieux précontractuels.

357. Il faut cependant relever que cette harmonisation des règles de conflit reste circonscrite à l'application du droit international privé et ne s'étend pas à la mise en œuvre des dispositions substantielles du droit interne ainsi désigné. En effet, une fois la loi applicable désignée par la mise en œuvre de la règle de conflit, il est procédé à l'étude des dispositions substantielles de l'ordre juridique compétent. La recherche de la règle de conflit compétente ne poursuivant pas la même finalité que celle poursuivie par l'étude des dispositions matérielles adaptées, l'extension de l'application de la qualification *lege fori* à la détermination des règles substantielles au sein de l'ordre juridique désigné ne trouve pas de

⁶⁸⁴ H. GAUDEMET-TALLON note ss l'arrêt *Effer SpA c/ Hans-Joachim Kantner*, RCDIP 1982, pp.573 à 579, spéc. p. 577.

justification pertinente⁶⁸⁵. Les conceptions retenues par la loi applicable restent bien plus adaptées pour identifier les règles qu'elle retient. Il serait procédé à une qualification en sous-ordre ou qualification *lege causae*, en fonction de la loi désignée.

358. Appliquée à l'hypothèse de responsabilité précontractuelle, la théorie de la qualification en sous-ordre conduirait à qualifier de délictuelle une action en responsabilité pour rupture abusive des négociations survenue en Allemagne et soumise au juge français, suivant la conception retenue par le droit français en application de la qualification *lege fori*, pour ensuite retenir la compétence de la règle de conflit délictuelle⁶⁸⁶. Celle-ci désignerait la loi de survenance du délit, la loi allemande. La nature de cette action serait alors analysée à nouveau suivant la conception de la loi allemande, ordre désigné compétent par la règle de conflit, qui conduirait à l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'auteur de la rupture fautive.

SECTION 2. L'AUTONOMIE PAR RAPPORT AUX CATEGORIES EXISTANTES

359. Le droit international privé connaît un nombre limité de catégories juridiques. La polymorphie du contentieux précontractuel conduit alors à deux difficultés : non seulement elle empêche l'intégration de l'ensemble des litiges dans une seule et unique catégorie et nécessite une distribution des questions sous plusieurs qualifications différentes, mais encore certaines questions de nature hybride ne parviendront à s'insérer dans aucune des catégories existantes.

L'analyse de l'intégralité de la période précontractuelle montre que les différentes hypothèses de contentieux né des pourparlers peuvent être regroupées sous deux séries de questions. Une première série de litiges n'accepte certes pas de qualification évidente, mais peut tout de même être accueillie au sein des catégories existantes (§1). Une seconde série, au contraire, produit des effets mixtes qui entravent toute possibilité d'intégration dans une catégorie existante et nécessite ainsi la reconnaissance d'une catégorie spéciale (§2).

§1 LES QUESTIONS INTEGRABLES DANS LES CATEGORIES EXISTANTES

360. Bien qu'elles soient présentées comme étant situées à mi-chemin entre les matières contractuelle et délictuelle, toutes les situations précontractuelles litigieuses ne se retrouvent pas à la même distance sur le parcours qui les séparent de la formation du contrat définitif. Certaines demandes s'inscrivent dans le cadre de négociations ponctuées par la conclusion

⁶⁸⁵ Pour une vision critique de l'extension de cette qualification, voir S. CLAVEL, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2012, n^{os} 138 et s

⁶⁸⁶ Si l'on retient l'hypothèse d'une négociation avortée avant l'entrée en vigueur du Règlement Rome II.

d'un avant-contrat ou intéressent l'exécution du contrat principal. Leurs natures permettront de s'orienter plus aisément vers une qualification contractuelle (A). D'autres, au contraire, dépasseront la problématique des négociations et justifieront une qualification extracontractuelle (B).

A. LES QUESTIONS DIRECTEMENT LIEES A L'EXECUTION D'UN CONTRAT

361. Si la rupture des pourparlers constitue l'hypothèse du contentieux des négociations la plus représentative de la confrontation entre les qualifications contractuelle et délictuelle, il ne faudrait pas en déduire que ce conflit est inhérent à la nature précontractuelle de la question. Certaines demandes ne discutent pas l'existence d'une relation contractuelle entre les parties et ne portent que sur son exécution. Elles peuvent concerner l'accomplissement d'un avant-contrat (1) ou, plus directement, la mise en œuvre du contrat principal (2).

1. LES QUESTIONS LIEES A L'EXECUTION D'UN AVANT-CONTRAT

362. Une telle difficulté se rencontre lorsque les pourparlers sont ponctués par la conclusion d'une promesse entre les parties (a), ou aménagés autour d'avant-contrats d'organisation (b).

a. L'exécution d'une promesse de contrat

363. Les pourparlers peuvent s'organiser contractuellement autour de la conclusion d'une promesse unilatérale entre les parties. Par cet avant-contrat, l'auteur d'une telle promesse, appelé promettant, s'engage à conclure le contrat avec le bénéficiaire si ce dernier en manifeste la volonté dans un délai déterminé. Le bénéficiaire jouit ainsi d'une option : accepter la conclusion du contrat principal ou laisser l'engagement du promettant tomber dans la caducité. Bien qu'il se soit contractuellement engagé, le promettant peut souhaiter renoncer à la conclusion du contrat principal en rétractant sa promesse. La difficulté porte alors sur les conséquences d'un tel revirement. L'hésitation porte sur l'emprunt de deux voies : celle de l'indemnisation du bénéficiaire lésé ou celle de l'exécution forcée de la promesse. La première acceptera la disparition de la promesse, alors que la seconde conduira à la conclusion forcée du contrat⁶⁸⁷. En effet, la demande du bénéficiaire de maintenir la promesse

⁶⁸⁷ V. La jurisprudence constante en droit français : Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, *Bull. civ.* III, n° 174; *D.* 1994. 507, note F. BENAC-SCHMIDT; *D.* 1994, p. 230, obs. O. TOURNAFOND; *D.* 1995, *Somm.*, p. 87, obs. L. AYNES; *JCP* 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD; *Defrénois* 1994, p. 795, obs. Ph. DELEBECQUE; A. TERRASSON DE FOUGERES, *JCP N* 1995, I, 194; Dans le même sens, Cass. civ. 3^{ème}, 5 avr. 1995, *Bull. civ.* III, n° 101; *D.* 1996, p. 8, obs. O. TOURNAFOND; *Defrénois* 1995, p. 1041, obs. Ph. DELEBECQUE; Cass. civ. 3^{ème}, 25 mars 2009, *Bull. civ.* III, n° 69; *D.* 2010, p. 224, obs. S. AMRANI MEKKI; *JCP* 2009, n° 37, p. 23, obs. F. LABARTHE; *AJDI* 2010, p. 72, obs. S. PRIGENT; *Dr. & patr.*, juill. 2009, p. 84, obs. L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK; *RLDC* 2009, n° 3409, obs. V. MAUGERI; *Defrénois* 2009, p. 1270, obs. R. LIBCHABER; *RDC* 2009, p.

se justifie par sa volonté d'accepter l'option conférée par l'avant-contrat. Si le bénéficiaire ne porte aucun intérêt à un tel projet, il recherchera une indemnisation plutôt que le maintien de la promesse.

Ainsi, la difficulté ne portera que sur la sanction adoptée, et non sur la nature de la responsabilité à retenir, puisque le comportement condamné correspond à la violation de l'engagement formulé par la promesse, un engagement de nature contractuelle. Par conséquent, si le contentieux se limite à l'exécution d'un tel avant-contrat, sans s'étendre à la question de l'existence de l'engagement qui en découle, alors il ne pourra être traité que sous l'angle contractuel.

b. l'exécution d'un avant-contrat d'organisation des négociations

364. Les avant-contrats d'organisation des pourparlers ont pour objet d'entériner entre les parties certains accords aménageant le déroulement des tractations. Ils résultent d'un engagement entre les parties. Si son existence n'est pas remise en cause, alors le fondement devrait être contractuel. D'autant que la jurisprudence a tendance à reconnaître à présent une possible exécution forcée de certains avant-contrats dans des conditions certes limitées. L'exemple de la violation du pacte de préférence l'illustre.

Le manquement à l'obligation de préférence consiste à conclure le contrat avec un tiers sans en informer le bénéficiaire ou à des conditions plus avantageuses que celles qui lui ont été proposées. La jurisprudence française reste réticente à retenir l'exécution forcée dans cette hypothèse puisqu'elle conduit, non seulement à annuler un contrat valablement formé avec un tiers, mais aussi à imposer la formation du contrat principal. En effet, l'exécution forcée de l'obligation du promettant consiste à proposer la conclusion du contrat principal au bénéficiaire. Le choix du bénéficiaire de solliciter les juridictions pour obtenir la réalisation du pacte de préférence exprime sa volonté de conclure le contrat principal. Ainsi, lorsque l'offre lui sera formulée, il l'acceptera certainement et le contrat sera formé. Ce qui entraînera parallèlement la disparition du contrat conclu avec le tiers, alors que les droits de ce dernier ne devraient pas être atteints par un manquement constitué dans le cadre d'un contrat auquel il n'est pas partie. C'est pourquoi la jurisprudence a limité l'annulation du contrat au cas où le tiers avait connaissance de l'existence du pacte de préférence et de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir, au moment de la conclusion du contrat⁶⁸⁸. Mais elle est allée encore plus loin en admettant l'exécution forcée du pacte dans cette hypothèse en substituant le bénéficiaire au tiers de mauvaise foi⁶⁸⁹. Cette reconnaissance de l'exécution forcée engage la

995, obs. Y.-M. LAITHIER; *ibid.* 1089, obs. S. PIMONT; Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, *D.* 2011, p. 1457, note D. MAZEAUD; *Adde*, A. TERRASSON DE FOUGERES, « Sanction de la rétractation de promettant avant la levée de l'option », *JCP N* 1995, p. 194; F. COLLARD-DUTILLEUL, « Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordre », *Dr.& patr. déc.* 1995, p. 58; D. STAPYLTON-SMITH, « La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? », *AJPI* 1996, p. 568; R.-N. SCHÜTZ, « L'exécution des promesses de vente », *Deffrénois* 1999, art. 37021, p. 833.

⁶⁸⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 26 oct. 1982, n° 81-11.733, *Bull. civ. III*, n° 208, p. 154; *D.* 1983, I.R., p. 32; *Gaz. Pal.* 1983, p. 661, note E.-S. DE LA MARNIERE; Cass. com., 27 mai 1986, n° 85-10.006; *RTD civ.* 1987, p. 89, obs. J. MESTRE; Cass. civ. 3^{ème}, 10 févr. 1999, n° 95-19.217, *Bull. civ. III*, n° 37, p. 25; *RTD civ.* 1999, p. 616, obs. J. MESTRE.

⁶⁸⁹ Cass. mixte, 26 mai 2006, *Bull. civ.* n° 4, p. 330; *D.* 2006, p. 1861, note P.-Y. GAUTIER, D. MAINGUY; *ibid.*, p. 2644, obs. B. FAUVARQUE-COSSON; *JCP* 2006, II, 10142, note L. LEVENEUR; *ibid.*, I, 176, obs. F.

qualification sur le terrain contractuel. C'est cette même qualification qui devra également être retenue lorsque la demande concerne l'exécution du contrat principal.

2. LES QUESTIONS LIEES A L'EXECUTION DU CONTRAT PRINCIPAL

365. Le contentieux précontractuel n'est paradoxalement pas interrompu par la formation du contrat principal. La période de l'avant-contrat peut être étendue lorsque les parties conditionnent l'exécution du contrat à la survenance d'un événement déterminé (a). De même, au cours de la réalisation du contrat, des éléments de la phase précontractuelle peuvent être soumis à analyse pour permettre d'interpréter le contrat (b).

a. Les contrats conditionnés

366. Il pourrait sembler évident de rattacher les contrats conclus sous condition suspensive, contrats dont l'exécution est retardée, à la matière contractuelle. Il s'agit en effet de contrats valablement formés. Dès que l'évènement sera réalisé, ils produiront des effets identiques aux contrats exécutoires immédiatement. L'hésitation se pose cependant puisque dans l'hypothèse d'un contrat sous condition, la survie du contrat reste subordonnée à la réalisation de la condition. Or, celle-ci reste incertaine jusqu'à son accomplissement effectif⁶⁹⁰. Si la condition ne se réalise pas, le contrat sera frappé de caducité. Le contrat disparaîtra avant d'avoir été exécuté. Dans cette hypothèse, il est possible de s'interroger sur l'extension de la qualification contractuelle au traitement de l'existence même d'un contrat. N'est-il pas nécessaire qu'un contrat existe pour pouvoir rattacher à la matière contractuelle le contentieux qui en émane? Toutefois, dès lors que la formation du contrat n'est pas remise en cause, et que le doute ne porte que sur la réalisation de la condition, alors la qualification contractuelle semble amplement justifiée. Les parties ont effectivement souhaité s'engager et ne seront donc pas

LABARTHE; *JCP N* 2006, p. 1256, note B. THULLIER; *ibid.*, p. 1278, obs. S. PIEDELIEVRE; *JCP E* 2006, p. 2378, note Ph. DELEBECQUE; *Gaz. Pal.* 2006, p. 2525, note Y. DAGORNE-LABBE; *ibid.*, p. 3203, note F. BÉRENGER; *Deffrénois* 2006, p. 1206, obs. E. SAVAUX; *CCC* 2006, n° 153, note L. LEVENEUR; *RLDC* 2006, n° 2173, note H. KENFACK; *LPA* 18 sept. 2006, note H. HOUBRON; *ibid.* 11 janv. 2007, note A. PAULIN; *RDC* 2006, p. 1080, obs. D. MAZEAUD; *ibid.*, p. 1131, obs. F. COLLART DUTILLEUL; *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. J. MESTRE, B. FAGES; *Rev. Sociétés* 2006, p. 808, note J.-F. BARBIERI. Pour une application de cette jurisprudence, v. Cass. civ. 3^{ème}, 31 janv. 2007, *Bull. civ.* III, n° 16; *D.* 2007, p. 1698, note D. MAINGUY; *ibid.*, p. 1301, obs. A.-C. MONGE et F. NESI; *JCP N* 2007, p. 1302, n° 2, obs. S. PIEDELIEVRE; *Deffrénois* 2007, p. 1048, obs. R. LIBCHABER; *CCC* 2007, n° 116, note L. LEVENEUR; *AJDI* 2007, p. 772, obs. F. COHET-CORDEY; *Dr. & patr.*, mars 2008, p. 91 obs. MALLET-BRICOUT et Cass. civ. 3^e, 14 févr. 2007, *Bull. civ.* III, n° 25; *D.* 2007, 2444, note J. THÉRON; *ibid.*, p. 2973, obs. B. FAUVARQUE-COSSON; *JCP* 2007, II, 10143, note D. BERT; *JCP E* 2007, p. 1615, note H. LECUYER; *Deffrénois* 2007, p. 1048, obs. R. LIBCHABER; *Dr. & patr.*, sept. 2007, p. 97, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK; *ibid.* mars 2008, p. 91 obs. B. MALLET-BRICOUT; *RDC* 2007, p. 701, obs. D. MAZEAUD; *ibid.*, p. 741, obs. G. VINEY; *RTD civ.* 2007, p. 366, obs. P.-Y. GAUTIER; *ibid.*, p. 768, obs. B. FAGES. Comp. jurisprudence antérieures : Cass. civ. 3^{ème}, 30 avr. 1997, n° 95-17.598, *Bull. civ.* III, n° 96, p. 63, *D.* 1997, p. 475, note D. MAZEAUD; *Bull. Joly* 1997, p. 877, note J.-J. DAIGRE; *Deffrénois* 1997, art. 36634, n° 110, p. 1007, note Ph. DELEBECQUE; *RTD civ.* 1997, p. 685, obs. P.-Y. GAUTIER, *ibid.* 1998, p. 98, obs. J. MESTRE.

⁶⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 13 avr. 1999, n° 97-11.156; *Deffrénois* 1999, art. 37041, p. 1001, obs. D. MAZEAUD; *CCC* 1999, n° 125, obs. L. LEVENEUR.

surprises par une telle qualification. De plus, pour apprécier le caractère exécutable du contrat, la loi régissant ledit contrat sera la plus adaptée. D'autant plus que, dans cette hypothèse où le contrat est déjà formé, la *lex contractus* pourra être déterminée sans difficulté.

367. Cette hypothèse se rencontre dans le commerce international lorsqu'est conclu un accord sous réserve d'autorisation du conseil d'administration. Si cette subordination du consentement est validée en droit anglais et allemand⁶⁹¹, elle peut être écartée en droit français⁶⁹². En effet, s'il apparaît que la décision du conseil d'administration ne dépend d'aucun évènement économique dont la réalisation demeure incertaine au jour de la conclusion du contrat, cette condition y sera considérée comme étant potestative⁶⁹³. L'accomplissement de la condition dépend effectivement de la seule volonté du débiteur. L'engagement reste artificiel, puisque celui-ci se ménage une échappatoire dans l'exécution du contrat. En droit français, une telle condition sera déclarée nulle⁶⁹⁴, ce qui entrainera l'exécution du contrat. Le contentieux qui pourrait naître dans une telle hypothèse sera, pour le créancier, soit de faire écarter la condition parce qu'elle prive l'engagement du cocontractant de contenu, soit d'exiger l'exécution du contrat malgré l'échec de la condition au motif que son échec a pour cause une défaillance du débiteur, qu'elle soit intentionnelle ou simplement par négligence. Il s'agira donc de faire reconnaître le caractère exécutoire d'un contrat, ce qui milite pleinement en faveur d'une qualification contractuelle du traitement des contrats conclus sous condition suspensive, voire même de tous les accords dont l'exécution est suspendue à la réalisation d'un évènement.

368. De même, il est fréquent que les parties conditionnent l'efficacité de leur accord à la signature d'un acte authentique. Ce contrat préliminaire, qui précède l'acte authentique, ne peut être considéré comme un acte indépendant du contrat principal envisagé. En effet, dès lors que les conditions de formation du contrat sont réalisées, l'accord sera considéré comme formé. La réalisation de la condition visée ne permet que d'initier l'exécution du contrat principal et non d'intervenir sur sa formation⁶⁹⁵. Le traitement d'un contentieux portant sur un tel avant-contrat ne peut être que de nature contractuelle. En effet, le raisonnement ne portera pas sur un avant-contrat indépendant, mais sur l'interprétation du contrat définitif, puisque seule son exécution sera suspendue. Finalement, la difficulté que rencontrent ces avant-contrats ne porte pas sur la nature de la qualification, puisqu'il est reconnu qu'ils constituent eux-mêmes des contrats. Elle se concentre plutôt sur la question de savoir si la loi applicable à de tels avant-contrats doit s'analyser au regard de l'avant-contrat ou du contrat principal, alors qu'ils se détachent du contrat principal⁶⁹⁶.

⁶⁹¹ J.-M. LONCLE, J.-Y. TROCHON, « La phase de pourparlers dans les contrats internationaux », *RDAI* 1997 p. 24.

⁶⁹² V. par exemple CA Paris, 18 oct. 1991, 5^e ch. C, *RJDA* 1992, n° 9.

⁶⁹³ Art. 1174 C. civ. français : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

⁶⁹⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 22 nov. 1995, n° 94-11.014; *Bull. civ.* III, n° 243, p. 162; *Defrénois* 1995, art. 36275, obs. D. MAZEAUD; *CCC* 1996, n° 19, obs. L. LEVENEUR; *LPA* 1996, p. 15, *D.* 1996, p. 330, obs. D. MAZEAUD; *RTD civ.* 1997, p. 128, obs. J. MESTRE.

⁶⁹⁵ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000, p. 25.

⁶⁹⁶ Cette question sera étudiée dans le second chapitre de ce titre.

b. Le contenu du contrat

369. L'intervention des documents précontractuels échangés tout au long des pourparlers ne se heurte pas à la frontière dressée par la formation du contrat. Bien au contraire, ils serviront dans le cadre de l'exécution du contrat à interpréter le contenu des clauses contractuelles, puisqu'à travers ces différents écrits, s'exprime la volonté des parties⁶⁹⁷. Se pose alors la question de la qualification à retenir pour déterminer la loi en vertu de laquelle les documents précontractuels seront interprétés. Il est en effet fréquent que le juge⁶⁹⁸ ou l'arbitre analyse l'ensemble des documents échangés au cours des pourparlers pour apprécier les objectifs poursuivis par les parties et redonner au contrat le sens recherché⁶⁹⁹. Cette solution semble bienvenue au premier abord puisqu'elle permet d'assurer aux parties une juste estimation du contenu de leur contrat. Cependant, en pratique, elle conduit à conférer à un tiers (le juge ou l'arbitre) le soin d'interpréter l'intention des parties. Or, non seulement une interprétation par un tiers ne peut, par définition, être totalement objective, chacun analysant le contenu au regard de ses propres conceptions, mais les documents eux-mêmes expriment une certaine hésitation des parties quant aux objectifs visés. En effet, au cours des négociations, le contenu du contrat projeté va évoluer au rythme des accords atteints sur des points spécifiquement discutés. C'est le but poursuivi par les négociations précontractuelles. En d'autres termes, si dans un premier document est exprimé le souhait d'intégrer certaines stipulations dans le futur contrat, il est probable que, dans un second, l'auteur de cette requête acceptera de fléchir sa position en échange de certaines concessions. Cette situation étant multipliée par le nombre de documents échangés, elle conduit souvent à la constatation de l'existence d'un « fatras contradictoire de correspondances, de propositions et contre-propositions qui ont émaillé les négociations »⁷⁰⁰. Ainsi, les deux documents présenteront des volontés distinctes des parties⁷⁰¹.

Pour répondre aux difficultés portant sur l'interprétation du contenu du contrat, il semble nécessaire d'interroger la loi du contrat elle-même puisque si les doutes portent sur les

⁶⁹⁷ V. *supra*, n°111.

⁶⁹⁸ V. les exemples cités par M.-H. MALEVILLE, in *Pratique de l'interprétation des contrats*, publication de l'Université de Rouen, n° 164, 1991, nos 204 et s., p. 425.

⁶⁹⁹ J. FERRARIS, *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*, Paris, 2003.

⁷⁰⁰ J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010, n°1850.

⁷⁰¹ Les acteurs du commerce international ressentent ainsi une certaine méfiance à l'égard de cette interprétation. Ils l'expriment à travers l'intégration au sein de leur contrat d'une clause dite des quatre coins, également appelée clause d'intégralité ou *entire agreement clause*. Cette clause ayant pour objectif de limiter doublement la portée des documents échangés au cours des négociations : elle exclut la possibilité pour le juge d'utiliser leur analyse pour interpréter le contenu du contrat et leur dénie toute valeur obligatoire entre les parties. La portée de ces clauses des quatre coins semble limitée par le texte des Principes UNIDROIT qui reconnaît la possibilité pour les parties de démettre de toute valeur obligatoire les documents précontractuels mais préserve leur rôle dans l'interprétation du contenu du contrat : art 2.2.17 « Le contrat écrit qui contient une clause stipulant que le document renferme toutes les conditions dont les parties sont convenues ne peut être contredit ou complété par la preuve de déclarations ou d'accords antérieurs. Ces déclarations ou accords peuvent cependant servir à l'interprétation du document. »

stipulations du contrat, l'existence d'un accord de volonté n'est pas remise en cause. Cette hypothèse ne peut survenir que dans le cadre des négociations. Elle contraste avec les questions qui peuvent intervenir en dehors de tout cadre précontractuel.

B. LES QUESTIONS TRANSCENDANT LA RELATION PRECONTRACTUELLE

370. En matière précontractuelle, la difficulté majeure se concentre sur la distribution du traitement du contentieux entre la matière contractuelle et délictuelle. Comme certaines questions peuvent pertinemment s'inscrire sous une qualification contractuelle, certains litiges s'adaptent à la matière délictuelle avec plus de conviction (1). Cependant, il ne faudrait pas réduire la question à cette unique interrogation. D'autres matières peuvent intervenir, notamment lorsque les litiges concernent le statut personnel ou le droit des sociétés (2).

1. LES QUESTIONS DE NATURE DELICTUELLE

371. La conduite de pourparlers pathologiques engendre inévitablement la survenance d'un dommage économique à l'encontre des parties à la négociation. Ce constat ne surprend pas puisque la construction d'un contrat nécessite des frais qui seront définitivement vains en cas de disparition du projet contractuel. Pourtant, d'autres préjudices moins évidents peuvent survenir lors des pourparlers, lorsqu'ils altèrent l'intégrité physique des parties (a) ou atteignent les tiers (b).

a. Les dommages causés à la personne

372. Pour un juriste français, l'étude d'une telle hypothèse semble superflue. L'obligation contractuelle de sécurité imposée par la jurisprudence ne concerne à présent que la vie contractuelle et ne s'étend pas aux pourparlers. La responsabilité contractuelle autrefois retenue par la jurisprudence⁷⁰² a désormais été écartée⁷⁰³. Une qualification délictuelle du préjudice physique causé lors des négociations semble prévaloir sur une qualification contractuelle. Cependant, si un regard comparatiste traverse le Rhin pour s'intéresser au droit

⁷⁰² J. LACOMBE, « La responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard de ses clients », *RTD civ.* 1963, 242; CA Paris, 30 juin 1958, *Gaz. Pal.* 1958, p. 348; Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1960, n° 556; *JCP* 1961, II, 12031, note A. TUNC, cliente assommée par un tabouret jeté par un enfant; CA Paris, 9 janv. 1961, *D.* 1961, p. 153, chute d'une cliente qui s'était pris les pieds dans une ficelle par laquelle un enfant tirait un jouet; CA Paris, 14 déc. 1961, *JCP* 1962, II, 12547; Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 1979, n° 78-11.408; *Bull. civ.* I, n° 175, explosion d'une bouteille de limonade; Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 1976, n° 75-11.930; *Bull. civ.* I, n° 350; *RTD civ.* 1977, p. 323, obs. G. DURRY, laverie automatique.

⁷⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 1996, n° 94-16.820; *Bull. civ.* I, n° 227; *RTD civ.* 1997, p. 140, obs. P. JOURDAIN; *RTD com.* 1997, p. 130, obs. B. BOULOC, rejetant catégoriquement une telle obligation de sécurité.

allemand, il sera surpris de constater qu'un tel dommage y sera réparé sur le fondement contractuel. En effet, selon la jurisprudence allemande, dans le cadre des négociations, les parties doivent prendre des mesures de précaution nécessaires à la protection de la personne avec laquelle elles sont susceptibles de contracter. Cette obligation a été mise en lumière par la célèbre affaire « Linoléum » au cours de laquelle la responsabilité du propriétaire d'un magasin avait été recherchée pour le dommage causé par la chute d'un rouleau de linoléum sur un client présent dans les rayons⁷⁰⁴. La responsabilité contractuelle avait alors été retenue, fondée sur l'obligation de protection de l'intégrité qui pèse sur les parties dès l'entrée en pourparlers.

373. Le caractère artificiel de cette qualification a été relevé à juste titre⁷⁰⁵, puisque si l'on fonde l'existence d'un devoir de protection sur la relation précontractuelle établie entre les parties, comment justifier une telle obligation lorsque le client se présente sans volonté réelle de contracter ? Or, il est fréquent d'accueillir le public dans un négoce sans engager de tractations. Il semble que la qualification contractuelle dans cette hypothèse doive être écartée. De plus, retenir un tel raisonnement se heurterait au droit de repentir du client qui choisit finalement de reposer la marchandise choisie et de ne pas contracter. Enfin et surtout, si la présence du client dans tel lieu est justifiée par l'éventuelle entrée en pourparlers, il n'existe pas de lien de causalité entre le dommage subi et la poursuite des négociations. Seule une qualification délictuelle pourrait assurer la réparation cohérente de cette catégorie de préjudice. Rappelons également que le raisonnement allemand résulte essentiellement d'un choix d'opportunité qui n'emporte pas de réelles convictions puisque, en l'absence de disposition générale en matière de responsabilité délictuelle, la responsabilité contractuelle constitue l'unique voie d'indemnisation possible⁷⁰⁶. Cependant, si l'entrée du magasin n'est pas libre, mais soumise à un paiement, il est possible d'envisager une qualification contractuelle de la responsabilité du vendeur⁷⁰⁷. Mais cette nature ne sera pas générée par l'initiation des pourparlers, puisque le billet d'entrée ne garantit pas plus qu'une entrée libre la conclusion d'une vente. Elle reposera sur l'engagement de sécurité pris par le vendeur à l'achat du billet.

374. Ce raisonnement peut être étendu aux atteintes portant sur des biens dont la cause directe ne se trouve pas au niveau du contrat envisagé ou conclu. Un tel cas se présenterait par exemple si la chute du client à l'entrée du magasin avait provoqué la casse de biens appartenant à la victime, ou si les produits proposés à la vente étaient endommagés par la défectuosité du matériel informatique de l'acquéreur potentiel à l'occasion d'une présentation du vendeur.

⁷⁰⁴ RG, 7 déc. 1911, R.G.Z., p. 239. La décision est reproduite en partie en anglais in H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *op. cit.*, pp. 291-292.

⁷⁰⁵ V. les critiques de Ph. LE TOURNEAU, *Contrats portant sur une chose, Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, p. 1420, n° 6148.

⁷⁰⁶ M. FRÉMONT, *Droit allemand des affaires*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 107; V. *supra* n° 339.

⁷⁰⁷ Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*

b. L'intervention du tiers

375. Les contentieux précontractuels ne restent pas réservés aux seules parties, mais peuvent s'étendre aux tiers. Ils peuvent aussi bien devenir victimes d'un dommage précontractuel que d'être les auteurs d'un fait nuisible aux parties à la négociation. Est immédiatement exclue l'hypothèse spécifique d'une action du mandant à l'encontre du négociateur professionnel spécialement mandaté à cet effet. Le mandant et le négociateur étant liés par un contrat de mandat, cette action ne peut présenter qu'une nature contractuelle. D'autant que la qualification est facilitée par l'existence d'une convention spéciale⁷⁰⁸, accueillant expressément la gestion de cette relation. Sont envisagées ici les hypothèses où le tiers n'agit pas en tant que représentant.

376. Dans un contexte international et commercial, les contrats évoluent en interdépendance. Il n'est pas rare que la conclusion d'un contrat soit subordonnée à la réussite d'une seconde opération contractuelle. L'échec des négociations portant sur un prêt peut entraîner la faillite du projet de contrat principal, dès lors que les sommes prêtées ont pour objet de financer ledit contrat. La survenance d'un événement perturbant les relations entre le prêteur et l'emprunteur crée ainsi un préjudice à l'encontre du tiers, partie au contrat principal. La difficulté de qualification n'est pas, dans cette hypothèse, spécifique aux pourparlers. Elle repose sur la question de savoir si ce lien suffit pour admettre une action du tiers sur un fondement contractuel, alors qu'il n'est pas partie au contrat litigieux. Pour raisonner sur l'exemple précité, il s'agit de s'interroger sur la possibilité d'une action contractuelle du tiers à l'encontre du prêteur ou de l'emprunteur, responsables de l'échec des pourparlers portant sur le prêt. Cette question n'est pas dépendante de l'existence des pourparlers, mais concerne plus spécifiquement la question de la possible extension du contrat au tiers. La réflexion pourra s'appuyer sur le débat portant sur la transmission de l'action contractuelle aux tiers dans les chaînes de contrats. A ce stade de la réflexion, et avant toute analyse de la jurisprudence sur ce point, il est tout de même possible d'argumenter en faveur d'une qualification délictuelle. Quelle que soit la notion plus ou moins extensive de contrat retenue par les différents droits, la volonté de s'engager demeure un critère déterminant. Or, cet élément est absent de la relation entre le tiers et les parties. Retenir une telle qualification se justifie en droit interne par une volonté de protection du tiers lésé si le régime de la responsabilité contractuelle lui est plus favorable. En droit international privé, la résolution du conflit de lois ou de juridictions ne répond pas aux mêmes objectifs. La règle de conflit de juridiction adoptée s'attache à assurer une proximité géographique entre le litige et la juridiction concernée, et la règle de conflit de lois s'inquiète de la prévisibilité de la solution pour les parties et surtout de la reconnaissance de la décision rendue⁷⁰⁹.

⁷⁰⁸ Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, faite à La Haye le 14 mars 1978, *JO* 8 mai 1992, p. 6307.

⁷⁰⁹ B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé – étude dans le domaine du conflit de lois*, Thèse, Paris II, 2008, p. 23, n°44.

377. Cette recherche ne porte donc pas sur une volonté d'ouvrir au tiers la voie contractuelle et ne justifie pas l'accueil d'une telle qualification. D'autant que le tiers peut être lui-même à l'origine du dommage précontractuel. Il est en effet possible que l'échec des négociations trouve sa cause dans les agissements d'un tiers. Cette hypothèse se présente notamment lorsque le tiers entretient des négociations parallèles avec une partie, que les tractations soient libres⁷¹⁰ ou que les parties soient engagées par un accord de principe⁷¹¹ ou un pacte de préférence⁷¹². Entre les qualifications délictuelle et contractuelle, l'analyse se dirige vers une qualification délictuelle. Pourtant, le contentieux précontractuel ne se limite pas à la confrontation de ces deux catégories ; d'autres questions peuvent intervenir à l'instar de la capacité.

2. LA CAPACITE A CONTRACTER

378. Lors des pourparlers, des difficultés de qualification peuvent également se présenter lorsque la question porte sur la capacité d'une partie aux négociations. Il est possible d'hésiter entre classer la demande sous la catégorie statut personnel ou lui préférer le contrat ou l'organisation de la société. Une personne physique peut engager des pourparlers, voire même conclure un contrat préparatoire, alors que l'incapacité qui la frappe ne lui permet pas d'adopter un tel comportement.

L'incapacité peut être considérée comme la situation juridique dans laquelle se trouve une personne dont les engagements, soit en raison de son jeune âge, soit en raison de la défaillance de ses facultés mentales, sont nuls ou annulables et qui, pour ce motif, se trouve placée sous un régime légal de protection. Lorsqu'une personne physique contracte alors qu'elle est frappée d'incapacité, il est possible d'envisager l'étude de cette question sous l'angle du statut personnel ou de la matière contractuelle. En effet, l'incapacité à négocier et conclure le contrat envisagé peut s'analyser comme une question relative à l'incapacité ou à un vice de consentement. Le droit français place l'exigence de capacité, au même titre que les trois autres conditions de validité des contrats, à l'article 1108 du Code civil. La qualification contractuelle de l'étude de la capacité n'étonnerait donc pas.

379. Dans le cadre des pourparlers, deux situations doivent être distinguées. Si la défaillance a pour origine un événement présentant un lien direct avec le contrat qui vient altérer la lucidité de la partie qui négocie, l'analyse s'orientera vers l'existence d'un vice de consentement. L'absence de consentement valable, lorsqu'il a pour cause l'allégation de fausses informations, n'atteint les facultés de la victime que pour l'opération visée et ne s'étend pas à d'autres actions. Au contraire, la minorité d'une partie crée un empêchement de

⁷¹⁰ Cass. com., 26 nov. 2003, Manoukian, *Bull. civ.* IV, n° 186; R., p. 391; D. 2004. 869, note A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE; *ibid.* Somm. 2922, obs. E. LAMAZEROLLES; *JCP* 2004, I, 163, n° 18, obs. G. VINEY; *JCP E* 2004, p. 738, note Ph. STOFFEL-MUNCK; *ibid.*, p. 601, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY ET G. WICKER; *Dr. & patr.*, mars 2004, p. 102, obs. D. PORACCHIA; *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. MESTRE et B. FAGES; *Rev. Sociétés* 2004, p. 325, note N. MATHEY; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. MAZEAUD.

⁷¹¹ *Texaco Inc. v Pennzoil Co*, [1986], 784 F.2d 1133, pour une description des faits, v. n° 237.

⁷¹² V. la jurisprudence citée, notes précédentes.

contracter qui s'étend au-delà du contrat négocié à l'ensemble des actes envisagés par le mineur.

De plus, pour retenir la qualification la plus adéquate, il ne suffit pas de raisonner sur les définitions retenues. Il est nécessaire d'anticiper les conséquences d'une telle qualification sur la règle de conflit dont elle entraîne la compétence en analysant sa fonction. La fonction d'une règle de conflit s'apprécie au regard du critère de rattachement qu'elle retient. Il est censé représenter le critère le plus opportun pour déterminer la loi applicable à une question donnée. Concernant le problème posé par l'absence de capacité à négocier ou à conclure un avant-contrat, il s'agit de se demander si l'analyse de cette question doit être réalisée au regard de la nationalité de la partie, conformément aux questions de capacité, ou à la loi du contrat, en traitant cette question sous l'angle des vices du consentement. Il faut comme précédemment distinguer deux hypothèses. Si la partie est frappée d'une incapacité due à une défaillance de ses facultés, sans relation directe avec le contrat, comme un placement sous tutelle, alors l'intensité de la protection accordée ne devrait pas varier suivant la loi applicable au fond à l'acte considéré. Il est donc préférable de retenir la loi nationale de l'incapable⁷¹³. Si, au contraire, la défaillance a pour origine l'intervention d'un événement lié à la formation du contrat, la loi du contrat est plus appropriée. En effet, dans l'hypothèse d'un manquement au devoir d'information précontractuel, l'évaluation de l'exhaustivité des informations à fournir doit relever de la loi du contrat puisque c'est aux parties de déterminer les modalités de formation de leur contrat.

380. De même, si l'hypothèse concerne une personne morale, cette interrogation pourrait relever de l'organisation interne de la société. Il est alors nécessaire d'analyser la notion d'incapacité pour apprécier si son domaine peut s'étendre à ces demandes. Si l'hypothèse concerne des négociations entreprises par une personne morale, le problème s'analyse en une évaluation de l'étendue des pouvoirs des dirigeants dans l'engagement de la société. La faculté de négocier et de contracter au nom et pour le compte de la société ne résulte pas de l'attribution d'une capacité par le droit commun. Elle a été volontairement conférée par la société qui répartit les droits et obligations de chacun des dirigeants. Dès lors que la question de la capacité d'une partie dépendra d'un droit attribué spécifiquement par la société et non par le droit commun, la qualification devra s'orienter vers une considération de l'organisation de la société et non de la capacité personnelle de la partie aux négociations.

381. Concernant le pouvoir des dirigeants d'engager la société, la *lex societatis* semble la plus adéquate pour traiter cette question. Le contrôle des pouvoirs des dirigeants ne se justifie pas par une volonté de protection de la société concernée, comme en matière de capacité, mais par les nécessités d'assurer le respect de l'organisation interne de la société et ses rapports avec les tiers. Un tel contentieux se résout par l'analyse de l'étendue des pouvoirs attribués au dirigeant social. Il intéresse donc directement le droit des sociétés au détriment de la *lex contractus*.

⁷¹³ V. arrêt *Silvia*, Cass. civ., 25 juin 1957 B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, 5^{ème} éd., 2006.

Enfin, il est possible que les pourparlers soient menés par un représentant extérieur. Ce dernier agira pour le compte des parties à la négociation qui resteront seules à être engagées par la conclusion du contrat. Le représentant doit dès lors avoir été mandaté à cette fin. S'il excède ses pouvoirs, il engagera sa responsabilité envers le représenté. Cette question ne concerne pas le contrat principal mais le manquement aux obligations imposées par le contrat de représentation. Elle dispose bien d'une nature contractuelle, mais regarde un autre contrat, totalement indépendant. Ce rapport de droit s'intègre donc dans une catégorie existante, la matière contractuelle, facilitant ainsi sa qualification.

Toutes les questions précontractuelles ne permettent pas une telle intégration dans des catégories existantes. En effet, d'autres questions ne peuvent s'inscrire dans aucune de ces catégories et nécessitent, de ce fait, la création d'une qualification *sui generis*.

§2. LES QUESTIONS EXIGEANT UNE QUALIFICATION *SUI GENERIS*

382. La diversité du contentieux de la négociation conduit au traitement d'hypothèses dont les éléments constitutifs ne permettent pas une qualification tranchée entre les matières contractuelle et délictuelle. Lorsque l'existence même du contrat est atteinte par l'intervention d'un doute sur sa formation ou d'un vice sur sa validité, la qualification se complexifie. S'il semble en effet opportun d'attribuer à la loi du contrat le soin d'apprécier sa propre formation, il reste paradoxal de conserver une interprétation contractuelle lorsque la demande a pour objet de mener à la disparition dudit contrat. Pourtant, ces difficultés doivent être surmontées pour que puissent être déterminées les règles de conflit applicables à de tels litiges. L'analyse du cas délicat de la reconnaissance de l'existence d'un contrat (A) et du traitement de la violation des obligations précontractuelles (B) reste essentielle pour parvenir à la qualification de l'ensemble du contentieux né des négociations.

A. LA RECONNAISSANCE DE L'EXISTENCE D'UN CONTRAT

383. La phase des pourparlers s'initie par l'entrée en discussion et se conclut par la formation du contrat ou par l'échec des négociations. Cette intervention des tractations peut consister aussi bien en un retrait unilatéral qu'en un commun accord entre les parties. La conclusion du contrat principal doit être identifiée puisque son intervention marque la fin de la période précontractuelle. Or, la diversité des échanges menés au cours des tractations trouble la compréhension de la portée du discours entre les parties. Une simple proposition peut être considérée comme une véritable promesse engageant la responsabilité de son auteur. De même, la réponse apportée à une offre peut constituer une acceptation certaine, déclenchant la formation du contrat, à l'insu des parties⁷¹⁴. Ce constat nécessite l'interprétation de la volonté incertaine des parties pour contrôler une éventuelle intervention

⁷¹⁴ J.-A. ALBERTINI, « Les mots qui vous engagent... », *D.* 2004 p. 230.

du contrat (1). Mais il est également envisageable qu'une partie cherche à se retirer des discussions pour mettre fin aux pourparlers. Or, certains droits refusent de reconnaître la persistance d'un droit de retrait dès lors que les tractations ont atteint une certaine avancée. La rétractation neutralisée peut ainsi conduire à la conclusion forcée du contrat, compliquant davantage la distribution entre les qualifications contractuelle et délictuelle (2).

1. L'INTERPRETATION DE LA VOLONTE INCERTAINE D'UNE DES PARTIES

384. La phase précontractuelle évolue à travers l'échange de multiples documents entre les parties à la négociation. L'ambiguïté de cette période de doute s'exprime à travers le caractère équivoque de la rédaction empruntée. Dans un tel contexte, il apparaît délicat de reconnaître entre les lignes transcrites une véritable volonté de s'engager et de distinguer une simple proposition d'une offre ferme. Le principe du consensualisme reconnaît la conclusion du contrat dès qu'un accord de volonté sur les éléments essentiels du contrat est atteint⁷¹⁵. Ainsi, une analyse plus précise du contenu d'un document précontractuel peut permettre de conclure à la formation du contrat, à l'insu de son auteur. La reconnaissance de la conclusion d'un contrat définitif dépend alors de la loi applicable à cette question qui circonscrit les conditions de formation du contrat ou, au contraire, impose la réalisation de certaines formalités. Il est également à relever qu'un litige peut naître justement à l'occasion de la réalisation de ces formalités. C'est l'hypothèse où une partie, après acceptation verbale ou concrétisée dans un document privé, refuse de perfectionner le contrat en reproduisant l'accord sous la forme solennelle qu'exige la loi applicable. Dans cette hypothèse, la qualification contractuelle semble la plus adaptée puisque la loi du contrat est la plus à même de désigner les modalités de sa formation. Cependant, il semble paradoxal de retenir une qualification contractuelle, alors que la solution au fond peut constater l'absence de contrat. Pour cette hypothèse, les qualifications tant contractuelle que délictuelle restent inadaptées.

385. Le régime de l'offre et de l'acceptation rencontre une difficulté similaire. Cette question présente une importance considérable puisque leur rencontre scelle la formation du contrat définitif. Il est donc essentiel de pouvoir constater avec certitude le caractère immuable d'une offre ou l'effectivité d'une acceptation. Or, la question de la libre révocabilité de l'offre⁷¹⁶, comme l'accueil réservé à l'acceptation tacite d'un contrat⁷¹⁷,

⁷¹⁵ J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 1998, 9^{ème} éd., tome II, n° 127; B. LASSALLE, « Les pourparlers », *Revue de recherche juridique*, droit prospectif, 1994, n° 3, p. 825.

⁷¹⁶ Sur ce point v. notamment, Cass. civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, qui donne toute sa force à un engagement unilatéral et volontaire de maintenir une offre pendant un délai déterminé sans lui conférer pour autant la valeur d'un engagement contractuel; *D.* 2008, p. 2965, note B. FAUVARQUE-COSSON, S. AMRANI MEKKI; *D.* 2009, p. 440, note M.-L. MATHIEU-IZORCHE; *RTD civ.* 2008, p. 474, note B. FAGES.

⁷¹⁷ Reconnaissance d'une valeur d'acceptation au silence circonstancié : Pour une application en droit français, v. Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, n° 02-15.188, *Bull. civ.* I, n° 223; *D.* 2006, p. 1025, note A. BENSAMOUN; *JCP* 2005, I, 194, n° 1, obs. C. PERES-DOURDOU, *CCC* 2005, comm., p. 165, obs. L. LEVENEUR; *RDC* 2005, p. 1007, obs. D. MAZEAUD; Comp. art 2.1.6 (3) des Principes UNIDROIT : « Cependant, si, en

rencontrent des différences de traitement. Une partie à la négociation pourra se voir obligée d'exécuter un contrat, alors même que son offre avait été rétractée, simplement parce que la loi applicable a neutralisé ce retrait⁷¹⁸. Une qualification contractuelle semble s'imposer alors. Pourtant, si les dispositions du droit applicable reconnaissent la révocation de l'offre et constatent l'absence de contrat, une qualification délictuelle semble bien plus pertinente. Une telle dichotomie n'est pas admissible. Faire dépendre la qualification du résultat de la solution au fond, alors qu'elle constitue justement le prélude à la désignation de la règle de conflit déterminant la loi applicable, s'oppose au fonctionnement du droit international privé. C'est de la qualification que doit dépendre la désignation de la loi applicable. Aussi est-il nécessaire d'établir une qualification *sui generis* à mi-chemin entre ces deux qualifications.

386. Ce raisonnement peut être étendu à toutes les hypothèses fondées sur la reconnaissance de l'existence d'un contrat. L'appréciation de la portée de certains documents constitue une question épineuse de la phase précontractuelle. La rédaction maladroite d'une lettre d'intention peut générer un engagement de son auteur, alors que ce dernier a cherché expressément à minimiser son implication. A l'occasion de l'affaire Péchiney⁷¹⁹, les négociateurs ont vu leur engagement consacré par les juridictions françaises, alors que l'accord conclu, intitulé « *heads of agreement* », n'avait pas justement pour objectif de constituer une promesse d'achat. Comment justifier ici une qualification contractuelle alors que les parties ont exprimé leur souhait de se soustraire à tout engagement ? Une telle solution serait dépourvue de cohérence.

Pour apprécier l'existence d'un engagement contractuel, qu'il s'agisse du contrat principal ou d'un avant-contrat, aucune des qualifications existantes en droit international privé ne paraît adaptée. La qualification délictuelle ne traduit pas la relation existante entre les parties à la négociation, alors que la qualification contractuelle semble compromise dès lors que l'existence même du contrat est remise en cause. D'autant plus que cette qualification conduit à désigner la loi choisie par les parties. Or s'il subsiste un doute quant à l'existence du contrat, il est difficile de reconnaître un choix par les parties de la loi applicable à un contrat qu'elles contestent avoir conclu. Cette ambiguïté perdure lorsque la demande porte sur la sanction du retrait des négociations.

2. LA SANCTION DU RETRAIT D'UNE DES PARTIES

387. Pour celui qui s'intéresse au conflit de qualification entre les matières contractuelle et délictuelle, l'hypothèse de la rupture des pourparlers représente une illustration idéale. La

vertu de l'offre, des pratiques établies entre les parties ou des usages, le destinataire peut, sans notification à l'auteur de l'offre, indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli » ; V. les illustrations proposées par les commentaires officiels des Principes UNIDROIT, pp. 44 et s. Disponible sur : <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-f.pdf>.

⁷¹⁸ V. *supra* nos 245 et s.

⁷¹⁹ CA Chambéry 23 févr. 1998, *JCP E* 1998, n° 37, p. 1378 ; *Chronique Technique contractuelle* 1999, p. 169, n° 2.

question peut se résumer à se demander si les parties doivent être considérées comme ayant rompu un engagement de nature contractuelle. La nature hybride de la rupture des pourparlers, qui adopte plusieurs formes, complexifie davantage l'opération de qualification.

388. Il est très fréquent que la demande porte, non sur une rupture fautive, mais sur une rupture inefficace, ce que Bernard Haftel⁷²⁰ a appelé respectivement « faute de rupture » et « faute de négociation »⁷²¹. Selon cet auteur, la faute de négociation envisagerait les circonstances de la rupture. Elle concernerait notamment la sanction d'une rupture trop précoce ou trop tardive, la poursuite des négociations sans véritable intention de contracter. La violation d'un devoir de loyauté et de confidentialité. La faute de rupture au contraire, toujours selon Bernard Haftel, intéresserait la sanction de la rupture en elle-même, indépendamment des circonstances dans lesquelles elle intervient. L'auteur de la rupture a exprimé son souhait de se retirer des négociations, alors qu'il ne le pouvait plus. Il était déjà engagé par un contrat. Il ne s'agit plus, dès lors, de sanctionner une faute mais de faire exécuter un contrat valablement formé.

389. Cette distinction est intéressante mais quelque peu insuffisante. Distinguer la faute de rupture des autres contentieux est pertinent puisqu'elle intéresse directement la reconnaissance du contrat, même s'il aurait été sans doute plus explicite, quoique moins esthétique, de retenir le terme de « rupture inefficace ». Cependant, regrouper l'ensemble des autres fautes précontractuelles susceptibles d'être sanctionnées, aussi hétérogènes soient-elles, sous une même catégorie, reste insuffisant. Il est nécessaire de distinguer parmi les fautes de négociation. Certaines portent directement sur la rupture des pourparlers. Elles concernent les cas où une partie se retire brutalement et sans justification des discussions alors que son comportement laissait légitimement supposer une conclusion imminente du contrat. D'autres concernent la gestion de l'échange des informations au cours des tractations. Ces fautes intéressent aussi bien le traitement de l'émission que celui de la réception des informations. En effet, pour établir un consentement éclairé, il est indispensable que les parties s'informent mutuellement des caractéristiques du projet envisagé. Mais les données transmises doivent recevoir une protection, par l'imposition d'un devoir de secret qui sanctionne la révélation de renseignements confidentiels mais aussi leur utilisation à titre personnel. En conclusion, si l'on cherchait à classer les fautes commises lors des négociations en reprenant le canevas déjà entamé par Bernard Haftel, il serait intéressant de distinguer entre les hypothèses de « rupture inefficace » et celles de « négociation fautive », au sein desquelles il serait opéré une subdivision entre les « fautes liées à la rupture » et les « fautes liées à l'échange d'informations ».

390. Si la question de l'efficacité de la rupture renvoie directement à la question de l'existence du contrat principal et semble orienter vers une qualification contractuelle, il ne faudrait pas en déduire trop rapidement qu'à l'inverse, la négociation fautive relève de façon

⁷²⁰ B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé – étude dans le domaine du conflit de lois*, Thèse, Paris II, 2008.

⁷²¹ O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004, p. 187.

évidente de la matière délictuelle. En effet, certains droits considèrent que les parties à la négociation peuvent être engagées si intensément qu'aucun retrait ne pourra être opéré. Il ne s'agit pas de reconnaître la formation du contrat mais de sanctionner le retrait anticipé des négociations par leur maintien⁷²². Le droit hollandais envisage la période de pourparlers comme étant formée de trois étapes distinctes. Lors de la première, les parties bénéficient d'une liberté contractuelle entière et peuvent donc se retirer des négociations sans être nullement inquiétées. Dans une seconde phase, les parties peuvent toujours rompre les pourparlers, mais sous réserve d'engager leur responsabilité en cas de préjudice causé à l'autre partie. Enfin, dès lors que sera atteinte une troisième étape, les parties perdront définitivement leur droit de rupture des pourparlers⁷²³. Elles seront considérées comme étant déjà engagées et leur retrait sera neutralisé. Dans ces conditions, il est difficile de conserver une qualification délictuelle pour une telle hypothèse de rupture des pourparlers. Ce qui démontre, une fois de plus, que certains contentieux de nature précontractuelle présentent une qualification hybride.

391. Il apparaît absolument inconcevable de rattacher la période de négociations à la matière contractuelle. Cela reviendrait à considérer le contrat comme conclu, alors que la difficulté réside justement dans l'existence de cette position ambiguë, les parties ne restant pas totalement inconnues l'une de l'autre, mais demeurant cependant libres de toute relation. Ce raisonnement venant annihiler la substance même du principe de liberté contractuelle, ne peut donc, en théorie, se voir retenu⁷²⁴. Considérer que l'auteur d'une rupture fautive des pourparlers doit se voir sanctionné sur un terrain contractuel revient à lier les parties entre elles dès l'initiation des discussions. Or, le principe régissant les pourparlers reste la liberté contractuelle. Ce principe est reconnu en tant que tel par l'ensemble des droits nationaux⁷²⁵ et internationaux⁷²⁶, quel que soit le degré d'exigence de bonne foi qu'ils requièrent pour équilibrer les relations entre les parties et introduire une certaine sécurité juridique au sein des pourparlers. Reconnaître une union des parties avant la formation du contrat définitif nuirait à

⁷²² Gerechtshof Amsterdam, 7 mai 1987, *NJ* 1988, p. 430; Pour une version anglaise de la décision, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pp. 275 et s.; Dans le même sens, Gerechtshof Arnhem, 14 nov. 1983, *NJ* 1984, p. 499.

⁷²³ Hoge Raad, 18 juin 1982, *NJ* 1983, p. 723, note C. J. H. BRUNNER; *AA*. 32 1983, p. 758, note P. VAN SCHILFGAARDE; Pour une version anglaise de la décision, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *op. cit.*, pp. 262-263 et la note pages suivantes; J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *Precontractual liability in European private law, op. cit.*, pp. 46 et s.; S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 246; Comp. la décision du Hoge Raad du 14 juin 1996, qui semble limiter la portée de la jurisprudence antérieure, citée par M. PAZ GARCIA, M. OTERO CRESPO, « La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo », *Revista para el análisis del derecho*, 2010, n°1.

⁷²⁴ B. BOURDELOIS, « Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Ph. MALAURIE*, Defrénois, 2005, pp. 107 et s.

⁷²⁵ Pour le droit français, v. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, 2004, n° 28, p. 55; G. DURRY, obs. à la *RTD civ.* 1972, p. 779; P. MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTDcom.* 1998, p. 243; Comp. en droit américain, E. A. FARNSWORTH, « *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations* », *Colum. L. Rev.* 1987, pp. 217 et s., spéc. p. 222.

⁷²⁶ CVIM, Principes UNIDROIT et Principes du droit européen des contrats.

l'expression de la liberté contractuelle, puisque les parties seraient déjà considérées comme unies entre elles.

De plus, une qualification contractuelle conduirait à soumettre l'action en responsabilité à la loi du contrat. Plusieurs difficultés se présentent alors. Tout d'abord, il sera délicat de mettre en œuvre la loi d'autonomie. A ce stade des pourparlers, il est rare que les parties aient déjà procédé à un choix de loi applicable à leur futur contrat, le principe ne serait pas applicable. Si toutefois les parties s'étaient déjà accordées sur une loi applicable, la valeur à accorder à un tel choix serait problématique puisque, par hypothèse, le contrat n'est pas formé. En l'absence d'un choix de loi, il faudrait alors donner compétence à la loi du débiteur de la prestation caractéristique⁷²⁷, ce qui crée un déséquilibre entre les parties puisque cette désignation favorise l'une des parties au détriment de l'autre⁷²⁸.

Enfin, cette qualification ne correspond pas aux objectifs de préservation de la libre concurrence. Pour assurer l'effectivité du commerce international, il est essentiel que les parties puissent interroger d'autres concurrents pour que les offres proposées se présentent sous les formes les plus compétitives possibles. Il est également important que les parties ouvrent les discussions à d'autres professionnels pour éviter que les échanges ne soient restreints à un certain nombre de professionnels et que le commerce international évolue en milieu clos. Envisager les pourparlers sous l'angle contractuel risque de créer des situations d'exclusivité et de générer une certaine frilosité au niveau des acteurs du commerce international. Pour échapper à tout engagement de leur responsabilité en cas d'échec des pourparlers, les parties adopteront certainement un comportement protectionniste. En pratique, la qualification contractuelle entraîne donc des conséquences déplorable.

392. Pourtant, retenir une nature délictuelle aux pourparlers, en évinçant totalement l'idée même de l'existence d'un embryon de contrat, alors que la rupture des pourparlers surgit la veille de sa conclusion, après une longue et fastidieuse période de négociations⁷²⁹, peut sembler inapproprié. Il est également possible de relever que si la responsabilité délictuelle incombe à toute personne qui violerait la règle générale *alterum non laedere*, la responsabilité précontractuelle ne peut être invoquée qu'à l'égard d'une personne qui entretiendrait un rapport particulier avec la victime, résultant de la négociation du contrat⁷³⁰. Le devoir de négocier de bonne foi, de même que celui de ne pas rompre les négociations en l'absence de justification, ne sont pas en effet des devoirs généraux destinés à l'ensemble du public, mais de véritables obligations entre les parties à la négociation. Or, l'effectivité d'une obligation

⁷²⁷ Suivant les dispositions de l'article 4, alinéa 2, Règlement Rome I.

⁷²⁸ En ce sens, v. H.-U. JESSURUN D'OLIVEIRA, « Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention », *Am. J. of Comp. Law* 1977, p. 303, qui retient que ce rattachement qui favorise systématiquement la partie la plus forte doit être considéré comme léonin; *Contra* P. LAGARDE, qui relève que ce droit n'est pas forcément favorable au débiteur de la prestation caractéristique, *in* « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991, p. 287.

⁷²⁹ Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, *Bull. civ.* IV, n° 93; *JCP G* 1973, II, 17543, note J. SCHMIDT; *RTD civ.* 1972, p. 779, obs. G. DURRY; Comp. CA Rennes, 29 avr. 1992, *JCP G* 1993, IV, n° 1520.

⁷³⁰ V. sur ce point les arguments avancés par le défendeur, la société HWS, dans l'affaire *Tacconi*, CJCE, 17 sept. 2002, C-334/00, rapportés par l'avocat général Geelhoed dans ses conclusions présentées le 31 janv. 2002.

n'est pas subordonnée à l'existence d'un contrat, mais peut être directement issue de la loi. Dans le cadre des pourparlers précontractuels, l'obligation de négocier de bonne foi repose sur l'existence d'un lien social entre les parties à la négociation⁷³¹. Le manquement à un devoir précontractuel pourrait, dès lors, être traité comme un manquement contractuel⁷³². L'initiation des pourparlers engendrerait la formation d'un contrat tacite entre les parties à la négociation⁷³³ qui obligerait les parties à supporter la réparation des préjudices générés lors des tractations. Il trouverait pour fondement cette relation de confiance qui unit les parties dès l'entrée en discussion et les oblige ainsi à assumer les conséquences de leur comportement⁷³⁴. C'est d'ailleurs un raisonnement semblable qu'adopte la *common law* en sanctionnant la partie qui aurait agi lors des pourparlers en contradiction avec les attentes légitimes qu'elle avait suscitées auprès de l'autre partie sur le fondement de l'*estoppel*⁷³⁵. C'est ce lien créé par les pourparlers qui conduit, à un certain avancement, à la reconnaissance d'une promesse entre les parties.

De plus, si l'on s'intéresse aux obligations imposées aux parties au cours des négociations, il apparaît que le respect d'un devoir général de bonne foi ne résulte que d'une extension du principe général de bonne foi reconnu en matière contractuelle. Les droits qui accueillent un tel devoir retiennent deux solutions : soit ils étendent l'obligation générale de bonne foi contractuelle à la phase précontractuelle, soit ils disposent d'une obligation spécifiquement dédiée aux pourparlers⁷³⁶ mais qui s'inspire du principe général en matière contractuelle. Finalement, l'obligation majeure imposée aux parties pendant les négociations est similaire à celle qui est exigée au cours de l'exécution du contrat. Il semble alors qu'une qualification contractuelle puisse être retenue.

D'autant que la qualification délictuelle n'est pas exempte de critiques non plus. Elle conduit en effet à retenir la loi du lieu de survenance du délit. Il s'entend aussi bien du lieu du fait générateur que de celui du dommage. Or, il est possible que ce lieu soit tout à fait fortuit. Sans oublier les difficultés soulevées par la détermination du lieu du dommage : il peut être par exemple localisé au lieu du domicile de la victime ou même du lieu d'exécution du contrat⁷³⁷.

393. La qualification en droit international ne s'est donc pas présentée comme une évidence, mais au contraire, correspond au résultat des débats doctrinaux que cette épineuse question a traversés. L'illustre parfaitement l'exemple de la discussion en droit interne français relative à la nature de la responsabilité engagée au cours des négociations contractuelles. Le professeur Jacques Mestre a proposé d'étendre la responsabilité contractuelle à la période de pourparlers afin d'imposer un devoir général de bonne foi fondé sur l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Son raisonnement pouvait séduire puisqu'il

⁷³¹ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2^{ème} éd., Giuffrè, 1997, pp.181-182.

⁷³² G. AFFERNI, note ss l'arrêt *Tacconi*, *ERCL* 2005, pp. 96 à 109, spéc. p. 100.

⁷³³ B. WINDSCHEID, *Lchrbuch des Pandektenrechts*, 6^{ème} éd., Frankfurt, Rütten & Loening, 1887.

⁷³⁴ P. ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1911, pp. 53-54.

⁷³⁵ V. *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd*, [1947], 1 KB 130; *Drennan v. Star Paving Co.*, Supreme Court of California, [1958], 51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757; *JT Developments v. Quinn*, [1991], 62 P & CR 33.

⁷³⁶ V. par exemple, l'art 1337 du *Codice civile* : lors du déroulement des pourparlers et de la formation du contrat, les parties doivent adopter un comportement conforme à la bonne foi.

⁷³⁷ Sur ces questions, v. nos 609 et s.

considérerait que l'exigence d'une exécution de bonne foi des contrats restait dépourvue de sens dès lors que cette bonne foi ne s'imposait pas lors de la formation même du contrat⁷³⁸.

Autre proposition plus originale : celle du Doyen Carbonnier qui envisageait le rattachement des fautes commises durant la phase de pourparlers à la responsabilité contractuelle dans la seule hypothèse où l'accord négocié serait finalement conclu. Le rattachement serait donc subordonné à la conclusion du contrat. A défaut, la responsabilité délictuelle serait retenue. Cette solution n'a pas été favorablement accueillie, puisqu'il restait illogique de faire dépendre la nature de la responsabilité de la conclusion éventuelle du contrat. L'on peut également citer un autre critère envisagé par le professeur Fabre-Magnan qui distingue les manquements enrayant la bonne exécution du contrat, qui seraient sanctionnés sur le terrain contractuel, de ceux agissant sur la formation du contrat, relevant du domaine délictuel. Si cette proposition s'avère judicieuse en matière d'obligation d'information, elle reste inefficace face aux hypothèses de ruptures abusives des pourparlers qui n'ont d'autres conséquences que de faire échec à la formation du contrat.

Enfin, la doctrine française s'est unanimement accordée sur le critère chronologique qui, si l'on peut lui reconnaître sa simplicité, favorable à une prévisibilité des solutions, reste critiquable quant à sa pertinence. Retenir que la responsabilité demeurera inévitablement délictuelle dès lors que le contrat n'a pas été formé, alors que l'accord négocié a fait l'objet d'une très longue période de discussions, reste peu adapté à la réalité juridique, même s'il permet d'assurer le respect de la liberté contractuelle au sein des pourparlers tout en réservant l'importance de l'engagement contractuel. Aussi, l'hypothèse de la rupture des pourparlers ne peut définitivement s'inscrire dans aucune des catégories existantes et nécessite la création d'une qualification *sui generis* à la croisée des qualifications contractuelle et délictuelle.

394. Un tel besoin de catégorie spéciale se retrouve également dans un stade plus avancé des pourparlers, lorsque les parties ont formulé une offre. Il est possible de considérer, dans une première approche, que le contrat ne pouvant se former qu'après sa rencontre avec une acceptation, la question du retrait de l'offre ne peut être analysée que sous un angle délictuel. Cette vision correspond à l'interprétation des juristes français de la libre révocabilité de l'offre⁷³⁹. Cependant, dans certaines hypothèses, la proposition formulée par une partie au cours des négociations est considérée irrévocable. Dès lors, le retrait de l'offrant sera

⁷³⁸ P. MOUSSERON, « Négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.* 1998, p. 249.

⁷³⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 3 févr. 1919, *DP* 1923, 1, 126; V. déjà Cass. civ. 1^{ère}, 21 déc. 1846, *DP* 1847, 1, 19; Comp. Cass. civ. 3^{ème}, 20 mars 1979, *Bull. civ.* III, n° 72; Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 1984, *ibid.* I, n° 193; CA Aix-en-Provence, 13 janv. 1983, *JCP* 1984, II, 20198, note F. GIVORD; En doctrine, v. Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 470; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 116; J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. 4, n° 35; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 305; J. Flour, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 139; H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, t. 2, 1^{er} vol., n° 135; Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 239; A. BENABENT, *op. cit.*, n° 59; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 89; Comp. En droit anglais, *Routledge v. Grant*, [1828], 4 Bing 653; confirmé par *Dickinson v. Dodds*, [1876], 2 ch. D 463, la juridiction anglaise a reconnu que l'offrant qui avait promis de maintenir l'offre pendant un délai prédéterminé n'avait pas l'obligation d'honorer sa promesse en maintenant l'offre jusqu'à l'expiration de ce délai; V. aussi dans le même sens, *Byrne & Co v. Van Tienhoven & Co*, [1880], 5 CPD 344, jugeant que l'offre peut être librement rétractée même en présence d'un délai fixé par l'offrant.

sanctionné par le maintien de l'offre qui conduira inévitablement à la formation du contrat⁷⁴⁰. En effet, le demandeur qui cherche à obtenir le maintien forcé de l'offre s'empressera de l'accepter pour former le contrat dès le prononcé de la décision. Dans un tel contexte, la question de la sanction du retrait anticipé de l'offre s'apparente à une reconnaissance de l'existence du contrat. Suivant cette interprétation, il semble délicat de trancher fermement en faveur de l'une ou l'autre des qualifications. Retenir une qualification contractuelle alors que les parties s'accordent sur le fait qu'aucune acceptation n'est encore venue féconder l'offre, paraît inopportun. Pourtant, placer le retrait de l'offre sous un traitement délictuel, alors que sa sanction conduit à l'exécution forcée du contrat semble tout aussi contradictoire.

395. Enfin, il ne faudrait pas oublier que l'échec des pourparlers n'est pas obligatoirement fautif. Le contentieux ne portera pas sur une quelconque recherche de l'auteur du préjudice, qui n'existe pas, mais sur un rééquilibrage de la situation des parties afin de les replacer dans l'état où elles se trouvaient avant l'ouverture des pourparlers. Tel est le dessein de l'enrichissement sans cause qui corrige la situation qui survient lorsqu'une partie s'est enrichie au détriment d'une autre dont l'appauvrissement qui en résulte ne trouve aucune justification. Compte tenu de la longueur de certaines négociations, il est possible que les parties décident d'initier l'exécution du contrat avant sa conclusion. Le vendeur d'un immeuble peut accepter que le futur acquéreur emménage avant que la vente ne soit définitivement conclue. En cas d'échec de l'opération contractuelle, l'acquéreur devra l'indemniser en lui versant les loyers correspondant à la période d'occupation⁷⁴¹; de même si le futur acquéreur démarre des travaux de rénovation avant la vente. Il est également envisageable qu'une partie en toute bonne foi ait réellement cru que le contrat avait été formé et ait, dès lors, commencé à l'exécuter.

Il semble impossible de conférer une nature contractuelle à l'enrichissement sans cause puisqu'une telle action repose justement sur la démonstration de l'absence de contrat entre les parties. Pourtant, la situation naît d'une exécution anticipée du contrat dans les conditions exactes auxquelles il aurait été réalisé si sa formation n'avait pas été avortée. Dès lors, même si le contrat n'a pas été réellement formé, s'est créée une apparence de contrat qui permet en pratique de déterminer la *lex contractus* en raisonnant sur la fiction ainsi produite. Ce qui milite en faveur d'une qualification contractuelle⁷⁴². Une telle confrontation d'arguments empêche tout choix définitif et illustre une fois de plus la nécessité d'une qualification *sui generis* pour traiter des contentieux précontractuels liés à la reconnaissance de l'existence d'un contrat. Ce besoin s'étend également à la sanction de la violation des obligations nées des pourparlers.

⁷⁴⁰ RG, 25 oct. 1917, *RGZ* 91, p. 60; Pour une version anglaise du texte, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *op. cit.*, p. 195; V. dans le même sens, art. 2 :202, al. 3, PDEC et art. 2.1.4, al. 2, Principes UNIDROIT.

⁷⁴¹ Cass. civ. 3^{ème}, 3 juill. 2002, *Sté Poree Havlik c/SCI Nouveau Plexi et M. Loisel*, *RTD civ.* 2002, p. 804, note J. MESTRE, B. FAGES.

⁷⁴² Dans ce sens, v. les conclusions de l'avocat général Geelhoed présentées le 31 janv. 2002, rendues à l'occasion de l'affaire *Tacconi*, CJCE, C-334/00.

B. LA VIOLATION DES OBLIGATIONS PRECONTRACTUELLES

396. Pour garantir le succès des négociations, les parties doivent s'informer mutuellement sur les éléments indispensables à l'établissement du consentement de chacune au projet contractuel. Cette pratique, bien qu'indispensable, reste dangereuse puisque la transmission de données est susceptible de conduire à leur diffusion. Aussi, l'obligation précontractuelle d'information (1) est-elle équilibrée par l'existence d'un devoir de confidentialité des secrets dévoilés (2). Cet équilibre est garanti par la sanction des manquements à chacune de ses obligations.

1. LES MANQUEMENTS A L'OBLIGATION D'INFORMATION

397. Il existe au sein du contentieux né des pourparlers des manquements qui permettent à la foi d'obtenir la nullité du contrat, mais aussi d'engager la responsabilité de leur auteur. Telle est par exemple l'hypothèse du dol⁷⁴³, connu également par les systèmes de *common law* sous la forme de *fraudulent misrepresentation*⁷⁴⁴. Ce cas vise la situation dans laquelle une partie à la négociation aurait volontairement transmis des informations mensongères ou erronées à l'autre partie afin de l'inciter à contracter⁷⁴⁵, voire même d'omettre la révélation de certaines données essentielles au consentement⁷⁴⁶. Une absence de volonté sur un point essentiel du contrat empêche alors toute rencontre de volontés et prive le contrat de sa validité. La demande porte dans cette hypothèse sur la nullité du contrat et devrait ainsi dépendre de la loi du contrat, loi choisie par les parties. Il appartient en effet aux parties de définir indirectement les informations essentielles à la formation du contrat, par la voie du choix de loi applicable à leur contrat et le soin de se prononcer sur l'étendue de l'obligation d'information qui pèse sur elles au cours des négociations. Dans ce cas, la qualification contractuelle semble s'imposer.

⁷⁴³ V. en droit allemand, la reconnaissance d'une obligation d'information fondée sur la bonne foi, RG. 16 mai 1903, *Seufferts Archiv.*, n°58, p. 314.

⁷⁴⁴ *Redgrave v. Hurd*, [1881], 20 Ch D1.

⁷⁴⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 1970, *JCP* 1971, II, 16942, note J. GHESTIN; CA Rennes, 11 janv. 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 1, p. 376, note H. CADIOU.

⁷⁴⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, *Bull. civ.* III, n° 108; *D.* 1992, p. 196, obs. G. PAISANT; *RTD civ.* 1992, p. 81, obs. J. MESTRE; Cass. civ. 3^{ème}, *Bull. civ.* III, n° 171; *D.* 2002, p. 928, obs. O. TOURNAFOND (2^e esp.); *JCP* 2002, II, 10054, note Ch. LIEVREMONTE; *JCP* 2001, I, p. 301, n° 1, obs. Y.-M. SERINET; *JCP E* 2001, p. 1578, note P. CHAUVEL (2^e esp.); *ibid.* 2002, p. 640, n° 6, obs. D. MAINGUY; *Deffrénois* 2001, p. 242, obs. E. SAVAUX; *CCC* 2001; *RTD civ.* 2001, p. 355, obs. J. MESTRE, B. FAGES; Cass. com. 27 févr. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 65, p. 312; *JCP* 1996, II, 22665, note J. GHESTIN; *D.* 1996, p. 518, note P. MALAURIE; *D.* 1996, p. 342, obs. J.-C. HALLOUIN; *Deffrénois* 1996, p. 1205, note Y. DAGORNE-LABBE; *RTD civ.* 1997, p. 114, obs. J. MESTRE; *LPA* 17 févr. 1997, note D. R. MARTIN; Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, *JCP* 2010, n° 921, note J. GHESTIN; *RDC* 2010, p. 811, note D. MAZEAUD; Cass. com. 22 févr. 2005, *RTD civ.* 2005, p. 773, obs. J. MESTRE, B. FAGES; Cass. com., 14 juin 2005, *Bull. civ.* IV, n° 130; *D.* 2005, p. 1775, obs. A. LIENHARD; *JCP* 2005, I, 194, n° 12, obs. R. WINTGEN; *RTD civ.* 2005, p. 774, obs. J. MESTRE, B. FAGES; *Rev. Sociétés* 2006, p. 66, note N. MATHEY.

398. Mais la violation d'un tel devoir⁷⁴⁷ constitue également une faute permettant d'engager la responsabilité de son auteur⁷⁴⁸. Le dol ouvre ainsi la voie à l'exercice de deux actions différentes : la première poursuit un objectif de remise en cause de la validité du contrat et repose sur une demande en nullité, alors que la deuxième est motivée par une fin réparatrice et se fonde sur la recherche de la responsabilité de l'auteur du manquement. Pour limiter les disparités de qualification et permettre à la victime du dol de pouvoir faire entendre l'ensemble de ses demandes devant une même juridiction, et surtout de voir s'appliquer à leur traitement une seule loi, il semble opportun de ne retenir qu'une seule qualification. Dans cette hypothèse, l'existence d'une demande fondée sur la nullité du contrat milite en faveur d'une qualification contractuelle. En effet, par hypothèse, le contrat n'est pas valable, pourtant il existe. Or, il semble que dès lors que l'existence d'un contrat est reconnue, il faille retenir une qualification contractuelle. A défaut, la matière contractuelle serait circonscrite au contentieux de l'exécution du contrat, un domaine bien trop réduit.

399. Cependant, il est possible que le manquement porte sur une information qui ne soit pas déterminante du consentement. Ainsi, il ne pourra permettre la remise en cause de la validité du contrat. Cette absence d'atteinte conduira à la survie du contrat, mais laissera subsister l'existence d'une faute commise durant les négociations et susceptible d'engager la responsabilité de son auteur⁷⁴⁹. Si le vice n'atteint qu'un élément accessoire du contrat ne contrariant pas sa formation, alors la question sera analysée sous l'angle de la responsabilité du négociateur fautif. Dans ces conditions, l'argument principal appuyant une qualification contractuelle perd de sa force puisque le contrat ne sera pas atteint. Pourtant, il semble absurde de distinguer selon que le manquement porte sur une information essentielle à l'établissement du consentement de la victime ou reste accessoire. En effet, l'appréciation du caractère déterminant de l'information s'apprécie au regard de la loi applicable. Il serait ainsi exigé du juge qu'il statue sur le fond avant de se reconnaître compétent ou de déterminer la loi applicable.

⁷⁴⁷ BGH, 3 mars 1982, *NJW* 1982, p. 1386 : lorsque le vendeur a connaissance d'un défaut, il est soumis à un devoir d'en informer l'acquéreur même si ce dernier ne réclame pas cette information.

⁷⁴⁸ Le droit de demander la nullité d'un contrat sur le fondement du dol n'exclut pas l'exercice, par la victime des manœuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi : Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1975, *Bull. civ. I*, n° 43; *D.* 1975, p. 405, note C. GAURY; *JCP* 1975, II, 18100, note Ch. LARROUMET; *RTD civ.* 1975, p. 537, obs. G. DURRY; 4 oct. 1988, *Bull. civ. I*, n° 265; *D.* 1989, p. 229, obs. J.-L. AUBERT; Cass. com., 18 oct. 1994, *D.* 1995, p. 180, note C. ATIAS; *Deffrénois* 1995, p. 332, obs. D. MAZEAUD; *JCP* 1995, I, 3853, n° 4, obs. G. VINEY.

⁷⁴⁹ Cass. com. 4 janv. 2000, *CCC* 2000, n° 79, note L. LEVENEUR; Cass. com., 15 janv. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 11; *D.* 2002, p. 2045, obs. V. BREMOND; *JCP* 2002, II, 10136, note A. CERMOLACCE; *JCP E* 2002, p. 1427, note M. KEITA; *Deffrénois* 2002, p.1536, obs. J. HONORAT; *Dr. & patr.*, avr. 2002, p. 92, obs. F. CHABAS; *RTD civ.* 2002, p. 290, obs. J. MESTRE, B. FAGES; *RTD com.* 2002, p. 265, obs. B. SAINTOURENS; Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2008, *Bull. civ. I*, n° 184; *D.* 2008, p. 1997; *JCP* 2008, I, 218, n° 6, obs. F. LABARTHE; *ibid.*, II, 10205, note L. SIGUOIRT; *CCC* 2008, comm., n° 254, obs. L. LEVENEUR; Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, *D.* 2011, p. 946; *RLDC* 2011, n° 4228, obs. A. PAULIN; Cass. com., 13 oct. 1980; *D.* 1981, p. 309, obs. J. GHESTIN; 27 janv. 1998, *Dr. & patr.* 1998, n° 1924, obs. P. CHAUVEL; *RTD civ.* 1998, p. 904, obs. J. MESTRE; Cass. com., 11 juill. 1977, *D.* 1978, p. 155, note Ch. LARROUMET; Cass. com. 9 oct. 2001, *Deffrénois* 2002, p. 608, obs. J. HONORAT.

400. De plus, qu'il s'agisse d'un dol principal ou d'un dol incident, le manquement à l'origine du vice de consentement est identique. La seule différence réside dans l'importance de l'élément sur lequel il porte. Ce qui signifie en pratique que si la victime se prévaut de la nullité du contrat, la loi du contrat sera appliquée, alors que si elle se contente de rechercher la responsabilité de l'auteur du vice, la loi du délit sera compétente. Au final, la solution aboutirait à prévoir deux régimes distincts pour un même manquement. Il serait donc plus opportun de prévoir un critère de rattachement identique à l'ensemble des traitements envisagés en matière de manquements au devoir d'information. Une qualification unique et contractuelle de l'ensemble des demandes semble ainsi préférable. Que la demande repose sur un dol principal, portant sur une information essentielle, ou simplement sur un dol incident, concernant une donnée accessoire, la qualification retenue devrait conserver sa nature contractuelle. Cependant, un tel raisonnement empêche l'action pour dol en cas d'absence de conclusion du contrat. Si l'allégation de fausses affirmations entraîne l'échec des pourparlers, parce que la victime a décidé de rompre les négociations suite à cette perte de confiance, alors la responsabilité de l'auteur ne pourra pas être recherchée sur le terrain du dol. Cet argument condamne la qualification contractuelle et incite à conclure à la nécessité d'une qualification *sui generis* accueillant l'ensemble du contentieux généré par le dol. L'obligation d'information ne constitue pas la seule obligation découlant du devoir de négocier de bonne foi et imposée au cours des pourparlers. La protection des informations confidentielles nécessairement dévoilées lors de cette étape est assurée par l'exigence d'un respect de la confidentialité des données secrètes obtenues au cours des négociations.

2. LES MANQUEMENTS A L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITE

401. La divulgation des révélations réalisées lors des pourparlers ou leur utilisation à des fins personnelles⁷⁵⁰ peut être sanctionnée. Elle constitue une faute totalement indépendante du contrat principal que le projet ait avorté ou que le contrat ait atteint sa formation définitive. En effet, le respect de la confidentialité des secrets transmis n'est pas une condition de validité du contrat⁷⁵¹. Ce constat permet de protéger les données confidentielles en cas d'échec des pourparlers. Cette hypothèse reste la plus délicate puisque à la disparition de toute relation précontractuelle les parties échappent à l'entrave de leurs devoirs précontractuels et pourraient être tentées d'utiliser les informations obtenues. Ainsi, il semble qu'un tel manquement ne puisse pas se voir sanctionner sur un terrain contractuel⁷⁵². Il ne présente aucun lien fonctionnel avec le contrat.

⁷⁵⁰ La bonne foi interdit la divulgation ou l'utilisation de données obtenues lors des tractations : Cass. com., 3 juin 1986, n° 84-16.971, *Bull. civ.* IV, n° 110; CA Paris, 5 mai 1991, *Expertises* 1994, p. 234; Comp. Art. 2.16 Principes UNIDROIT; art. 2.302 PDEC.

⁷⁵¹ V. en droit français art. 1108 C.civ.

⁷⁵² J. HUET, F. TOUBOL, « Violation de la confidentialité des négociations », in *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, p. 33 : « Dès lors que les parties ont conclu un accord de confidentialité, en cas de violation de celui-ci, elles pourront engager la responsabilité de la partie défaillante sur le fondement de la responsabilité contractuelle, alors qu'en l'absence d'accord de

402. Mais si au contraire le contrat est conclu, une certaine protection des données personnelles peut être assurée par l'obligation générale de bonne foi qui anime la phase d'exécution du contrat et qui tend à être reconnue par l'ensemble des droits nationaux⁷⁵³. Et cela même si le manquement est commis au cours des négociations précontractuelles. Lorsque les tractations n'aboutissent qu'à un échec, alors aucun devoir ne vient encadrer l'utilisation et la divulgation de telles données. Ainsi, si l'atteinte est commise après la conclusion du contrat, la responsabilité contractuelle pourra être engagée sur le fondement d'une inexécution contractuelle contraire à la bonne foi. L'argument le plus pertinent en faveur de la qualification contractuelle d'une action en responsabilité pour violation de la confidentialité consiste à éviter de sanctionner un tel manquement sur un terrain délictuel alors que le contrat a été formé. En d'autres termes, il paraît peu adéquat que la violation de la confidentialité soit sanctionnée sur un terrain délictuel lorsque l'information est utilisée au cours de l'exécution du contrat, uniquement parce que l'objet de la révélation a été transmis avant la formation du contrat. Mais, finalement, la victime de ces agissements bénéficie dans la majorité des cas d'une action fondée sur l'exécution de mauvaise foi du contrat par son cocontractant, quelle que soit la date de délivrance des données dévoilées. Il n'est donc pas nécessaire de distinguer entre le moment de divulgation des informations protégées, à savoir, si elles ont été révélées avant ou après la formation du contrat. Il faut tout simplement apprécier si le manquement est commis en présence du contrat envisagé puisque, dans cette hypothèse, la responsabilité pourra être engagée sur un terrain contractuel. Pour cette raison, lorsque la violation de la confidentialité d'informations dévoilées pendant les pourparlers précontractuels intervient après la rupture des pourparlers ou au cours des négociations informelles, la qualification devrait être délictuelle.

Surgit une nouvelle difficulté puisque ce raisonnement conduit à traiter sous deux qualifications différentes des obligations précontractuelles imposées dans le cadre de la poursuite des négociations. Pourtant, il semble artificiel de rattacher l'ensemble de ces obligations sous une unique qualification. Si l'on s'appuie sur les exemples étudiés précédemment, la violation de l'obligation d'information ne peut que recevoir une qualification contractuelle dès lors qu'elle atteint la validité du contrat, pour les raisons évoquées plus haut. Au contraire, le manquement au devoir de confidentialité, en l'absence de lien fonctionnel avec le contrat, doit être considéré comme une hypothèse relevant du domaine délictuel. Si l'on accepte, même avec une certaine réticence, une dissociation entre les différentes obligations précontractuelles, reste à déterminer comment les départager, dégager un critère de distinction.

403. Il apparaît au regard de cet étude que l'élément de désunion réside dans la potentielle atteinte à la validité du contrat. Certes, le dol incident ne permet pas d'annuler le contrat, mais

confidentialité, c'est bien évidemment sur le terrain de la responsabilité délictuelle que l'on devrait se placer. »

⁷⁵³ Art. 1134, al. 3, C. civ. français; art. 1375 C. civ. québécois; art. 5 et 6 de la Loi unique chinoise sur les contrats du 15 mars 1999; art. 2, al. 1, du Code civil suisse; art. 6-2 du Code civil néerlandais; art. 157 et 242 du *BGB* allemand; art. 205 du *Restatement of Contracts Second* aux Etats-Unis.

il constitue une expression particulière du manquement au devoir d'information qui, lui, constitue une faute susceptible de remettre en cause la validité du contrat. Il faudra ainsi chercher à distinguer parmi les obligations précontractuelles imposées lors des pourparlers, celles qui peuvent potentiellement porter atteinte au contrat de celles qui constituent une faute indépendante de la survie du contrat. Les premières seront soumises à un traitement contractuel, alors que les secondes accueilleront une qualification délictuelle. Cette distinction complexifie encore l'opération de qualification. C'est pourquoi, la création d'une qualification *sui generis* intégrant l'ensemble de ce contentieux permettrait de surmonter cette difficulté.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

404. L'opération de qualification occupe une place essentielle dans la résolution du contentieux précontractuel. Elle permet de classer la question litigieuse avancée dans une catégorie à laquelle correspond une règle de conflit précise. Les divergences quant aux qualifications retenues par les différents droits nationaux ne permettent pas d'obtenir une réponse homogène dans l'ordre international. De ce fait, la nécessité d'une qualification autonome, détachée des conceptions des ordres juridiques internes, se place comme une priorité à laquelle doit répondre le droit international.

Mais cette autonomie ne suffirait pas à lisser toutes les divergences de traitement. Une harmonisation au sein même des matières composant le domaine précontractuel est également requise. En effet, la polymorphie du contentieux né des négociations appelle à l'émergence d'une matière *sui generis*, à la croisée des matières contractuelle et extracontractuelle, permettant d'intégrer l'ensemble des litiges précontractuels. Cette qualification *sui generis* conduirait aussi et surtout à résoudre définitivement les difficultés de classement des catégories de questions placées à mi-chemin entre le contrat et le délit et dont l'ambiguïté ne permet pas, pour le moment, de qualification convaincante.

A ce stade du raisonnement, cette double autonomie reste un souhait suite au constat des lacunes du droit international confronté au traitement du contentieux précontractuel. Il est nécessaire d'analyser à présent si cette aspiration n'est restée qu'un vœu pieux ou a, au contraire, trouvé écho dans le droit communautaire émergent.

CHAPITRE 2. LES ESSAIS DE QUALIFICATION

405. Placée au croisement entre les matières contractuelle et délictuelle, la responsabilité précontractuelle a longtemps cherché sa place au sein du droit interntaional. En effet, dans le cadre des négociations, les parties occupent une position paradoxale. Elles nouent des liens de plus en plus ténus avec leurs partenaires, tout en conservant leur liberté contractuelle. Il apparaît alors inapproprié de les considérer comme déjà engagées, puisque cette conséquence doit résulter de la réussite des tractations, mais absurde d'examiner leur situation sans reconnaître la relation particulière qui les unit. Le droit communautaire ne s'est intéressé que très récemment à la difficulté engendrée par la qualification des pourparlers. Dans un premier temps, son intervention peut être considérée comme ayant été forcée, puisque c'est par la voix de la Cour de justice des Communautés européennes, interrogée sur ce point par une question préjudicielle, que le droit communautaire a été amené à se prononcer. Cette décision est intervenue dans une hypothèse spécifique, réduisant considérablement la portée du concours de la Cour de justice à la résolution du problème (Section 1). Pourtant, cet épisode a déclenché un vif intérêt auprès de la doctrine dont les analyses ont catalysé la mise en place de règles spécifiques intégrées au sein du règlement Rome II (Section 2).

SECTION 1. LES ACQUIS DE LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

406. Le droit communautaire, tant par sa jurisprudence que par l'édiction de règlements, a cherché à établir des définitions claires et précises des notions utilisées afin de répondre à un objectif de protection juridique des personnes établies dans la Communauté⁷⁵⁴. Cette finalité exige que les règles de compétence « soient interprétées de façon à permettre à un défendeur normalement averti de prévoir raisonnablement devant quelle juridiction, autre que celle de l'Etat de son domicile, il pourrait être attiré »⁷⁵⁵. A cette fin, il était essentiel que soient déterminées les juridictions susceptibles de connaître du contentieux né dans le cadre de négociations précontractuelles. S'il est regrettable qu'une solution unique n'ait pu être retenue pour traiter de telles demandes, la jurisprudence communautaire a tout de même dégagé quelques indices permettant d'identifier la qualification de chacune des hypothèses litigieuses de nature précontractuelle. Cette analyse s'effectue par élimination de la qualification contractuelle à la lumière de la définition de la matière contractuelle établie par la

⁷⁵⁴ V. Préambule de la Convention de Bruxelles, point 11.

⁷⁵⁵ Attendu n°18, CJCE, arrêt *Jacob Handte*, 17 juin 1992, *Aff. C-26/91*.

jurisprudence communautaire (§1), et permet de déterminer le traitement des obligations précontractuelles (§2).

§1. LA DEFINITION DE LA MATIERE CONTRACTUELLE

407. La Cour de justice des Communautés européennes, interrogée à plusieurs reprises sur des litiges intervenant pendant la phase des pourparlers, n'a jamais cherché à définir la matière précontractuelle. Avant l'introduction de l'article 12 du Règlement Rome II édictant une solution spécifiquement réservée à la responsabilité précontractuelle, seules les matières contractuelle et délictuelle étaient susceptibles de recevoir les demandes concernant les négociations précontractuelles. Pour distinguer parmi les demandes celles qui présentent une nature contractuelle de celles qui présentent une nature délictuelle, la jurisprudence communautaire a dégagé certains éléments permettant de délimiter la compétence du for du contrat (A). Il appartient alors à la juridiction saisie d'un litige de nature précontractuelle d'analyser, au regard de la définition posée, si la compétence de ce for est caractérisée (B).

A. LES ELEMENTS DE DEFINITION

408. Les divergences de qualification retenue par les différents ordres juridiques s'expriment avec ampleur dans le traitement du conflit de lois et du conflit de juridictions puisque le droit international retient la compétence de la qualification *lege fori*. Face à ce constat, le droit communautaire a réagi en exigeant un affranchissement des droits nationaux de leurs conceptions internes pour adopter une qualification communautaire autonome de la matière contractuelle (1). Il a ainsi été dégagée une définition communautaire de la matière contractuelle (2).

1. LE PRINCIPE DE QUALIFICATION AUTONOME DU DROIT COMMUNAUTAIRE

409. L'analyse de l'évolution de la jurisprudence communautaire sur cette question (a) permet de conclure à la recherche d'une définition autonome de la matière contractuelle (b).

a. L'évolution jurisprudentielle

410. La naissance de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 s'est accompagnée d'un large débat divisant la doctrine sur un point crucial au bon fonctionnement de cet

instrument communautaire, à savoir celui de la procédure de qualification à adopter⁷⁵⁶. La question a été posée à la Cour de justice des Communautés européennes⁷⁵⁷ concernant l'interprétation de la « matière civile et commerciale », domaine réservé de la Convention de Bruxelles à l'occasion d'un arrêt *LTU c/Eurocontrol*⁷⁵⁸. L'Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne, Eurocontrol, organisme international de droit public ayant son siège à Bruxelles, intente une action en justice à l'encontre d'un détenteur d'aéronefs, la Société allemande Lufttransportunternehmen GmbH & Co KG (ci-après LTU), pour obtenir le reversement de redevances relatives à l'utilisation de services de sécurité aérienne. Pour contester la compétence de la juridiction saisie, la société LTU se prévaut du fait que les redevances litigieuses relevaient du droit public et échappent à l'application de la Convention de Bruxelles. La Cour de justice des Communautés européennes est saisie d'une question préjudicielle. Il s'agit de déterminer si, pour l'interprétation de la notion de « matière civile et commerciale » au sens de l'article 1 de la Convention de Bruxelles, il faut se référer au droit de l'Etat où le recours a été jugé (en l'espèce la Belgique) ou au droit de l'Etat où a été introduite l'action en délivrance de la formule exécutoire. A cette question, la Cour répond qu'il convient de qualifier la « matière civile et commerciale » de manière uniforme et autonome, et non en se référant au droit de l'un des Etats contractants⁷⁵⁹.

La solution n'a rien d'évident, même si la voie de l'élaboration d'une interprétation autonome en droit communautaire constitue le mode de résolution idéal des conflits de qualification⁷⁶⁰ et est rendu possible grâce à l'existence d'une juridiction supranationale⁷⁶¹ au sein de l'Union européenne⁷⁶². Balayant les mises en garde de l'avocat général relevant que la recherche d'une qualification autonome nécessite d'accomplir la délicate tâche d'analyser l'ensemble des droits de l'Union⁷⁶³, la Cour de justice des Communautés européennes confirme dès 1983

⁷⁵⁶ Pour une présentation des différents propositions avancées par la doctrine, voir A. HUET, note ss CJCE, 14 oct. 1976, *LTU c/Eurocontrol*, *JDI* 1977, pp. 707 à 714, spéc. p. 708.

⁷⁵⁷ Renommée Cour de justice de l'Union européenne depuis le 1^{er} décembre 2009, date d'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007.

⁷⁵⁸ CJCE, 14 oct. 1976, *LTU c/Eurocontrol*, *op. cit.*

⁷⁵⁹ « Pour l'interprétation de la notion de « matière civile et commerciale » aux fins de l'application de la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution en matière civile et commerciale, notamment de son titre III, il convient de se référer non au droit d'un quelconque des Etats concernés, mais, d'une part, aux objectifs et au système de la Convention et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droits nationaux ».

⁷⁶⁰ Pour une vision des auteurs favorables à l'établissement de qualifications communes aux Etats contractants ou propres à la Convention, voir notamment P. BELLET, « L'élaboration d'une Convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché commun », *JDI* 1965, p. 850; F-C. JEANTET, « Un droit européen des conflits de compétence judiciaire et de l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 1972, p. 391.

⁷⁶¹ Sur la méthode d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes au regard de la Convention de Bruxelles, v. A. PIETROBON, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, 1990, pp. 42 et s.

⁷⁶² C'est justement cette absence de juridiction supranationale qui existe les difficultés d'interprétation unitaire des textes internationaux édictés hors du cadre de l'Union européenne, telles que les Conventions de La Haye, même si le recours à des publications spécialisées favorise l'adoption d'interprétations autonomes, voir sur ce point, G. A. L. DROZ, note ss CJCE, 14 oct. 1976, *LTU c/Eurocontrol*, pp. 773 à 785, spéc. pp. 779 et 780.

⁷⁶³ On notera sur ce point avec G. A. L. DROZ qu'il ne s'agit ici que de la mission confiée à la Cour de Justice des Communautés européennes, cf G. A. L. DROZ, cité *supra*.

sa volonté de soustraire l'interprétation de la Convention de Bruxelles aux divergences des droits étatiques⁷⁶⁴, mais en statuant cette fois sur la notion de « matière contractuelle ».

411. L'arrêt *Martin* du 22 mars 1983⁷⁶⁵ marque une seconde étape de la jurisprudence communautaire intéressant les négociations précontractuelles, puisqu'il concerne l'interprétation de la matière contractuelle. En effet, dans cet arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes⁷⁶⁶ exclut « le renvoi au droit interne de l'un ou l'autre des Etats concernés »⁷⁶⁷ et se prononce en faveur d'une qualification autonome de la matière contractuelle. Cette notion autonome doit ainsi être interprétée « pour l'application de la Convention [de Bruxelles de 1968], en se référant aux objectifs de ladite Convention, en vue d'assurer à celle-ci sa pleine efficacité »⁷⁶⁸. Cette solution n'a pas étonné les commentateurs⁷⁶⁹, puisqu'elle constitue une application directe de la jurisprudence *Eurocontrol*⁷⁷⁰. Cependant, par cet arrêt, la Cour de justice s'engage dans la voie de la détermination de la matière contractuelle. Certes, cette avancée reste encore timide car, si le principe d'autonomie est clairement posé, la juridiction ne s'aventure pas encore à définir ce qu'il doit être entendu par le terme de matière contractuelle. La Cour se contente ainsi de répondre à la question précise qui lui est posée sans profiter de l'occasion qui lui est offerte d'éclaircir l'interprétation de cette notion. Dans cet arrêt, il est demandé à la Cour si l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles, qui prévoit une compétence spéciale en matière contractuelle, est applicable à la réclamation d'une somme d'argent par une association à ses associés, question à laquelle la Cour répond par la positive. Le recours à une qualification autonome permet de contourner les difficultés liées aux divergences des droits nationaux quant à la nature même d'une association⁷⁷¹.

412. Cette volonté d'uniformiser la notion de matière contractuelle au sein de l'Union européenne est à nouveau confirmée par l'arrêt *Arcado*⁷⁷² qui précise que « compte tenu des objectifs et de l'économie générale de la Convention, il importe, en vue d'assurer dans la

⁷⁶⁴ Volonté réaffirmée par la suite dans un arrêt *Somafer c/Saar-Ferngas AG*, CJCE, 22 nov. 1978, *Aff. 33/78* concernant les notions « d'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement ».

⁷⁶⁵ *Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging c/Martin Peters*, CJCE, 22 mars 1983, *Aff. 34/82*

⁷⁶⁶ Anciennement Cour de justice des Communautés européennes.

⁷⁶⁷ Point 9.

⁷⁶⁸ Point 10.

⁷⁶⁹ T. HARTLEY, note ss CJCE, *Martin Peters*, *European Law Review* 1983, pp. 262 à 264, spéc. p. 263.

⁷⁷⁰ Pour une approbation sans réserve de la position de la Cour, voir les notes ss *Martin Peters*, CJCE, 22 mars 1983, H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP* 1983, p. 667; A. HUET, *JDI* 1983, p. 835.

⁷⁷¹ La Cour relevait sur cette question que les droits français, italien, anglais et belge renaient une nature contractuelle de l'association en cause ; alors que la RFA et les Pays-Bas faisaient prévaloir son caractère institutionnel.

⁷⁷² CJCE, *Arcado c/Société Haviland*, 9 mars 1988, *Aff. 9/87*, A. V. GILL, « Two Recent Decisions of the European Court on the 'Brussels Convention' », *Irish Law Times and Solicitors' Journal* 1988, p. 164; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP* 1988, p. 613; B. AUDIT, *D.* 1988, p. 344; W. ALLWOOD, « The Scope of "Matters relating to Contract" », *European Law Review* 1988, p. 366; J. MAURO, *Gaz. Pal.* 1988, II, p.425; C. ESPLUGUES-MOTA, « Hacia una delimitación de la noción "materia contractual" presente en el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas: la sentencia "Arcado c. Haviland" », *La ley - Comunidades Europeas* 1989, n° 44, p. 7; M. LUGATO, « Disdetta arbitraria di contratto e Convenzione di Bruxelles », *Giustizia civile* 1989, I, p. 1037; A. HUET, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *JDI* 1989 p. 453.

mesure du possible l'égalité et l'uniformité des droits et obligations qui découlent de la convention pour les Etats contractants et les personnes intéressées, de ne pas interpréter cette notion comme un simple renvoi au droit interne de l'un ou l'autre de ces Etats contractants »⁷⁷³ et « dès lors, il y a lieu de considérer la notion de matière contractuelle comme une notion autonome qu'il faut interpréter, pour l'application de la Convention, en se référant principalement au système et aux objectifs de la Convention, en vue d'assurer à celle-ci sa pleine efficacité »⁷⁷⁴. L'interprétation communautaire permet d'échapper à la qualification retenue par les lois nationales. La Cour de justice des Communautés européennes s'attache à assurer le respect de cet objectif. Elle le rappelle une fois de plus à l'occasion de l'arrêt *Jacob Handte* en concluant que « cette notion [la matière contractuelle] ne saurait, dès lors, être comprise comme renvoyant à la qualification que la loi nationale applicable donne au rapport juridique en cause devant la juridiction nationale »⁷⁷⁵.

L'ambiguïté de la formule a suscité un débat au sein de la doctrine. La Cour a exclu, pour certains, la qualification *lege causae*⁷⁷⁶, pour d'autres, la qualification *lege fori*⁷⁷⁷. Mais il semble plutôt, comme le considère l'auteur, que la Cour ait cherché à écarter ces deux qualifications. En effet, la difficulté porte sur l'interprétation d'une règle procédurale. A ce titre, le recours à la qualification *lege causae* ne trouve aucun fondement. De même, la qualification *lege fori* doit être rejetée puisque la règle de conflit doit s'apprécier au regard de l'ordre juridique dont elle émane. Or, la règle posée à l'article 5 de la Convention de Bruxelles n'a pas pour origine le droit interne d'un Etat, mais bien le droit communautaire. C'est donc sur l'unique fondement d'une interprétation communautaire autonome que doivent s'interpréter les règles établies par le droit de l'Union européenne. La *lex fori* du juge devient ainsi sa « *lex fori communis* »⁷⁷⁸.

413. L'arrêt *Arcado* déçoit une fois encore en ce qu'il n'apporte toujours pas les précieux points de définition de la matière contractuelle attendus. Il marque une nouvelle occasion manquée puisque la Cour avait été interrogée sur la question de savoir si un litige relatif à la rupture abusive d'un contrat d'agence commerciale autonome et au paiement des commissions dues en exécution de ce contrat était un litige en matière contractuelle au sens de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Cependant, cette jurisprudence ne reste pas totalement neutre quant au traitement des pourparlers. Il est intéressant de noter que la Cour dans sa décision fait expressément référence à l'article 10 de la Convention de Rome⁷⁷⁹. La Cour de justice exprime ainsi sa volonté de construire un pont entre l'interprétation de ces deux instruments conventionnels. Cet objectif d'uniformisation du

⁷⁷³ Point 10.

⁷⁷⁴ Point 11.

⁷⁷⁵ Arrêt *Jacob Handte*, CJCE, *op. cit.* Attendu n° 10.

⁷⁷⁶ V. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, note ss l'arrêt *Jacob Handte*, *RTDE* 1992, p. 709.

⁷⁷⁷ V. H. GAUDEMET-TALLON, note ss l'arrêt *Jacob Handte*, *RCDIP* 1992, p. 726.

⁷⁷⁸ V. J. M. BISCHOFF, note ss l'arrêt *Jacob Handte*, *JDI* 1993, pp. 469 et s., spéc. p. 471.

⁷⁷⁹ Attendu 15 « L'article 10 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 vient confirmer la nature contractuelle d'une action judiciaire comme celle en cause en ce qu'il englobe dans le domaine de la loi applicable au contrat les conséquences de l'inexécution totale ou partielle des obligations qu'il engendre, et par conséquent la responsabilité contractuelle de la partie à laquelle l'inexécution est imputable.»

droit communautaire s'est concrétisé par la suite avec la transformation de ces textes en règlements communautaires⁷⁸⁰. Cette référence à l'article 10 de la Convention de Rome conduit à considérer que la notion de matière contractuelle au sens de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles doit comprendre au minimum les actions relatives à une question régie par l'article 10 de la Convention de Rome⁷⁸¹. Concernant les contentieux précontractuels, cette jurisprudence étend la compétence du for du contrat pour l'interprétation du contrat et les conséquences de sa nullité. Par extension, il est possible d'en déduire que ce juge sera également compétent pour en prononcer la nullité.

b. Conclusion de ces jurisprudences

414. A travers ces jurisprudences, la Cour de justice exprime sa volonté d'uniformiser doublement le droit communautaire : en retenant tout d'abord une définition des dispositions de la Convention qui s'affranchit des conceptions retenues par les différents droits nationaux, mais également en considérant les autres instruments conventionnels pour homogénéiser leur interprétation. A ce stade du raisonnement, cette approche ne peut être que favorablement accueillie puisqu'elle signifie que l'application de l'article 5-1 sera identique quelque soit le juge saisi⁷⁸².

Cet enthousiasme doit être cependant limité car le recours à une notion autonome de la matière contractuelle ne parvient pas à prémunir la résolution des litiges précontractuels de l'impact des divergences entre les droits nationaux des Etats membres.⁷⁸³ Peuvent toujours se présenter des situations dans lesquelles l'interprétation communautaire reconnaît qu'une question relève de la matière contractuelle, alors que la loi applicable au fond retient une classification délictuelle ou quasi-délictuelle⁷⁸⁴. Le juge compétent doit alors mettre en œuvre la loi applicable conformément aux conceptions que cette loi retient en procédant à une qualification en sous-ordre. La question reçoit ainsi une qualification contractuelle dans la résolution du conflit de lois, puis se voit attribuer une qualification délictuelle pour rechercher la solution au fond dans le droit national déclaré applicable.

C'est pourquoi il a été proposé, dans les observations du gouvernement du Royaume-Uni, que la définition de la matière contractuelle comporte une référence au droit national applicable⁷⁸⁵. Mais cette proposition n'a pas été retenue. Certes, cette solution aurait permis d'assurer le respect des prévisions des parties en faisant produire aux opérations juridiques en cause les

⁷⁸⁰ Concernant le domaine précontractuel : les Règlements Bruxelles I, Rome I et Rome II.

⁷⁸¹ A. HUET, note sous l'arrêt *Arcado*, CJCE, 9 mars 1988, *JDI* 1989, p. 453.

⁷⁸² A condition bien sûr qu'il soit juge d'un Etat contractant.

⁷⁸³ H. GAUDEMET-TALLON, note ss l'arrêt *Arcado*, CJCE, 9 mars 1988, *RCDIP* 1988, pp. 613 à 616, spéc. p. 614.

⁷⁸⁴ Voir les observations du gouvernement du Royaume-Uni relatées dans le rapport d'audience de l'arrêt du 8 mars 1988 : « L'interprétation uniforme de la notion de matière contractuelle pourrait, dans certains cas, conférer à des faits ou opérations juridiques, aux fins de l'application de la convention, une qualification différente de celle qui est retenue par le droit matériel applicable. L'article 5-1 pourrait conférer à une juridiction un titre de compétence à l'égard de relations juridiques qui ne constituent pas des contrats ou n'engendrent que des obligations de nature non contractuelle selon le droit matériel applicable.»

⁷⁸⁵ Observations du gouvernement du Royaume-Uni relatées dans le rapport d'audience de l'arrêt du 8 mars 1988.

effets que souhaitaient leur faire produire les parties⁷⁸⁶. Cependant, retenir une telle interprétation *lege causae* aurait obligé le juge à s'intéresser au contenu de la loi applicable avant, d'apprécier sa compétence, ce qui complexifie d'autant plus la résolution du litige. Pour cette raison, le recours à une qualification autonome doit être vivement encouragé.

415. Ce recours à une notion autonome de la matière contractuelle permet à la Cour de se fonder sur sa propre jurisprudence pour justifier ses décisions. Si certains ont relevé le caractère fastidieux de la rédaction des décisions émanant des juridictions communautaires, tous s'accordent néanmoins pour reconnaître qu'elle permet d'assurer une clarté dans la compréhension des arrêts de la Cour⁷⁸⁷. En effet, aucune explication supplémentaire n'est alors nécessaire⁷⁸⁸. D'autant que si cette notion autonome n'existait pas, il faudrait que la Cour interprète le texte communautaire selon les conceptions retenues par la loi nationale des parties. Or, une telle interprétation semble impossible : d'une part, parce qu'il faudrait faire prévaloir la loi d'une des parties sur l'autre, ce qui déséquilibrerait les relations; et, d'autre part, parce que cette méthode annihilerait toute possibilité d'atteindre l'un des objectifs communautaires qui est l'unification de la procédure au sein d'un espace conçu comme commun⁷⁸⁹.

2. LES CRITERES DEGAGES PAR LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

416. Avant de retenir une définition de la matière contractuelle permettant de distinguer, au sein du contentieux précontractuel, entre les questions qui relèvent de la compétence du for du contrat et celles qui doivent être présentées devant le for du délit (b), la jurisprudence s'est intéressée à une difficulté particulière qui perturbe la gestion des pourparlers : la question de l'existence même du contrat (a).

a. La question de l'existence du contrat

417. La compétence juridictionnelle concernant l'appréciation de l'existence du contrat a été définies très tôt par la jurisprudence communautaire par la voie d'un arrêt devenu fondamental, l'arrêt *Effer* (i). La solution établie a été, depuis lors, rappelée et étendue par les juridictions nationales (ii).

⁷⁸⁶ W. ALLYWOOD, note ss l'arrêt *Arcado*, CJCE, 9 mars 1988, *European Law Review* 1988, pp. 366 à 368, spéc. p. 367.

⁷⁸⁷ R. LIBCHABERT, *Defrénois* 2003, pp. 254 et s., spéc. p. 256.

⁷⁸⁸ Ce qui conduit R. LIBCHABERT à regretter que cette méthode ne soit pas usitée par la Cour de cassation, v. note citée *supra*.

⁷⁸⁹ V. Considérant 1 Règlement Bruxelles I.

i. L'arrêt de principe, Effer

418. La Cour de justice des Communautés européennes a été interrogée sur la question de savoir si le requérant peut bénéficier du for du contrat, en application de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles, même si la formation du contrat est litigieuse entre les parties. Il est intéressant de relever à cette occasion que l'interprétation de la notion de matière contractuelle se heurte à des difficultés d'ordre linguistique. Si les versions française ou italienne⁷⁹⁰ de l'article 5-1 semblent imposer l'existence d'un contrat, la traduction allemande⁷⁹¹ permet d'étendre la compétence du for du contrat lorsque cette existence est litigieuse. La difficulté avait déjà été abordée dans une affaire similaire, mais qui concernait une compétence exclusive et avait donné lieu à l'arrêt *Sanders c/ Van der Putte*⁷⁹². La compétence exclusive en matière immobilière prévue par l'article 16 de la Convention de Bruxelles était remise en cause par le doute quant à l'existence du contrat de bail concerné. La Cour avait alors considéré qu'« une contestation relative à l'existence du contrat qui fait l'objet du litige ne fait pas varier la réponse donnée quant à l'applicabilité de l'article 16 ». Transposée à l'affaire *Effer*⁷⁹³, cette jurisprudence ne peut que donner compétence au for du contrat pour apprécier l'existence même d'un contrat.

419. L'affaire *Effer* concerne une société allemande, Hykra, en charge de la commercialisation des grues fabriquées par Effer, société italienne qui les a dotées du système de bras articulé qu'elle a inventé. Il fallait vérifier si la vente de ce dispositif en Allemagne ne portait pas atteinte à des droits de brevets existants. Un ingénieur-conseil, M.Kantner, a été missionné à cette fin par Hykra après entretien avec Effer, pour réaliser des recherches en Allemagne. A l'ouverture d'une procédure de faillite à l'encontre de La société Hykra, Kantner a cherché à obtenir le paiement de ses honoraires auprès de la société Effer, qui lui a opposé l'absence de contrat. Le problème est alors de savoir si, lorsqu'elle a sollicité Kantner pour réaliser ces recherches, Hykra a agi en son nom propre ou au nom de la société Effer. Dans le premier cas, il n'existe pas de relation contractuelle entre Kantner et Effer, ce qui écarte la compétence de l'article 5-1. Dans le second cas, au contraire, ils sont unis par un contrat, lien qui permet à Kantner de saisir les juridictions allemandes compétentes en matière contractuelle. La question n'intéresse donc plus une compétence exclusive qui aurait pu justifier une solution spéciale, mais une simple compétence optionnelle qui appelle une réponse plus générale. A cette question, la Cour de justice répond que la question de l'existence même d'un contrat relève de la compétence du for contractuel prévue par l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles.

⁷⁹⁰ « *In materia contrattuale* ».

⁷⁹¹ « *Vertrag oder ansprüche aus einem vertrag* ».

⁷⁹² CJCE, arrêt *Sanders c/Van der Putte*, 14 déc. 1977, Aff 73-77.

⁷⁹³ CJCE, arrêt *Effer SpA c/Hans-Joachim Kantner*, 4 mars 1982, Aff. 38/81, H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP* 1982, p. 573; T. TREVOR, « Article 5(1): Place of Performance of the Obligation in Question », *European Law Review* 1982, p. 235; A. HUET, *JDI* 1982, p. 473.

420. Retenir la compétence du for du contrat pour apprécier son existence semble largement justifié, et cela à plusieurs titres. Ecarter la compétence du for du contrat dès lors qu'un doute sur l'existence du lien contractuel est soulevé conduit à permettre au défendeur de mauvaise foi d'invoquer cet argument de façon systématique pour échapper à la compétence d'un for qui lui est défavorable et contraindre le demandeur à l'attirer devant le tribunal de son domicile⁷⁹⁴. L'hypothèse inverse est bien sûr concevable. Le demandeur pourrait effectivement prétendre l'existence d'un contrat pour bénéficier de la compétence du juge du contrat. Mais l'intérêt reste très faible pour lui, d'une part parce que ce tribunal ne présentera pas de liens significatifs avec l'affaire et, d'autre part, parce que ce dernier risque fortement de retenir l'existence d'un contrat en statuant sur le fond, ce qui n'est pas à son avantage. Cet argument doit donc être écarté. Le risque de forum shopping reste donc plus important si la compétence du for du contrat est écartée en cas de doute soulevé sur l'existence du contrat, ce qui justifie l'opportunité de conférer au juge de l'article 5-1 le traitement de cette question.

421. De plus, dans l'hypothèse où il existerait bien un contrat, le juge saisi serait à même de trancher le litige. Si la compétence était attribuée au juge du délit, alors le demandeur devrait patienter le temps que la juridiction saisie reconnaisse l'existence d'un contrat pour ensuite réclamer son exécution devant le for du contrat. Il serait ainsi possible au défendeur d'alléguer l'absence de contrat à des fins purement dilatoires pour décourager le demandeur de poursuivre la procédure. Il aurait été également possible d'envisager qu'aucune des options de compétence ouvertes par l'article 5 ne couvre la question de l'existence du contrat. Les demandes auraient alors dû être formulées devant le juge du domicile du défendeur qui bénéficie d'une compétence générale attribuée par l'article 2. Cette solution aurait présenté l'avantage certain de la simplicité, puisque la compétence de la juridiction saisie n'aurait pas été subordonnée à la reconnaissance de l'existence d'un contrat. Le juge du domicile du défendeur reste compétent que la présence d'un contrat soit confirmée ou infirmée. Cependant, une telle solution conduit à faire perdre au demandeur son option de compétence. Les objectifs de bonne administration de la justice poursuivis par l'article 5-1 ne seraient pas atteints⁷⁹⁵. Cette solution mènerait à une hypothèse absurde si elle était transposée à l'article 5-3 qui désigne le juge du lieu du fait dommageable compétent en matière de délit, puisque ce juge serait considéré incompetent dès lors que le défendeur contesterait l'existence d'un délit⁷⁹⁶. La compétence du juge du contrat se voit ainsi amplement justifiée.

422. La Cour de justice ajoute que cette solution permet au juge du contrat de «vérifier les conditions essentielles de sa compétence au vu d'éléments concluants et pertinents fournis par

⁷⁹⁴ Cf. l'attendu n° 7 de l'arrêt *Effer SpA c/Hans-Joachim Kantner* : « les dispositions de l'article 5 de la Convention [de Bruxelles] risqueraient d'être privées de leur portée juridique, puisqu'on admettrait qu'il suffit à l'une des parties d'alléguer que le contrat n'existe pas pour déjouer la règle contenue dans ces dispositions. »

⁷⁹⁵ Cf. en ce sens les observations de A. HUET, ss l'arrêt *Effer SpA c/Hans-Joachim Kantner*, *JDI*, 1982, pp.473 à 479, spéc. p. 475.

⁷⁹⁶ T. HARTLEY, note ss l'arrêt *Effer SpA c/Hans-Joachim Kantner*, *European Law Review*, 1982, p. 235.

la partie intéressée, établissant l'existence ou l'inexistence du contrat »⁷⁹⁷. La Cour ne donne donc compétence au juge que pour apprécier l'existence du contrat, la prorogation de sa compétence restant subordonnée à sa constatation, ce qui semble justifié. Que le juge du contrat conserve sa compétence pour statuer sur les conséquences de l'absence de contrat reviendrait à lui conférer la compétence de traiter des litiges de nature délictuelle. En pratique, cette solution signifie que le juge du contrat doit rechercher si les dispositions de la loi applicable concluent à la formation d'un contrat⁷⁹⁸ pour pouvoir confirmer ou infirmer sa compétence. Il lui faut donc statuer sur le fond d'un point du litige pour pouvoir statuer sur sa compétence. Dans l'hypothèse où la loi applicable affirme l'existence d'un contrat, la jurisprudence *Effer* est pleinement justifiée puisque le juge restera compétent pour statuer sur ses conséquences et, notamment, sanctionner l'inexécution contractuelle.

423. Mais si la loi applicable réfute la présence d'un contrat, le for du contrat ne peut pas statuer sur le fond puisqu'il ne dispose plus d'aucun titre de compétence⁷⁹⁹ : les conditions qui ont ouvert l'option de l'article 5-1 auront disparu. Il devra donc se déclarer incompétent et renvoyer l'affaire devant un autre juge, le juge du domicile du défendeur ou celui du lieu du fait dommageable. Pour éviter que le même litige nécessite la saisine de deux juridictions différentes, le demandeur peut toujours formuler sa demande devant le tribunal de l'Etat du domicile du défendeur qui détient une compétence générale suivant les dispositions de l'article 2 de la Convention de Bruxelles. Cependant, ce résultat conduirait à ce qu'une même affaire soit présentée devant trois juges différents, ce qui aurait pour conséquence de décourager les victimes et d'inciter les défendeurs de mauvaise foi à invoquer l'existence d'un contrat à des fins dilatoires. De plus, le demandeur perdrait au final l'option de compétence conférée par la Convention de Bruxelles, ce qui serait contraire à ses objectifs. D'autant plus que si telle avait été la volonté de la Cour de justice des Communautés européennes, cette dernière aurait tout simplement écarté l'applicabilité de l'article 5 dans son ensemble à la question de l'existence du contrat. Il semble donc essentiel de préserver une option de juridictions compétentes.

ii. L'application de la jurisprudence Effer

424. La jurisprudence *Effer* a reçu un bon accueil auprès des juridictions nationales qui l'appliquent minutieusement lorsqu'un litige concerne l'existence douteuse d'un contrat. L'illustre notamment la décision rendue par la *Court of appeal, Boss Group Limited v. Boss France SA*⁸⁰⁰, le 2 avril 1996. En l'espèce, alors que son fournisseur avait cessé d'utiliser ses services, un distributeur avait demandé en France qu'il soit pris des mesures conservatoires afin de maintenir la distribution. En réponse, le fournisseur avait intenté une action en Angleterre pour faire reconnaître l'absence de contrat le liant au distributeur et, par

⁷⁹⁷ Cf l'attendu n° 7 de l'arrêt *Effer SpA c/Hans-Joachim Kantner*.

⁷⁹⁸ La loi applicable sera la *lex contractus* en vertu des dispositions de l'art. 10, al. 1, Règlement Rome I ou 8, al. 1, Convention de Rome.

⁷⁹⁹ V. en ce sens les observations de H. GAUDEMET-TALLON ss l'arrêt *Effer SpA c/Hans-Joachim Kantner*, *RCDIP* 1982, pp. 573 à 579, spéc. p. 577.

⁸⁰⁰ *Boss Group Ltd. v. Boss France S.A.*, [1997], 1 W.L.R. 351.

conséquent, l'absence d'obligation de lui fournir ses équipements. Le défendeur contestait la compétence de la juridiction anglaise sur le fondement de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles. La question était donc posée aux juges de savoir si le for du contrat était compétent pour apprécier l'existence d'un contrat de distribution exclusive. La Cour d'appel britannique, se fondant expressément sur la jurisprudence *Effer*, a retenu la compétence d'une telle juridiction pour analyser si un accord avait bien été formé entre les parties.

425. Le raisonnement de la jurisprudence *Effer* a été étendu à la question de la nullité du contrat. En effet, la Cour de cassation a admis dès 1983 que l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles s'appliquait à une action en nullité du contrat⁸⁰¹. Dans cette affaire, une société française (CPAV) avait acquis auprès d'une société allemande (ISI) le droit exclusif d'utiliser, vendre ou mettre en œuvre le programme, les documents d'exécution et les systèmes d'une méthode d'enseignement de la sténographie. Les juridictions françaises furent saisies par la suite d'une demande de nullité du contrat pour absence de cause au motif que la méthode d'enseignement était une contrefaçon. Le défendeur, la société allemande contestait la compétence du juge français, saisi au titre de l'article 5-1 au motif que ce dernier n'avait pas compétence pour statuer sur la nullité d'un contrat. Cet argument fut rejeté puisque le juge du contrat, compétent pour apprécier l'existence d'une relation contractuelle, conserve cette compétence pour statuer sur sa nullité. Il convient de rappeler ici que la jurisprudence *Arcado*⁸⁰², qui est venue témoigner de la volonté du droit communautaire d'établir une définition autonome du contrat affranchie des droits nationaux, confirme la compétence du for du contrat en matière de nullité. Cet arrêt fait effectivement référence à l'article 10 de la Convention de Rome⁸⁰³, laissant supposer que les matières visées par cet article relèveront bien de la compétence du juge du contrat. Cette jurisprudence semble ainsi étendre la compétence du for du contrat à l'interprétation du contrat, aux conséquences de sa nullité⁸⁰⁴ et certainement au prononcé même de sa nullité. La compétence du juge du contrat en matière d'action en nullité est ainsi bien ancrée. Cette extension de la compétence du for du contrat reste cependant limitée au cours des pourparlers à la question de l'existence et la nullité du contrat.

⁸⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 1983, *RCDIP* 1983, p. 516, note H. GAUDEMET-TALLON.

⁸⁰² CJCE, *Arcado c/Société Haviland*, 9 mars 1988, *Aff.* 9/87, A. V. GILL, « Two Recent Decisions of the European Court on the 'Brussels Convention' », *Irish Law Times and Solicitors' Journal* 1988, p. 164; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP* 1988, p. 613; B. AUDIT, *D.* 1988, p. 344; W. ALLWOOD, « The Scope of "Matters relating to Contract" », *European Law Review* 1988, p. 366; J. MAURO, *Gaz.Pal.* 1988, II, Som. p. 425; C. ESPLUGUES-MOTA, « Hacia una delimitación de la noción "materia contractual" presente en el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas: la sentencia "Arcado c. Haviland" », *La ley - Comunidades Europeas* 1989, n° 44, p. 7; M. LUGATO, « Disdetta arbitraria di contratto e Convenzione di Bruxelles », *Giustizia civile* 1989, I, 1037; A. HUET, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *JDI* 1989, p. 453.

⁸⁰³ Attendu 15 « L'article 10 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 vient confirmer la nature contractuelle d'une action judiciaire comme celle en cause en ce qu'il englobe dans le domaine de la loi applicable au contrat les conséquences de l'inexécution totale ou partielle des obligations qu'il engendre, et par conséquent la responsabilité contractuelle de la partie à laquelle l'inexécution est imputable ».

⁸⁰⁴ A. HUET, note ss l'arrêt *Arcado*, CJCE, 9 mars 1988, *JDI* 1989, p. 453.

426. L'appréciation de la compétence reste restrictive. En effet, il est fréquent que le contentieux précontractuel porte sur la violation d'une obligation précontractuelle qui constitue non seulement une cause de nullité du contrat, mais encore une faute de l'autre partie susceptible d'engager sa responsabilité. Dans une telle hypothèse, la victime du dommage cherche à se prévaloir de la nullité du contrat mais aussi de la réparation de son préjudice. Si la compétence juridictionnelle en matière de nullité a bien été déterminée en faveur du for du contrat⁸⁰⁵, reste à s'interroger sur la question de savoir si l'action en responsabilité fondée sur un manquement à une obligation précontractuelle peut être engagée devant ce même juge. Selon la jurisprudence communautaire, les critères de compétence fondés sur l'article 5 doivent s'apprécier strictement. En effet, l'arrêt *Kalfélis*⁸⁰⁶ pose qu'un tribunal compétent au titre de l'article 5-3 pour connaître de l'élément d'une demande reposant sur un fondement délictuel n'est pas compétent pour connaître des autres éléments de la même demande reposant sur des fondements non délictuels. Ce qui signifie que le for du contrat compétent pour connaître de la nullité d'un contrat engendrée par un manquement à une obligation précontractuelle ne conserve sa compétence pour traiter de l'action en responsabilité qui en découle que si cette action présente une nature contractuelle. A défaut, il appartient au demandeur de saisir une autre juridiction pour réclamer la réparation de son préjudice, après avoir obtenu la nullité du contrat devant le for du contrat. Il est ainsi nécessaire de déterminer la nature des obligations précontractuelles pour établir si le for du contrat, compétent pour prononcer la nullité de la convention, reste compétent pour statuer sur le manquement à une obligation précontractuelle.

b. La notion d'engagement librement assumé

427. La consécration de la définition de la matière contractuelle est survenue après le parcours fastidieux suivi par la Cour de justice des Communautés européennes tout au long de l'élaboration de sa jurisprudence. Dans un premier temps, la Cour a été interrogée sur la question de savoir si un litige relatif à la rupture abusive d'un contrat d'agence commerciale autonome et au paiement des commissions dues en exécution de ce contrat était un litige en matière contractuelle au sens de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. A l'occasion de l'arrêt *Arcado*⁸⁰⁷ rendu le 9 mars 1988, la Cour répond par la positive en justifiant sa position par le fait que la demande a « pour fondement même un contrat ». Cette précision, bien trop générale, ne permet pas de progresser dans le traitement des négociations précontractuelles. Il est en effet possible de considérer que l'action en responsabilité pour rupture abusive des pourparlers a bien pour fondement même un contrat, au sens large, puisque les obligations précontractuelles de bonne foi sont justifiées par l'existence d'un projet de contrat dans l'esprit des parties à la négociation. Si les parties n'avaient pas engagé des négociations fondées sur un objectif de conclusion d'un contrat, elles ne seraient soumises à aucune obligation de les mener de bonne foi. De même, la formulation d'une offre de contracter a bien pour fondement un contrat, puisque cette

⁸⁰⁵ V. la jurisprudence *Effer* de la CJCE et son application par la Cour de cassation, Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 1983, *op. cit.*

⁸⁰⁶ CJCE, 27 sept. 1988, *Kalfélis*, *Aff.* 189/87, *RCDIP* 1989, p. 115, note H. GAUDEMET-TALLON.

⁸⁰⁷ CJCE, *Arcado c/Société Haviland*, *op. cit.*

proposition n'a été formulée que dans le but d'obtenir la formation du contrat envisagé. La réparation du préjudice subi par le bénéficiaire du fait de son retrait anticipé peut donc, suivant le critère avancé par l'arrêt *Arcado*, être fondée sur une action de nature contractuelle, même si la demande ne porte pas sur une exécution forcée du contrat.

Le critère de l'arrêt *Arcado* semble donc trop large puisqu'il conduit à attribuer une nature contractuelle à l'ensemble du contentieux né des pourparlers, alors que certaines hypothèses ne présentent pas de liens suffisants avec le contrat. Il est alors nécessaire de compléter cette définition de la matière contractuelle pour assurer un traitement homogène des contentieux précontractuels. Un élément est justement apporté dès l'année suivante, dans une affaire *Grifoni*, qui aurait pu venir combler les lacunes de cette définition confuse.

428. C'est à l'occasion d'un dommage corporel survenu au cours de la phase précontractuelle qu'est de nouveau relevée l'absence de définition claire et précise des matières contractuelle et délictuelle permettant de distribuer les options de compétence conférées par l'article 5 de la Convention de Bruxelles. Dans l'affaire *Alfredo Grifoni c/Communauté européenne de l'énergie atomique*, la question de la compétence juridictionnelle n'est pas directement soulevée. Cependant, l'analyse judicieuse de la qualification de ce dommage précontractuel, réalisée par l'avocat général Tesauro et présentée dans ses conclusions⁸⁰⁸, permet d'améliorer la qualification de la responsabilité précontractuelle. Dans cette affaire, le Centre commun de recherche d'Ispra a accepté une offre qui lui a été présentée par l'entreprise Grifoni pour la conclusion d'un accord-cadre destiné à régir leurs rapports futurs, relatifs à l'exécution de certains travaux de ferblanterie et de ferronnerie à effectuer à la station météorologique du Centre. Cet accord-cadre contient une clause fixant à une année la durée du contrat, à compter toutefois de la date de la première commande de la part du Centre. Alors que le contrat n'est pas encore entré en vigueur, M. Grifoni, propriétaire de l'entreprise éponyme, s'est rendu sur le toit de la station météorologique, pour procéder à des relevés. A cette occasion, il fait une chute d'une hauteur importante qui lui provoque de graves lésions corporelles. Il cherche alors à engager la responsabilité du Centre de recherche afin d'obtenir une indemnisation de son préjudice.

Il s'agit dans cette affaire de déterminer s'il existe dans le droit italien, applicable en vertu de l'accord-cadre, et en particulier dans l'article 1337⁸⁰⁹ du Code civil italien, les éléments nécessaires pour fonder une responsabilité de type « précontractuel » ou pour « *culpa in contrahendo* ». L'application de ces dispositions est rapidement écartée, et sans difficulté, par l'avocat général Tesauro qui relève que le dommage a été subi alors qu'il est manifeste que les parties ont déjà dépassé la phase des négociations et de la formation du contrat et qu'en conséquence, aucune des obligations précontractuelles, dont l'existence a été reconnue par la jurisprudence et la doctrine italiennes, n'a été violée. Après cette affirmation, il n'est plus nécessaire de s'interroger sur le lien existant entre le dommage subi et le contrat⁸¹⁰. Il est vrai

⁸⁰⁸ Conclusions rendues le 12 décembre 1989 à l'occasion de l'affaire *Alfredo Grifoni c/Communauté européenne de l'énergie atomique*, Aff. C-308/87.

⁸⁰⁹ L'article 1337 dispose que « lors des négociations et de la formation du contrat, les parties doivent avoir un comportement de bonne foi ».

⁸¹⁰ La CJCE a suivi sur ce point les conclusions de l'avocat général Tesauro dans son arrêt *Alfredo Grifoni c/Communauté européenne de l'énergie atomique*, 27 mars 1990, Aff. C-308/87

qu'en l'absence de précision, il était possible de comprendre qu'*a contrario*, les dispositions de la loi italienne en matière de *culpa in contrahendo* étaient applicables si le dommage corporel avait été subi avant la formation du contrat. Il est donc opportun d'apporter certaines précisions, ce qui fait l'avocat général en ajoutant que l'existence d'un lien fonctionnel entre le dommage et le contenu du futur contrat est nécessaire à l'engagement de la responsabilité précontractuelle. Il est donc possible de conclure, à ce stade du raisonnement, que la demande en réparation du dommage corporel subi lors de la phase des pourparlers est exclue du domaine précontractuel. En effet, s'il existe bien un lien, quoique ténu entre le dommage et le contrat⁸¹¹, aucun lien fonctionnel ne vient relier le préjudice au contenu du contrat.

L'avocat général Tesauro poursuit ses conclusions en précisant que « c'est à l'aune de ce lien qu'il faut mesurer la traditionnelle obligation de bonne foi ». Il illustre son propos avec l'exemple de la rupture déraisonnable des négociations. Ainsi, selon son interprétation, la responsabilité engagée à l'occasion d'une rupture fautive des négociations lors de pourparlers informels constitue bien une hypothèse de responsabilité précontractuelle. La nature précontractuelle des pourparlers informels est donc reconnue. Reste à préciser si cette action doit être traitée en droit international privé sous l'angle contractuel ou délictuel, question à laquelle vient répondre partiellement la jurisprudence postérieure, en se fondant sur le critère dégagé par l'arrêt *Jacob Handte*.

429. A travers la jurisprudence *Jacob Handte*, la Cour de justice des Communautés européennes se risque à déterminer un critère de définition de la matière contractuelle. L'espèce concerne une chaîne homogène de contrats avec transfert de propriété d'une chose. Plus précisément, une société française, TMCS, achète et fait installer du matériel par la société française Handte France, qui se fournit elle-même auprès de la société Handte Allemagne. L'installation ainsi obtenue ne se révèle pas conforme aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail. Aussi, la société TMCS intente-t-elle une action en réparation du préjudice qui en résulte. La difficulté se concentre sur le point de savoir si le for du contrat est compétent pour statuer sur la relation entre TMCS et Handte Allemagne, alors qu'aucune relation directe n'est établie entre ces deux sociétés. Sur la solution, la Cour de justice refuse d'étendre le champ d'application de l'article 5-1 aux chaînes de contrats, même translatives de propriété. Mais c'est moins la solution que le raisonnement emprunté par la Cour qu'il est important de retenir, puisqu'il intéresse directement le traitement du contentieux précontractuel. Elle considère en effet que la matière contractuelle « ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé par une partie envers une autre ». Cet élément de définition conduit à imposer deux conditions cumulatives pour que soit reconnue au contentieux une nature contractuelle : il faut établir l'existence d'un engagement volontaire et une identité entre les plaideurs et les parties à la négociation.

⁸¹¹ La victime s'est effectivement rendue sur les lieux de l'accident dans l'objectif de préparer l'exécution du contrat.

430. Cette seconde condition s'inscrit dans la lignée des objectifs de protection⁸¹² poursuivis par la jurisprudence communautaire qui s'attache à préserver la sécurité juridique des individus en leur assurant la prévisibilité des solutions retenues. En effet, la Cour de justice précise, au point 18 de l'arrêt *Jacob Handte*, qu'un défendeur normalement averti, domicilié dans la Communauté, doit pouvoir « prévoir raisonnablement devant quelle juridiction autre que celle de l'Etat de son domicile, il pourrait être attiré ». Ainsi, une partie ne peut être attirée devant le for du contrat que par un de ses partenaires et non par un tiers et cela afin de préserver la prévisibilité de la compétence du juge. Dans l'hypothèse de négociations parallèles poursuivies par une partie à la négociation avec un tiers, si le contrat projeté est finalement conclu avec ce tiers, la partie délaissée subit un préjudice. Elle est donc susceptible d'engager la responsabilité du tiers qui, par la conduite de négociations parallèles, a incité l'autre partie à rompre les pourparlers conduits avec elle. Dans ce cas, le for du contrat ne se reconnaît pas compétent. En effet, le juge compétent sur le fondement d'un contrat ne peut statuer sur une relation concernant un tiers.

Toutes les critiques de cette définition reposent sur la première condition dégagée par l'arrêt *Jacob Handte* : un engagement volontaire d'une partie envers l'autre doit être caractérisé. Dans certaines hypothèses, l'analyse de cette condition ne présente pas de difficulté particulière, alors que pour d'autres cas, l'application de cette jurisprudence conduira à plus de scepticisme.

B. L'APPLICATION AU CONTENTIEUX PRECONTRACTUEL

431. Le critère dégagé par la jurisprudence communautaire, la constatation d'un engagement librement assumé par une partie envers une autre, a pour objectif d'assurer le traitement des négociations formalisées par la conclusion d'accords précontractuels (1) que des négociations informelles (2). Pourtant la confrontation de cette jurisprudence aux particularismes des pourparlers laisse subsister un doute quant à sa pertinence.

1. L'APPLICATION AUX NEGOCIATIONS FORMELLES

432. Pour intégrer une certaine sécurité au sein des pourparlers, les parties ont fréquemment recours à des avant-contrats. Les négociations formelles peuvent susciter deux types de contentieux.

Le premier consiste à s'interroger sur la formation du contrat principal. Cette question intervient dans le cadre de la présence de deux catégories d'avant-contrat.

Certains avant-contrats ont pour objet d'entériner certains points acquis de négociation entre les parties. Le contrat principal sera formé par la réunion de l'ensemble de ces accords

⁸¹² Cf. arrêt *De Bloos*, CJCE, 6 oct. 1976, *Aff.* 14/76.

partiels. Il se formera par petites touches successives selon la méthode de la *punctatio*⁸¹³. Le contentieux qui pourrait naître dans cette hypothèse serait l'éventuelle formation du contrat principal. Selon le droit français, il suffit en effet que les parties parviennent à un accord sur les éléments essentiels du contrat pour que soit reconnue sa formation. Si, lors des échanges, une acceptation de ces éléments est constatée, alors le contrat pourra être considéré comme formé. Le demandeur cherchera à faire reconnaître l'existence du contrat principal, par voie judiciaire ou devant l'arbitre, si une clause compromissoire a déjà été acceptée. Il serait totalement superflu qu'une partie réclame la simple exécution d'un accord partiel puisque, par définition, chacun de ces accords nécessite l'exécution des autres pour être effectifs.

D'autres avant-contrats ont pour finalité de faciliter la conclusion du contrat, à l'instar des promesses unilatérales ou synallagmatiques de contrat. Le contentieux porte également sur la possible exécution forcée de ces promesses et, par conséquent, sur la formation du contrat principal. En effet, le respect d'une promesse de contrat conduit le promettant à conclure le contrat définitif.

Pour ces deux catégories d'avant-contrat, le contentieux sera présenté devant le for du contrat, en application de la jurisprudence *Effer* qui lui soumet la question de l'existence du contrat définitif.

433. Le second type de contentieux suscité par la présence d'un avant-contrat intéresse la question de l'exécution des obligations nées d'un avant-contrat d'organisation des négociations. Cet encadrement contractuel peut consister en un aménagement d'ordre pratique des pourparlers en fixant notamment un calendrier des rencontres ou la localisation des réunions, voire même en établissant la liste des documents échangés. Mais les avant-contrats peuvent également imposer des obligations aux parties comme celle de négocier le contrat de bonne foi ou de préserver la confidentialité des renseignements dévoilés au cours des pourparlers. Dans ce contexte, le contentieux porte sur l'engagement de la responsabilité de l'autre partie pour rupture fautive des pourparlers, mais la rupture intervient en violation d'une obligation prévue par l'avant-contrat.

Se pose alors la question de savoir si l'avant-contrat renferme un « engagement librement assumé » par une partie envers l'autre de respecter cette obligation contractuelle. Si la réponse est positive, la qualification contractuelle de l'action est retenue, si elle est négative, une qualification extracontractuelle s'impose.

En principe, la nature contractuelle des actions fondées sur l'exécution d'un avant-contrat n'est pas contestée (a). Cependant, certains avant-contrats présentent une rédaction ambiguë qui suscite une incertitude quant à leur caractère contraignant (b).

a. La nature contractuelle de principe des avant-contrats

434. L'intérêt de la rédaction d'un avant-contrat repose le plus fréquemment sur la volonté des parties de générer des engagements entre elles au cours d'une période précontractuelle

⁸¹³A. RIEG, « La *punctatio*, contribution à l'étude de la formation successive des contrats », in *Mélanges P. JAUFFRET*, PUAM 1974, p. 593.

présidée par la liberté contractuelle. L'existence d'un « engagement librement assumé » par les parties entre elles est donc généralement reconnue. C'est ce qu'illustre l'arrêt en date du 5 octobre 1999⁸¹⁴ rendu par la chambre commerciale, dont l'affaire s'est poursuivie devant la Première chambre civile le 17 janvier 2006⁸¹⁵, statuant sur l'arrêt d'appel rendu sur renvoi après cassation. Une qualification contractuelle a été retenue dans une espèce concernant une rupture des pourparlers. En effet, ce retrait était intervenu en violation des dispositions d'un protocole de négociation convenu entre les parties, ce qui justifiait une telle qualification. Il existait bien en l'espèce un « engagement librement assumé » entre les parties aux pourparlers, qui s'exprimait à travers l'accord précontractuel conclu.

435. Une telle qualification contractuelle n'est pas évidente puisque dans une affaire antérieure à l'arrêt de 1999 précité, la Cour d'appel a retenu une qualification délictuelle de la rupture des pourparlers malgré la présence d'un avant-contrat. Dans un arrêt *SA Vedette industrie et autre c/Epoux Renault et autres*, rendu le 29 avril 1992⁸¹⁶, la Cour d'appel de Rennes a été interrogée sur la compétence du juge en matière de rupture des pourparlers. En l'espèce, le groupe Diehl établi en Allemagne s'était rapproché de la société française Delta Dore afin d'organiser la prise de participation et de contrôle de cette dernière. Pour ce faire, il a été établi un document intitulé « contenu possible d'un accord général » comportant engagement du groupe Diehl d'acquiescer les actions de Delta Dore selon un calendrier précis, sous certaines conditions suspensives, avec indication des dates des formalités encore nécessaires jusqu'à la réalisation définitive de la première étape. Mais quelque temps plus tard, le groupe Diehl a informé l'autre partie de sa décision d'abandon du projet commun. La société Delta Dore a donc assigné ce dernier en réparation en retenant que par la rupture de l'accord, il engageait sa responsabilité contractuelle. Ce raisonnement a été accueilli par le tribunal de première instance qui a retenu que les parties avaient dépassé le stade des simples pourparlers et étaient engagées par une véritable promesse. La Cour d'appel de Rennes a infirmé ce jugement en réalisant une analyse de l'accord conclu par les parties. Elle en a déduit que si les parties s'étaient bien accordées sur des points aussi essentiels que la promesse d'achat, les conditions suspensives, le prix, l'assistance technique et la garantie des capitaux propres, la composition et les pouvoirs du nouveau conseil d'administration, la mise en place d'un GEIE, les modalités pratiques de changement des responsables, elles n'en avaient pas moins convenu qu'un accord formel devait être obtenu à une date déterminée. La Cour a considéré que l'obtention de cet accord constituait une condition indispensable à la réalisation de la promesse et qu'en son absence aucune promesse ne pouvait être retenue. Elle en a déduit le caractère délictuel de la demande.

436. Un tel raisonnement reste critiquable puisqu'en écartant la nature contractuelle de la rupture au motif que la promesse était conclue sous une condition suspensive qui n'a pas été réalisée, la Cour fonde son analyse sur le caractère exécutoire de la promesse. Or, la

⁸¹⁴ Cass. com., 5 oct. 1999, *Matussière et autres c/Société Werk Waldhof Aschaffenburg Graphische Papiere (PWA) GmbH*, *JDI* 2001, p. 133, note A. HUET.

⁸¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 17 janv. 2006, n° 03-11.601, inédit.

⁸¹⁶ CA Rennes, 29 avr. 1992, *SA Vedette industrie et autre c/Epoux Renault et autres*, n° 297/92; *Bull. Joly. Stés.* 1^{er} avr. 1993, n° 4, p. 463, note J.-J. DAIGRE.

compétence du for du contrat est subordonnée à l'existence d'un engagement contractuel et non d'un contrat exécutoire. La promesse sous condition suspensive reste un contrat qui doit provoquer la compétence du juge du contrat, en vertu de l'article 5-1 du Règlement Bruxelles I. Certes, la définition de la matière contractuelle posée par la jurisprudence *Jacob Handte* est intervenue près de deux mois suivant cette décision de la Cour d'appel. Il ne peut donc lui être reproché de ne pas avoir appliqué une telle solution. Cependant, cet arrêt soulève plusieurs remarques. Tout d'abord, la Cour d'appel a adopté un raisonnement *in concreto* pour apprécier l'application de l'article 5, alors que la Cour de justice des Communautés européennes s'était déjà prononcée en faveur d'une interprétation communautaire autonome de la matière contractuelle⁸¹⁷. Il aurait donc fallu que la Cour fonde son analyse sur la lettre de l'article 5 et les objectifs du droit communautaire et non sur une étude des faits de l'espèce. Elle a en effet procédé à une appréciation des faits pour apprécier si la promesse était exécutoire, sans s'intéresser aux conditions d'applicabilité de l'article 5-1. Il faut relever sur ce point que la Cour n'a pas effectué de qualification *lege fori*, puisque si elle avait fondé sa décision sur les conceptions de la loi française, elle aurait certainement retenu la compétence du for du contrat. Le droit français reconnaît une nature contractuelle aux promesses conclues sous condition suspensive, que la condition soit ou non réalisée⁸¹⁸.

437. Ensuite, la Cour d'appel n'a pas recherché simplement l'existence d'un contrat ou d'une obligation de nature contractuelle, mais a subordonné la compétence du for du contrat au caractère exécutoire de la promesse. Or, même si l'exécution de la promesse était suspendue du fait de l'intervention d'une condition, il existait bien une promesse de nature contractuelle. Le for du contrat dans cette hypothèse devait se voir reconnaître compétence. Il suffit en effet qu'un contrat existe, même si son caractère exécutoire est douteux pour que la compétence du juge du contrat soit fondée. De plus, il était établi depuis plus de dix ans au moment de l'affaire que l'appréciation de l'existence même du contrat relevait de la compétence du for du contrat⁸¹⁹. Ce qui permettait de soulever toutes les hésitations concernant cette compétence.

438. Il est enfin intéressant d'envisager la décision qui aurait été rendue si le litige avait été porté devant cette même Cour après l'intervention de la jurisprudence *Jacob Handte*. La Cour aurait certainement recherché l'existence d'un engagement librement assumé d'une partie envers l'autre. En l'espèce, la promesse d'achat conclue sous condition suspensive constituait bien un engagement librement assumé par le promettant envers le bénéficiaire qui fondait la compétence du for du contrat. La difficulté aurait alors porté sur la détermination de l'obligation qui sert de base à la demande dont la localisation est imposée par l'article 5-1. L'hésitation serait probablement restée concentrée sur le choix entre l'obligation d'acheter le bien projeté ou tout simplement de négocier de bonne foi. Ce qui, concernant la qualification,

⁸¹⁷ V. CJCE, arrêt *Arcado*; En faveur d'une interprétation communautaire plus générale, v. arrêt *Eurocontrol* et *Martin Peters*, *op. cit.*

⁸¹⁸ Sur le caractère contractuel de la promesse de contrat qui exige l'acceptation du bénéficiaire, v. CA Bordeaux, 29 juin 1964, *Gaz. Pal.* 1964, p. 362; *Adde* J. MAZEAUD, F. CHABAS, n° 135-2, *op. cit.*; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 135-2; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, *op. cit.* n° 232.

⁸¹⁹ CJCE, arrêt *Effer*, *op. cit.*

n'entraîne aucune conséquence. La qualification de la demande, sur la question de la compétence juridictionnelle, reste contractuelle dans les deux cas. Il semble que la position de la Cour d'appel ait été motivée par l'interprétation qu'elle a retenue de la demande. En effet, la juridiction d'appel a considéré que la question concernait une rupture des pourparlers. Or, si la rétractation anticipée d'une promesse présente une nature contractuelle⁸²⁰, il est reconnu depuis 1972⁸²¹ que la réparation d'une rupture des pourparlers ne peut disposer que d'un fondement délictuel. Il semble ainsi que la Cour d'appel ait souhaité indiquer que la demande portant sur la responsabilité de l'auteur d'une rupture de pourparlers doit être considérée comme relevant de la matière délictuelle.

439. Pour conclure sur ces jurisprudences, il est possible d'établir qu'une qualification contractuelle du contentieux précontractuel est reconnue dès lors que l'existence d'un avant-contrat est constatée, que ce dernier soit exécutoire ou que son exécution soit conditionnée. Cette qualification contractuelle devient moins certaine lorsque la valeur contraignante de l'avant-contrat est contestée.

b. L'exception des avant-contrats non contraignants

440. Certains avant-contrats sont dépourvus de caractère contraignant. Il s'agit d'accords conclus entre les parties dans lesquels celles-ci expriment leur volonté de ne pas se lier juridiquement. Pour ces avant-contrats, le problème se pose de savoir si le document litigieux présente une valeur contraignante et constitue ainsi « un engagement librement assumé par son auteur » ou s'il renferme une simple déclaration d'intention dépourvue de toute volonté d'engagement. Si une valeur contraignante est reconnue par les juridictions saisies, elles concluront à la nature contractuelle de l'action en responsabilité. Or, les droits nationaux ne sont pas parvenus à s'accorder sur la notion de l'engagement contractuel. Ainsi, à la différence de nature de l'action en rupture des pourparlers informels, s'ajoute la difficulté liée à l'approche divergente des droits nationaux sur la définition du contrat. Cette appréciation hétérogène conduit à des situations peu cohérentes dans lesquelles un juge reconnaîtra une valeur contraignante à un accord précontractuel en lui prêtant une valeur contractuelle, alors qu'un autre analysera un tel document comme dénué de toute force obligatoire.

441. L'examen de la jurisprudence démontre qu'elle s'oriente vers une interprétation large de la notion de contrat, qui conduit à reconnaître l'existence d'un véritable engagement contractuel dans des hypothèses où le juge anglais ne le reconnaîtrait certainement pas⁸²².

⁸²⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, *Bull. civ.* III, n° 174; *D.* 1994, p. 507, note F. BÉNAC-SCHMIDT; *ibid.* 1994. *Somm.*, p. 230, obs. O. TOURNAFOND; *D.* 1995. *Somm.*, p. 87, obs. L. AYNES; *JCP* 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD; *Deffrénois* 1994, p. 795, obs. Ph. DELEBECQUE; A. TERRASSON DE FOUGERES, *JCP N* 1995, I, p. 194.

⁸²¹ Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, *Bull. civ.* IV, n° 93; *JCP G* 1973, II, 17543, note J. SCHMIDT; *RTD civ.* 1972, p. 779, obs. G. DURRY.

⁸²² L. VANDOMME, « La négociation des contrats internationaux », *RDAI* 2003, pp. 487 et s., spéc. p. 497.

C'est ce qu'illustre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Chambéry, Société Pechiney Electrometallurgie (PEM) c/Société Universal Ceramic Materials PLC (UCM)⁸²³.

Dans cette affaire, la société française Pechiney Electrometallurgie (PEM) avait proposé à divers concurrents de leur céder une branche de son activité. Intéressée par la cession, la société anglaise Universal Ceramic Materials PLC (UCM) émit une proposition d'achat. Vingt jours plus tard, les deux sociétés signèrent ensemble un accord intitulé « *heads of agreement, subject to contract* » dans lequel était notamment indiqué le prix de la cession sur lequel les parties, après négociation, étaient parvenues à un accord. Mais à peine une dizaine de jours plus tard, la société UCM informa la société PEM que l'acquisition telle que prévue dans l'accord n'avait pas été acceptée par son Conseil d'administration, mais qu'elle souhaitait poursuivre les discussions sur l'éventuelle cession. Les négociations ayant finalement échoué, la société PEM assigna son partenaire en responsabilité et réclama le versement de dommages-intérêts pour « avoir agi avec mauvaise foi et déloyauté dans les pourparlers ou avoir rompu ceux-ci et sans motif ». Pour ce faire, elle saisit dans un premier temps la juridiction française de première instance. En réponse, la société UCM souleva l'exception d'incompétence au profit des juridictions anglaises. Le tribunal de grande instance ayant accepté l'exception, la société PEM forma alors un contredit.

Il était ainsi demandé à la Cour d'appel de statuer sur la compétence juridictionnelle en matière de rupture des pourparlers intervenue dans le contexte d'un projet de contrat. Pour ce faire, le raisonnement adopté par la Cour d'appel s'est déroulé en deux temps. Elle a tout d'abord cherché à qualifier la nature de l'action intentée afin de déterminer le critère de rattachement permettant de désigner le juge compétent, pour ensuite localiser ce facteur de rattachement et conclure à la compétence du juge. Selon les arguments de la société anglaise UCM, la présence d'un avant-contrat conférerait une qualification contractuelle à l'action formée et entraînerait la mise en œuvre de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles qui désigne le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. Au contraire, la société française se prévalait de la nature délictuelle de la demande formée sur la rupture des pourparlers qui relevait des dispositions de l'article 5-3 donnant compétence au tribunal du lieu du fait dommageable.

Certes, la jurisprudence *Tacconi*⁸²⁴ a opté, quelques années plus tard, pour une qualification délictuelle des pourparlers. Mais cette solution n'aurait pas permis d'éclairer la décision de la Cour d'appel de 1998 puisque la difficulté ne portait pas sur la qualification d'une demande formulée dans le cadre d'une rupture des pourparlers, mais de l'impact de l'existence d'un avant-contrat sur cette qualification. Or, la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas été confrontée à cette complication lors de la décision *Tacconi*, du fait que les parties n'avaient pas formalisé leurs négociations.

442. Dans un premier temps, si l'on cherche à appliquer le droit communautaire à la situation, la solution semble évidente. Un accord intitulé *heads of agreement*, signé par les

⁸²³ CA Chambéry, 23 févr. 1998, *Sté Pechiney Electrometallurgie (PEM) c/Sté Universal Ceramic Materials PLC (UCM)*, JDI 1999, p. 188, note A. HUET; D. 1999, p. 292, note B. AUDIT.

⁸²⁴ CJCE, 17 sept. 2002, *Aff. C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c/ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*.

parties et qui présente les différents points d'accord correspond bien à la définition retenue par la jurisprudence communautaire *Jacob Handte* de la matière contractuelle, puisqu'il constitue « un engagement librement assumé d'une partie envers une autre ». De plus, cette définition ne distingue pas entre le contrat principal qui fait l'objet des pourparlers et les avant-contrats qui organisent sa formation. Il est donc envisageable de retenir la nature contractuelle d'un document précontractuel et de donner compétence sur ce fondement au for du contrat désigné par l'article 5-1 du Règlement Bruxelles I⁸²⁵.

Mais, dans un second temps, si l'on analyse les faits de l'espèce et notamment la rédaction précise de l'accord précontractuel, il peut être relevé une stipulation expresse des parties de le priver de toute valeur contractuelle. D'une part, l'intitulé précisait que le projet de contrat restait « *subject to contract* ». Les parties cherchaient à signifier qu'elles se trouvaient encore au stade du simple projet et non à l'aboutissement des négociations. D'autre part, une clause du contrat stipulait clairement que l'accord ne créait aucune obligation contraignante. Il semblerait dès lors critiquable au vu des faits de reconnaître une valeur contractuelle à un tel document puisque cette solution conduirait à mépriser la volonté des parties qui s'est pourtant clairement exprimée. Le juge n'est en effet pas tenu par la qualification de l'acte conféré par les parties, il doit l'apprécier au regard de son contenu⁸²⁶. Or, il apparaît nettement que malgré l'intitulé « *heads of agreement* » les parties ont cherché à signer un accord non contraignant.

Cet argument n'emporte pas néanmoins une totale conviction. Dans le cadre des négociations, les parties sont placées dans une situation précaire à laquelle elles cherchent toutes deux à échapper puisque chacune peut librement se retirer des négociations. Une partie tente ainsi de lier son partenaire dans la poursuite des pourparlers. Cependant, et c'est ici que s'exprime tout le paradoxe, elle s'efforcera de préserver sa propre liberté pour ne pas engager sa responsabilité. Une grande partie des avant-contrats est ainsi rédigée pour engager l'autre partie sans s'engager personnellement. Tel semble être le cas en l'espèce puisque par cet accord la société UCM obtenait une acceptation de la part de la société PEM de sa proposition d'achat, tout en pouvant se dérober à la conclusion du contrat principal grâce au refus du Conseil d'administration. Dans cette hypothèse, il semble très délicat pour le juge d'apprécier la nature contractuelle de la demande au regard du caractère contraignant du document contractuel puisqu'il comprend, volontairement, une rédaction ambiguë.

443. Sur ce point, la décision de la Cour d'appel ne permet pas de lever les doutes. Dans un premier temps, elle retient la nature contractuelle de l'action en déclarant que l'acte dénommé « *heads of agreement* », « s'il constitue un avant-contrat, n'en est pas moins lui-même une convention ». Par cette affirmation générale, la Cour semblait donc considérer qu'une nature contractuelle doit être attribuée à un tel document quelque soit son contenu. Mais, elle s'appuie par la suite sur une clause renfermée dans l'accord qui limitait les motifs de rupture des pourparlers. Elle stipulait en effet que « l'acquéreur reconnaît que toute décision de sa

⁸²⁵ Reste cependant à définir ce à quoi les parties s'étaient engagées, question à laquelle la Cour répond dans un second temps.

⁸²⁶ Art. 12 C. proc. civ. français : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée [...] ».

part de ne pas donner suite au projet de vente et d'achat de l'exploitation [...] ne pourra reposer que sur une raison de bonne foi et fondée sur une difficulté tenant à la législation anti-trust, à l'audit environnemental, à l'accomplissement des formalités relatives aux comptes ou des formalités concernant la société cédante ou au défaut d'obtention d'un permis ou d'un consentement, ce préalablement à la clôture. Le défaut d'obtention par l'acquéreur du consentement de son conseil d'administration ou de ses actionnaires devra lui-même reposer sur des raisons identiques et solidement fondées ». Les parties s'étaient donc, semble-t-il, engagées à limiter la faculté de rupture des pourparlers par le futur acquéreur à des motifs préétablis. Dans ce cas précis, compte tenu des stipulations comprises dans l'accord, la soumission volontaire des parties à un engagement entre elles était démontrée. Aux vues de ces éléments, la Cour d'appel ne pouvait que conclure en la nature contractuelle de l'acte signé.

Par conséquent, la spécificité de cet arrêt ne permet pas de dégager de solution générale pour apprécier la nature de l'action fondée sur la rupture des pourparlers en présence d'un avant-contrat dont le caractère contraignant est contesté.

444. Dans un second temps, la Cour d'appel a cherché à localiser l'obligation qui sert de base à la demande pour identifier le for du contrat, suivant les dispositions de l'article 5-1 du Règlement Bruxelles I. Encore fallait-il déterminer cette obligation. Sur ce point, la Cour d'appel a procédé à une analyse critiquable de la clause encadrant la rupture. En effet, elle a considéré que l'engagement de « ne pas donner suite au projet de vente et d'achat de l'exploitation » constituait *a contrario* un engagement à l'acquisition du bien. Elle en a déduit l'existence d'une promesse d'achat sous condition. Or, une telle promesse ne peut exister qu'en présence d'un accord entre les parties d'une part et la détermination précise de l'objet du contrat projeté d'autre part⁸²⁷. Non seulement un tel accord ne peut être caractérisé au vu de la rédaction du document, puisqu'il est expressément précisé qu'il était *subject to contrat*, mais encore il ne contenait qu'une description partielle du projet d'achat. Une telle promesse ne pouvait être déduite du document précontractuel. Il existait pourtant bien en l'espèce une obligation de nature contractuelle. En effet, en s'engageant à ne se retirer des négociations que pour certains motifs de bonne foi prédéterminés, la société UCM s'était engagée à ne pas rompre les pourparlers en dehors des cas stipulés. En refusant de poursuivre le projet au motif que son conseil d'administration avait opposé un refus, alors que ce mobile n'avait pas été expressément prévu dans l'accord précontractuel, la société UCM avait bien manqué à son obligation et engageait sa responsabilité contractuelle.

Par conséquent, la qualification contractuelle retenue par la Cour d'appel n'était pas contestable en l'espèce, compte tenu des dispositions de l'accord. Cependant, le seul engagement qui pouvait être retenu portait sur l'encadrement de la rupture des pourparlers et non sur une promesse d'achat. Il semble donc que la Cour d'appel ait retenu une interprétation

⁸²⁷ La promesse unilatérale est bien un contrat et non une offre, acte unilatéral : F. BENAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, p. 198; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000, p. 25.

extensive des dispositions de l'accord en considérant un engagement qui n'existait pourtant pas.

445. Pour finir, il est possible de s'interroger sur la pertinence de la recherche d'un « engagement librement assumé » dans cette hypothèse. En effet, dès lors que la valeur contraignante d'un avant-contrat est contestée, il n'est plus possible d'apprécier l'existence d'un engagement librement assumé comme l'impose la jurisprudence Jacob Handte pour déterminer la compétence du for du contrat. Appliquer ce critère revient à statuer sur la question au fond, à savoir la portée de l'avant-contrat, avant de déterminer la compétence juridictionnelle. Or, lorsqu'une telle contestation est soulevée dans le cadre de la désignation du juge compétent, la juridiction saisie ne doit pas pouvoir répondre sur le fond pour confirmer ou infirmer sa compétence. Pourtant, il est notable qu'en l'espèce la Cour d'appel a bien cherché à reconnaître un caractère contraignant dans la formulation de l'accord pour justifier sa compétence. Ce raisonnement est ainsi doublement critiquable puisqu'en plus d'être inapproprié, en engageant le juge à statuer sur le fond, il s'avère inutile. En effet, la question litigieuse ne concerne pas l'identification d'un engagement entre les parties, mais l'existence d'un contrat. Comme le rappelle la Cour d'appel, un avant-contrat reste avant tout un contrat. Or, pour apprécier l'existence d'un véritable contrat entre les parties, matérialisé par l'accord précontractuel litigieux, il suffit d'appliquer la jurisprudence Effer qui donne compétence au for du contrat pour statuer sur son existence. Il n'est pas nécessaire de rechercher artificiellement la nature contraignante d'un avant-contrat pour déterminer la compétence juridictionnelle. Le juge du contrat aura compétence pour apprécier si l'accord précontractuel constitue un engagement contractuel qui entraîne la responsabilité de l'auteur de la rupture.

446. En conclusion, même si la jurisprudence reste encore incertaine sur certaines questions, il est possible d'établir, en vertu des solutions retenues par la jurisprudence communautaire, qu'un contentieux survenant dans le contexte de négociations formelles, devrait se voir reconnaître une qualification contractuelle. En effet, soit le litige porte sur le manquement à une obligation imposée par l'avant-contrat, alors que son caractère contraignant n'est pas contestée et, dans ce cas, l'existence d'un engagement contractuel sera admise. Soit le litige porte justement sur l'existence incertaine d'une obligation contractuelle ou sur la formation douteuse du contrat principal et, en application de la jurisprudence Effer, la nature contractuelle de l'action sera également retenue.

2. L'APPLICATION AUX NEGOCIATIONS INFORMELLES

447. La reconnaissance d'un engagement librement assumé par une partie peut également conduire à des raisonnements contradictoires en cas de négociations informelles, comme l'illustre l'exemple de la rétractation anticipée d'une offre. Deux hypothèses doivent cependant être distinguées, selon le fondement sur lequel le bénéficiaire de l'offre forme sa requête.

Si le bénéficiaire cherche à se prévaloir de la formation du contrat en démontrant que l'acceptation est intervenue avant le retrait de l'offre, la question porte alors sur l'existence même du contrat et non plus sur l'offre. En application de la jurisprudence *Effer*, le for du contrat sera compétent pour apprécier si le contrat a bien été formé.

Si, au contraire, la demande du bénéficiaire de l'offre porte sur la simple reconnaissance d'une faute de l'offrant en faisant valoir l'existence d'une rétractation trop hâtive⁸²⁸, il sera nécessaire de vérifier la compétence du for du contrat en appliquant le critère dégagé par la jurisprudence *Jacob Handte*. Dans cette hypothèse, existe-t-il un engagement librement assumé par une partie envers une autre ? Dans le cas d'une offre stipulée avec délai à l'égard d'une personne déterminée, la réponse semble positive. L'offrant s'est bien engagé à maintenir son offre pendant une certaine durée, ce qui constitue bien un engagement librement assumé à l'égard du bénéficiaire de l'offre. Dans l'hypothèse d'une offre stipulée sans délai, l'existence d'un engagement paraît moins évidente. L'offrant reste libre de rétracter son offre à tout moment, ce qui milite en faveur de l'inapplicabilité de l'article 5-1.

Cependant, à suivre la jurisprudence française, un délai raisonnable serait inhérent à toute offre⁸²⁹. Ce qui reviendrait finalement à distinguer non plus entre les offres stipulées avec ou sans délai, mais entre les offres stipulées avec un délai exprès ou implicite. L'offre serait donc toujours assortie d'un délai et le for du contrat toujours compétent pour statuer sur la question de la rétractation d'une offre. Mais une telle interprétation conduirait à retenir l'existence d'un engagement de portée similaire lorsque l'offre est assortie ou non d'un délai. Or, la jurisprudence française ne semble pas se diriger vers une telle assimilation. Il est donc possible d'envisager que l'existence d'un engagement librement assumé par l'offrant envers le bénéficiaire de l'offre ne soit reconnue que dans l'hypothèse où l'offre est stipulée avec délai. En résumé, si la demande porte sur l'acceptation de l'offre, le for du contrat sera compétent, de même si l'offre est stipulée avec délai. Au contraire, si l'offre ne comporte pas de délai, alors il ne retiendra pas sa compétence.

Cette hypothèse démontre les difficultés engendrées par l'adoption du critère de l'existence d'« un engagement librement assumé par une partie envers une autre ». Tout d'abord, il conduit à un défaut d'homogénéité de traitement du contentieux précontractuel et illustre le système complexe retenu. Ensuite, la différence d'appréciation de la question de l'offre, suivant qu'elle tend à faire reconnaître l'existence d'un contrat ou une simple rétractation fautive de l'offre, confère indirectement au demandeur le choix de la juridiction compétente. Il lui suffit de fonder sa prétention sur l'une ou l'autre de ces hypothèses pour élire le for du contrat ou du délit. De plus, il est facilement imaginable que le défendeur ne se risquera pas,

⁸²⁸ Lorsque l'offre est stipulée sans délai, elle doit être maintenue pendant un délai raisonnable permettant au bénéficiaire de pouvoir l'accepter : v. en ce sens, §2-205 du *UCC*; En droit allemand, par application du §147 II du *BGB*; En droit belge, la jurisprudence a imposé le respect d'un « délai moral d'acceptation » : Cass. civ. Liège, 29 oct. 1980, *B.A.* 1982, p. 303 ou d'un « délai raisonnable », C.T.Liège, 29 juin 1989, *C.D.S.* 1990, p. 129; Bruxelles, 14 oct. 1987, *R.G.* 82, p. 1645; Mons, 10 déc. 1985, *R.D.C.* 1986, p. 670; Mons, 30 janv. 1987, *J.L.M.B.* 1987, p. 889; En droit français, CA Paris, 12 juin 1869, *DP* 1870. 2. 6; V. égal. Cass. req. 28 févr. 1870, *DP* 1871, 1, 61; 27 juin 1894, *DP* 1894, 1, 432; CA Paris, 5 févr. 1910, *DP* 1913, 2. 1, note J. VALERY; Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, *Bull. civ.* III, n° 164; *D.* 1992, p. 397, obs. J.-L. AUBERT; *D.* 1993, p. 493, note G. VIRASSAMY; *RTD civ.* 1993, p. 345, obs. J. MESTRE; Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13.230.

⁸²⁹ V. note précédente.

en retour, à prétendre à l'existence d'un contrat pour faire échapper le litige à la compétence du juge du délit. Les éléments qu'il avancerait pour sa démonstration pourraient en effet être utilisés par la suite par le juge compétent dans le traitement de la question au fond, pour retenir la formation d'un contrat, ce qui n'est pas à son avantage.

448. Un autre exemple peut être retenu afin de militer en faveur de l'abandon d'une telle jurisprudence, celui du refus de contracter. Un arrêt de la Chambre commerciale en date du 9 avril 1996 se prononce sur cette question⁸³⁰. Dans cette affaire, la Société Galerie Kléber assigne en France une société de droit italien avec laquelle elle a antérieurement conclu des contrats de fourniture comportant une clause attributive de compétence au profit des juridictions italiennes. Elle reproche à la défenderesse son refus de lui vendre certains articles destinés à la revente. La Cour d'appel, suivie par la Cour de cassation, juge que le refus de contracter constitue un fait de nature à engager la responsabilité délictuelle de la défenderesse, ce qui exclut l'application d'une clause attributive de juridiction. Elle en conclut la compétence du for du délit sur le fondement de l'article 5-3 de la Convention de Bruxelles. Le raisonnement poursuivi reste assez décevant puisque la juridiction saisie se fonde sur la jurisprudence française qui a statué auparavant sur la qualification du refus de contracter⁸³¹. Elle s'appuie donc sur une qualification *lege fori*, sans appliquer le critère dégagé par l'arrêt *Jacob Handte*. A ce stade, il est tentant de s'interroger sur la question de savoir si la Cour aurait retenu une qualification similaire en application de cette jurisprudence. Dans un premier temps, il semble qu'une qualification délictuelle s'impose puisqu'aucun engagement ne lie l'auteur du refus au demandeur. C'est justement ce qui fonde l'objet du litige. Il est reproché au vendeur d'avoir refusé d'établir un tel lien avec le demandeur.

Mais si l'on s'intéresse de plus près au fondement de la demande, la qualification délictuelle apparaît bien plus douteuse. En effet, la recevabilité d'une telle action suppose l'existence d'une obligation envers le vendeur. Si le vendeur n'est nullement obligé de contracter, alors un tel refus ne peut engager sa responsabilité puisqu'il constitue une simple expression de la liberté contractuelle, reconnue de manière universelle⁸³². Si le demandeur se risque à engager une telle procédure, c'est justement parce qu'une telle obligation existe, ou plutôt existait au moment des faits. L'article 36-2° de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, qui a par la suite été abrogé, permettait d'engager la responsabilité du vendeur en cas de refus injustifié de contracter alors que la demande ne présentait pas de caractère anormal et que l'autre partie était de bonne foi. Il ne s'agit pas ici de s'intéresser aux dispositions d'un texte national pour déterminer l'applicabilité de l'article 5-1, puisque ce raisonnement conduirait à une appréciation *lege fori*, mais de s'en inspirer. Il est possible de considérer que le refus de contracter constitue un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi dès lors que ce refus demeure totalement injustifié.

Dans cette hypothèse, il existe bien un engagement librement assumé par une partie envers une autre, celui du vendeur qui s'engage en ouvrant au public un accès à ses marchandises, à

⁸³⁰ Cass. com., 9 avril 1996, n° 94-14.649, *D.* 1997, p. 77, note E. TICHADOU.

⁸³¹ CA Douai, 23 sept. 1993, *D.* 1994, p. 171, obs. C. GAVALDA, C. LUCAS DE LEYSSAC; *Gaz. Pal.* 1994, p. 47, obs. J.-P. MARCHI; CA Paris, 4 avr. 1990, *LPA* 1990, n° 92, p. 20, note J. HUILLIER; Cass. com., 21 avr. 1992, *RJDA* 1992, n° 933.

⁸³² Cf. *supra*, nos 187 et s.

conduire les tractations de bonne foi. Cette obligation naît implicitement de la relation commerciale à laquelle se dispose le vendeur. Aussi est-il possible de contester la qualification délictuelle d'une telle action sur l'application d'un tel critère. Cette démonstration n'a pas pour objectif de convaincre le lecteur à retenir une qualification contractuelle du refus de contracter. En effet, dans cette hypothèse, les parties n'ont pas même engagé des discussions sur l'éventualité de conclusion d'un tel contrat. Il est donc délicat de retenir l'existence d'une quelconque obligation à leur égard. De plus, une qualification contractuelle conduirait à la compétence de la *lex contractus*, alors que les parties n'ayant pas consenti à la conclusion du contrat, n'ont pu s'accorder sur une quelconque clause d'*electio juris*⁸³³. Mais cet exemple permet toutefois de démontrer que la notion d'engagement librement assumé par une partie envers une autre ne suffit pas à caractériser la matière contractuelle.

Pourtant, ce critère a été utilisé pour traiter l'une des questions les plus délicates en matière de contentieux précontractuel, la qualification de la rupture des pourparlers.

§2. LA QUALIFICATION DES OBLIGATIONS PRECONTRACTUELLES

449. Il aura fallu attendre 2002 pour que la Cour de justice des Communautés européennes soit directement interrogée sur la question de la qualification de la responsabilité précontractuelle en droit communautaire. A travers la jurisprudence *Tacconi*, le Cour a largement opté pour une qualification extracontractuelle. Cependant, il serait optimiste de considérer que cet arrêt a suffi à résoudre la difficulté de la qualification des demandes de nature précontractuelle dans leur ensemble. Si l'on s'intéresse de plus près à cette décision, il est notable que non seulement l'intervention de la Cour s'est déroulée dans un contexte particulier, mais aussi que la réponse proposée reste circonscrite à une hypothèse spécifique de *culpa in contrahendo*, l'échec des pourparlers informels (A). Pour obtenir une solution applicable à l'ensemble du contentieux qui peut naître de la phase des pourparlers, il est donc nécessaire d'examiner d'autres jurisprudences (B).

A. LA QUESTION SPECIFIQUE DE L'ECHEC DES POURPARLERS INFORMELS

450. La jurisprudence communautaire s'est prononcée sur l'hypothèse de la rupture abusive des pourparlers en 2002, à l'occasion de la célèbre affaire *Tacconi*⁸³⁴. La société italienne

⁸³³ B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé. Étude dans le domaine du conflit de lois*, thèse, Paris, 2008, pp. 123 et s, qui retient l'inadaptation de la *lex contractus* et considère que les dispositions protectrices en matière de refus de contracter doivent trouver à s'appliquer au titre de lois de police.

⁸³⁴ CJCE, 17 sept. 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA contre Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, Aff. C-334/00; A. HUET, *JDI* 2003, p. 668; P. REMY-CORLAY, *RCDIP* 2003,

Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA (ci-après Tacconi) reprochait à la société allemande HWS de ne pas avoir conclu avec une société de crédit-bail italienne, la société BN, un contrat de vente portant sur une installation de moulage, alors que BN et Tacconi avaient conclu un contrat de leasing portant sur cette installation avec l'accord de HWS. La Cour de justice des Communautés européennes est saisie dans ce contexte pour déterminer si une telle demande portant sur l'établissement de la responsabilité précontractuelle du défendeur relève de la compétence du juge du contrat ou du délit. A cette question, la Cour se prononce en faveur d'une qualification délictuelle d'un tel contentieux en donnant compétence au juge désigné par l'article 5-3. Elle note l'absence d'engagement librement assumé par une partie envers une autre.

Une fois encore, cette jurisprudence montre les limites du critère retenu par l'arrêt *Jacob Handte* pour définir la matière contractuelle. En effet, si les parties restent libres de contracter ou non durant la phase précontractuelle, elles sont néanmoins soumises à une obligation implicite de négocier de bonne foi. C'est d'ailleurs sur le fondement de la reconnaissance d'un tel devoir tacite que les juridictions sanctionnent les ruptures de pourparlers qui interviennent de façon brutale et injustifiée⁸³⁵. Il est tout à fait envisageable de considérer qu'un tel devoir de bonne foi, auquel se soumet volontairement une partie en initiant les négociations, constitue un engagement librement assumé de sa part. Le raisonnement de la Cour de justice sur un tel critère ne convainc donc pas. Pourtant, cet arrêt est régulièrement présenté comme ayant imposé une qualification délictuelle des litiges précontractuels⁸³⁶. Cependant, en étudiant de plus près l'arrêt, il est notable que ce dernier intervient dans un contexte particulier dont les spécificités ont influencé considérablement la solution de la Cour. S'il faut bien reconnaître que cet arrêt apporte une contribution importante à la construction

p.673; P. LOMBARDI, « Brevi note sulla più recente giurisprudenza comunitaria relativa alla convenzione di Bruxelles del 1968: il caso *Tacconi* », *Contratto e impresa / Europa* 2002, p. 1259; P. FRANZINA, « La responsabilità precontrattuale nello spazio giuridico europeo », *Rivista di diritto internazionale* 2003 p. 714; P. BERTOLI, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2003, p. 109; A. POGGIO, *Giurisprudenza italiana*, 2003 p. 1321; R. BARATTA, « La natura della *culpa in contrahendo* secondo la sentenza *Tacconi* », *Il Corriere giuridico* 2004, p. 13; G. AFFERNI, *European Review of Contract Law* 2005, Vol. 1, p. 96; M. I. REQUEJO, *Revista española de Derecho Internacional* 2002, p. 877; M. VINAIXA i MIQUEL, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2002, p. 977; O. MEYER, « The UNIDROIT Principles and their Impact on European Private Law », *Revue de droit uniforme* 2002, p.1222; M. J. BONELL, *Diritto del commercio internazionale* 2003, p. 183; Du même auteur, « Pre-Contractual Liability, the Brussels Jurisdiction Convention and the Unidroit Principles », *Mélanges offerts à M. FONTAINE*, 2003, pp. 359-370.

⁸³⁵ V. notamment en droit français, Cass. civ. 3^{ème}, 3 oct. 1972, n° 71-12.993, *Bull. civ.* III, n° 491; Cass. com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243, *Bull. civ.* IV, n° 186, *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. MESTRE, B. FAGES; *JCP* 2004, I, 163, obs. G. VINEY; *D.* 2004, p. 869, note A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. MAZEAUD; Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *D.* 2006, p. 2963, note D. MAZEAUD; *D.* 2006, p. 2638, obs. S. AMRANI-MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON; V. pour une sanction du caractère brutale de la rupture, Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561, *D.* 1998, p. 45, note P. CHAUVEL; Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-18.953; *D.* 1998, p. 45, note P. CHAUVEL; *RJDA* 1997, n° 996; *RTD civ.* 1997, p. 651, obs. J. MESTRE; CA Lyon, 4 mars 1994, *Juris-Data*, n° 1994-04-3277; CA Paris, 4 févr. 1993, *Juris-Data*, n° 1993-02-0503; Ou pour son caractère tardif, Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, n° 95-19.199, *Bull. civ.* I, n° 7; *JCP* 1998, II, 10066, note B. FAGES; *Defrénois* 1998, p. 741, obs. D. MAZEAUD; CA Paris, 10 mars 2000, *JCP E* 2001, p. 422, note F. VIOLET; Ou encore pour des motifs illégitimes : Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20.361; *D.* 1999, p. 514, note P. CHAUVEL; *JCP E* 1999, p. 579, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI; Cass. com., 11 juill. 2000, n° 97-18.275, inédit titré; Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, n° 00-17.048, inédit; Cass. civ. 3^{ème}, 27 mai 2003, n° 01-15.099.

⁸³⁶ V. notes ss CJCE, 17 sept. 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA contre Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*, citées *supra*.

du droit international privé des négociations précontractuelles, son apport reste néanmoins circonscrit à la réponse à une question spécifique posée dans un contexte précis (1), reconnaissant une absence de relation contractuelle (2). Aussi, est-il nécessaire de redonner à la jurisprudence *Tacconi* sa véritable portée.

1. UNE JURISPRUDENCE CIRCONSCRITE A DES FAITS SPECIFIQUES

451. L'affaire *Tacconi* se singularise par l'originalité de ses faits qui réduit le contentieux à l'action engagée par un tiers (a), pour ne contester que la compétence du juge saisi (b), statuant uniquement sur l'engagement de la responsabilité pour rupture des pourparlers (c).

a. Une hypothèse concernant un tiers

452. Il est tout d'abord essentiel de relever que cette solution intervient dans une espèce particulière puisque la responsabilité n'est pas recherchée par la partie aux négociations, victime directe de la rupture des pourparlers, mais par un tiers. En effet, la société *Tacconi* ne reproche pas à la HWS de ne pas avoir conclu de contrat avec elle, mais d'avoir rompu les tractations avec la société BN qui elle-même a contracté avec *Tacconi*. Le fait que le contrat entre HWS et BN n'ait pas été conclu a entraîné un préjudice subi par la société *Tacconi*. Selon la jurisprudence *Jacob Handte*, la compétence du for ne peut être retenue si n'est pas constatée l'existence d'un engagement librement assumé par une partie envers une autre. Il est donc nécessaire que soient caractérisés non seulement un engagement volontaire d'une partie, mais également une identité entre les plaideurs et les parties à la négociation⁸³⁷. Or, dans cette affaire, la demanderesse, la société *Tacconi*, n'est pas partie aux pourparlers. Le critère posé par la jurisprudence communautaire n'est donc pas rempli.

453. La demande formée par un tiers ne peut recevoir la compétence du for du contrat puisque le défendeur doit pouvoir prévoir qu'une telle juridiction sera susceptible de traiter cette affaire. L'assurance de la prévisibilité du for reste un objectif essentiel poursuivi par la Cour de justice dans le façonnage de sa jurisprudence⁸³⁸. Pourquoi la Cour de justice s'inquiète-t-elle alors de savoir si un engagement librement assumé entre les parties est caractérisé en l'espèce, alors que le demandeur n'est pas partie aux négociations ? La Cour de justice répond tout simplement à la question préjudicielle qui lui a été posée. Il lui est demandé si le for du délit est compétent pour statuer sur un litige portant sur une rupture des pourparlers. Elle formule donc une réponse générale à cette question, sans s'intéresser aux spécificités de l'espèce. On ne peut que se réjouir d'une telle décision puisqu'elle permet de

⁸³⁷ B. VOLDERS, *Afgebroken contractonderhandelingen in het internationaal privaatrecht*, Brussel, Larcier, 2008, pp. 69 et s.

⁸³⁸ Cf. arrêt *Jacob Handte*, *op. cit.* point 18 : un défendeur normalement averti, domicilié dans la Communauté, doit pouvoir « prévoir raisonnablement devant quelle juridiction autre que celle de l'Etat de son domicile, il pourrait être attiré ».

répondre à la délicate question de la compétence juridictionnelle en matière de rupture des pourparlers.

Par conséquent, la Cour de justice ne réduit pas sa décision aux tiers, mais pose une solution générale à la rupture des pourparlers. Cependant, même si la portée de cette décision transcende le traitement de l'espèce *Tacconi*, elle reste néanmoins limitée à une hypothèse particulière.

b. Une solution limitée à la compétence juridictionnelle

454. Il est tout d'abord notable que la jurisprudence *Tacconi* n'intéresse que la détermination de la compétence juridictionnelle sans atteindre la question du conflit de lois. Il est vrai que la Cour de justice des Communautés européennes s'attache à assurer une certaine homogénéité du traitement des litiges dans l'ensemble des Etats membres et que cette solution a vocation à être étendue à la recherche de la loi applicable⁸³⁹. Cependant, il n'est pas certain que la Cour aurait retenu une décision identique dans cette hypothèse, puisque le traitement de ces deux questions nécessite des raisonnements différents.

D'une part, l'objet de la qualification diffère suivant qu'il s'agit de déterminer le juge compétent ou de désigner la loi applicable. Alors que, dans le premier cas, c'est l'action dans son ensemble qui sera considérée, dans le second, l'étude sera limitée à certains aspects de l'action, puisque s'il est opportun que la totalité d'un même contentieux soit soumis à un juge unique, plusieurs lois peuvent s'appliquer aux différentes questions qui constituent le litige. En matière de rupture des pourparlers par exemple, à la demande en nullité du contrat pour dol peut s'ajouter une action en responsabilité pour manquement au devoir précontractuel d'information. Si la question ne peut pas être présentée en totalité devant un seul et même juge et qu'il est nécessaire de scinder le contentieux, le juge du contrat étant compétent pour statuer sur la nullité du contrat et le juge du délit sur le manquement à une obligation précontractuelle, les objectifs de bonne administration de la justice ne seraient pas atteints. La jurisprudence a donc tendance à retenir une qualification unique sur la compétence juridictionnelle⁸⁴⁰. Cependant, en matière de conflit de lois, les deux aspects de l'action pourront se voir attribuer des qualifications différentes. L'action en nullité sera qualifiée de contractuelle alors que la réparation du préjudice sera analysée sous l'angle délictuel⁸⁴¹.

D'autre part, l'approche diffère dans la recherche du rattachement le plus effectif. Dans le cas du conflit de juridictions, la proximité du for est recherchée pour assurer une bonne administration de la justice. Elle s'analyse à travers l'accessibilité de la juridiction d'un point de vue essentiellement géographique, comme l'expose un auteur, elle « se mesure en kilomètres »⁸⁴². Est également considéré le traitement efficace du litige en assurant un

⁸³⁹ B. HAFTEL, « Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I », *JDI* 2010, n°3, p. 11; T. AZZI, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.* 2009, p. 1621.

⁸⁴⁰ Cf arrêts *Jacob Handte*, *Kalféllis*, *Réunion européenne* et les notes indiquées *supra*.

⁸⁴¹ Pour un exemple supplémentaire en matière de contrat de concession, v. l'analyse réalisée par B. HAFTEL, *in La notion de matière contractuelle en droit international privé – étude dans le domaine du conflit de lois*, thèse, Paris II, 2008, p. 24, n° 49 concernant l'affaire *Optelec c/Midtronics*, Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2001, *RCDIP* 2002, p. 87, note P. LAGARDE.

⁸⁴² B. HAFTEL, *op. cit.*, p. 23, n°44.

meilleur rassemblement des éléments de preuve. Dans le domaine du conflit de lois, l'adoption du principe de proximité est, au contraire, justifiée par la volonté d'assurer la prévisibilité de la solution pour les parties et de faciliter la reconnaissance de la décision dans les Etats concernés⁸⁴³. Il n'était donc pas certain à l'époque du prononcé de l'arrêt *Tacconi* que cette solution ait été étendue à la question de la détermination de la loi applicable.

c. Une solution limitée à la rupture des pourparlers

455. Enfin, le litige ne porte que sur l'hypothèse d'une rupture fautive des négociations et ne traite pas des difficultés liées à l'échange d'informations pendant la phase précontractuelle, qu'il s'agisse d'évaluer la suffisance et l'exactitude des renseignements ou de protéger les données confidentielles. Lors de la phase de pourparlers, les parties doivent s'informer mutuellement sur les conditions d'intervention du contrat afin que leur consentement soit exempt de vice. Pour pouvoir valablement accepter la conclusion d'un contrat, il est en effet indispensable de disposer de toutes les informations nécessaires à la compréhension de la nature et la portée de l'engagement souscrit. A défaut, le contrat peut être annulé et la responsabilité de l'auteur d'un tel préjudice engagée. Même si l'ensemble des droits ne reconnaît pas une portée uniforme à l'obligation d'information précontractuelle qui s'impose aux parties lors des négociations, ils ouvrent certaines voies de recours pour sanctionner les violations du devoir d'information⁸⁴⁴. Cependant, si les parties restent soumises à une telle obligation d'information tout au long des tractations, elles conservent néanmoins leur liberté de retrait des pourparlers⁸⁴⁵. Aussi, est-il possible que les négociations soient rompues alors qu'une partie a obtenu la révélation d'informations confidentielles. Il est ainsi essentiel de protéger l'utilisation de ces données afin qu'elles conservent leur discrétion. Or, il est envisageable qu'une partie utilise à des fins personnelles des renseignements obtenus au cours de la phase des pourparlers.

456. Dans de telles hypothèses, il sera nécessaire de déterminer le juge compétent pour traiter d'un tel litige. Si la recherche reste circonscrite à la reconnaissance de la nullité du contrat, alors le for du contrat pourra statuer sur cette demande⁸⁴⁶. Mais si le demandeur souhaite engager la responsabilité de l'auteur d'un manquement à une telle obligation

⁸⁴³ Ce principe s'exprime notamment à travers la clause d'exception présente aussi bien en matière contractuelle (art. 4, al. 3, Règlement Rome I) qu'en matière délictuelle (art. 12, al. 2, Règlement Rome II). Mais la règle de principe de l'article 12, al. 1, désignant la loi du contrat conclu ou projeté comme loi applicable aux obligations non contractuelles découlant des pourparlers peut également s'analyser en une expression du critère de proximité puisque cette loi a vocation à présenter un lien étroit avec le litige. Pour une analyse de la règle de conflit de l'article 12, v. n^{os} 653 et s.

⁸⁴⁴ V. n^{os} 238 et s.

⁸⁴⁵ Néanmoins, à l'atteinte d'un stade avancé dans les négociations, elles deviennent susceptibles d'engager leur responsabilité, voire que leur retrait soit neutralisé, Hoge Raad, 18 juin 1982, *NJ* 1983, p. 723, note C. J. H. BRUNNER; *AA*. 32 1983, p. 758, note P. VAN SCHILFGAARDE; Pour une version anglaise de la décision, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *op. cit.*, pp. 262 et 263, et la note pages suivantes; J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *Precontractual liability in European private law*, 2008, pp. 46 et s.; S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 246; Cass. soc., 22 mars 1972, *D.* 1972, p. 468; Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1959, *Bull. civ.* I, n^o 413.

⁸⁴⁶ Conformément à la jurisprudence *Effer*.

précontractuelle, qu'il s'agisse d'un manquement à une obligation d'information ou de confidentialité, il n'est pas certain que le for du contrat soit compétent. De même, si l'action en responsabilité accompagne une action en nullité, il faudra vérifier si ces deux demandes disposent d'une même nature. A défaut, le juge du contrat ne sera pas compétent pour s'intéresser au traitement de ces deux actions, quand bien même elles seraient inhérentes à une demande identique, puisque les compétences optionnelles de l'article 5 du Règlement Bruxelles I doivent s'interpréter strictement⁸⁴⁷. Or, la jurisprudence *Tacconi*, limitée à l'hypothèse de la rupture des pourparlers, ne s'étend pas au traitement de toutes les actions en responsabilité précontractuelle.

2. UNE JURISPRUDENCE CIRCONSCRITE A UNE ABSENCE DE CONTRAT

457. Cet arrêt s'inscrit dans un contexte exclusivement extracontractuel puisque, non seulement aucun avant-contrat n'est conclu pour encadrer les négociations (a), mais les parties s'accordent pour reconnaître que le contrat principal n'a jamais été formé (b).

a. Une jurisprudence limitée à l'absence d'avant-contrat

458. La jurisprudence *Tacconi* intéresse une espèce dans laquelle aucun avant-contrat ou autre document précontractuel venant rythmer les négociations n'est intervenu. La solution se limite donc aux pourparlers informels alors qu'il est de plus en plus fréquent pour les parties de recourir à la formalisation des échanges par le biais de documents précontractuels. Ce qui signifie que la nature délictuelle de l'action n'est pas rattachée à la question de la rupture des pourparlers, mais, plus restrictivement, à la rupture des pourparlers informels. Le for du contrat peut se reconnaître compétent si l'échec des tractations intervient dans le cadre de négociations organisées par la conclusion d'avant-contrat. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée la Cour d'appel de Chambéry dans son arrêt du 23 février 1998⁸⁴⁸, confirmé par la suite par la Chambre commerciale, le 5 octobre 1999⁸⁴⁹ et par la Première chambre civile, le 17 janvier 2006⁸⁵⁰.

459. L'intervention d'un avant-contrat sur lequel repose la responsabilité de l'auteur de la rupture transforme donc la nature de la demande. L'action de nature contractuelle relève de la compétence du for du contrat. En l'absence d'un tel avant-contrat, la jurisprudence *Tacconi* retrouve son empire et l'action en rupture des pourparlers qui intervient dans le cadre de négociations informelles se soumet à la compétence du juge du délit. Ainsi, dans un arrêt en date du 3 avril 2002, la Cour d'appel de Paris a-t-elle retenu la qualification délictuelle de l'action en rupture des pourparlers. Dans cette affaire, des négociations ont été ouvertes entre

⁸⁴⁷ CJCE, 27 sept. 1988, *Kalféllis*, Aff. 189/87, RCDIP 1989, p. 115, note H. GAUDEMET-TALLON.

⁸⁴⁸ CA Chambéry, 23 févr. 1998, *Sté Péchiney Electrometallurgie (PEM) c/Sté Universal Ceramic Materials PLC (UCM)*, JDI 1999, p. 188, note A. HUET; D. 1999, p.292, note B. AUDIT.

⁸⁴⁹ Cass. com., 5 oct. 1999, *Matussière et autres c/Société Werk Waldhof Aschaffenburg Graphische Papiere (PWA) GmbH*, JDI 2001, p. 133, note A. HUET.

⁸⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 17 janv. 2006, n° 03-11.601, inédit.

une société française et une société suisse sur un projet de cession d'un logiciel. Les discussions ayant échoué, la responsabilité de l'auteur de la rupture est recherchée. La Cour d'appel se prononce en application de l'article 5-3 de la Convention de Bruxelles, reconnaissant ainsi une nature délictuelle à l'action intentée. Cette solution ne surprend pas puisque, dans cette affaire, aucun contrat n'est venu organiser les pourparlers. La seule difficulté repose sur le fait que les négociations se déroulent entre des parties qui sont déjà engagées ensemble par un contrat de distribution exclusive. Cependant, les tractations concernent un projet de contrat indépendant de l'accord qui unit les parties. Ainsi, les négociations restent parfaitement informelles, justifiant l'application de la jurisprudence *Tacconi*.

b. Une jurisprudence limitée à l'absence de contrat principal

460. La solution posée par l'arrêt *Tacconi* est également circonscrite à la reconnaissance par les parties d'une véritable rupture des pourparlers. En effet, dans cette affaire, aucune d'entre elles n'a fait valoir l'existence d'un contrat, seule la responsabilité pour rupture fautive a été recherchée. Les parties se sont accordées pour reconnaître l'existence de la rupture des pourparlers, l'absence de formation du contrat, ce qui fonde, selon la Cour de justice des Communautés européennes, la compétence du juge du délit. Une telle solution signifie *a contrario* qu'il suffit qu'une partie prétende, de bonne ou de mauvaise foi, à l'existence d'un contrat, pour que cette compétence soit remise en cause. Or, la question de la formation du contrat relève des attributions du juge du contrat, suivant le principe posé par la jurisprudence *Effer*⁸⁵¹ et confirmé par la suite⁸⁵².

Il est possible que les parties fassent reposer leur demande sur ces deux catégories de fondement. Une partie invoque à titre principal l'existence d'un contrat en faisant valoir que la rupture est intervenue après l'acceptation d'une offre, et réclame, à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où le juge ne reconnaîtrait pas la formation du contrat, une indemnisation au titre d'une rupture fautive des pourparlers. Aussi, les deux aspects ne peuvent pas être soulevés devant un même juge, sauf à saisir le juge du domicile du défendeur, compétent au titre de l'article 2, puisque d'après la jurisprudence *Kalfélis*⁸⁵³, les compétences de l'article 5 doivent s'apprécier strictement. Ainsi, le juge compétent sur le fondement d'une question de nature contractuelle ne peut pas statuer sur une question de nature délictuelle posée dans le cadre d'un même litige. Ce qui conduit à la perte regrettable d'une option de compétence. Pour cela, il faudrait que le juge désigné soit compétent pour l'ensemble, ce qui n'est pas la solution retenue par la jurisprudence.

⁸⁵¹ CJCE, arrêt *Effer SpA c/ Hans-Joachim Kantner*, 4 mars 1982, *Aff.* 38/81, *RCDIP* 1982, p. 573, note H. GAUDEMET-TALLON; T. TREVOR, « Article 5(1): "Place of Performance of the Obligation in Question" », *European Law Review* 1982, p. 235; A. HUET, *JDI* 1982, p. 473.

⁸⁵² V. notamment *Boss Group Ltd. v. Boss France S.A.*, [1997], 1 W.L.R. 351; pour une application de la jurisprudence à l'appréciation de la nullité d'un contrat, Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 1983, *RCDIP* 1983, p. 516, note H. GAUDEMET-TALLON.

⁸⁵³ CJCE, 27 sept. 1988, *Kalfélis*, *Aff.* 189/87, *RCDIP* 1989, p. 115, note H. GAUDEMET-TALLON.

Les parties ont l'obligation de présenter l'ensemble des moyens sur lesquelles elles souhaitent fonder leurs demandes devant un juge donné⁸⁵⁴. Il est donc nécessaire, pour assurer une bonne administration de la justice, que l'ensemble du contentieux puisse être présenté devant un seul et même juge. Ce qui nécessite qu'une qualification unique soit retenue en matière de rupture des pourparlers : soit une qualification contractuelle, soit une qualification délictuelle. Dès lors que la question intéresse la formation du contrat, il semble que la compétence du juge du contrat soit plus opportune⁸⁵⁵. La localisation du dommage n'est pas en effet un critère pertinent en matière de contrat. On retrouve alors ici les difficultés soulevées par la jurisprudence *Effer*. La compétence du juge dépend de la seule volonté du demandeur qui peut, de mauvaise foi, invoquer l'existence d'un contrat pour échapper à la compétence du juge du domicile du défendeur. La jurisprudence *Tacconi* ne permet pas de prévenir une telle difficulté puisqu'elle se limite à la reconnaissance de l'échec des pourparlers. Pour ces autres cas de figure, les réponses sont aussi variées que peut l'être le contentieux précontractuel.

B. LA QUESTION GENERALE DES OBLIGATIONS PRECONTRACTUELLES

461. La jurisprudence *Tacconi* ne se prononce que sur la question de la rupture des pourparlers. Il est tentant de considérer qu'une telle solution peut s'étendre au traitement de l'ensemble des obligations précontractuelles qui peuvent naître à l'occasion de pourparlers informels. En effet, au cours des pourparlers, les parties sont soumises à une obligation implicite de négocier de bonne foi. De cette obligation générale, découlent notamment le devoir d'informer l'autre partie et de ne pas rompre de façon brutale et injustifiée les pourparlers. Puisque l'arrêt *Tacconi* considère que la rupture des pourparlers relève de la compétence du juge du délit, il est possible de considérer que l'obligation précontractuelle d'information subit un même traitement. Et pourtant, la jurisprudence nationale, interrogée sur la nature de l'obligation précontractuelle d'information, ne retient pas une telle analyse.

462. Dans un arrêt de la *House of Lords* britannique du 17 février 2000⁸⁵⁶, *Agnew et autres c./Lansförsäkringsbolagens AB*, les juges se sont intéressés à l'interprétation de l'article 5-1. En l'espèce, les requérants ont introduit en Angleterre une action contre une société d'assurances établie en Suède, en vue d'obtenir une déclaration autorisant la résolution d'un contrat de réassurance pour présentation erronée des faits et non-divulcation d'informations. En effet, lors d'une réunion organisée au cours des négociations une partie n'a pas informé son partenaire des risques encourus dans le cadre du contrat projeté. Le défendeur conteste la compétence des juridictions britanniques en faisant valoir que l'affaire ne relève pas de

⁸⁵⁴ Cass. Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672; *D.* 2006, p. 2135, note L. WEILLER; *JCP*, 2007, II, 10070, note G. WIEDERKEHR; *JCP* 2006, I, 183, obs. S. AMRANI-MEKKI; *RTD civ.* 2006, p. 825, obs. R. PERROT; *Rev.Huissiers* 2006, p. 348, obs. N. FRICERO.

⁸⁵⁵ Voir en ce sens B. HAFTEL, « Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I », *JDI* 2010, p. 11.

⁸⁵⁶ *House of Lords*, 17 févr. 2000, *Agnew et autres c./Lansförsäkringsbolagens AB*, *The All England Law Reports* 2000, Vol. 1, p. 737. Disponible sur le site : <http://www.curia.eu.int/common/recdoc/convention/fr/2000/40-2000.htm>, Information n° 2000/40.

l'article 5-1 puisque ses dispositions imposent la recherche de « l'obligation qui sert de base à la demande », alors qu'une telle obligation doit nécessairement être une obligation *découlant* du contrat et qu'une obligation d'information dans le cadre de négociations précontractuelles ne constitue pas une obligation de cette nature. Pourtant, la *House of Lords* confirme la position de la *Hight Court* et de la *Court of Appeal* qui se sont toutes deux déclarées compétentes sur le fondement de l'article 5-1.

Une telle solution n'est pas évidente, elle ne recueille d'ailleurs pas l'unanimité des voix au sein de la Chambre des *Lords*. En effet, dans leurs avis, *Lord Hope* et *Lord Millett* parviennent à la conclusion inverse en ce qui concerne les obligations précontractuelles. S'appuyant sur la jurisprudence communautaire *Groupe Concorde c./Suhadiwarno*⁸⁵⁷, *Lord Hope* estime que la référence à « la volonté des parties » et au lieu qui a un lien effectif avec « la réalité du contrat » permet de conclure que la Cour de justice utilise les termes « obligations contractuelles » dans le sens d'obligations créées par le contrat ou qui naissent au titre du contrat. *Lord Millett* fait valoir qu'une obligation donnant lieu à l'application de l'article 5-1, doit être une obligation contractuelle, consentie de plein gré par la partie au contrat et contenue dans le contrat proprement dit. Le non-respect de l'obligation d'agir de bonne foi au moment de la conclusion du contrat de réassurance ne peut, selon lui, être considéré comme le non-respect d'une obligation créée par le contrat.

Pourtant, ces arguments n'ont pas convaincu, puisque la Chambre des *Lords* retient qu'il y a lieu de considérer comme une obligation contractuelle toute obligation qui, si elle n'est pas remplie, donne naissance au droit de résilier le contrat. L'obligation visée par l'article 5-1 n'est donc pas limitée aux obligations découlant de dispositions expresses d'un contrat. Ce qui signifie que toutes les obligations précontractuelles dont la violation est susceptible d'atteindre la validité du contrat relèvent de la compétence du for du contrat. Ainsi la responsabilité de l'auteur d'un manquement à une obligation précontractuelle d'information peut être engagée devant la juridiction compétente en matière contractuelle.

463. C'est en ce sens que semble également se diriger la jurisprudence française, à travers l'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 2011⁸⁵⁸. En l'espèce, la question posée ne concerne pas directement l'interprétation de l'article 5-1 puisqu'il existe une clause attributive de compétence. Une société établie en France a acquis auprès d'une société de droit anglais des obligations pour un montant de 61 millions d'euros. L'accord contient une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux d'Angleterre et du Pays de Galles. L'acquéreur ayant dû céder les obligations pour une valeur zéro assigne le vendeur devant les juridictions françaises, en recherchant notamment la responsabilité de la société de droit anglais pour les manœuvres dolosives commises lors des actes préparatoires à la conclusion du contrat. Elle fait valoir devant la Cour de cassation qu'une telle action relève de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle au sens de l'article 5-3 du Règlement Bruxelles I et échappe ainsi à la compétence exclusive conférée par la clause attributive de juridiction. La Chambre civile n'est pas sensible aux arguments du pourvoi qu'elle rejette pour reconnaître que cette action relève de la compétence exclusive des juridictions contractuellement désignées.

⁸⁵⁷ CJCE, *Groupe Concorde c/ Suhadiwarno*, Aff. 440/97, 28 sept. 1999.

⁸⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 9 févr. 2011, n° 10-12.000.

Mais plus intéressant, la Cour précise que « l'existence prétendue d'un défaut d'information ou d'un dol intéressait la formation et l'exécution du contrat liant les parties ». Elle semble considérer ainsi que, dès lors que la responsabilité porte sur une obligation dont la violation peut conduire à la nullité du contrat, elle relève alors de la compétence du for du contrat de l'article 5-1. Une telle solution ne peut être que bienvenue puisqu'elle permet une meilleure administration de la justice. La victime d'un manquement au devoir d'information peut voir son préjudice réparé devant un seul et même juge. Il n'est pas nécessaire de faire valoir la nullité du contrat devant un juge puis d'en saisir un second pour rechercher la responsabilité de l'auteur.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation semble signifier cependant, qu'*a contrario*, si le manquement n'atteint pas la nullité du contrat, alors la compétence du juge du contrat n'est pas fondée. Il est donc nécessaire de compléter la jurisprudence française sur ce point. Pour ce faire, il est possible de s'inspirer de la jurisprudence britannique. En effet, la *House of Lords*, dans l'affaire *Agnew* précise qu'il faut distinguer selon que le contrat putatif est nul *ab initio* ou que le manquement précontractuel invoqué n'atteint pas la validité du contrat. Par exemple, lorsque la responsabilité de l'auteur d'une violation de la confidentialité d'une information délivrée au cours des pourparlers est recherchée, elle repose sur un fait dommageable qui ne met pas en échec la validité du contrat. En effet, les conditions de formation du contrat ne sont pas touchées.

464. De même, si l'action tendant à faire reconnaître la nullité d'un contrat relève de la compétence du for du contrat, les demandes en restitution des sommes versées dans le cadre de l'exécution du contrat devenu inexistant échappent à ses attributions. L'illustre l'action en restitution intentée dans l'affaire anglaise *Kleinwort Benson Limited v. City of Glasgow District Council* rendue par la *House of Lords* le 30 octobre 1997. Dans le cadre de l'exécution de plusieurs contrats d'échanges, Kleinwort a versé au *Council* des sommes d'un montant total de 807 230,31 UKL. Le 24 janvier 1991, la *House of Lords* a jugé dans un arrêt de principe que les autorités locales du type du *Council* n'ont aucune compétence pour conclure ce genre de contrats et que les contrats conclus étaient en conséquence nuls dès l'origine pour défaut de capacité de l'une des parties. Kleinwort, sur le fondement de l'enrichissement sans cause, introduit en Angleterre à l'encontre du *Council*, une demande en restitution des sommes qu'elle a versées en exécution des contrats conclus entre les parties. Il s'agit alors de déterminer la juridiction compétente pour connaître d'une action en restitution d'une somme d'argent versée en exécution de contrats déclarés nuls. La *House of Lords* se prononce en faveur de la compétence des juridictions délictuelles ou quasi-délictuelles visées par l'article 5-3. Cette solution ne surprend pas puisque la restitution ne vient pas atteindre la validité du contrat, elle ne constitue qu'une conséquence de la disparition de l'accord.

Par conséquent, si les actions ne sont pas susceptibles d'atteindre la validité du contrat, elles présentent une nature extracontractuelle. Cette qualification perdure que le demandeur ait fondé ou non sa demande sur cette nullité.

465. A travers l'analyse de ces décisions, il est notable que la jurisprudence, tant communautaire que nationale, cherche à préserver l'accès au juge pour les plaideurs. Tout d'abord, face aux difficultés engendrées par la qualification de l'action en responsabilité pour

rupture des pourparlers et la mise en œuvre des règles de conflit optionnelles, tant pour déterminer la localisation de l'obligation qui sert de base à la demande que celle du fait dommageable, la jurisprudence n'a pas hésité à retenir la compétence du juge du délit, alors qu'il aurait été bien plus simple de conclure à l'inapplicabilité de l'article 5 dans son ensemble. Le demandeur n'aurait pas été privé de juridiction compétente pour traiter du litige, mais simplement de choix entre le juge du lieu du fait dommageable et celui de l'Etat de situation du domicile du défendeur. Cette position démontre bien une volonté de préserver l'existence d'une option de compétence juridictionnelle, sans se limiter au juge du domicile du défendeur.

Bien que la relation impliquant une partie faible soit exclue de cette étude, il est néanmoins intéressant de relever que la jurisprudence communautaire applicable aux consommateurs recherche également à préserver leur option de compétence. En effet, dans l'affaire *Rudolf Gabriel*⁸⁵⁹, la Cour de justice a reconnu un caractère contractuel à l'action engagée par un consommateur pour faire reconnaître la responsabilité d'une société de vente par correspondance, établie à l'étranger, qui lui avait fait croire au gain d'un prix dans le but de l'inciter à contracter. A l'instar du droit français qui a utilisé la notion de quasi-contrat⁸⁶⁰ pour permettre au consommateur de bonne foi d'obtenir le versement du gain faussement promis, la jurisprudence communautaire a emprunté la voie de la qualification contractuelle pour ouvrir à la victime la compétence spéciale prévue par le Règlement Bruxelles I. Ce traitement spécifique peut s'analyser par la traduction d'un souhait d'assurer une protection efficace aux consommateurs quelle que soit la force du lien qui relie le litige au contrat⁸⁶¹.

466. Par conséquent, en matière de compétence juridictionnelle, la Cour de justice n'est pas parvenue à regrouper toutes les questions de nature précontractuelle sous une même qualification. Au contraire, elle a distingué selon les différentes formes que le contentieux né des pourparlers peut emprunter pour opérer une distribution entre les deux seules matières existantes en droit international, susceptibles d'intégrer de telles demandes, les matières contractuelle et délictuelle. Le Règlement Rome II qui intéresse le conflit de lois apparaît dans ce contexte tout à fait novateur. En effet, il prévoit une solution spécifique à la responsabilité précontractuelle à son article 12. Pour cela, il a été procédé à la création d'une troisième matière, placée à la croisée des domaines réservés au contrat et au délit, la « *culpa in contrahendo* ».

⁸⁵⁹ CJCE 11 juill. 2002, *Aff. C-96/00*, *RCDIP* 2003, p. 484; *D.* 2002, p. 2579; *JCP* 2003. II. 10055, note H. CLARET; *RTD com.* 2003, p. 206, obs. A. MARMISSE; *RCDIP* 2003, p. 484, note P. REMY-CORLAY; *Comp. Petra Engler*, 20 janv. 2005, *Aff. C-27/02*, *RTD civ.* 2005 p. 350, note P. REMY-CORLAY; *V. aussi Cass. civ. 1^{ère}*, 7 mai 2010, *Bull. civ. I*, n° 106; *D.* 2010, p. 2196, obs. I. GALLMEISTER, note A. BOLZE, L. PERREAU-SAUSSINE; *RCDIP* 2010, p. 558, note H. GAUDEMET-TALLON; *RTD civ.* 2010. 808, obs. Ph. THERY.

⁸⁶⁰ Cass. mixte, 6 sept. 2002, *Bull. civ.* n° 4; *D.* 2002, p. 2963, note D. MAZEAUD; *ibid.*, p. 2531, obs. A. LIENHARD; *JCP* 2002, II, 10173, note S. REIFEGERSTE (2^e esp.); *JCP E* 2002, p. 1687, note G. VINEY (1^{er} esp.); *Gaz. Pal.* 2002, p. 1725, concl. de Gouttes (2^e esp.); *Deffrénois* 2002, p. 1608, obs. E. SAVAUX; *CCC* 2002, n° 151, note G. RAYMOND (2^e esp.); *LPA* 24 oct. 2002, note D. HOUTCIEFF (2^e esp.); *CCE* 2002, n° 156, note Ph. STOFFEL-MUNCK.

⁸⁶¹ R. ARENAS GARCIA, « La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II », *Revista para el análisis del derecho*, 2008, n° 4, p. 11.

SECTION 2. L'APPORT DU DROIT REGLEMENTAIRE

467. Située au carrefour entre les matières contractuelle et délictuelle, le contentieux des pourparlers semble pouvoir enfin s'affranchir du carcan qui le maintenait enserré entre ces deux domaines. Il dispose en effet d'un espace d'expression inédit, puisque l'article 12 du règlement Rome II a introduit une nouvelle matière exclusivement consacrée à son traitement. Le choix de l'insertion de l'article 12 au sein du Règlement Rome II n'est pas neutre. Il confère à la responsabilité précontractuelle une qualification délictuelle. Le caractère international doit donc s'analyser au regard des éléments constitutifs du délit en localisant le lieu de commission du fait générateur et de réalisation du dommage. Si la qualification contractuelle avait été retenue, l'existence d'un lien d'extranéité aurait été recherchée au niveau des éléments constitutifs du contrat. Il aurait donc suffi que le contrat projeté s'exécute à l'étranger pour déclencher la compétence des règles de droit international privé, alors que l'ensemble des autres éléments (notamment le domicile des parties) se situe dans un même Etat.

468. Pour que les négociations présentent une dimension internationale, au sens du Règlement Rome II, il est donc nécessaire que le fait générateur ou le dommage se réalise dans un Etat différent de celui dans lequel les parties sont établies. De ce fait, si les négociations portent sur un contrat devant s'exécuter à l'étranger, alors que les parties sont toutes deux domiciliées dans un même Etat, la caractère international du litige ne semble pas suffisamment marqué pour la mise en œuvre de l'article 12. Si par contre, les négociations se déroulent à l'étranger, le caractère international semble plus délicat à établir. Il faudrait localiser le lieu de survenance du fait générateur et du dommage. La jurisprudence ayant tendance à refuser toute localisation systématique du dommage au domicile de la victime⁸⁶², le dommage pourrait alors être localisé au lieu d'exécution du contrat projeté⁸⁶³ ou au lieu où la lettre de rupture est reçue⁸⁶⁴, et la dimension internationale du litige serait alors caractérisé. Si l'on retient par contre que le dommage est bien subi au domicile de la victime, il faudra

⁸⁶² Ch. SERAGLINI, « Le droit international privé de l'avant-contrat », in *L'Avant-contrat*, O. DESHAYES (dir.), Actualité du processus de formation des contrats, Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens – CEPRISCA, 2008.

⁸⁶³ Pour une espèce rendue en matière de conflit de juridiction, mais dont la solution est transposable au conflit de lois, v. CA Paris, 1^{re} ch., sect. D., 3 avril 2002, *Sté Finagro c/SARL RSI*, *JDI* 2003, p. 145, obs. A. HUET; *LPA*, 15 oct. 2002 n° 206, p. 16, note C. CHABERT : Pour localiser en France le dommage subi à l'occasion d'une rupture de pourparlers précontractuels, la Cour d'appel a retenu notamment que « les négociations en cours avaient pour objet la cession d'un progiciel qui, en cas d'accord, aurait été exploité sur l'ensemble du territoire français ». Cependant, la Cour d'appel s'est également appuyée sur le domicile en France de la victime pour localiser le dommage, ce qui peut laisser supposer que le lieu d'exécution ne serait pas élément suffisant pour identifier le lieu de survenance du dommage.

⁸⁶⁴ Voir CA Rennes, 29 avril 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 464, §132, note J.-J. DAIGRE; *JDI* 1999, p. 189, obs. A. HUET; *RCDIP* 1999, p. 335, note. H. GAUDEMET-TALLON : La Cour d'appel localise le préjudice subi au lieu « où la lettre de rupture a été reçue », alors que les actions sur lesquelles portait la négociation de cession étaient celles d'une société dont le siège social était situé dans un autre Etat.

alors démontrer que le fait générateur, la décision de rompre les pourparlers par exemple, a été commis dans un autre Etat que celui du domicile de son auteur⁸⁶⁵. Cette qualification délictuelle de la responsabilité précontractuelle semble s'accorder avec l'orientation de la jurisprudence communautaire avec laquelle l'article 12 va devoir apprendre à cohabiter, même si l'articulation entre les dispositions relatives aux conflits de lois et de juridictions ne sera pas uniformément fluide. Néanmoins, il ne faudrait pas accorder à l'article 12 une portée trop large. Si ses dispositions intéressent certaines hypothèses relevant du contentieux des pourparlers, d'autres échappent toujours à sa compétence. Il est donc nécessaire d'appréhender la notion de *culpa in contrahendo* retenue par le Règlement Rome II (§1), pour pouvoir analyser sa combinaison avec les règles communautaires déjà existantes (§2).

§1. LA NOTION DE “*CULPA IN CONTRAHENDO*”

469. Alors que les litiges de nature précontractuelle se répartissaient déjà entre la règle de conflit de lois contractuelle communautaire et les règles nationales en matière de délit, l'article 12 du Règlement Rome II est venu tenter de rassembler l'ensemble du contentieux précontractuel pour lui offrir un traitement homogène. Cependant le domaine de cet article reste limité (A), alors que d'autres dispositions réglementaires sont susceptibles d'absorber certains litiges précontractuels (B).

A. LE DOMAINE DE L'ARTICLE 12

470. Comme il a été vu précédemment, la responsabilité précontractuelle englobe un large éventail d'hypothèses soumises à des réglementations différentes aussi bien en droit civil qu'en droit international privé⁸⁶⁶. Le législateur communautaire a opté pour une réglementation un peu nuancée, fondée sur la qualification extracontractuelle retenue par l'arrêt *Tacconi*⁸⁶⁷ de la Cour de justice des Communautés européennes, sans considérer la variété des hypothèses existantes ni la position empruntée par cette même Cour dans sa décision *Rudolf Gabriel*⁸⁶⁸ en faveur du for du contrat concernant également une action de nature précontractuelle. Il est donc essentiel de déterminer le domaine couvert par l'article 12 du Règlement Rome II pour identifier les contentieux relevant de la *culpa in contrahendo* telle que conçue par ce texte. La consultation du considérant 30 est indispensable pour réaliser cette tâche, puisque ni le titre de l'article 12, ni son contenu ne fournissent d'indices sur les cas visés. L'analyse de ces dispositions permet néanmoins d'exclure et inclure expressément

⁸⁶⁵ Pour les difficultés de localisation du délit et sa pertinence en matière de responsabilité précontractuelle, v. *infra*, n^{os} 784 et s.

⁸⁶⁶ V. *supra* n^{os} 55 et s.

⁸⁶⁷ CJCE, 17 sept. 2002, *Aff. C-334/00*, précité.

⁸⁶⁸ CJCE, 11 juill. 2002, *Aff. C-96/00*, précité.

certain contentieux (1), et de dégager les critères permettant d'intégrer une question précontractuelle dans le champ de compétence de l'article 12 (2).

1. LES EXCLUSIONS ET INCLUSIONS EXPRESSES DU DOMAINE DE L'ARTICLE 12

471. La lecture du considérant 30 du Règlement Rome II conduit à exclure une hypothèse spécifique de préjudice précontractuel, le dommage corporel (a), mais aussi à en inclure deux autres que sont la violation du devoir d'informer et de la rupture des négociations contractuelles (b).

a. L'exclusion des dommages physiques

472. La survenance d'un dommage physique lors des négociations peut s'illustrer par l'hypothèse d'une personne pénétrant dans un négoce pour envisager éventuellement l'achat de certaines marchandises et qui serait blessée par la chute de l'une d'elle⁸⁶⁹. L'éviction des dommages physiques de la *culpa in contrahendo* semble adéquate, et cela pour deux raisons essentiellement.

Tout d'abord, qualifier de *culpa in contrahendo* les contentieux résultant de tels dommages physiques reviendrait à interpréter la volonté de contracter comme un facteur de qualification du contentieux. Le dommage serait considéré comme intervenu du fait de l'existence d'un projet de contrat. Suivant ce raisonnement, la situation pourrait perdre la qualification de *culpa in contrahendo* dès lors qu'il serait démontré que les parties n'avaient aucune intention de contracter ensemble et la règle de conflit divergerait d'autant. En d'autres termes, si la victime parvient à démontrer qu'au moment de la survenance du dommage, elle envisageait sérieusement de contracter, alors le litige relèverait de la *culpa in contrahendo*. Mais si, par contre, la victime flânait simplement dans les allées du négoce, sans souhait réel de contracter, alors le litige échapperait au domaine de l'article 12 du Règlement Rome II. Cette solution aboutirait donc à des situations marquées d'incohérence. En effet, ce n'est pas l'entrée dans le négoce, ou la prise de contact avec un éventuel cocontractant, qui a généré le préjudice physique subi par la victime. Il n'existe donc pas de lien de causalité suffisant entre le fait générateur de responsabilité et le contrat envisagé.

Ensuite, faire entrer les dommages physiques dans le domaine de la *culpa in contrahendo* ne correspond pas à l'objectif poursuivi par l'introduction de cette nouvelle disposition au sein du Règlement Rome II. En effet, l'intérêt majeur de la création de cette nouvelle matière, située au carrefour des matières contractuelle et délictuelle, est d'appliquer aux situations précontractuelles la loi du contrat conclu ou projeté, loi choisie par les parties. Or, si

⁸⁶⁹ Cf. exemple de la célèbre jurisprudence allemande du linoléum : la victime avait été blessée par la chute des rouleaux de linoléum qu'elle s'apprêtait à acheter dans une entreprise de revêtement. : *RG*, 7 déc. 1911, 78 *R.G.Z.* 239, décision reproduite en anglais in H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pp. 291-292.

l'adaptation de cette loi aux dommages résultants directement des négociations précontractuelles peut être reconnue pour respecter la prévisibilité des parties, la loi du contrat n'est pas adaptée aux dommages physiques. Les parties, en choisissant la loi applicable à leur contrat, n'ont certainement pas envisagé la pertinence des dispositions de cette loi en matière de préjudice corporel. Par conséquent, il semble plus approprié de soumettre le dommage physique subi lors des pourparlers à la loi du lieu de survenance du dommage, conformément au régime général de responsabilité posé à l'article 4 du Règlement Rome II.

473. Cette exclusion des dommages corporels, bien qu'elle soit bienvenue, marque une incohérence dans la terminologie choisie par le Règlement Rome II. En effet, l'article 12 s'intitule tout simplement « *culpa in contrahendo* ». Or, l'emprunt de la notion de *culpa in contrahendo*, née de la célèbre doctrine allemande, est déjà créateur d'ambiguïté. Il ne semble pas particulièrement approprié de nommer la responsabilité précontractuelle, présentée expressément comme une hypothèse relevant de la matière délictuelle, par le terme « *culpa in contrahendo* »⁸⁷⁰ qui désigne justement une théorie fondant cette responsabilité sur l'existence d'un engagement de nature contractuelle. D'autant plus que plusieurs des versions traduites du Règlement Rome II présentent l'article 12 sous l'intitulé de « responsabilité précontractuelle »⁸⁷¹ ou de responsabilité engagée « lors des pourparlers »⁸⁷², notamment la version allemande, ce qui démontre bien que les rédacteurs n'étaient pas ignorants du risque de confusion existant entre la conception du Règlement Rome II et celle retenue par le droit allemand. D'autres versions ont choisi une solution intermédiaire en utilisant l'expression de *culpa in contrahendo*, mais en définissant cette notion. Il est regrettable que la transcription française n'ait pas suivi cet exemple.

474. Les rédacteurs de la proposition de Règlement Rome II, bien que n'ayant pas encore introduit d'article intégralement dédié à cette question, avaient envisagé la difficulté posée par la fragilité de la limite séparant le contrat du délit. Pourtant, l'hypothèse de *culpa in contrahendo* y est présentée en exemple, au même titre que la responsabilité précontractuelle, laissant ainsi supposer l'existence de deux notions distinctes. Une interprétation littérale des termes conduirait à circonscrire la *culpa in contrahendo* à la responsabilité issue directement des tractations en vue de la conclusion d'un contrat (responsabilité en contractant), et à étendre la responsabilité précontractuelle à l'ensemble des autres délits nés avant la conclusion du contrat. La responsabilité serait ainsi caractérisée, dans le premier cas, par un critère volontaire (la conduite des pourparlers), alors que dans le second cas, un critère simplement temporel (la survenance de la faute avant la conclusion du contrat) permettrait de qualifier la responsabilité de précontractuelle. En pratique, serait concerné tout délit présentant un lien avec le contrat sans forcément avoir pour causes directes les tractations précontractuelles. Ainsi le préjudice subi à l'occasion d'une rupture abusive des négociations serait traité au même titre que le dommage corporel survenu alors que la victime s'apprêtait à

⁸⁷⁰ C'est le cas notamment des versions française, espagnole, danoise, portugaise, italienne et anglaise.

⁸⁷¹ Par exemple : « *Předsmělní odpovědnost* », selon la traduction tchèque et « *Precontractuele aansprakelijkheid* », en néerlandais.

⁸⁷² « *Verschulden bei Vertragsverhandlungen* ».

contracter⁸⁷³. Cette hypothèse est toutefois expressément écartée par le considérant 30 du Règlement Rome II⁸⁷⁴. Cette exclusion justifie la disqualification de la notion bien trop large de « responsabilité précontractuelle », mais pas l'utilisation de l'expression « *culpa in contrahendo* » qui crée inévitablement un risque de confusion avec l'hypothèse visée par la doctrine allemande⁸⁷⁵.

475. Si le Règlement Rome II exclut expressément les dommages physiques, aucune disposition ne désigne explicitement les dommages causés à la propriété. En l'absence de précision du Règlement Rome II sur ce sujet, il semble conforme aux objectifs de ce texte d'exclure du domaine de l'article 12 les dommages à la propriété qui ne présentent pas de lien direct avec le contrat. Ce serait le cas, par exemple, d'un logiciel proposé à la vente qui serait détérioré par le matériel informatique de l'acquéreur potentiel utilisé lors de la présentation du produit par le vendeur. Cette exclusion se justifie par les motifs invoqués pour écarter les préjudices corporels. Par contre, les contentieux liés au traitement des données confidentielles délivrées au cours des négociations, qu'il s'agisse de sanctionner une exploitation à des fins personnelles ou une simple divulgation, laissent plus perplexe quant à leur possible intégration du domaine de la *culpa in contrahendo*. Cette inclusion dépend du fait de savoir si ces contentieux correspondent à une « violation du devoir d'informer » telle que l'envisage le Règlement Rome II.

b. L'inclusion de la « violation du devoir d'informer » et de la « rupture des négociations contractuelles »

476. Sans en donner de définition précise, le considérant 30 du Règlement Rome II dispose que le concept de « *culpa in contrahendo* » devrait inclure la violation du devoir d'informer et la rupture des négociations contractuelles. Cette seconde hypothèse ne suscite pas de commentaires particuliers, sauf à relever qu'en visant expressément le cas d'une rupture des tractations, le texte exclut implicitement la question de la reconnaissance du contrat. Ainsi, si les deux parties ne s'accordent pas pour constater l'échec des pourparlers, et que l'une d'entre elles se prévaut de la conclusion du contrat principal, alors cette action échappera à l'application de l'article 12. Une telle disposition ne surprend pas, puisque le Règlement

⁸⁷³ Cf. exemple de la célèbre jurisprudence allemande du linoléum : la victime avait été blessée par la chute des rouleaux de linoléum qu'elle s'apprêtait à acheter dans une entreprise de revêtement, *RG*, 7 déc. 1911, *op. cit.*

⁸⁷⁴ Cf. considérant 30 Règlement Rome II : « 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 ». Cette exclusion est effectivement justifiée car, si l'on reprend le raisonnement suivi par l'avocat général Tesouro dans ses conclusions rendues le 12 décembre 1989 à l'occasion de l'affaire *Alfredo Grifoni c/Communauté européenne de l'énergie atomique* (CJCE, 27 mars 1990, *Aff. C-308/87* : il n'existe aucun « lien fonctionnel avec le contenu du futur contrat » nécessaire à l'engagement de la responsabilité précontractuelle.

⁸⁷⁵ Ce risque de confusion semble ne pas avoir échappé aux réflexions des rédacteurs du Règlement Rome II puisque que l'expression « *culpa in contrahendo* » est absente de la version allemande (l'article 12 s'intitule alors *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*), de même pour la version tchèque et néerlandaise.

Rome I, consacré aux obligations contractuelles, se réserve le traitement de la question de l'existence du contrat⁸⁷⁶. En revanche, la première hypothèse visée par le considérant 30, la « violation du devoir d'informer », est plus contestable. Cette disposition entraîne trois séries d'observations.

477. Tout d'abord, le choix du terme « violation » réduit la portée de l'article 12 concernant les dommages relatifs aux informations échangées pendant les pourparlers. En visant la « violation » du devoir d'informer, le considérant 30 envisage le manquement d'une partie à la négociation à son devoir de délivrer des informations. Ce qui signifie que seul le débiteur de l'obligation d'information sera concerné. L'utilisation fautive par le créancier des informations délivrées ne sera pas prise en compte. Par exemple, une partie informerait son cocontractant potentiel des qualités techniques que présente un produit qu'elle souhaite commercialiser. Cette information est essentielle puisqu'elle constitue un élément sur lequel reposera le consentement de l'acquéreur. Il est donc indispensable que le vendeur dévoile cette formation au cours des négociations, à défaut, il risque de commettre une « violation du devoir d'informer » telle que visée expressément par le Règlement Rome II. Mais si les négociations n'aboutissent pas alors que cette information a déjà été délivrée, il est envisageable que ces éléments soient divulgués, voire même utilisés, par l'autre partie. Celle-ci aura ainsi réalisé un manquement au devoir de confidentialité ou, plus généralement, au devoir de bonne foi dans les négociations, manquement qui n'est pas visé par la lettre du considérant 30. En effet, le destinataire de l'information n'est pas soumis à un devoir d'informer, mais de préserver son caractère secret. En conséquence, il aurait été plus judicieux de désigner « les obligations qui découlent du devoir d'informer », plutôt que la « violation du devoir d'informer », pour pouvoir inclure dans le domaine de l'article 12 les manquements commis au cours des pourparlers aussi bien par la partie qui délivre les informations, que par celle qui les reçoit.

478. Ensuite, le Règlement Rome II ne distingue pas, parmi les fautes relatives à la « violation du devoir d'informer », entre les manquements qui atteignent directement la validité du contrat et ceux qui ne produisent qu'un dommage. Cette distinction est pourtant essentielle puisque dans le premier cas, il s'agira d'apprécier la validité du contrat et la question relèvera du domaine contractuel, conformément aux dispositions de l'article 10, alinéa 1, du Règlement Rome I, alors que, dans la seconde hypothèse, seule la responsabilité d'une partie à la négociation sera recherchée et la question pourra retrouver une qualification délictuelle.

479. Enfin, l'utilisation du terme « devoir » réduit encore le champ de l'article 12. Cette notion implique que sont uniquement visées les informations obligatoires, dont la réticence ou la révélation erronée a influencé le consentement. Il importe peu que l'influence ait empêché tout accord de volonté ou simplement entraîné la conclusion du contrat à des conditions qui n'auraient pas été acceptées en l'absence de ces agissements. Cependant, certains

⁸⁷⁶ Art. 10, al. 1, Règlement Rome I, cf *infra* n° 495.

renseignements qui ne produisent pas d'impacts directs sur le consentement peuvent être délivrés lors des pourparlers. Dans ce cas, l'article 12 devra-t-il systématiquement s'appliquer, ou faudra-t-il apprécier au préalable la portée de ces informations sur le consentement des parties ? L'application systématique de l'article 12 aura bien évidemment l'avantage d'assurer une certaine prévisibilité de la solution, gage de sécurité juridique. Néanmoins, le domaine de la *culpa in contrahendo* n'a pas pour objectif d'accueillir tous les manquements liés à la transmission d'information au cours des pourparlers. Il est donc nécessaire de procéder au préalable à l'analyse de l'impact des informations sur le consentement pour déterminer si la question relève bien du domaine de l'article 12. Cette appréciation sera facilitée par la lettre du considérant 30 qui impose l'existence d' « un lien direct avec les tractations menées avant la conclusion d'un contrat », une des deux conditions d'intégration du contentieux au domaine de l'article 12 du Règlement Rome II.

2. LES CONDITIONS D'INTEGRATION DU CONTENTIEUX

480. Même s'il ne propose aucune définition du domaine de la *culpa in contrahendo*, le considérant 30 du Règlement Rome II impose au contentieux souhaitant intégrer l'article 12 de remplir deux conditions cumulatives. Ainsi, cet article ne s'applique qu'aux obligations non contractuelles (a) présentant un lien direct avec les tractations menées avant la conclusion d'un contrat (b).

a. L'exigence d'une obligation non contractuelle

481. A première lecture, la précision du considérant 30, imposant la présence d'une obligation de nature non-contractuelle semble superflue. En effet, la construction des règles de conflit de lois communautaires s'est réalisée *via* l'édiction de deux textes distincts, les Règlements Rome I et II, respectivement consacrés au traitement des obligations contractuelles et extracontractuelles. L'inclusion de la *culpa in contrahendo* au sein du Règlement Rome II signifie donc implicitement que cette hypothèse reste circonscrite aux obligations non-contractuelles. Le Règlement Rome I le relaie lorsque l'obligation précontractuelle revêt une nature contractuelle. En effet, le contentieux né des pourparlers présente une polymorphie singulière qui lui permet de se présenter aussi bien sous une forme extracontractuelle que contractuelle.

Face aux disparités entre les droits nationaux qui troublent la sécurité des négociations, les acteurs du commerce international ont choisi pour la majorité d'encadrer les discussions par le biais de documents contractuels. Empruntant des formes aussi variées que leur rôle l'exige, ces avant-contrats imposent aux parties des obligations de nature contractuelle. Cependant, une partie de la doctrine semble considérer que le domaine de l'article 12 du Règlement Rome II s'étend aux obligations nées des contrats de négociation⁸⁷⁷. Ils ont pour objet de sceller un accord des parties sur le déroulement pratique des négociations (le lieu et la fréquence des

⁸⁷⁷ M. SANTA-CROCE, *J.-Cl.Droit internat.*, Fasc. 552-60, n° 26.

réunions, la durée de la négociation, le coût et l'imputation du coût des études préalables), mais aussi de sécuriser les tractations en imposant une obligation de secret ou de confidentialité.

482. Une telle compréhension du texte implique que les dispositions du considérant 30 visant les obligations non-contractuelles soient entendues strictement comme désignant les obligations qui ne naissent pas du contrat principal négocié. Il faudrait ainsi distinguer entre les obligations nées du contrat principal, exclues du Règlement Rome II, et les obligations nées des contrats de négociation, soumises à l'article 12 du Règlement Rome II. Cette interprétation présente certainement un avantage pratique. Elle permet de regrouper plus largement le contentieux précontractuel sous l'égide d'un même article. Cependant, il semble difficile d'adhérer totalement à une telle interprétation du Règlement Rome II. Le contrat de négociation ne présente certes pas d'autonomie pratique par rapport au contrat principal envisagé puisque son objet, l'organisation des pourparlers, est subordonné à l'existence du projet de contrat. En l'absence de cette volonté de contracter, les contrats de négociation n'ont pas lieu d'exister. Mais cette subordination reste pratique et non juridique. En effet, si l'on s'attache aux éléments de définition du contrat retenus par les différents systèmes de droit, il apparaît que la volonté de s'engager constitue un critère déterminant pour reconnaître l'existence d'une relation contractuelle. Or, en concluant un contrat de négociation, les parties se sont bien engagées à respecter ses stipulations, qu'il s'agisse d'un devoir de secret ou d'honorer des délais prédéfinis. D'autant que la jurisprudence communautaire accepte de reconnaître un contrat dès lors qu'un engagement librement assumé par une partie envers une autre⁸⁷⁸ est caractérisé, comme le sont les obligations des parties à un contrat de négociation. Ces obligations présentent donc une nature contractuelle qui devrait justifier leur exclusion du domaine de l'article 12, à l'instar des obligations contractuelles nées du contrat principal et des avant-contrats⁸⁷⁹.

483. Il reste cependant à tempérer l'impact de ces divergences d'interprétation en relevant que l'ambiguïté de la rédaction du Règlement Rome II est gommée par le pont dressé entre l'article 12 et le Règlement Rome I. En effet, l'article 12 soumet les obligations précontractuelles à la loi du contrat principal, tout en acceptant sa mise à l'écart lorsqu'une loi présentant des liens plus étroits a vocation à s'appliquer. Deux hypothèses doivent être distinguées selon que le contrat de négociation contient ou non une clause d'*electio juris*.

Si les parties n'ont pas choisi de loi pour régir leur contrat de négociation, la difficulté de la qualification du contentieux de l'avant-contrat peut effectivement être neutralisée par les dispositions de l'article. En effet, soit on considère que l'article 12 régit les obligations nées de ces contrats, alors la loi applicable sera la loi du contrat principal; soit, il est décidé de soumettre de telles obligations au Règlement Rome I et, dans ce cas, sera désignée la loi qui présente les liens les plus étroits. Or, ce rôle sera certainement assuré par la loi du contrat principal, puisque constituant un lien effectif avec la situation en cause. Ainsi, que l'on

⁸⁷⁸ V. arrêt *Jacob Handte*, *op. cit.*

⁸⁷⁹ Pour un traitement contractuel des avant-contrats, v. M. SANTA-CROCE, *op. cit.*, nos 28 et s.

retienne une qualification délictuelle ou contractuelle des obligations générées par un contrat de négociation, la solution de la règle de conflit sera probablement similaire.

Si, à présent, les parties ont choisi, par prudence, d'insérer une clause d'*electio juris* dans leur contrat de négociation, il est possible de comparer les conséquences des deux qualifications distinctes, suivant le même raisonnement que précédemment. Selon la qualification délictuelle, l'application de l'article 12 conduira à appliquer au contrat de négociation la loi du contrat principal, alors que, suivant une qualification contractuelle, le Règlement Rome I désignera la loi choisie par les parties. Dans cette hypothèse, il apparaît une conséquence significative à cette divergence d'interprétation, puisque la loi compétente variera selon la qualification retenue. Pourtant, rappelons que l'article 12 prévoit l'éviction de la loi du contrat principal en cas d'existence d'une loi présentant des liens manifestement plus étroits avec le contrat. Or, même si une qualification contractuelle était refusée au contrat de négociation, il semble primordial de garantir le respect de la volonté des parties exprimée à travers la clause d'*electio juris*. Aussi, dans cette hypothèse, et si une nature contractuelle n'était pas reconnue aux obligations nées du contrat de négociation, il faudrait faire primer la loi choisie par les parties pour régir leur contrat de négociation sur la loi du contrat principal, en application de la clause d'exception. Une telle solution permettrait de contourner les difficultés engendrées par l'interprétation de la première condition imposée par le considérant 30, l'existence d'une obligation non-contractuelle. La seconde condition appelle également certains commentaires.

b. L'exigence d'un lien « direct » avec le contrat

484. Le considérant 30 impose l'existence d'un lien direct « avec le contrat ». Concernant la violation du devoir d'informer, cette condition signifie que ne sont visés que les renseignements qui concernent directement l'objet du contrat, par exemple les caractéristiques techniques du produit fourni. Or, au cours des pourparlers, il est fréquent que les parties dévoilent certaines informations d'ordre souvent privé, nécessaires à l'établissement d'une relation de confiance⁸⁸⁰. Ces renseignements pourraient concerner la situation familiale ou financière des parties, voire même des informations personnelles sur la vie d'un tiers, un salarié par exemple. L'échange de ces données se révèle essentiel à la conclusion du contrat. Pourtant, ces informations ne présentent pas de lien direct avec le contrat et ne seront pas concernées par l'article 12 et cela à juste titre, l'article 12 établissant une règle de conflit spéciale n'ayant pas vocation à s'étendre à un domaine trop vaste.

485. Pourtant, dans certains cas, la frontière entre les informations présentant un lien direct et indirect avec le contrat est mince. Envisageons le cas d'un contrat portant sur la distribution d'un logiciel. Si, au cours des négociations, des informations volontairement erronées sont fournies à l'autre partie concernant les caractéristiques du logiciel, objet du contrat projeté, l'article 12 aura vocation à s'appliquer. Si, au contraire, les informations portent sur les caractéristiques d'un autre produit issu de la fabrication de la même entreprise et sont délivrées dans le but d'inciter l'autre partie à contracter, l'existence d'un lien direct avec le

⁸⁸⁰ G. ROUGIER-BRIERRE, « Spécificités de la négociation et de la pratique contractuelles en Chine », *RDAL* 2007, p. 151 : cette relation de confiance est indispensable à la réussite des pourparlers.

contrat semble moins évidente. Ce serait le cas si la présentation de ce produit laissait sous-entendre à l'autre partie que l'entreprise réalise la création de produits importants et influencerait notablement le consentement du destinataire de l'information lors de la conclusion du contrat. Même s'il est vrai que ces données ne concernent pas directement l'objet du contrat, elles ont joué un rôle important dans l'établissement du consentement de l'autre partie. Cependant, d'après la rédaction du considérant 30, la responsabilité ne sera pas systématiquement sanctionnée par la loi désignée par l'article 12. Il appartiendra au juge, ou à l'arbitre, d'apprécier l'existence de lien direct avec le contrat pour établir si la question relève de la *culpa in contrahendo* au sens du Règlement Rome II. Il est regrettable que l'imprécision du texte conduise à soumettre son interprétation à l'appréciation de la juridiction saisie, alors qu'une rédaction plus précise aurait permis d'éviter cette source de divergence d'application.

486. L'existence des négociations ou la survenance de leur échec peut, dans certains cas, présenter également un intérêt à rester confidentielle. L'auteur de la rupture pourrait divulguer largement sa décision de retrait et l'échec des pourparlers pour atteindre la réputation de l'autre partie et en tirer profit⁸⁸¹. L'intégration de cette hypothèse n'aurait posé aucune difficulté si le considérant 30 avait imposé l'existence de lien direct « avec les négociations précontractuelles », et non simplement « avec le contrat ». Ce critère élargi aurait permis d'intégrer ces contentieux sous l'égide de l'article 12. Cependant, il semble raisonnable de qualifier cette question spécifique de contentieux lié, non pas à l'échange d'information, mais à la rupture des pourparlers. En effet, la médiatisation de la rupture peut être assimilée à un comportement contraire à la bonne foi dans l'expression du droit de retrait unilatéral des parties aux tractations. Cette appréhension du contentieux né de la révélation de l'existence ou de l'échec des pourparlers permet de faire relever cette hypothèse du domaine de l'article 12.

487. L'exigence de lien direct permet également, semble-t-il, d'écarter une demande des tiers ou une action à leur encontre. Il est effectivement possible que les tiers subissent un dommage du fait des négociations précontractuelles et, notamment, de l'échec des pourparlers. Dans l'arrêt *Tacconi* de la Cour de justice des Communautés européennes, la société demanderesse qui recherche la responsabilité de l'auteur de la rupture des négociations n'est justement pas partie aux pourparlers. Elle reproche au défendeur d'avoir cessé les tractations concernant le contrat projeté avec un tiers, ce qui l'a empêchée de réaliser une opération dont dépendait la conclusion du contrat avorté.

Mais il est également possible que le tiers soit l'auteur même du dommage. Dans l'affaire française *Manoukian*⁸⁸², il est reproché à un tiers d'avoir incité le cocontractant à rompre les pourparlers. Le tiers a en effet proposé à l'une des parties engagées dans les négociations de

⁸⁸¹ V. CA Versailles, 1^{er} avr. 1999, *Gaz. Pal.* 6/8 févr. 2000, p. 30; *RJDA* 1999, n° 1285 : qui sanctionne le comportement contraire à la bonne foi de l'auteur de la rupture des pourparlers en relevant l'atteinte à l'image que subissait la victime, atteinte d'autant plus marquée qu'il s'agissait dans cette affaire d'une société nouvelle dont la réputation était sensible aux premiers échecs.

⁸⁸² Cass. com., 26 nov. 2003, nos 00-10.243 et 00-10.949, *Bull. civ.* IV, n° 186, *JCP G* 2004, I, 163, obs. G. VINEY; *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; Rappr. Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *D.* 2006, p. 2963, note D. MAZEAUD; *D.* 2006, p. 2638, obs. S. AMRANI-MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON; Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-17.289, *CCC* 2008, comm. 6, note N. MATHEY; Cass. civ. 3^{ème}, 7 janv. 2009, n° 07-20.783, *D.* 2009 p. 297.

lui rembourser les frais éventuellement causés par la rupture des pourparlers s'il acceptait de conclure une convention concurrente. De même, la fameuse affaire américaine *Texaco Inc. v Pennzoil Co*⁸⁸³ illustre avec ampleur la sanction des agissements du tiers dans le cadre des négociations, puisque le montant de la condamnation s'élève à une somme considérable. Alors que les négociations entre la société Getty et la société Pennzoil sont très avancées au point que le projet de fusion a été annoncé à la presse après la signature d'un accord de principe, la société Getty conclut finalement le contrat avec un tiers, la société Texaco, avec qui elle a entretenu des négociations parallèles tenues secrètes. Les juridictions américaines ont accepté de retenir la responsabilité de Texaco pour avoir incité Getty à rompre l'accord préliminaire et porté préjudice à la société Pennzoil.

Si ces contentieux présentent un caractère international, il est nécessaire de déterminer s'ils constituent une hypothèse de *culpa in contrahendo*. En d'autres termes, le tiers peut-il se prévaloir de l'article 12 pour déterminer la loi applicable à l'action en responsabilité d'une partie à la négociation ? Et la partie aux pourparlers, victime d'un préjudice du fait de l'intervention d'un tiers dans les tractations, peut-elle rechercher sa sanction sur le fondement de la loi désignée par l'article 12 ? La lecture de ces dispositions conduit à refuser cette extension. En effet, l'exigence d'un lien direct avec les pourparlers semble supposer l'existence d'une relation directe entre les parties. Or, il n'est pas permis pour un tiers d'agir au nom et pour le compte d'une partie, quand bien même il aurait personnellement subi un préjudice au cours des pourparlers⁸⁸⁴. De plus, pour atteindre l'objectif visé par le droit communautaire de préservation de la sécurité juridique⁸⁸⁵ en permettant aux justiciables de prévoir raisonnablement la solution de leur litige, il n'est pas opportun qu'un tiers puisse se voir sanctionner sur l'application de la loi du contrat auquel il n'est pas partie, tel que le prévoit l'article 12⁸⁸⁶. La Cour de justice a rappelé l'importance de la prévisibilité lors de sa décision *Jacob Handte*⁸⁸⁷ à l'occasion duquel elle a considéré que le juge du contrat ne pouvait pas connaître d'une action intentée dans une chaîne de contrats, quand même bien elle serait translatrice de propriété.

Par conséquent, la lecture de l'article 12, associée à celle des des précisions apportées par le considérant 30, a permis d'apprécier le domaine assez restrictif réservé à la *culpa in contrahendo*. Il est possible, à présent, d'analyser comment l'article 12 parvient à composer avec les autres dispositions règlementaires existantes en matière de conflit de lois.

⁸⁸³ *Texaco Inc. v Pennzoil Co*, [1986], 784 F.2d 1133.

⁸⁸⁴ CA Versailles, 11 sept. 2008, n° 06/08167 : « Dans le cadre de l'action en responsabilité pour rupture abusive des pourparlers intentée par une société, cette dernière n'est pas recevable à agir au nom et pour le compte des autres sociétés du groupe auquel elle appartient dès lors qu'elles ne sont pas concernées par l'opération projetée dont l'échec fonde la procédure ».

⁸⁸⁵ Préambule de la Convention de Bruxelles, point 11.

⁸⁸⁶ CA Lyon, 11 janv. 2011, n° 08/06119 : « Que la volonté des parties de se soumettre à la loi française ne peut d'avantage être déduite de la circonstance que la convention initiale ensuite de laquelle la commande a été passée relève elle-même de l'application de la législation française car le marché signé entre la société Pascal et le Gie Lyon Nord n'est pas opposable à la société Liebig qui n'en est pas signataire ».

⁸⁸⁷ Attendu n° 18, CJCE, arrêt *Jacob Handte*, 17 juin 1992, *Aff. C-26/91*.

B. LA COMBINAISON DE L'ARTICLE 12 AVEC LES AUTRES DISPOSITIONS

488. Le travail réalisé par le droit communautaire dans l'élaboration d'un système règlementaire de résolution des conflits de lois a permis la mise en place d'un ensemble complet de règles. Leur analyse, dans le cadre de l'étude des contentieux précontractuels, met en évidence l'existence de croisements entre l'article 12 et les autres dispositions du Règlement Rome II (1), mais aussi du Règlement Rome I (2).

1. L'ARTICULATION ENTRE L'ARTICLE 12 ET LES AUTRES DISPOSITIONS DU REGLEMENT ROME II

489. Le caractère polymorphe du contentieux né des négociations conduit à la rencontre des litiges précontractuels avec les hypothèses de concurrence déloyale (a), d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle (b), sans oublier l'enrichissement sans cause (c).

a. L'articulation entre l'article 12 et l'article 6

490. L'article 6 du Règlement Rome II prévoit une disposition spéciale en matière de concurrence déloyale dont la rédaction a été accueillie avec un enthousiasme partagé⁸⁸⁸. L'alinéa 2 vise expressément le cas d'un acte de concurrence déloyale affectant exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé et renvoie à la règle générale de l'article 4. Dans le cadre du contentieux précontractuel, il est possible d'envisager, au titre de concurrence déloyale, les hypothèses d'utilisation des données techniques délivrées au cours de pourparlers par l'autre partie⁸⁸⁹, l'engagement de négociations dans l'unique but

⁸⁸⁸ Pour une présentation plus générale de l'article 6 du Règlement Rome II, v. V. PIRONON, « Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence », in *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), Litec, 2008.

⁸⁸⁹ Cass. com., 3 oct. 1978, Chantiers modernes, *Bull. civ.* IV, n° 208; *D.* 1980, p. 55, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI; *RTD com.* 1979, p. 250, obs. A. CHAVANNE, J. AZEMA : «Mais attendu que l'action en concurrence déloyale ayant pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut, en l'état, se prévaloir d'un droit privatif, ce qui était le cas de R dont le projet n'a été délivré qu'ultérieurement, les juges du fond n'avaient pas à rechercher si le procédé dont il était l'auteur était ou non dépourvu d'originalité... qu'en énonçant qu'il résulte des documents versés au débat, la preuve que C se sont à l'occasion des pourparlers avec R emparés des indications techniques fournies par huissier, et ont sans autorisation abusivement mis en oeuvre les méthodes ainsi venues à leur connaissance, la Cour d'Appel qui a répondu aux conclusions alléguées en déclarant à juste titre que leur demande, en ce qui touchait à la brevetabilité de l'invention de R, était irrecevable, a pu en l'état de ces constatations retenir à l'encontre de l'entreprise l'existence d'une faute de concurrence déloyale »; A rapprocher : CA Paris, 8 juill. 1972, *Sté des disques Vogue International Industries contre société Alpha et autres*, *JCP* 1973, n° 17509; CA Paris, 19 nov. 1976, *DS* 1977, p. 279; CA Rouen, 13 janv. 1981, C. JACOTTET; *D.* 1983, p. 53, note A. LUCAS : « en s'appropriant le fruit de recherches qui avaient nécessité la mise en oeuvre de certaines techniques, même si les éléments combinés n'étaient ni nouveaux ni originaux... »; CA Paris, 14 févr. 1997, *JCP* 1998, II, 10000, note B. FAGES; CA Paris, 4 nov. 2005, *PIBD* 2006, p. 823, III, 103; CA Paris, 20 sept. 2006, *PIBD* 2007, p. 843, III, 37; CA Paris, 12 janv. 2007, *PIBD* 2007, p. 847, III, 176.

d'empêcher le partenaire de traiter avec un tiers⁸⁹⁰, ou encore l'incitation à rompre les pourparlers engagés avec un tiers⁸⁹¹.

A première vue, il est délicat de qualifier avec certitude ces questions d'hypothèse de *culpa in contrahendo* ou de concurrence déloyale telles que visées par le Règlement Rome II. Or, cette étape est essentielle puisque, selon la qualification retenue, la loi applicable sera soit la loi du contrat projeté ou conclu, soit la loi du dommage.

491. L'utilisation des secrets échangés pendant la phase des pourparlers a bien pour effet de concurrencer l'autre partie. De même, si les négociations n'ont été entamées ou poursuivies que pour détourner son partenaire d'un projet de contrat envisagé avec un tiers ou pour obtenir la révélation d'informations confidentielles, l'impact sur la concurrence sera notable. Ce constat milite en faveur d'une intégration de ces contentieux au sein de l'article 6.

Cependant, ces agissements peuvent s'analyser en des manquements à l'obligation de négocier de bonne foi, qui constituent bien des « obligations non contractuelles découlant de tractations menées avant la conclusion du contrat » telles que visées par l'article 12. Ce qui les soumet au régime de la *culpa in contrahendo* du Règlement Rome II, et non au traitement réservé aux actes de concurrence déloyale par l'article 6.

Cette interprétation semble plus conforme aux objectifs visés par le Règlement Rome II. En effet, l'article 6, alinéa 4, exclut la liberté de choix du droit applicable pour la responsabilité encourue suite à des actes de concurrence déloyale. Cette restriction se justifie par le fait que l'intérêt protégé transcende celui des parties. Il est nécessaire de « garantir de manière générale la loyauté de la concurrence et l'égalité de traitement sur le marché dans l'intérêt de tous les concurrents, des clients, des consommateurs et de l'économie en général »⁸⁹², ce que ne permet pas l'élection de droit⁸⁹³.

Ce constat démontre que les règles visées en matière de concurrence déloyale poursuivent un objectif macroéconomique et ne s'intéressent pas aux contentieux précontractuels précités⁸⁹⁴, qui se limitent aux seuls intérêts des parties. L'incitation à rompre les négociations précontractuelles entamées se détache encore davantage car, pour les raisons que l'on vient d'évoquer, elle ne constitue pas un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 6 du Règlement Rome II, ni ne peut être sanctionnée suivant les dispositions de l'article 12 puisqu'elle concerne les tiers. Cette hypothèse sera soumise à la règle générale de l'article 4.

⁸⁹⁰ Cass. com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915, *Bull. civ.* IV, n° 208; *D.* 1980, p. 55, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI; CA Rouen, 13 janv. 1981, *D.* 1983, p. 53, note A. LUCAS.

⁸⁹¹ V. la décision américaine *Texaco Inc. v. Pennzoil Co*, *op. cit.*

⁸⁹² T. KADNER GRAZIANO, « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle, le règlement Rome II », *RCDIP* 2008, p. 445.

⁸⁹³ Pour une vision critique de cette restriction jugée trop extensive, v. P. LAGARDE, in *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), Litec, 2008, p. 201.

⁸⁹⁴ V. en ce sens l'exposé des motifs de la proposition de Règlement Rome II présentée par la Commission, 21 févr. 2006, COM(2006) 83 final, spéc. Point 3.4; Le considérant 21 du Règlement Rome II.

b. L'articulation entre l'article 12 et l'article 8

492. Le Règlement Rome II prévoit à son article 8 une disposition spéciale en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle qui conduit à l'application de la *lex loci protectionis*⁸⁹⁵, principe « universellement reconnu »⁸⁹⁶ selon lequel « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée »⁸⁹⁷. Selon la lettre de l'article 8, cette disposition couvre « notamment le droit d'auteur, les droits voisins, le droit *sui generis* pour la protection des bases de données ainsi que les droits de propriété industrielle »⁸⁹⁸. Il est donc possible pour la victime d'une utilisation à des fins personnelles par l'autre partie de données protégées, obtenues au cours des pourparlers, de rechercher la responsabilité de l'auteur des faits sur le fondement de l'article 8. Il est nécessaire à cette fin de démontrer que le contentieux relève bien d'une question d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle entendue par le Règlement Rome II. Ce qui permettrait à la victime d'échapper à l'application de la loi du contrat, compétente sur la base de l'article 12, certainement moins protectrice que la *lex loci protectionis*. Encore faut-il cependant que les informations échangées lors des tractations soient protégées par un droit de propriété. Dans l'hypothèse où des procédés de fabrication sont divulgués au cours des pourparlers, l'article 8 pourra s'appliquer sans difficulté. Ces données seront bien sécurisées par un droit de propriété, comme le dépôt d'un brevet par exemple. Mais si les informations divulguées portent sur la situation financière critique d'une des sociétés partie au projet de contrat, ou sur l'échec même des pourparlers, alors elles ne bénéficient pas d'une telle protection. Ces atteintes, ne portant pas sur des droits de propriété intellectuelle, ne pourront être régies par l'article 8. Aussi, l'article 12 retrouvera-t-il son empire dans ces hypothèses, en rassemblant les dommages causés par l'exposition de données confidentielles, dévoilées au cours des pourparlers, mais ne relevant pas d'un droit de propriété intellectuelle.

c. L'articulation entre l'article 12 et l'article 10

493. La période précontractuelle connaît des cas où les parties peuvent recevoir réparation même en l'absence de faute. Comme il a été relevé, « les ruptures de négociations non fautives ne sont pas forcément exclusives du paiement d'une indemnité »⁸⁹⁹. Dans le cas où une partie laisserait à l'acquéreur potentiel la jouissance d'un immeuble, objet de la transaction projetée, pendant la durée des pourparlers, et que les négociations échouent, ce dernier serait redevable d'une indemnité d'occupation⁹⁰⁰. Cette indemnité viendrait réparer l'appauvrissement injustifié, même si aucune faute ne peut être relevée à l'encontre de

⁸⁹⁵ T. KADNER GRAZIANO, « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle, le règlement Rome II », *RCDIP* 2008, p. 445 et s.

⁸⁹⁶ Considérant 26 Règlement Rome II.

⁸⁹⁷ Art. 8, al. 1, Règlement Rome II.

⁸⁹⁸ Considérant 26, al. 2, Règlement Rome II.

⁸⁹⁹ J. MESTRE, B. FAGES, note ss l'arrêt *Sté Poree Havlik c/SCI Nouveau Plexi et M/Loisel*, Cass. civ. 3^{ème}, 3 juill. 2002, *RTD civ.* 2002, p. 804.

⁹⁰⁰ Hypothèse empruntée à l'arrêt *Sté Poree Havlik c/SCI Nouveau Plexi et M/Loisel*, précité.

l'occupant. Si un tel contentieux présentait une dimension internationale suffisante pour relever de l'application du Règlement Rome II, une difficulté de qualification se présenterait très certainement. En effet, l'article 10 du Règlement Rome II prévoit une disposition spéciale en matière d'enrichissement sans cause, sans en définir la notion. Si au cours des pourparlers, une partie à la négociation s'est enrichie corrélativement à l'appauvrissement de l'autre partie, et sans que ceci ne soit la conséquence d'un contrat ou d'une obligation juridique, il est envisageable que la réparation puisse être demandée sur le fondement de l'enrichissement sans cause ou de la *culpa in contrahendo*. Cependant, si l'on observe de plus près ces dispositions, il est notable que les règles retenues par l'article 10 et l'article 12 sont similaires. L'article 10 désigne la loi applicable à la relation existante entre les parties à laquelle se rattache l'obligation à l'origine de l'enrichissement sans cause, de même que l'article 12 donne compétence à la loi du contrat conclu ou négocié. Cette distinction ne présente donc pas d'enjeu majeur. En effet, lorsque l'enrichissement sans cause se présente à l'occasion des pourparlers, la relation existante entre les parties correspond bien au contrat conclu ou négocié. Par conséquent, quelle que soit la qualification retenue, enrichissement sans cause ou *culpa in contrahendo*, la loi applicable sera identique.

2. L'ARTICULATION ENTRE L'ARTICLE 12 ET LES DISPOSITIONS DU REGLEMENT ROME I

494. La *culpa in contrahendo* délictuelle régie par le Règlement Rome II peut présenter une nature contractuelle. L'article 12 est ainsi susceptible d'être écarté lorsque le contentieux porte sur la question de l'existence et la validité tant du contrat principal (a) que d'un avant-contrat (b).

a. La question de l'existence et la validité du contrat principal

495. Selon l'article 10, alinéa 1, du Règlement Rome I⁹⁰¹, la *lex contractus* régit la question de l'existence et de la validité du contrat⁹⁰². Si une partie à la négociation invoque la formation du contrat, par exemple parce que la rupture est intervenue après réception d'une acceptation valable, c'est cette loi qui se prononcera sur l'existence d'un contrat⁹⁰³. Il est également possible de s'interroger sur la portée d'un accord préparatoire. Si un tel document contient un accord sur les éléments essentiels du contrat envisagé, il est susceptible de constituer le contrat définitif. C'est alors à la loi du contrat de définir les exigences requises pour qu'un accord préparatoire puisse être requalifié en contrat principal. Selon la loi applicable, l'accord incomplet pourra être achevé par la juridiction saisie. C'est également à la

⁹⁰¹ Art. 8, al. 1, Convention de Rome.

⁹⁰² Cette solution avait déjà été retenue par la jurisprudence française : Cass., 5 déc. 1910, *JDI* 1912, p. 1156; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., 2006, n° 11.

⁹⁰³ V. par exemple, CA Paris, 19 févr. 2002, *Soc. Horphag Research c./M. Van Hoegaerden*, *RCDIP* 2002, p. 549, note H. GAUDEMET-TALLON: pour déterminer si les parties étaient liées par un contrat de travail, ou une simple promesse d'engagement, la Cour a interrogé la loi suisse applicable au contrat.

loi du contrat de répondre aux litiges portant sur l'efficacité d'un contrat conclu sous condition suspensive. Dans une telle hypothèse, il s'agira d'analyser un contrat dont la seule exécution a été suspendue à la survenance d'un événement futur déterminé. La difficulté portera moins sur l'existence du contrat que sur sa mise en œuvre, justifiant ainsi la compétence de la loi du contrat. De la même façon, si la demande repose sur la nullité du contrat principal pour réticence dolosive, cette nullité devra être appréciée au regard des dispositions de la loi du contrat. De la même façon, si la demande repose sur la nullité du contrat principal pour réticence dolosive, cette nullité devra être appréciée au regard des dispositions de la loi du contrat.

496. Dans l'hypothèse où la loi du contrat reconnaîtrait l'inexistence ou la nullité du contrat, se pose la question de savoir si sa portée peut être étendue au dommage précontractuel. Ce qui conduit à s'interroger sur la combinaison entre l'article 10 du Règlement Rome I et l'article 12 du Règlement Rome II, pour établir si, une fois constatée l'inexistence ou la nullité du contrat, la loi désignée par l'article 10 reste compétente pour statuer sur le dommage précontractuel.

Concernant la question de l'existence, deux propositions sont envisageables.

Selon une première proposition, il est possible d'étendre la portée de la loi du contrat au dommage précontractuel : par exemple, si une partie se retire brutalement des pourparlers alors que l'autre considère que les documents échangés ont entériné une acceptation du contrat. La loi du contrat, en vertu de l'article 10 du Règlement Rome I sera compétente pour apprécier si le contrat a bien été formé. Si cette loi conclut par la négative, le juge pourra toujours rechercher la responsabilité de l'auteur du retrait brutal sur le fondement de la rupture abusive de pourparlers. La loi du contrat conserverait son applicabilité pour traiter l'action en responsabilité précontractuelle. Cette solution présente un avantage évident de simplicité. Cependant, comment retenir la loi choisie par les parties au contrat alors que, par hypothèse, ce contrat n'existe pas ou plus ? En effet, concernant l'existence du contrat, il s'agit d'apprécier si la rencontre des volontés entre les parties s'est bien réalisée. Appliquer la loi du contrat, à savoir la loi choisie par les parties, consisterait à considérer que les parties ont toutes deux exprimé leur volonté de soumettre leur contrat à une loi applicable déterminée, alors qu'il est justement reconnu que l'une d'entre elles n'a pas souhaité contracter. Ce serait méconnaître la volonté des parties contrairement aux objectifs du principe d'autonomie de la volonté. De plus, admettre l'inexistence du contrat tout en donnant force obligatoire aux dispositions relatives au choix de loi applicable consisterait à reconnaître une certaine autonomie à l'accord d'*electio juris*. En cas de doute sur l'existence du contrat, il semble donc que la loi du délit serait plus adaptée⁹⁰⁴. Ce qui nous conduit à analyser une seconde proposition.

497. Une seconde proposition consiste effectivement à donner compétence à la loi délictuelle qui reliaierait ainsi la loi du contrat. Il subsiste alors un risque que la loi délictuelle reconnaisse l'existence du contrat. Le juge devrait donc passer outre cette reconnaissance et

⁹⁰⁴ Contra M. SANTA-CROCE, *J.-Cl. Droit internat.*, Fasc. 552-60, n° 4.

appliquer les dispositions internes en matière de délit, comme si la loi délictuelle, ainsi désignée, ne considérait pas le contrat comme formé. Par conséquent, la loi désignée serait appliquée différemment suivant qu'elle est désignée directement ou en relais de la loi contractuelle. Lorsqu'elle s'applique directement, ce sont ces dispositions contractuellement qui sont mises en œuvre, suivant sa reconnaissance de la formation du contrat, alors que si elle succède à la loi contractuelle qui a écarté l'existence du contrat, seules ses dispositions relatives à la responsabilité délictuelle seront applicables. La scission entre la loi compétente pour apprécier l'existence du contrat et loi applicable n'est donc pas non plus opportune.

Cependant, le pont dressé par l'article 12 du Règlement Rome II, qui soumet les hypothèses de *culpa in contrahendo* à la loi du contrat conclu ou projeté, permet en théorie d'uniformiser le traitement du contentieux précontractuel. Dès lors, quant bien même la question des conséquences de l'absence de contrat entrerait dans le domaine de l'article 12, elle serait soumise à la *lex contractus* comme l'action en reconnaissance de l'absence de contrat. En conséquence, il est préférable de faire prévaloir la qualification délictuelle du contentieux résultant de l'absence de contrat et l'intégrer au sein de l'article 12.

498. Dans le cas où c'est la nullité du contrat qui est prononcée, la situation se présente différemment. Les parties ont bien démontré leur volonté d'être liées par un tel contrat, mais une de ses conditions de validité fait défaut. Il est donc tout à fait concevable de considérer qu'au moment de la formation du contrat, les parties ont bien accepté l'ensemble de ses clauses, la clause d'*electio juris* comprise. La loi du contrat est alors bien plus adaptée pour engager la responsabilité de l'auteur du manquement à l'origine de la nullité du contrat, puisque la volonté et la prévisibilité des parties sont respectées. Il faut cependant relever que si la nullité du contrat repose sur un vice de consentement atteignant directement la volonté des parties au moment de sa formation, l'application de la clause d'*electio juris* est plus délicate puisqu'en l'absence de l'élément à l'origine du vice, les parties n'auraient pas consenti. Si l'on retient l'exemple d'un contrat conclu par violence⁹⁰⁵ ou par dol, il est difficilement concevable que la victime ait consenti par contrainte aux éléments essentiels du contrat mais ait été pleinement consentante du choix de loi applicable. Appliquer la loi du contrat pour sanctionner la contrainte infligée consisterait à donner force obligatoire à l'expression d'une volonté forcée. Cette incohérence n'a pas échappé aux rédacteurs du Règlement Rome I qui ont prévu une disposition dérogatoire concernant l'appréciation du consentement à l'article 10 al 2⁹⁰⁶. Il est alors recommandé que la loi appliquée pour établir l'absence de consentement reste compétente pour déterminer les sanctions découlant de la nullité du contrat.

Cependant, ce n'est pas en ce sens que semble se diriger le droit positif. En effet, à la lecture de l'article 12, il semble que les manquements aux obligations précontractuels relèvent de sa compétence, même s'ils sont à l'origine d'une action en nullité. Lorsque la demande en nullité repose sur un manquement à une obligation précontractuelle d'information, la réponse semble évidente. En effet, le considérant 30 inclut expressément la violation du devoir d'informer dans le domaine de l'article 12. Mais la contestation de la validité du contrat ne résulte pas

⁹⁰⁵ Ou *duress* en *common law*.

⁹⁰⁶ Anciennement art. 8, al. 2, Convention de Rome.

nécessaire de la violation d'un devoir d'information. Par exemple, une partie peut avoir failli à son obligation d'obtenir une autorisation indispensable à la validité du contrat. Si cette partie ne réclame pas cette autorisation, ou dépose un dossier incomplet ou encore le transfère trop tardivement aux autorités compétentes, alors ce manquement aura non seulement entraîné la nullité du contrat négocié, mais aura également créé un dommage au niveau de l'autre partie aux pourparlers. S'il est établi que l'article 10 est bien compétent pour prononcer la nullité du contrat, reste à savoir si l'action en responsabilité précontractuelle relève bien du domaine de la *culpa in contrahendo*. L'article 12 ne désigne pas explicitement cette catégorie de litiges. Il faut donc déterminer si, au regard des critères retenus par cette disposition, ce contentieux peut y être intégré. La réponse semble positive puisqu'il s'agit bien d'un manquement à une obligation non contractuelle et qui présente un lien direct avec le contrat dès lors qu'il est susceptible d'entraîner sa nullité.

499. Pour conclure sur la question de la répartition entre les compétences de l'article 12 du Règlement Rome II et l'article 10 du Règlement Rome I, il peut être retenu que l'article 10 est bien compétent pour établir l'existence ou la nullité du contrat. Il ne reste pas compétent pour se prononcer sur la responsabilité de l'auteur du dommage précontractuel qui découle de cette inexistance ou cette nullité du contrat. C'est l'article 12 qui prend le relais pour sanctionner les manquements commis au cours des négociations qui répondent à la double condition de présenter à la fois une nature non contractuelle et un lien direct avec le contrat.

b. La question de l'existence et la validité d'un avant-contrat

500. Sans revenir sur les discussions quant à l'intégration de la gestion des contrats de négociation au sein du domaine de l'article 12 du Règlement Rome I, il est possible de rappeler simplement, à ce stade du raisonnement, que ces contrats d'organisation des pourparlers restent susceptibles de relever de la loi contractuelle. Pour établir leur existence et leur validité, l'article 10 du Règlement Rome I trouvera à s'appliquer. De même, si le contentieux porte sur l'inexécution d'une obligation imposée par ces contrats, alors la loi de l'acte sera recherchée au regard des dispositions des articles 3 et 4.

501. Il est possible que les parties aient recours, lors des pourparlers, à la conclusion de promesses de contrat. Si la difficulté ne repose pas sur l'existence d'une telle promesse : les parties reconnaissant un engagement de leur part, alors le Règlement Rome I trouvera à s'appliquer pour déterminer la loi régissant l'exécution de la promesse. Mais si les parties ont souhaité se soustraire à l'application d'un droit pour fonder exclusivement leur engagement sur l'honneur, alors l'applicabilité du Règlement Rome I apparaît plus contestable. En effet, le Règlement Rome I contient des règles de droit international privé et constitue de ce fait un droit étatique. Lorsque les parties choisissent de se fonder sur l'honneur, elles écartent non seulement l'application du droit interne, mais aussi le droit international que forme le Règlement Rome I en matière de contrat. Pourtant, le juge français accepte parfois de

reconnaître un véritable engagement contractuel, alors même que les parties ont exprimé leur volonté de soumettre leur engagement à l'honneur⁹⁰⁷.

Ce qui conduit à rouvrir le débat quant à l'applicabilité du Règlement Rome I. Si la possible existence d'une promesse de nature contractuelle est reconnue à travers la rédaction d'un engagement d'honneur, alors le Règlement Rome I sera compétent pour apprécier l'existence d'un contrat, conformément à son article 10. Mais si, par contre, l'engagement fondé sur l'honneur écarte toute application d'un droit étatique, alors le Règlement Rome I ne pourra trouver à s'appliquer. La réponse résulte de la définition de la matière contractuelle retenue par le droit communautaire. Devant le mutisme des deux Règlements communautaires, Rome I et II, il appartient aux éléments de définition proposés par la jurisprudence communautaire de pallier cette lacune.

Qu'elles soient d'origine jurisprudentielle ou réglementaire, les sources communautaires contribuent à l'agencement du droit international privé des négociations précontractuelles. Il n'existe pas de charnière formelle permettant d'établir un lien entre les différents règlements communautaires, ni entre les règlements et la jurisprudence. Il est ainsi nécessaire de s'interroger sur la possible articulation de ces sources au sein de l'ordre juridique communautaire.

§2. L'ARTICULATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

502. Grâce à la transformation en règlement communautaire de la Convention de Rome et de l'édition du Règlement Rome II, le droit communautaire se dote d'un système complet de traitement des questions relevant du droit international privé. Il est possible, par l'application de sources d'origine européenne, de résoudre et le conflit de lois et le conflit de juridiction. Mais surtout, la soumission de l'interprétation de ces textes à une même autorité devrait permettre l'obtention d'un traitement uniforme et cohérent du litige, de la saisine du juge compétent jusqu'à la désignation de la loi applicable⁹⁰⁸. A cet égard, l'intervention du

⁹⁰⁷ V. l'engagement sur l'honneur consenti par un débiteur de rembourser le solde du crédit accordé par une banque dans la mesure de ses possibilités : Cass. com., 23 déc. 1963, *Bull. civ.* 1963, IV, p. 334; *RTD com.* 1969, p. 555, obs. H. CABRILLAC, M.-T. RIVES LANGE; De l'engagement sur l'honneur souscrit par les cessionnaires d'actions d'une société de garantir la pérennité de celle-ci : Cass. com., 10 janv. 1972, *JCP G* 1972, II, 17134, note Y. GUYON; L'engagement unilatéral d'un employeur de ne pas recourir à des licenciements : Cass. soc., 25 nov. 2003, n° 01-17.501, *Bull. civ.* V, n° 294; *JCP* 2004, I, 163, n° 6, obs. G. VINEY; *D.* 2004, p. 2395, note I. OMARJEE; Le manquement d'un journal de petites annonces à vérifier l'exactitude des offres qu'il publie, malgré l'existence d'un engagement en ce sens retranscrit dans sa charte : Cass. civ. 2^{ème}, 10 juin 2004, n° 02-19.600, *Bull. civ.* II, n° 294; *CCE* 2004, p. 117, note Ph. STOFFEL-MUNCK; *RTD civ.* 2004, p. 728, obs. J. MESTRE, B. FAGES; Ou de l'engagement moral pris de ne pas copier les produits commercialisés par un concurrent : Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-13.189, *Bull. civ.* IV, n° 12; *D.* 2007, p. 442, obs. X. DELPECH; *Deffrénois* 2007, p. 1027, obs. E. SAVAUX; *RDC* 2007, p. 697, note Y.-M. LAITHIER.

⁹⁰⁸ V. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, note sous l'arrêt *Jacob Handte*, *RTDE* 1992, p. 709 qui déplorait l'absence de compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes pour interpréter la Convention de Rome et uniformiser ainsi le traitement de la compétence juridictionnelle et la désignation de la loi applicable, en envisageant l'extension de la jurisprudence *Jacob Handte* en matière de juge compétent à la mise en œuvre de la Convention de Rome.

règlement Rome II n'a pas ébranlé la jurisprudence communautaire. Certes, l'article 12 apporte une pierre significative à la construction du droit communautaire précontractuel, en créant une troisième matière, distincte des domaines contractuel et délictuel. Mais, l'intégration de la responsabilité précontractuelle au sein d'un texte consacré à la matière extracontractuelle s'adapte à la conception retenue par la Cour de justice (A). Il ne faudrait néanmoins pas conclure à la neutralité de l'apparition de l'article 12 dans le traitement des contentieux relevant des pourparlers. Il conduit, dans certaines hypothèses, à une interprétation divergente de la demande selon que l'enjeu porte sur la compétence juridictionnelle ou la loi applicable (B).

A. UNE HARMONISATION DE QUALIFICATION

503. L'intervention du Règlement Rome II, et essentiellement son nouvel article 12 consacré à la *culpa in contrahendo*, a indéniablement contribué à uniformiser les qualifications retenues au sein du droit communautaire (2), même s'il est notable que certaines harmonisations avaient déjà été opérées auparavant (1).

1. LES HARMONISATIONS ACQUISES AVANT L'INTERVENTION DU REGLEMENT ROME II

504. Une première uniformisation des solutions peut être relevée quant à la question de l'existence du contrat. Cette hypothèse peut se présenter sous des formes diverses. Le demandeur peut rechercher la neutralisation du retrait tardif de l'offrant, en exigeant le maintien forcé de l'offre. Au contraire, l'offrant peut se prévaloir de l'effectivité de l'acceptation de sa proposition et la reconnaissance d'un contrat formé. L'ensemble de ces questions correspond à une interrogation portant sur l'existence même du contrat, soumise par la Cour de justice des Communautés européennes, à l'occasion de l'arrêt *Effer*, au juge du contrat. Or, l'article 10, alinéa 1, du Règlement Rome I (anciennement article 8, alinéa 1, de la Convention de Rome) retient une solution similaire en matière de conflit de lois. La question de l'existence et de la validité du contrat relève du domaine de la loi qui serait applicable à ce contrat si ce dernier était existant ou valable. En statuant sur le cas *Effer* en mars 1982, soit un peu moins d'un an après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, la Cour de justice des Communautés européennes ne pouvait méconnaître cette disposition pour rendre sa décision. Il est donc tout à fait concevable de considérer que le choix de cette position ait été motivé pour partie par la volonté d'uniformiser le droit conventionnel et d'éviter les divergences de traitement d'une même question suivant qu'il s'agisse de désigner le juge compétent ou de rechercher la loi applicable.

La solution est donc posée : la question de l'existence du contrat doit s'apprécier sous l'angle contractuel : le for du contrat sera compétent, suivant l'application de l'article 5-1 du Règlement Bruxelles I, pour apprécier l'existence du contrat à la lumière des dispositions retenues par la *lex contractus*, en vertu de l'article 10, alinéa, 1 du Règlement Rome I.

505. Pour établir si la demande repose effectivement sur une question de nature contractuelle, le droit communautaire impose que cette appréciation se réalise à travers une définition communautaire autonome de la matière contractuelle⁹⁰⁹. Il faut féliciter l'initiative de la jurisprudence européenne de s'affranchir des définitions nationales de la matière contractuelle qui, par leurs divergences, conduisaient à troubler davantage la résolution du contentieux *via* la méthode conflictualiste. L'exigence d'une définition communautaire autonome du contrat constitue ainsi une contribution significative dans l'élaboration d'un système cohérent de traitement du contentieux précontractuel⁹¹⁰. Cependant, la définition retenue, qui repose sur la constatation d'un « engagement librement assumé par une partie envers une autre », ne semble pas efficace pour classer tous les contentieux nés des pourparlers suivant leur nature contractuelle ou délictuelle. Il semble donc nécessaire d'envisager une définition alternative.

Si l'on analyse la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'objectif de transposer les solutions retenues au contentieux précontractuel, un critère se dégage nettement, celui de l'existence d'un contrat. Il importe peu que cette existence soit douteuse ou avérée. En effet, la jurisprudence communautaire considère que la question relève de la matière contractuelle dès lors qu'elle a pour fondement la mise en œuvre ou la reconnaissance d'un contrat, même si l'existence du contrat est susceptible d'être remise en cause. Il serait dès lors judicieux de remplacer le critère établi par la jurisprudence *Jacob Handte/Tacconi*, l'existence d'un « engagement librement assumé par une partie envers une autre », par l'existence d'une « demande fondée sur la reconnaissance d'un engagement contractuel ». En effet, la reconnaissance de la matière contractuelle ne repose pas sur l'existence effective d'un tel engagement, mais sur l'existence d'une demande d'une telle reconnaissance. Dans le cadre de la rupture des pourparlers, le contentieux se verra reconnaître une nature contractuelle dès lors que l'une des parties se sera prévaluée de l'existence d'un contrat. Il est en effet possible que le retrait des tractations soit intervenu suffisamment tardivement pour que la proposition formulée soit devenue irrévocable, ou que l'avancée des pourparlers ait définitivement lié les parties entre elles⁹¹¹. Si la demande repose

⁹⁰⁹ V. *supra* nos 410 et s.

⁹¹⁰ V. CJCE, *Arcado c/Société Haviland*, 9 mars 1988, *Aff. 9/87*, A. V. GILL, « Two Recent Decisions of the European Court on the 'Brussels Convention' », *Irish Law Times and Solicitors' Journal* 1988, p. 164; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP* 1988, p. 613; B. AUDIT, *D.* 1988, p. 344; W. ALLWOOD, « The Scope of "Matters relating to Contract" », *European Law Review* 1988, p. 366; J. MAURO, *Gaz. Pal.* 1988, II, p.425; C. ESPLUGUES-MOTA, « Hacia una delimitación de la noción "materia contractual" presente en el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas: la sentencia "Arcado c. Haviland" », *La ley - Comunidades Europeas* 1989, n° 44, p. 7; M. LUGATO, « Disdetta arbitraria di contratto e Convenzione di Bruxelles », *Giustizia civile* 1989, I, p. 1037; A. HUET, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *JDI* 1989 p. 453.

⁹¹¹ Hoge Raad, 18 juin 1982, *NJ* 1983, p. 723, note C. J. H. BRUNNER; *AA.* 32 1983, p. 758, note P. VAN SCHILFGAARDE; Pour une version anglaise de la décision, v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p.262 et 263 et la note pages suivantes; J. CARTWRIGHT et M. HESSELINK, *Precontractual liability in European private law*, 2008, p.46 et s; S. WHITTAKER et R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge., 2000, p. 246; Comp. la décision du Hoge Raad du 14 juin 1996 qui semble limiter la portée de la jurisprudence antérieure, citée par M. PAZ GARCIA et M.

sur la recherche de la formation du contrat, alors le contentieux portant sur la rupture des pourparlers sera analysé comme un litige fondé sur l'existence douteuse d'un contrat. Ainsi, en vertu de la jurisprudence *Effer* en matière de compétence juridictionnelle et de l'article 10, alinéa, 1 du Règlement Rome I pour la détermination de la loi applicable, le contentieux relèvera de la matière contractuelle.

Ce mécanisme concerne aussi bien l'existence du contrat principal que la reconnaissance d'un engagement contractuel au sein d'un document dont la portée reste ambiguë, à l'instar des lettres d'intention. Or, la jurisprudence a parfois tendance à retenir une appréciation extensive de la volonté des parties pour reconnaître la formation d'un avant-contrat. Pour rappel, dans l'affaire *Péchiney*⁹¹², la Cour d'appel avait effectivement retenu l'existence d'une promesse d'achat, alors que l'accord précontractuel prévoyait expressément qu'il ne constituait qu'un « *head of agreement* ». Dans cette hypothèse, la reconnaissance d'un engagement entre les parties était critiquable⁹¹³.

506. Ce raisonnement s'étend au contentieux portant sur la nullité du contrat. Dès lors qu'un contentieux précontractuel aura pour objectif que soit prononcée la nullité du contrat, ce dernier présentera une nature contractuelle. Cette solution se constate à la simple lecture de l'article 10, alinéa 1, du Règlement Rome I qui soumet à la loi du contrat la question de l'existence, mais aussi de la validité, du contrat. L'article 10, alinéa 2, ouvre de plus la compétence de la loi du lieu de résidence de la victime en cas de vice de consentement. Aussi, lorsque le litige prend la forme d'une demande en nullité du contrat fondée sur des agissements constatés lors des pourparlers ayant vicié le contrat, à l'instar du dol ou de la violence, il relève de la matière contractuelle. Ainsi, lorsque la demande repose sur la nullité du contrat, la qualification retenue reste homogène, qu'il s'agisse de déterminer la compétence du juge ou la loi applicable, et s'inscrit en faveur de la matière contractuelle.

507. Enfin, le contentieux précontractuel ne se réduit pas à la question de l'existence et la validité du contrat, il s'étend à son exécution. Il est en effet fréquent que les parties subordonnent l'exécution du contrat à la réalisation d'une condition suspensive. Ce faisant, elles gèlent la progression du contrat au stade précontractuel. Aussi, la question de la validité et de la réalisation de la condition indispensable à l'exécution du contrat présentera bien une nature précontractuelle. Dès lors que l'existence du contrat n'est pas remise en cause, et que le litige se concentre sur son caractère exécutoire, une qualification contractuelle s'impose. Sera en effet constatée la présence d'un « engagement librement assumé par une partie envers une autre », selon le critère imposé par la jurisprudence européenne. Il conduira à la compétence du for et de la loi applicable au contrat de façon harmonieuse. Par conséquent, ce raisonnement doit s'étendre à tous les contentieux portant sur l'exécution du contrat. Tel est le cas notamment lorsqu'apparaît un doute quant au contenu du contrat, comme l'illustre la

OTERO CRESPO, « La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo », *Revista para el análisis del derecho*, 2010, n°1.

⁹¹² CA Chambéry, 23 févr. 1998, *Sté Péchiney Electrometallurgie (PEM) c/Sté Universal Ceramic Materials PLC (UCM)*, *JDI* 1999, p. 188, note A. HUET; *D.* 1999, p. 292, note B. AUDIT.

⁹¹³ V. L. VANDOMME, La négociation des contrats internationaux, *RDAI* 2003, pp. 487 et s, spéc., p. 497.

célèbre doctrine anglo-saxonne du *battle of forms*⁹¹⁴. Si l'échange croisé de conditions générales de contrat au cours des négociations trouble l'établissement du contenu du contrat, la détermination des stipulations contractuelles s'effectuera au regard de la loi du contrat et devant le for du contrat. Cette solution d'uniformisation découlait déjà de la jurisprudence communautaire et n'a pas été perturbée par l'intervention du Règlement Rome II. D'autres contentieux précontractuels ont nécessité son intervention pour atteindre cette harmonisation.

2. LES HARMONISATIONS OBTENUES DEPUIS L'INTERVENTION DU REGLEMENT ROME II

508. Le Règlement Rome II a permis d'uniformiser la qualification que le droit communautaire reconnaît à trois questions spécifiques. La première concerne l'hypothèse dont la qualification est la plus controversée⁹¹⁵, la rupture des pourparlers (a). Sur cette question, l'apport du nouveau droit communautaire se révèle essentiel. Mais il ne faudrait pas non plus circonscrire sa contribution à la seule hypothèse de la rupture des pourparlers. Le Règlement uniformise également les qualifications retenues en matière de dommages corporels subis à l'occasion des négociations et en matière d'enrichissement sans cause (b).

a. La qualification de l'action en responsabilité pour rupture des pourparlers

509. L'apport majeur du Règlement Rome II au contentieux précontractuel reste l'introduction d'une disposition spéciale à son article 12 réservée à la *culpa in contrahendo*. Il semble viser un des cas les plus délicats de responsabilité précontractuelle, la rupture des pourparlers. En raisonnant par élimination, il faut préciser qu'à cette hypothèse doivent être soustraites les demandes fondées sur la reconnaissance de la formation du contrat⁹¹⁶. En matière de compétence juridictionnelle, la décision *Tacconi* qui s'était prononcée en faveur d'une qualification délictuelle, était d'ailleurs intervenue dans un tel contexte. L'analyse de cet arrêt à la lumière de la jurisprudence rendue en matière précontractuelle montre que le choix de la compétence du for du délit reste une solution isolée. En effet, dans le cadre des négociations informelles, les jurisprudences nationales ont considéré que la violation d'une obligation précontractuelle pouvait relever de la compétence du juge du contrat, et cela en application des dispositions communautaires relatives à la compétence juridictionnelle⁹¹⁷.

⁹¹⁴ W. A. STOFFEL, « Formation du contrat », in *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1985, p. 73.

⁹¹⁵ V. *supra*, n^{os} 336 et s.

⁹¹⁶ v. *supra*, n^{os} 496 et s.

⁹¹⁷ V. la décision britannique : *House of Lords*, 17 févr. 2000, *Agnew et autres c./Lansförsäkringsbolagens AB, The All England Law Reports 2000*, Vol. 1, p. 737. Disponible sur le site : <http://www.curia.eu.int/common/recdoc/convention/fr/2000/40-2000.htm>, Information n° 2000/40; Comp. en France : Cass. civ. 1^{ère}, 9 févr. 2011, n° 10-12.000.

Si l'on compare la décision *Tacconi*, qui retient la compétence du juge du délit, avec les décisions nationales qui se prononcent en faveur du juge du contrat, il apparaît que la distinction ne porte pas sur la nature de l'obligation précontractuelle, mais sur la nullité ou l'inexistence du contrat *ab initio*.

En effet, dans l'affaire *Tacconi*, l'action en responsabilité repose sur une rupture fautive des pourparlers. Les parties se sont donc accordées pour reconnaître l'absence de formation du contrat. Cette hypothèse concerne ainsi une action en responsabilité précontractuelle engagée en l'absence certaine de contrat. La jurisprudence nationale se prononce, elle, sur une demande différente. La demande repose sur une action en responsabilité pour manquement à une obligation précontractuelle d'information susceptible d'invalider le contrat. Dans ce cas, un contrat a bien été formé, mais un fait précontractuel a enrayé les négociations au point d'aboutir à la formation d'un contrat dont la validité peut être remise en cause. Dans cette hypothèse, l'existence du contrat est donc certaine.

Par conséquent, en matière de compétence juridictionnelle, le for du contrat est compétent dès lors qu'est reconnue l'existence d'un contrat. Il reste également compétent si la demande porte justement sur la reconnaissance de la formation du contrat⁹¹⁸. Mais, dans l'hypothèse où l'existence du contrat ne serait ni reconnue, ni alléguée, alors le for du délit deviendrait compétent.

510. En matière de loi applicable, il a été démontré qu'une répartition similaire était reconnue entre les questions de nature contractuelle et délictuelle. L'article 10, alinéa 1, du Règlement Rome I est bien applicable à la question de l'existence du contrat, alors que l'article 12 du Règlement Rome II régit l'action en responsabilité précontractuelle fondée sur la rupture des pourparlers.

Il faut cependant relever que si l'introduction de l'hypothèse de la rupture des pourparlers au sein du Règlement Rome II lui confère une nature délictuelle, l'article 12 la soumet à la loi du contrat qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu. Une telle qualification délictuelle ne semble donc pas découler d'une évidence. Ainsi, est-il possible de s'interroger sur les véritables motivations du choix de la qualification délictuelle retenue par le droit communautaire.

511. Concernant la compétence juridictionnelle, une telle solution conduit à la situation absurde dans laquelle la compétence du juge dépend de l'allégation de l'existence d'un contrat. Il suffit que l'une des parties soulève un doute sur l'existence d'un contrat pour que le for du contrat recouvre sa compétence. Ce résultat conduit non seulement à ouvrir une faculté d'influence des parties sur la détermination du juge compétent, mais aussi à utiliser cette voie à des fins purement dilatoires.

Il semble que, dans l'affaire *Tacconi*, la difficulté portait sur les conséquences de la qualification retenue. Si le juge du contrat avait été déclaré compétent, il aurait fallu le désigner en localisant le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande. Or, dans cette espèce, l'obligation consistait à négocier de bonne foi. Où l'obligation de négocier

⁹¹⁸ V. *supra*, n° 448.

de bonne foi peut-elle s'exécuter ? Elle peut être localisée de façon purement artificielle dans plusieurs lieux. Il est envisageable de considérer que le choix opéré en faveur de la qualification délictuelle ait été justifié en partie par la volonté de contourner cette difficulté en recherchant à localiser le lieu du fait dommageable. Un tel argument n'emporte pas une totale conviction. Il est en effet possible de considérer que l'obligation de négocier de bonne foi constitue bien une obligation de nature précontractuelle rattachée à la matière contractuelle, mais que l'obligation qui sert de base à la demande reste impossible à localiser.

Un raisonnement par analogie avec la jurisprudence *Besix*⁹¹⁹ permet de résoudre cette difficulté. Dans cette affaire, deux sociétés avaient conclu un accord par lequel elles s'engageaient à soumettre une offre commune, dans le cadre d'un marché public, et à exécuter ensemble le contrat au cas où leur offre serait retenue. Cet accord comprenait une clause d'exclusivité et de non-concurrence qui empêchait les partenaires de se lier à d'autres sociétés. A l'ouverture des enveloppes, il a été constaté que l'une des parties s'était associée avec un tiers pour participer à la soumission relative au marché public en question, en violation des stipulations contractuelles de l'accord. N'ayant obtenu aucune part de marché, l'autre partie a assigné son partenaire en réparation du préjudice subi du fait de la violation de la clause d'exclusivité et de non-concurrence. Le problème reposait dans cette affaire sur la localisation de l'obligation de non-concurrence, qui constitue une obligation de ne pas faire et qui ne présente aucune limitation géographique. Aussi, la Cour de justice a-t-elle décidé de considérer que seule la compétence générale de l'article 2 du Règlement Bruxelles I pouvait être retenue. Appliquée aux obligations précontractuelles, et notamment l'obligation de négocier de bonne foi, cette jurisprudence permet de conserver une qualification tout en désignant le lieu d'exécution d'une telle obligation. Elle permet ainsi d'éviter les distinctions entre les contentieux précontractuels suivant qu'un doute a ou non été soulevé sur l'existence du contrat. Cependant, le demandeur se verra privé d'une option de compétence et ne pourra formuler sa demande que devant la juridiction du domicile du défendeur, solution qui lui sera désavantageuse. Il est alors envisageable que, pour éviter cet écueil, les juridictions cherchent à localiser artificiellement le lieu d'exécution de l'obligation pour éviter de conclure à leur incompétence et préserver l'option conférée au demandeur par l'article 5.

Cette critique reste assez théorique puisqu'en pratique, des remarques similaires peuvent être formulées à l'encontre de la localisation du fait dommageable exigée par l'article 5-3 en matière délictuelle. La jurisprudence sur cette question reste très confuse et poursuit un

⁹¹⁹ CJCE, 19 févr. 2002, *Besix SA c./Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) et Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & KG (Plafog)*, L. IDOT, Europe 2002, p. 24-25; M. DE CRISTOFARO, « Obbligazioni di non fare a proiezione geografica illimitata e forum destinatae solutionis », *Il Corriere giuridico* 2002, p. 114; J. VERLINDEN, *The Columbia Journal of European Law* 2002, p. 493; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP* 2002, p. 588; L. CARBALLO PIÑEIRO, « Obligación de no hacer y competencia judicial internacional », *La ley* 2002, p. 1890; Du même auteur, *Revista española de Derecho Internacional* 2002, p. 856; P. FRANZINA, « Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento (CE) n. 44/2001 », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2002, p. 391; P. LOMBARDI, « Brevi note sulla più recente giurisprudenza comunitaria relativa alla Convenzione di Bruxelles del 1968 : il caso Besix, Contratto e impresa », *Europa* 2002, p. 640.

raisonnement au cas par cas⁹²⁰. Ainsi, la qualification contractuelle des contentieux précontractuels concernant la compétence juridictionnelle ne perturberait pas leur traitement. Au contraire, elle simplifierait le mécanisme en écartant toute distinction suivant la présence d'un doute portant sur l'existence du contrat.

512. En matière de loi applicable, la difficulté porte sur l'identification de la loi du contrat, puisqu'elle résulte de la volonté des parties. Or, si les parties s'accordent pour constater l'absence du contrat, elles reconnaissent de même l'absence de choix de loi applicable à un accord qui n'existe pas. Il serait donc possible de justifier le choix du Règlement Rome II d'accueillir l'hypothèse de la rupture des pourparlers au sein des délits par la difficulté de détermination de la *lex contractus*. Cependant, l'article 12 du Règlement Rome II choisit au contraire de soumettre un tel litige à la loi du contrat. Loin de chercher à contourner cette difficulté, le Règlement Rome II s'y confronte ainsi directement. Le choix d'une qualification délictuelle n'a donc pas été motivé par la volonté de s'affranchir de la *lex contractus*. Il est alors envisageable de considérer que les rédacteurs du Règlement aient opté pour cette solution afin de retenir, à défaut de choix de loi, la loi du lieu du dommage. Cet argument ne convainc pas puisque, d'une part, il était possible d'introduire une règle de conflit spéciale en ce sens au sein du Règlement Rome I, et donc de conférer une qualification contractuelle à la *culpa in contrahendo*, tout en conservant le contenu de la règle de l'article 12; et, d'autre part, la loi du dommage, lorsque la loi du contrat ne peut être déterminée, correspond le plus souvent à la loi qui présente les liens les plus étroits.

La seule justification pertinente qui milite en faveur d'une qualification délictuelle concerne l'interprétation majoritairement retenue par les différents droits nationaux en matière de responsabilité précontractuelle. L'intérêt d'une harmonisation entre la qualification communautaire et celles adoptées par les droits nationaux s'attache à la permanence de la qualification dans le cadre du traitement du contentieux précontractuel. L'opération de qualification préalable à la détermination de la règle de conflit, qui devra se dérouler selon les dispositions du droit communautaire, permettra de désigner la loi applicable à la question de droit posée. Il appartiendra ensuite à la loi ainsi désignée de déterminer au sein de son ordre juridique les règles substantielles à mettre en œuvre. Si cette loi ne retient pas la même qualification que le droit communautaire, se posera alors la question de savoir si une seconde qualification, *lege causae*, doit être opérée. Retenir une qualification en droit communautaire similaire à la majorité des droits nationaux permet d'atténuer cette difficulté. Pour cette raison, il semble essentiel de conserver en matière de loi applicable une qualification délictuelle de la *culpa in contrahendo*. Cependant, le système de détermination de la compétence juridictionnelle devrait faire l'objet de simplification, en soumettant l'ensemble

⁹²⁰ Localisation du préjudice au lieu où la lettre de rupture des pourparlers a été reçue : CA Rennes, 29 avr. 1992, n° 297/92, *SA Vedette industrie et autre c/Epoux Renault et autres*, *Bull. Joly. Stés.* 1^{er} avr. 1993, n°4, p. 463, note J.-J. DAIGRE; Localisation du dommage au lieu où devait s'exécuter l'objet du contrat projeté : CA Paris, 3 avr. 2002, n° 2001/21898, *Sté Finagro c/M.Alain-François Souchon ès qualités de liquidateur de la société R.S.I et a.*, *LPA* 15 oct. 2002, n°206, p. 16, note C. CHABERT; Pour une localisation du dommage au siège du demandeur, en application de l'art. 46, al. 3, mais dont la solution peut être transposée à la mise en œuvre de l'article 5-3, v. CA Paris, 4 avr. 1990, *LPA* 1990, n° 92, p. 20, note J. HUILLIER; Cass. com., 21 avr. 1992, *RJDA* 1992, n° 933; CA Douai, 23 sept. 1993, *D.* 1994, p. 171, obs. C. GAVALDA, C. LUCAS DE LEYSSAC, *Gaz.Pal.* 1994, 1, p. 47, obs. J.-P. MARCHI.

du contentieux précontractuel, que l'existence du contrat soit ou non douteuse, au for du contrat. Seul point d'ombre qui persisterait, la conception retenue de la responsabilité précontractuelle différencierait entre le juge compétent et la loi applicable. Mais le pont dressé par l'article 12 entre les matières délictuelle et contractuelle vient gommer cette distance.

513. En conclusion, l'intervention du Règlement Rome II a permis d'uniformiser la qualification de la responsabilité précontractuelle engagée en cas de rupture des pourparlers lorsque l'existence du contrat n'est pas alléguée. Cette harmonisation de qualification doit être favorablement accueillie même si elle conduit à entériner la distinction de la compétence juridictionnelle suivant que l'existence du contrat soit ou non prétendue.

Si l'apport du Règlement Rome II en matière de rupture des pourparlers reste discutable, d'autres dispositions contribuent indéniablement à une construction effective d'un système de résolution des contentieux précontractuels.

b. La qualification des dommages corporels et de l'enrichissement sans cause

514. La jurisprudence allemande qui avait choisi de reconnaître une nature contractuelle aux préjudices corporels subis au cours des négociations avait troublé les juristes européens⁹²¹ en adoptant une vision plus restrictive du contrat. Le Règlement Rome II éteint les incertitudes en excluant expressément les dommages corporels du contentieux précontractuel⁹²². Ils seront soumis au régime général des obligations non contractuelles prévu à l'article 4. Le Règlement Rome II emprunte ainsi la voie préalablement tracée par la jurisprudence communautaire⁹²³ et confirme l'exclusion de ces dommages du domaine précontractuel en l'absence de lien fonctionnel entre le dommage et le contenu du contrat⁹²⁴. Ce raisonnement recouvre ainsi toute atteinte à l'intégrité physique, mais aussi aux biens d'une partie à la négociation dès lors qu'aucun lien de cette nature n'est constaté. En cas de chute d'un client dans un magasin, seront exclus du domaine précontractuel non seulement le préjudice corporel mais aussi le dommage causé aux biens de la victime, détériorés par la chute.

515. Ce constat d'uniformisation peut également être relevé en matière d'enrichissement sans cause. Le Règlement Rome II a introduit une disposition spéciale à son article 10, intégrant cette hypothèse au sein de la matière extracontractuelle. Son approche ne dénote pas avec celle adoptée par la jurisprudence interne en application des dispositions communautaires relatives à la détermination de la compétence juridictionnelle. En effet, dans la décision britannique *Benson*, la Chambre des *Lords* s'était prononcée sur la qualification de l'*unjust enrichment* et avait retenu la compétence du for du délit en constatant que l'existence

⁹²¹ M. PAZ GARCÍA RUBIO, M. OTERO CRESPO, « La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo », *Revista para el analisis del derecho*, 2010, p. 3.

⁹²² Cf. considérant 30 Règlement Rome II.

⁹²³ Cf. Conclusions rendues le 12 décembre 1989 à l'occasion de l'affaire *Alfredo Grifoni c/Communauté européenne de l'énergie atomique*, *Aff. C-308/87*.

⁹²⁴ V. *supra*, nos 428 et 474.

du contrat ayant déjà été infirmée, il s'agissait de rétablir une situation en l'absence de contrat. La confrontation des qualifications retenues dans la recherche de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable conduit à un enthousiasme retenu. En effet, à l'instar de l'article 12, l'article 10 du Règlement Rome II renvoie à la loi du contrat préexistant. Se posent alors toutes les interrogations quant à la pertinence du choix de cette qualification, qui avaient été soulevées lors de l'analyse de la rupture des pourparlers visée par l'article 12⁹²⁵. Cependant, il faut relever que le choix en faveur d'une qualification délictuelle opéré par le Règlement Rome II permet d'harmoniser l'application du droit réglementaire, puisqu'il conduit à appliquer le Règlement Rome II et l'article 5-3 du Règlement Bruxelles I. Cette intervention ne peut être que saluée sur ce point, puisque le Règlement Rome II n'a pas permis une harmonisation générale, certaines dissociations de qualification au sein du droit communautaire persistant.

B. DES DISSOCIATIONS DE QUALIFICATIONS

516. L'arrivée du Règlement Rome II dans le paysage du droit européen n'a pas suffi à répondre à l'ensemble des interrogations générées par le contentieux précontractuel. Certaines diversités de qualification subsistent (1), alors que l'intégration de certaines qualifications restent incertaines (2).

1. DES DIVERSITES DE QUALIFICATIONS

517. Le droit communautaire impose une interprétation très stricte des compétences⁹²⁶. Le for du contrat ne peut ainsi étendre sa décision à l'analyse de questions d'ordre extracontractuel. Or, le contentieux précontractuel connaît des cas où le manquement à une obligation entraîne non seulement la nullité du contrat conclu, mais aussi l'engagement de la responsabilité de son auteur. C'est notamment l'hypothèse de la violation du devoir d'information. En effet, le dol constitue un vice de consentement et une faute sur le fondement de laquelle une réparation peut être obtenue. Pour permettre un traitement efficace et cohérent d'un tel préjudice, il est nécessaire de prévoir une solution simple et déterminée quant aux conflits de lois et de juridictions.

Pour la détermination du juge compétent, cette solution se justifie par l'impératif d'accessibilité du tribunal compétent⁹²⁷. La victime doit pouvoir connaître le juge compétent et surtout faire entendre l'intégralité de son dommage devant un seul et même juge. Distinguer la demande fondée sur la nullité du contrat de celle qui tend à engager la responsabilité de l'auteur du manquement, conduit en pratique à contraindre la victime à

⁹²⁵ V. *supra*, nos 328 et 388.

⁹²⁶ CJCE, 27 sept. 1988, *Kalféllis*, Aff. 189/87, *RCDIP* 1989, p. 115, note H. GAUDEMET-TALLON.

⁹²⁷ B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé - étude dans le domaine du conflit de lois*, thèse, Paris II, 2008, p. 23, n° 44.

demander réparation devant deux juridictions différentes. Si cette contrainte ne décourage pas la victime, du moins, elle ne permet pas d'assurer une bonne administration de la justice, essentielle à la protection de ses intérêts⁹²⁸.

Concernant la loi applicable, l'enjeu diffère puisqu'il s'agit de garantir une certaine cohérence. Si la loi applicable pour établir la nullité ne dispose pas d'un contenu compatible avec celui que connaît l'ordre juridique compétent pour engager la responsabilité de l'auteur du manquement, il existe un risque d'aboutir à des solutions absurdes. Le droit français adopte une appréciation large de l'obligation d'information en retenant la responsabilité de l'auteur d'un dol lorsqu'il est constitué par des manœuvres, mais aussi par une simple réticence⁹²⁹. Le simple fait de taire volontairement une information déterminante du consentement de l'autre partie peut être sanctionné. Le droit anglais, au contraire, ne reconnaît pas une telle obligation d'information. La responsabilité des parties ne pourra être engagée dans le cadre des pourparlers que si l'information transmise est erronée. Si l'on envisage l'hypothèse d'une réticence dolosive commise en Angleterre à l'occasion de la conclusion d'un contrat soumis aux dispositions de la loi française, dissocier la demande en réparation de la nullité du contrat, en soumettant la nullité à la loi française du contrat et l'engagement de la responsabilité à la loi anglaise du délit, reviendrait à accepter de reconnaître la nullité, mais à considérer qu'une telle faute ne peut permettre de réparation.

518. Le droit positif sur cette question ne présente pas une totale homogénéité selon qu'il s'agit de résoudre un conflit de lois ou un conflit de juridictions. En effet, en matière de juge compétent, il est distingué selon que l'action en responsabilité porte sur un manquement précontractuel susceptible ou non de conduire à la nullité du contrat. Si la réponse est positive, alors le for du contrat reste compétent⁹³⁰, mais si, au contraire, un tel manquement ne permet pas une telle nullité, sa compétence n'est pas étendue. Cette solution se justifie par l'enjeu de l'attribution de la compétence juridictionnelle. Si la victime peut raisonnablement chercher à demander la nullité en plus de la recherche de la responsabilité, il est opportun de lui permettre de formuler ces deux prétentions devant un même juge. Si au contraire, la nullité ne peut être obtenue par l'allégation du manquement à une telle obligation, alors la demande reste limitée au simple engagement de la responsabilité de l'auteur du dommage. Que le juge du contrat ou du délit soit compétent dans cette hypothèse n'engendre aucune multiplication des saisines. Il suffira de présenter sa demande unique devant un seul juge.

Concernant la loi applicable, la réponse diffère. Si la nullité du contrat doit s'apprécier au regard des dispositions de l'article 10, alinéa 1, du règlement Rome I en matière contractuelle, la réparation du manquement à l'obligation précontractuelle d'information relève du domaine de la *culpa in contrahendo*, article 12 du Règlement Rome II. Le droit réglementaire ne

⁹²⁸ V. Préambule de la Convention de Bruxelles, point 11; CJCE, arrêt *Jacob Handte*, 17 juin 1992, *Aff. C-26/91*, Attendu n°18.

⁹²⁹ Pour une étude comparative en matière d'obligation d'informations, v. *supra* n° 239.

⁹³⁰ *House of Lords*, 17 févr. 2000, *Agnew et autres c./Lansförsäkringsbolagens AB, The All England Law Reports 2000*, Vol. 1, p. 737. Disponible sur le site : <http://www.curia.eu.int/common/recdoc/convention/fr/2000/40-2000.htm>, Information n° 2000/40 ; Comp. en France : Cass. civ. 1^{ère}, 9 févr. 2011, n° 10-12.000.

permet pas une telle soumission des deux demandes à l'application d'une même loi, il retient une qualification différente. Cependant, l'article 12 du règlement Rome II dresse un pont entre les deux matières en soumettant les hypothèses de *culpa in contrahendo*, dont fait partie l'obligation précontractuelle d'information, à la *lex contractus*, au même titre que l'article 10, alinéa 1. Même si une nature délictuelle est reconnue à l'action en responsabilité, sa soumission à l'article 12 permet un traitement uniforme de ce contentieux en matière de conflit de lois. Pourtant, l'action en responsabilité précontractuelle ne répond pas à une même qualification suivant que la question porte sur l'identification du juge compétent ou de la loi applicable. Sur ce point, l'harmonisation n'est pas atteinte.

2. DES QUALIFICATIONS DOUTEUSES

519. Bien que les rédacteurs du Règlement Rome II se soient inquiétés de la lisibilité de son article 12, en précisant le contenu dans un considérant 30, il doit être constaté, non sans regret, que les indices restent bien trop insuffisants pour permettre de tracer le contenu exact de la *culpa in contrahendo*. Il perdure ainsi un doute quant à la qualification de certains litiges : la violation des accords de confidentialité (a), ainsi que les manquements concernant les tiers (b).

a. Les accords de confidentialité

520. En visant expressément la violation du devoir d'informer, le texte du Règlement Rome II cultive l'ambiguïté quant aux atteintes à l'obligation de confidentialité. Cette obligation permet d'assurer une certaine protection des documents échangés au cours des pourparlers, indispensable à l'effectivité des échanges d'information lors des négociations.

Concernant la compétence juridictionnelle, la solution semble découler de la simple application du critère dégagé par la jurisprudence *Jacob Handte*. Il suffit d'apprécier si les parties ont adopté un engagement librement assumé entre elles. Ce qui semble signifier que ne relèvent de la compétence du for du contrat que les litiges découlant de la violation d'un accord de confidentialité entre les parties. En l'absence d'un tel engagement contractuel, seul le juge du délit pourra connaître du contentieux. Cette hypothèse reste néanmoins limitée, puisque les parties ont tendance à protéger leurs données secrètes par des contrats de confidentialité imposant le respect du secret dès les pourparlers⁹³¹. Concernant la loi applicable, l'hésitation est double. D'une part, il est possible de s'interroger sur le point de savoir si l'hypothèse de « violation du devoir d'informer » inclut le devoir de confidentialité⁹³². Mais cette question a déjà été envisagée plus en amont de l'étude⁹³³. D'autre part, si la réponse est positive, reste à connaître la portée de l'article 12. En désignant

⁹³¹ G. FORBIN, « Comment gérer les obligations confidentielles au cours des pourparlers », *RDAl* 1998, n°4/5, p. 477; M. BÜHLER, « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *RDAl* 2002, n°3/4, p. 359.

⁹³² V. *supra*, n°476.

⁹³³ V. note précédente.

les obligations non contractuelles découlant des tractations, l'article 12 est-il circonscrit à l'obligation de confidentialité imposée dans les négociations informelles ou s'étend-t-il aux contrats de confidentialité ?

521. La question de la portée de l'article 12 aux accords de confidentialité est à rapprocher du doute généré par l'application de l'article 12 aux contrats de négociation. En effet, l'existence d'un « engagement librement assumé par une partie » à la négociation envers une autre permet de conclure avec certitude en faveur de la compétence du for du contrat. Concernant la loi applicable, la réponse apparaît plus incertaine. Certains auteurs se sont montrés favorables à la reconnaissance d'une portée large de l'article 12 du Règlement Rome II qui s'appliquerait aux contrats de négociation⁹³⁴. Ils distinguent entre les promesses de contrat qui présentent une certaine autonomie et relèvent de la compétence du Règlement Rome I et les contrats de négociations, étroitement liés aux pourparlers, qui s'inscrivent dans le domaine de l'article 12⁹³⁵. Si l'on retient ce raisonnement, les contrats de confidentialité pourraient également recevoir la qualification de contrats de négociation, puisqu'ils participent à leur organisation, et intégrer de ce fait le domaine de la *culpa in contrahendo*. Cette proposition est séduisante puisqu'elle permet en pratique d'appliquer à tous les accords permettant de structurer les tractations une seule et même loi, la loi du contrat principal⁹³⁶. Cependant, ce faisant, elle conduit à dissocier la qualification établie en matière de compétence juridictionnelle et de loi applicable, complexifiant la résolution du contentieux précontractuel. De plus, elle fait perdre toute cohérence à l'élément de définition de la matière contractuelle dégagé par la jurisprudence communautaire. En effet, en scellant un accord portant sur l'organisation des négociations, les parties ont bien décidé d'assumer un engagement l'une envers l'autre, peu importe que cet engagement soit dépendant de l'existence des pourparlers. Il semble donc plus conforme à la définition européenne du contrat d'exclure tous les contrats de négociation, y compris les accords de confidentialité, de l'orbite du Règlement Rome II, pour les soumettre au Règlement Rome I. En l'absence de tout accord contractuel, la violation de l'obligation de confidentialité sera susceptible d'entrer dans le champ de la *culpa in contrahendo*. Reste néanmoins à souligner que cette intégration est subordonnée à la reconnaissance d'une portée suffisamment large de la notion de violation de devoir d'informer, qui reste douteuse⁹³⁷.

b. Les contentieux concernant des tiers

522. Il est regrettable que le Règlement Rome II n'ait pas été plus explicite quant au traitement réservé aux tiers. En effet, les tiers sont susceptibles d'intervenir lors des

⁹³⁴ P. LAGARDE, « *Culpa in contrahendo* à la croisée des règlements communautaires », *Mélanges offerts à L. FAUSTO POCAR*, Giuffrè, p. 583; M. SANTA-CROCE, *J.-Cl. Droit internat.*, Fasc. 552-60, n° 28.

⁹³⁵ M. SANTA-CROCE, *op. cit.*, n° 28.

⁹³⁶ V. sur ce point : S. BOLLEE, « A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », *D.* 2008, p. 2161, qui déplore l'intervention d'une loi contractuelle tierce, la loi des accords précontractuels, dans la gestion du contentieux précontractuel.

⁹³⁷ Cf. *supra*, nos 477 et s.

pourparlers. Ils tiennent aussi bien le rôle d'auteur du dommage⁹³⁸ que de victime⁹³⁹. Le Règlement Rome II ne fait nullement référence aux parties aux négociations. Il est ainsi possible de reconnaître une portée large à l'article 12, s'étendant à toutes les obligations nées des pourparlers, aussi bien à l'égard des parties que des tiers. Cependant, il est possible de considérer que cette imprécision n'a pas pour objectif d'élargir le champ de la *culpa in contrahendo*. D'autant qu'il semble infondé de considérer que les négociations précontractuelles aient généré des obligations à l'égard des tiers. De plus, le choix opéré par l'article 12 en faveur du renvoi à la loi du contrat a essentiellement pour objectif d'assurer la prévisibilité de la solution et le respect de la volonté des parties. Or, par définition, les tiers n'ont pas participé à l'élection de la loi applicable. Une telle extension de la loi du contrat n'est donc pas justifiée. Il semble donc préférable d'écarter les relations avec les tiers du domaine de l'article 12 pour laisser leur traitement soumis au régime général de l'article 4 du Règlement Rome II. Finalement, cette solution permettra idéalement d'uniformiser la qualification retenue au sein du droit communautaire sur ce point. En effet, la décision *Jacob Handte*, intervenant justement sur la question de l'extension de la compétence du for du contrat aux actions à l'encontre de tiers dans les chaînes translatives de propriété, s'est prononcée en faveur d'une appréciation restrictive de la matière contractuelle en refusant l'ouverture aux actions concernant les tiers⁹⁴⁰. Ainsi, les tiers doivent-ils être écartés de la *culpa in contrahendo* et soumis à une qualification délictuelle.

⁹³⁸ Pour la complicité d'un dol, v. l'affaire *Carrières de Brandefert*, Cass. civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, *Bull. civ.* III, n° 171; *D.* 2002, Somm., p. 928, obs. O. TOURNAFOND (2^e esp.); *JCP* 2002, II, 10054, note M. LIEVREMONT; *JCP* 2001, I, p. 301, n° 1, obs. Y.-M. SERINET; *JCP E* 2001, p. 1578, note P. CHAUVEL (2^e esp.); *ibid.* 2002, p. 640, n° 6, obs. D. MAINGUY; *Defrénois* 2001, p. 242, obs. E. SAVAUX; *CCC* 2001, n° 23, note L. LEVENEUR; *RTD civ.* 2001, p. 355, obs. J. MESTRE, B. FAGES; Comp. pour les négociations parallèles ayant entraîné la rupture des négociations, v. affaire américaine *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.*, [1987], 729 S.W.2D 768 (TEX. APP.); E. CHAMY, « L'affaire Texaco-Pennzoil et ses multiples développements au sein du système judiciaire américain », *JDI* 1988, p. 979.

⁹³⁹ V. affaire *Tacconi* lors de laquelle la rupture des pourparlers a entraîné un préjudice à l'égard d'un tiers dont la réussite des négociations avec l'une des parties dépendait du succès des pourparlers rompus : *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c/ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, CJCE, 17 sept. 2002, *Aff. C-334/00*.

⁹⁴⁰ V. l'arrêt *Jacob Handte*, *op. cit.*; Comp. pour une solution identique en matière de chaîne non translatrice de propriété, la décision *Réunion européenne*, *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

523. L'observation du droit communautaire actuel conduit à conclure à un bilan mitigé. En effet, concevant les divergences de réglementation des litiges engendrées par une qualification *lege fori*, la jurisprudence européenne s'est rapidement orientée vers un affranchissement des droits nationaux. Ont été dégagées des notions autonomes, favorisant l'harmonisation au sein de l'espace de libre-échange. Concernant le contentieux résultant des négociations précontractuelles plus précisément, certaines décisions ont permis de dégager des solutions générales applicables à la matière. Il est ainsi possible de connaître la répartition du contentieux précontractuel entre les qualifications contractuelle et extracontractuelle. Pourtant, l'étendue de la jurisprudence reste restreinte et ne couvre pas l'ensemble des questions soulevées par la période de l'avant-contrat. Certaines hypothèses n'ont pas fait l'objet d'une analyse spécifique. Elles nécessitent ainsi une transposition des solutions existantes à leurs espèces qui, faute de décision expresse en ce sens, demeurent encore hypothétiques.

524. Dans un tel contexte, l'intervention des nouveaux instruments communautaires que représentent les Règlements Rome I et Rome II reçoit un accueil enthousiaste. En effet, le travail de leurs rédacteurs s'est attaché à intégrer la matière précontractuelle au sein du droit réglementaire, alors qu'elle demeurait oubliée jusqu'alors. Cependant, l'examen plus minutieux de ces dispositions démontre que leurs apports sur ce point restent très modestes. La qualification du contentieux précontractuel est circonscrite à certaines hypothèses qui, de plus, avaient déjà été traitées, partiellement ou intégralement, par la jurisprudence. En outre, cette évolution textuelle marque une certaine timidité en se limitant à un partage des questions entre les matières existantes, alors que la singularité des pourparlers commande la création d'une matière *sui generis* permettant d'accueillir en son sein l'ensemble des contentieux qui en résultent.

Le droit positif répartit encore les litiges de nature précontractuelle entre les catégories contractuelle et extracontractuelle. La notion de « *culpa in contrahendo* », établie par l'article 12 du Règlement Rome II ne dispose pas d'une portée suffisamment étendue pour constituer cette troisième matière, susceptible d'harmoniser l'ensemble du droit international privé des négociations. En effet, non seulement la « *culpa in contrahendo* » ne concerne que certaines hypothèses particulières du contentieux né des pourparlers, mais elle est circonscrite au conflit de lois. Elle ne s'intéresse pas aux règles de conflit de juridictions. Par conséquent, pour les cas visés par l'hypothèse de « *culpa in contrahendo* », la détermination de la compétence juridictionnelle rencontre encore les difficultés de répartition entre les matières contractuelle et délictuelle.

Enfin, il faut relever que l'ordonnancement réalisé entre les catégories juridiques susceptibles d'accueillir le contentieux précontractuel découle parfois d'une simple interprétation du droit communautaire. En l'absence de solutions manifestes et définitives, le choix de qualification reste parfois encore équivoque.

CONCLUSION DU TITRE 2

525. Le choix de la qualification constitue l'une des difficultés majeures rencontrées par le contentieux précontractuel. L'examen de la qualification idéale a démontré que la polymorphie des litiges nés des pourparlers ne permettait pas que l'ensemble des questions suscitées par les négociations soit intégré au sein d'une même catégorie. A défaut de création d'une catégorie *sui generis* qui transcende les qualifications contractuelle et délictuelle, ces questions doivent inévitablement être réparties entre les différentes catégories existantes.

Ensuite, L'analyse du droit positif a eu pour objectif d'apprécier si le système conflictualiste actuel et, particulièrement, les nouvelles dispositions du Règlement Rome II relatives à la *culpa in contrahendo*, répondait à cet objectif d'uniformisation de la qualification du contentieux précontractuel. Le constat reste assez partagé et ce à plusieurs titres. Tout d'abord, les règles de conflit de lois et de juridictions ne soumettent pas toutes les questions à une même qualification, puisque les règles de conflit de juridictions ne connaissent pas cette nouvelle matière qu'est la *culpa in contrahendo*. Ensuite, cette nouvelle matière ne correspond pas à la catégorie *sui generis* réclamée par les spécificités du contentieux précontractuel. En effet, elle présente un champ d'application réduit puisque certaines demandes précontractuelles restent soumises à l'application du Règlement Rome I et répondent ainsi à une qualification contractuelle. Enfin, la *culpa in contrahendo* ne s'accompagne d'aucune définition précise. Tout au plus, le Règlement Rome II indique que certaines hypothèses sont incluses et d'autres exclues de son domaine, sans dresser de liste exhaustive.

526. Certes, comme il a été démontré, la solution parfaite serait de pouvoir dégager une qualification uniforme pour tous les contentieux générés par les pourparlers, mais il faut également reconnaître que la polymorphie de ce contentieux entrave une telle réunion. Il est donc envisageable de proposer, de façon moins ambitieuse, une solution permettant d'améliorer le système conflictualiste actuel, sans qu'il soit nécessaire de le révolutionner. D'autant que l'initiative du Règlement Rome II en matière de *culpa in contrahendo* doit être encouragée. Elle démontre en effet la volonté d'établir des règles de conflit plus adaptées à la spécificité des négociations.

Dans cet objectif, il a été proposé, dans le cadre de cette étude, de remplacer certaines dispositions du Règlement Rome II. Il a notamment été préconisé que l'expression « violation du devoir d'informer », désigné par le considérant 30 comme une hypothèse de *culpa in contrahendo*, soit remplacée par la désignation plus extensive des « obligations qui découlent du devoir d'informer ». Cette nouvelle écriture contribuerait ainsi à améliorer le texte en permettant d'accueillir expressément au sein de la *culpa in contrahendo* le manquement au devoir de confidentialité. En effet, le devoir d'informer ne désigne que les manquements commis par le débiteur d'une obligation de délivrer des informations. Il ne s'étend donc pas aux infractions commises par celui qui les reçoit et qui peut être tenté de les divulguer ou les exploitées sans autorisation et à des fins personnelles.

Par conséquent, il est possible d'améliorer le système conflictualiste en utilisant les dispositions actuelles comme canevas pour construire un corps de règles plus adaptées.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

527. Les négociations précontractuelles présentent des caractéristiques propres qui complexifient l'étape de qualification exigée par le droit international privé. Elles constituent une période d'incertitude dans laquelle évoluent les parties, contraintes à composer avec le paradoxe de la situation à laquelle elles sont confrontées. Le principe de liberté contractuelle, qui constitue un des principes directeurs des pourparlers, prohibe tout engagement définitif des parties avant la formation du contrat. Cependant, l'intervention nécessaire du principe général de bonne foi leur impose le respect de certains devoirs. Il équilibre la phase des négociations en atténuant les effets pervers du principe de liberté contractuelle qui ouvre aux parties des opportunités de préjudicier leurs cocontractants potentiels. Face à ces données, il semble infondé de conclure à une totale indépendance des négociations du domaine contractuel. D'autant que les parties sont susceptibles de renforcer le rapprochement des pourparlers de la matière contractuelle en encadrant leurs tractations par la conclusion d'avant-contrats. Pourtant, les enjeux du commerce international interdisent une assimilation générale de la phase précontractuelle au domaine du contrat. Une telle absorption conduirait à emprisonner les parties dans des liens contractuels dès l'initiation des discussions. Elle générerait une certaine frilosité des acteurs du commerce international, matérialisée par un affaiblissement des échanges avec de nouveaux partenaires.

528. Bien qu'il soit malaisé d'établir un classement des contentieux nés des pourparlers au sein des différentes catégories dégagées par le droit international privé français, cette étape ne peut être négligée. La qualification occupe en effet une fonction majeure dans la résolution des litiges internationaux. Elle conduit à déterminer les règles de conflit et de droit matériel applicables à une question litigieuse et permet ainsi d'y apporter une réponse adaptée. Sur ce point, il faut reconnaître la participation particulièrement active du droit communautaire dans la construction du droit international privé des négociations précontractuelles. Sa contribution s'est accrue ces dernières années avec la consécration de la *culpa in contrahendo*. Par la voix du Règlement Rome II, a été élaborée une solution spécialement dédiée à la responsabilité précontractuelle. Associée aux solutions jurisprudentielles dégagées en matière de contentieux précontractuel, il est possible de classer les différentes hypothèses selon leur qualification. Elles seront inventoriées tantôt sous la catégorie contractuelle, tantôt sous la catégorie extracontractuelle. Mais la polymorphie des litiges nés des pourparlers ne permet pas un regroupement de l'ensemble du contentieux sous une catégorie unique. Pour ce faire, la création d'une matière *sui generis*, placée à la croisée des domaines contractuel et extracontractuel aurait été susceptible d'accueillir l'intégralité des litiges consécutifs aux

négociations. En l'absence d'un tel regroupement, le système actuel de répartition du contentieux précontractuel au sein des qualifications existantes doit être perfectionné. Non seulement il est indispensable de définir précisément les hypothèses relevant de la *culpa in contrahendo* désignée par le Règlement Rome II, mais il faut également apporter plus de cohérence au système conflictualiste en homogénéisant les qualifications pour qu'une action précontractuelle ne réponde pas à deux qualifications différentes suivant la fin qui est envisagée. En d'autres termes, en cas de manquement précontractuel susceptible d'atteindre la validité du contrat, il ne semble pas pertinent que l'action en nullité du contrat relève de la qualification contractuelle, alors que l'action en responsabilité appelle l'application des règles de conflit délictuelles.

529. Cette lacune dans le cadre de la qualification participe à complexifier le traitement des négociations. Il ne bénéficie pas d'un corps unique de règles homogènes, mais dispose d'une pluralité de règles d'origine et de nature diverses. Ainsi, le raisonnement conflictualiste appelle l'intervention de règles de conflits de lois et de juridictions à la fois de nature contractuelle et extracontractuelle. Enfin, il est important de relever que la présente thèse intervient à un moment-clé de l'examen des négociations. A ce jour, les nouvelles dispositions du Règlement Rome II réservées à la *culpa in contrahendo*, qui contribuent à l'élaboration du droit international privé de l'avant-contrat, n'ont pas encore trouvées à s'appliquer. Elles prévoient un intéressant renvoi de la loi applicable à la *culpa in contrahendo* à la loi du contrat putatif. Un travail prospectif doit donc être réalisé afin d'anticiper les difficultés rencontrées par l'application de ce texte. La solidité du pont construit entre la responsabilité contractuelle et la loi du contrat n'a ainsi pas encore été éprouvée et reste sujette à tous les scepticismes. C'est à travers l'étude du traitement effectif des négociations internationales que pourra être appréciée l'efficacité du droit international privé actuel pour résoudre le contentieux précontractuel (Partie 2).

PARTIE 2. LE TRAITEMENT DES NEGOCIATIONS INTERNATIONALES PRECONTRACTUELLES

530. Pour répondre aux contentieux nés des pourparlers, le droit international privé français, empruntant la voie du droit communautaire, s'est progressivement doté d'un corps de règles de conflit. Son exhaustivité récemment acquise lui permet désormais de traiter l'intégralité des demandes. L'analyse s'étend du conflit de juridiction au conflit de lois en couvrant aussi bien les hypothèses de *culpa in contrahendo* délictuelle que contractuelle. Cependant, la mise en œuvre de ces règles reste partiellement inadaptée à la singularité que revêtent les litiges de nature précontractuelle. Ce constat surprend d'autant plus que certaines dispositions ont été spécialement forgées pour répondre à ces besoins. Aussi, l'analyse minutieuse de l'application des règles de conflits communautaires, formant le régime général du traitement des négociations internationales, apparaît indispensable à la résolution du contentieux précontractuel (Titre 1).

531. Mais l'adoption d'un raisonnement pleinement conflictualiste ne se heurte pas uniquement aux difficultés de mise en œuvre internes. Certains éléments peuvent intervenir pour bouleverser leur application. Ils ont essentiellement pour origine l'expression de la volonté des parties. En matière de commerce international, elle milite couramment en faveur de la compétence d'un tribunal arbitral. Mais ce souhait peut également manifester une préférence pour une juridiction étatique particulière. L'intervention des parties bouscule ainsi le jeu ordinaire des règles de conflits de juridiction. Le traitement du conflit de lois ne demeure pas épargné. Perdurent en effet des éléments troublants, indépendants du concours des parties, qui prennent la forme, notamment de règlementations recouvrant une valeur impérative. Tous ces facteurs susceptibles d'enrayer le traitement général de la *culpa in contrahendo* constituent des éléments perturbateurs qui ne doivent pas être négligés dans l'étude du contentieux précontractuel (Titre 2).

TITRE 1. LE REGIME GENERAL DU TRAITEMENT DES NEGOCIATIONS

532. La construction du droit international privé des négociations précontractuelles s'est édifiée par la voie du droit communautaire règlementaire. Le Règlement Bruxelles, venu remplacer la Convention de Bruxelles, comprend des règles de conflit de juridictions réservées aux contentieux de nature civile ou commerciale. Ses dispositions sont ainsi susceptibles de s'appliquer aux litiges nés dans le cadre des pourparlers. Reste à noter cependant que ces règles n'ont pas été rédigées dans l'optique d'une telle application. Aussi leur mise en œuvre en matière de *culpa in contrahendo* reste parfois douteuse. Un tel constat rend indispensable un examen de la compatibilité entre les solutions désignées par le texte en matière de compétence juridictionnelle et les spécificités du contentieux précontractuel (Chapitre 1).

533. Ces difficultés atteignent également le traitement du conflit de lois. Sur ce point, l'analyse s'initie dans un climat décevant. En effet, si l'inadaptation du Règlement Bruxelles I reçoit aisément un regard indulgent, les nouvelles règlementations élaborées en matière de conflit de lois ne peuvent bénéficier d'une telle clémence. L'entrée en vigueur du Règlement Rome II s'est justement démarquée par l'élaboration de dispositions inédites, réservées à la *culpa in contrahendo*. Il paraît difficilement concevable qu'un texte, spécifiquement dédié à un domaine, puisse présenter des insuffisances. Et pourtant, si l'élaboration d'une règle spéciale en matière de contentieux précontractuel ne peut être qu'applaudie, son caractère lacunaire reste regretté. Aussi, pour répondre, l'analyse des règles de conflits de juridictions se doublera d'un examen du nouveau système de résolution du conflit de lois (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'APPLICATION DES REGLES DE CONFLIT DE JURIDICTIONS

534. Pour connaître de leurs litiges nés à l'occasion des pourparlers, les parties à la négociation disposent de la compétence générale du juge du domicile du défendeur, prévue à l'article 2 du Règlement Bruxelles I. Cependant, cette compétence demeure favorable au défendeur, créant un déséquilibre entre les parties. En effet, non seulement ce dernier profitera d'un for plus accessible, mais contournera également les difficultés d'appréhension des règles de procédure étrangères. De plus, il est possible de relever l'« existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et des juridictions autres que celles de l'Etat du domicile du défendeur qui justifie une attribution de compétence à ces juridictions pour des raisons de bonne administration de la justice et d'organisation utile du

procès »⁹⁴¹. Aussi, la Convention de Bruxelles, suivie par le Règlement Bruxelles I, a-t-elle ouvert, à son article 5, une compétence optionnelle à l'égard des parties aux négociations. La Cour de justice des Communautés européennes rappelle régulièrement que l'article 5 doit conserver une interprétation stricte pour ne pas déroger au principe général de l'article 2, mais sans être interprété pour autant de manière trop étroite⁹⁴². Cette option de compétence se dédouble en fonction de la nature du litige. L'article 5-1 prévoit une compétence spéciale en matière contractuelle (Section 1), alors que l'article 5-3 désigne le tribunal susceptible de connaître des litiges délictuels ou quasi délictuels (Section 2).

SECTION 1. JUGE COMPETENT ET *CULPA IN CONTRAHENDO* CONTRACTUELLE

535. En matière contractuelle, le droit communautaire a, dès 1968, ouvert une compétence spéciale en faveur du tribunal du lieu d'exécution de l'obligation contractuelle. Confrontée à l'application de ce texte, la jurisprudence s'est heurtée à de multiples difficultés relatives non seulement à l'identification de l'obligation désignée (§1), mais aussi à sa localisation une fois déterminée (§2).

§1. L'IDENTIFICATION DE L'OBLIGATION QUI SERT DE BASE A LA DEMANDE

536. L'opération de reconnaissance de l'obligation permettant de déterminer le juge compétent pour traiter de la *culpa in contrahendo* contractuelle nécessite une étude de la notion d'obligation qui sert de base à la demande (A), préalablement à son application au contentieux précontractuel (B).

A. LA NOTION D'OBLIGATION QUI SERT DE BASE A LA DEMANDE

537. A l'origine, l'article 5-1 ne comptait qu'un seul alinéa susceptible d'intéresser la matière précontractuelle⁹⁴³. A présent il se décompose en deux mouvements, le second alinéa prévoyant des dispositions spéciales permettant de déterminer l'obligation désignée par le texte lorsque la demande porte sur un contrat de vente de marchandises ou de fourniture de

⁹⁴¹ CJCE, 11 janv. 1990, *Dumez France E.A. c/Hessische Landesbank E.A.*, Aff. C-220/88, Rec. I. 49, concl. M. DARMON ; *RCDIP* 1990, p. 363, note H. GAUDEMET-TALLON; *JDI* 1990, p. 497, obs. A. HUET.

⁹⁴² CJCE, 20 janv. 2005, *Petra Engler*, point 48; A. HUET, *RCDIP* 1982, p. 389; F. LECLERC, *JDI* 1999, p. 629.

⁹⁴³ Les alinéas suivants de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles de 1968 concernent l'hypothèse du contrat individuel de travail qui sera écartée de l'étude.

services. Cet apport ne facilite cependant que partiellement le travail d'identification. Perdurent ainsi des difficultés aussi bien pour caractériser l'obligation qui sert de base à la demande (1) que pour qualifier le contrat concerné (2).

1. L'OBLIGATION QUI SERT DE BASE A LA DEMANDE

538. En 1968, les rédacteurs de la Convention de Bruxelles s'étaient contentés, dans la version originale, de désigner le tribunal du lieu d'exécution de l'« obligation ». C'est la jurisprudence qui est alors intervenue pour apporter quelques éléments de définition permettant de déterminer l'obligation désignée par le texte de l'article 5-1 et établir ainsi la compétence du juge. L'affaire concerne un litige opposant un concessionnaire à son concédant. Le premier reproche la rupture unilatérale sans préavis du contrat et allègue la résolution du contrat aux torts exclusifs du concédant. La Cour de justice des Communautés européennes, interrogée sur ce cas, se prononce le 6 octobre 1976, dans un arrêt *De Bloos*⁹⁴⁴ en faveur de l'obligation du concédant qui correspond au droit contractuel invoqué pour fonder la demande du concessionnaire. Elle précise ainsi que l'obligation visée par l'article 5-1 est toujours « celle découlant du contrat et dont l'exécution est invoquée pour justifier de telles demandes ». Cette solution était d'ailleurs déjà retenue par la version italienne de la Convention qui visait l'« *obligazione dedotta in giudizio* ».

539. La Cour de justice se prononce en faveur d'une obligation autonome, « servant de base à l'action judiciaire » et qui se démarque de l'obligation caractéristique du contrat. Cette décision a reçu un accueil mitigé de la part de la doctrine. Pour Pierre Gothot et Dominique Holleaux, favorables à la solution, la Cour réalise par cette voie une « conciliation assez cohérente de la lettre et du but de l'art. 5-1° »⁹⁴⁵. Ils retiennent qu'ouvrir une compétence à l'égard du juge d'une obligation non litigieuse éloignerait le résultat de l'objectif de proximité visé par la Convention de Bruxelles qui s'attache à resserrer les liens séparant le juge du litige. Georges A. L. Droz, plus sceptique, relève un risque d'éclatement des compétences qui conduit à multiplier les litiges portant sur la détermination de la compétence juridictionnelle, alors que la Convention a pour but de simplifier les relations entre les justiciables⁹⁴⁶. Il conseille même une suppression pure et simple de l'article 5-1. Pourtant, la jurisprudence française s'aligne sur la juridiction européenne. Quelques deux années plus tard⁹⁴⁷, la Cour de cassation sanctionne la décision des juges du fond qui ont écarté la compétence du juge

⁹⁴⁴ CJCE, 6 oct. 1976, *A. De Bloos, SPRL contre Société en commandite par actions Bouyer, Aff. 14-76*; Pour les commentaires, v. notamment: R. VANDER ELST, « Concessions de vente en Belgique et règles de compétence de la Convention CEE du 27 septembre 1968 », *Journal des tribunaux* 1976, p. 733; H. T. TREVOR, « First Cases before the European Court », *European Law Review* 1977, p. 57; J.-M. BISCHOFF, *JDI* 1977, p. 719; G. A. L. DROZ, *D.* 1977, p. 618; P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *RCDIP* 1977, p. 768; G. A. L. DROZ, « L'interprétation, par la Cour de justice des Communautés, des règles de compétence judiciaire européennes en matière de contrat », *D.* 1977, p. 287.

⁹⁴⁵ P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *op. cit.*

⁹⁴⁶ G. A. L. DROZ, *op. cit.*

⁹⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 1978, *Sté JULIA*, n°77-14296.

français en retenant le lieu d'exécution de l'obligation caractéristique du contrat. Elle rappelle que « la juridiction compétente pour connaître d'un litige né à l'occasion de l'exécution d'une obligation contractuelle est celle du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à l'action judiciaire ».

Néanmoins, percevant les critiques formulées à l'encontre de cette solution⁹⁴⁸, la Cour de justice a reconnu qu'elle conduisait à la multiplication des fors compétents dès lors que le litige concernait plusieurs obligations découlant d'un même contrat et exécutables en des lieux différents. Par un arrêt *Shenavai*, le demandeur se voit ouvrir la faculté de présenter l'ensemble de ses demandes devant une seule juridiction, dont la compétence est fondée sur l'obligation principale entre plusieurs obligations en cause⁹⁴⁹, sans en préciser la définition.

540. Lors de la transformation de la Convention de Bruxelles en Règlement communautaire, les rédacteurs se sont inquiétés des difficultés d'identification de l'obligation qui sert de base à la demande en introduisant un alinéa consacré à la désignation de cette obligation pour des contrats particuliers : la vente de marchandises et la fourniture de services. Les obstacles se sont alors déplacés de la délicate détermination de l'obligation qui sert de base à la demande à la qualification du contrat.

2. LA QUALIFICATION DU CONTRAT LITIGIEUX

541. L'article 5-1 b) du Règlement Bruxelles I prévoit que le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande sur lequel repose la compétence de la juridiction est, pour la vente de marchandises, le lieu où les marchandises ont, ou auraient dû être fournies, et pour la fourniture de services, le lieu où les services ont, ou auraient été fournis. Cet article retient ainsi l'obligation caractéristique du contrat et non l'obligation litigieuse, bien qu'il faille relever que l'article 5-1 b) vise expressément l'obligation qui sert de base à la demande. La rédaction de cette disposition ne doit pas induire le lecteur en erreur pour autant. Si l'article 5-1 a) désigne la compétence du juge du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse, l'article 5-1 b) s'attache lui, au lieu de l'obligation caractéristique. La solution est alors simplifiée puisqu'il n'est plus nécessaire pour les deux hypothèses dégagées de rechercher l'obligation litigieuse. Reste cependant à identifier la nature du contrat, objet du contentieux, pour vérifier s'il correspond bien à l'un des cas visés par l'article 5-1 b).

542. Fidèle à son objectif d'harmonisation du droit communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes prévoit que la qualification du contrat doit s'effectuer suivant les

⁹⁴⁸ V. les résistances à la jurisprudence De Bloos de certains arrêts qui autorisent au demandeur de concentrer ses demandes devant une juridiction unique, P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *op. cit.*, n°68 et 69.

⁹⁴⁹ CJCE, arrêt *H. Shenavai contre K. Kreischer*, 15 janv. 1987, *Aff.* 266/85; Pour les commentaires, v. notamment : J. MAURO, *Gaz. Pal.* 1987, p. 283; J.-M. BISCHOFF, A. HUET, *Chron. de juris. CJCE, JDI* 1987, p. 465; G. A. L. DROZ, *RCDIP* 1987, p. 798; W. ALLWOOD, « The Place of Performance of an Obligation under Article 5(1) », *European Law Review* 1988, p. 60; V. BROGGI, « Sulla competenza speciale per l'esecuzione del contratto secondo la Convenzione di Bruxelles del 1968 », *Giustizia civile* 1988, I, p.2462-2463.

dispositions « du droit communautaire applicable », indépendamment de la *lex contractus*⁹⁵⁰. Ainsi, le contrat de vente de marchandises est-il défini par la jurisprudence communautaire comme un contrat « dont l'objet est la livraison de marchandises à fabriquer ou à produire, même si l'acheteur a formulé certaines exigences concernant l'obtention, la transformation et la livraison des marchandises, sans que les matériaux aient été fournis par celui-ci »⁹⁵¹.

Mais les difficultés s'intensifient concernant la notion de fourniture de services. Un arrêt de la Cour de justice en date du 23 avril 2009 a considéré que « la notion de services implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération »⁹⁵². Le choix d'une définition large peut être salué. Il permet d'intégrer un nombre important de contrats au sein de la notion de contrat de fourniture de services. Ceux-ci bénéficient ainsi de l'application de l'article 5-1 b) qui facilite la détermination de la compétence juridictionnelle. Grâce à cette jurisprudence, relativement récente de 2009, la difficulté de qualification du contrat semble écartée pour l'instant.

Après cette présentation générale des règles de conflit de juridictions existantes en matière contractuelle, reste à s'interroger sur leur possible extension au domaine précontractuel.

B. L'APPLICATION A LA PHASE PRECONTRACTUELLE

543. Dans le cadre des négociations précontractuelles, des contentieux de natures diverses peuvent intéresser l'application de l'article 5-1 du Règlement Bruxelles I. Il est en effet envisageable qu'un doute sur l'existence même du contrat puisse s'élever entre les parties dans la conduite de pourparlers informels. De même, le litige peut reposer sur la violation d'une obligation susceptible non seulement d'engager la responsabilité précontractuelle de son auteur, mais surtout d'entraîner la nullité du contrat. Les parties peuvent également avoir choisi d'encadrer leurs négociations par la conclusion d'avant-contrats. Ces derniers confèrent une nature contractuelle aux tractations échangées dès lors qu'un engagement librement assumé peut être caractérisé⁹⁵³. La demande porte alors sur le traitement d'un manquement à l'obligation souscrite au sein de l'avant-contrat, ou, si l'exhaustivité du contenu de l'accord précontractuel tend à le confondre au contrat principal, sur la reconnaissance de la formation de l'accord définitif. Ainsi, si l'on place en parallèle les négociations formelles et informelles, se dégagent deux contentieux de nature différente, l'un reposant sur l'existence du contrat (1), l'autre sur l'engagement de la responsabilité pour manquement à une obligation (2).

⁹⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2008, n° 07-17.295, *Bull. civ. I*, n° 192; *RCDIP* 2008, p. 863, note D. SINDRES; *D.* 2008, p. 2154; *CCC* 2008, p. 227, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

⁹⁵¹ CJUE, 25 févr. 2010, *Car Trim GmbH*, Aff. C-381/08; *Procédures* 2010, p. 178, obs. C. NOURISSAT; *Europe* 2010, p. 148, obs. L. IDOT; *Comp. art. 2 CVIM*.

⁹⁵² CJCE, 23 avr. 2009, *Falco*, Aff. C-533/07; *D.* 2009, p. 1489; *ibid.*, p. 2390, obs. L.D'AVOUT, S. BOLLEE; *Europe* 2009, p. 263, obs. L. IDOT; *RLDA* 2009, p. 57, obs. G. CAVALIER; *Procédures* 2009, *Comm.*, p. 276, obs. C. NOURISSAT.

⁹⁵³ Cf *supra*, nos 428 et s.

1. LE CONTENTIEUX PORTANT SUR L'EXISTENCE DU CONTRAT

544. S'inscrivant dans une durée de plus en plus longue⁹⁵⁴, les pourparlers constituent une période d'échanges de paroles⁹⁵⁵ et de documents⁹⁵⁶ dont la portée peut revêtir une valeur ambiguë⁹⁵⁷. Une incertitude peut ainsi apparaître au niveau de l'existence du contrat, une réponse à une proposition ayant valeur d'acceptation scellant l'accord⁹⁵⁸. La jurisprudence communautaire, interrogée sur ce point, s'est prononcée en faveur de la compétence du for du contrat désigné à l'article 5-1⁹⁵⁹. Cette solution a reçu un bon accueil par la doctrine⁹⁶⁰ et la jurisprudence⁹⁶¹. Elle a ainsi été étendue aux demandes portant sur la nullité du contrat⁹⁶², élargissant d'autant la compétence du for du contrat.

545. La question de l'existence du contrat ne se limite pas à la question de la formation du contrat principal, elle peut atteindre également les avant-contracts. Plusieurs contentieux peuvent naître dans le cadre des négociations formelles. Il est tout d'abord possible que l'accord précontractuel dispose d'une autonomie suffisante par rapport au projet contractuel envisagé. C'est le cas notamment lorsque l'avant-contrat a pour objet d'organiser la négociation en soumettant les parties au respect de la confidentialité des documents échangés ou au respect d'un calendrier échelonnant les tractations. Le contentieux pourra porter sur l'existence d'un tel accord entre les parties. Cependant, l'incertitude porte plus fréquemment sur la transformation de l'avant-contrat en contrat définitif. Pour entériner les points de discussion acquis, les parties ont souvent recours à la conclusion d'accords partiels. Chacun de ces accords porte sur un point déterminé de la négociation. Il appartient par la suite aux parties de réunir l'ensemble de ces accords dans un acte unique correspondant au contrat définitif. Pourtant, la loi applicable considère souvent qu'il suffit que l'accord partiel marque une volonté certaine et non équivoque des parties sur les éléments essentiels du contrat pour emporter sa formation. Ainsi, dès lors que certains éléments seront acceptés par l'accord, le contrat principal sera considéré comme formé. Dans cette hypothèse, le litige qui repose sur la portée de l'accord partiel correspond à une action en reconnaissance du contrat principal. De

⁹⁵⁴ B. FAGES, « L'importance des pourparlers », *Dr. & patr.* 1999, p. 72.

⁹⁵⁵ Ph. LE TOURNEAU, « La rupture des négociations », *RTD Com.* 1998, p. 479.

⁹⁵⁶ J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010, n^{os} 1850 et s.

⁹⁵⁷ M. FONTAINE, F. DE LY, « Les lettres d'intention », in *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*, FEC, Bruylant, 2^{ème} éd., 2003, cas n^o 1 et 3 : formation du contrat malgré la rédaction douteuse de l'acceptation.

⁹⁵⁸ v. *supra*, n^o 97.

⁹⁵⁹ CJCE, arrêt *Effer SpA c/ Hans-Joachim Kantner*, 4 mars 1982, *Aff.* 38/81, *RCDIP* 1982, p. 573, note H. GAUDEMET-TALLON; *JDI* 1982, p. 473, note A. HUET; T. TREVOR, « Article 5(1): "Place of Performance of the Obligation in Question" », *European Law Review* 1982, p. 235.

⁹⁶⁰ v. H. GAUDEMET-TALLON, A. HUET, *op. cit.*

⁹⁶¹ Pour une application de la jurisprudence *Effer*, v. par exemple, CA Rouen, 13 nov. 2003, *Juris data* n^o 2003-232681.

⁹⁶² Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 1983, *Bull. civ. I*, n^o 31; *RCDIP* 1983, p. 516, note H. GAUDEMET-TALLON; Pour une application de cette solution en droit interne *via* l'art. 46 C. proc. Civ., v. Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 1999, *Bull. civ. II*, n^o 128, p. 91.

ce fait, l'étude de l'accord partiel revient à s'intéresser à l'existence du contrat principal et non plus à l'accord précontractuel.

546. De même, pour les promesses unilatérales, deux contentieux peuvent se former à leur niveau. Il est possible que la demande porte sur la promesse elle-même, lorsque le bénéficiaire choisit de ne pas lever l'option. Le litige peut se concentrer sur le régime de l'indemnité d'immobilisation stipulée à la charge du bénéficiaire qui ne lèverait pas l'option, ou de l'indemnité à laquelle le promettant doit s'acquitter s'il use de sa faculté de dédit, mais aussi sur la faculté de se substituer un tiers, la permanence de la promesse en cas de décès de l'une des parties et les formalités de validité requises.

Il est également envisageable que le bénéficiaire choisisse au contraire de lever l'option et que la demande repose sur l'efficacité de son choix. Si la levée de l'option est reconnue dans le délai imparti, alors le contrat est déclaré formé. Aussi, la demande portant sur la reconnaissance de la levée de l'option coïncide-t-elle avec une demande fondée sur l'existence du contrat principal.

547. Pour toutes ces hypothèses, qu'elles intéressent les négociations formelles ou informelles, mais tendent toutes à la reconnaissance de l'existence d'un contrat, il est nécessaire, suivant les dispositions de l'article 5-1 de déterminer l'obligation qui sert de base à la demande. Or, une telle obligation n'existe pas par définition dans une action en nullité du contrat⁹⁶³. Il faut tout de même relever une décision isolée de la Cour d'appel de Toulouse qui a reconnu l'existence d'une obligation qui sert de base à la demande dans le cadre d'une demande en nullité d'un contrat de prêt⁹⁶⁴. Pourtant, la majorité de la doctrine s'accorde à reconnaître l'inexistence de l'obligation qui sert de base à une demande en nullité⁹⁶⁵, ce qui fonde l'hostilité de certains auteurs à accueillir l'application de l'article 5-1 dans cette hypothèse⁹⁶⁶. En effet, dans l'hypothèse où la demande repose sur la nullité du contrat pour illicéité de l'objet, l'obligation ne peut être caractérisée. C'est ce qu'illustre notamment la décision de la Première chambre civile en date du 25 janvier 1983 où il est reproché au contrat de concession de porter sur une méthode d'enseignement contrefaite⁹⁶⁷.

548. Malgré cette objection évidente, la jurisprudence s'oriente vers l'extension du for du contrat à la nullité du contrat. Pour ce faire, elle retient la prestation caractéristique du contrat⁹⁶⁸, ce qui permet en pratique d'homogénéiser le mécanisme de l'article 5-1 a) à celui de l'article 5-1 b). Ainsi, interrogée au sujet de la nullité d'un contrat de prêt, la Cour de cassation s'est fondée sur l'obligation du prêteur de mettre les fonds à disposition du

⁹⁶³ P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *op. cit.*, n° 63.

⁹⁶⁴ CA Toulouse, 25 nov. 2003, *JCP* 2004, p. 1665.

⁹⁶⁵ V. notamment Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2007, n° 486-1.

⁹⁶⁶ P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *op. cit.*, n° 63.

⁹⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 1983, n° 81-16.415.

⁹⁶⁸ Cette solution avait déjà été préconisée par la doctrine : H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP* 1983, p. 520; A. HUET, *JDI* 2001, pp. 138 et 140.

demandeur⁹⁶⁹. Dans cette affaire, un prêt hypothécaire a été consenti par une société belge afin de financer un projet immobilier exécuté en France. Le bénéficiaire n'ayant pas honoré les échéances de remboursement du prêt, le prêteur a fait procéder à la vente forcée du bien immobilier. Le bénéficiaire a alors saisi les juridictions françaises afin de faire reconnaître la nullité du contrat. Le prêteur lui a opposé l'exception d'incompétence de la juridiction française saisie au profit des juridictions belges. La décision de la Cour d'appel, qui n'a pas été censurée sur ce point, a retenu que l'action tendait à la nullité d'un contrat de prêt et en paiement de sommes d'argent en conséquence de cette nullité et qu'il convenait de se référer exclusivement à l'obligation du prêteur de mettre les fonds prêtés à la disposition de l'emprunteur. Ce raisonnement a été étendu, par la Cour de cassation italienne, dans le cadre d'une action en déclaration de simulation pour retenir l'obligation caractéristique du contrat⁹⁷⁰. La Cour a reconnu, à cette occasion, l'existence d'hypothèses pour lesquelles l'obligation qui sert de base à la demande ne peut être retenue, en visant expressément le cas particulier de l'action en nullité.

549. Cette difficulté se retrouve inévitablement lorsque l'incertitude concerne l'existence même du contrat. En effet, si le contrat n'existe pas, il en va pareillement des obligations qui en découlent. L'obligation qui sert de base à la demande correspond donc, dans cette hypothèse, à l'obligation d'exécuter le contrat dans son entier. Il semble ainsi opportun de retenir l'obligation caractéristique du contrat. C'est cette interprétation qui est effectivement suivie par la jurisprudence britannique raisonnant sur une demande de reconnaissance de l'existence d'un contrat, notamment à l'occasion de la décision rendue par la *Court of appeal, Boss Group Limited v. Boss France SA*⁹⁷¹, le 2 avril 1996. En l'espèce, un litige oppose un distributeur à son fournisseur exclusif qui a décidé de cesser toute relation. Le distributeur a alors réclamé en France la mise en place de mesures conservatoires afin de maintenir la distribution. Le fournisseur saisit les juridictions britanniques pour faire reconnaître l'absence de contrat le liant au distributeur, en faisant valoir qu'aucune obligation de lui fournir ses équipements ne pèse sur lui. La compétence de la juridiction anglaise, fondée sur l'article 5-1 étant dénoncée, la *Court of appeal* s'intéresse à la mise en œuvre de cet article dans l'hypothèse d'une action en reconnaissance de l'existence d'un contrat. Tout d'abord, la *Court of appeal* reconnaît sans surprise l'applicabilité de l'article 5-1 à un tel contentieux, en rappelant expressément la jurisprudence *Effer*⁹⁷². Puis, elle recherche l'obligation permettant de déterminer la compétence juridictionnelle, désignée par cet article. Sur ce point, deux obligations sont retenues : la première consistant pour le fournisseur à approvisionner son distributeur et la seconde à n'approvisionner aucun autre distributeur. Réunies en une seule obligation, la *Court of appeal* retient l'obligation du fournisseur de fournir exclusivement le distributeur. Cette obligation correspond bien à la prestation caractéristique du contrat de distribution exclusive dont l'existence est soumise à l'appréciation du juge saisi.

⁹⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 2000, n° 98-15.979, *RCDIP* 2001, p. 148, note M.-E. ANCEL.

⁹⁷⁰ Cass. It. (Sections réunies). - 7 mai 2003, *Gillian A. Corkran c. Howard E. Cashin et Casa Napoleone Ltd*, *RCDIP* 2004, p. 612, note I. PRETELLI.

⁹⁷¹ *Boss Group Ltd. v. Boss France S.A.*, [1997], 1 W.L.R. 351.

⁹⁷² CJCE, *Effer*, *op. cit.*

550. Enfin, la question de l'existence du contrat peut être soulevée dans le cadre de négociation formelle. Lorsque les parties organisent leurs pourparlers par la conclusion d'une promesse unilatérale, le contentieux peut porter sur l'efficacité de la levée de l'option par le bénéficiaire. En effet, par cette promesse, le promettant s'engage à réaliser son engagement si le bénéficiaire l'accepte en levant l'option. Ainsi, le contrat définitif est formé dès lors que le bénéficiaire lève l'option⁹⁷³. Pour déterminer si cette acceptation du bénéficiaire a bien entraîné la formation du contrat, il devient nécessaire de déterminer si le contrat est formé. En d'autres termes, le juge doit apprécier l'existence d'un tel contrat. Suivant le raisonnement adopté par l'arrêt *Boss group*, il appartient à la juridiction saisie de rechercher l'obligation caractéristique du contrat principal sur lequel repose la promesse. Ainsi, en pratique, la question de la compétence juridictionnelle pour apprécier l'efficacité de la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est résolue sur le fondement de l'obligation caractéristique de la vente, soit la transmission de la propriété du bien, objet de la transaction. Le juge compétent est donc le juge de l'Etat où s'exécute l'obligation de transmettre la propriété du bien. Mais le contentieux peut également survenir indépendamment de toute levée d'option, portant ainsi sur la violation d'une obligation contractuelle.

551. En conclusion, pour pallier la difficulté née de l'absence d'obligation qui sert de base à la demande, lorsque cette demande repose sur la nullité ou l'existence du contrat, les jurisprudences nationales s'orientent largement vers la substitution de l'obligation caractéristique du contrat à l'obligation qui sert de base à la demande.

2. L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE DE L'AUTEUR D'UN MANQUEMENT A UNE OBLIGATION

552. Il est fréquent que les parties cherchent à matérialiser l'accord obtenu lors des négociations par la voie de la conclusion de promesses. Elles ont pour objet de concrétiser la décision des parties en se ménageant le temps nécessaire à la préparation du contrat définitif. Cette promesse constitue ainsi un véritable engagement du promettant qui ne se confond pas avec le contrat définitif. Or, un litige peut survenir entre les parties lorsque le promettant souhaite, après réflexion, se dégager de sa promesse. Reste à déterminer l'obligation qui sert de base à la demande dans cette hypothèse. La Cour de cassation est ainsi amenée à se prononcer sur l'identification de cette obligation à l'occasion d'un arrêt rendu le 16 octobre 1985 visant à apprécier la compétence juridictionnelle en matière de rupture abusive d'une promesse d'embauche⁹⁷⁴. Dans cette affaire, les bénéficiaires d'une promesse d'embauche formulée par une société allemande ont assigné cette dernière en réparation de leur préjudice du fait de la rupture abusive d'une telle promesse. La Cour d'appel retient la compétence des

⁹⁷³ V. *supra*, n° 63.

⁹⁷⁴ Cass. soc., 16 oct. 1985, n° 83-42.708, *Bull. Civ.* 1985, n° 458, p. 330.

juridictions françaises en considérant que l'obligation visée par l'article 5-1 est celle prise par les demandeurs de consacrer leur activité à la promotion des produits de leur futur employeur. Le pourvoi fait valoir sur ce point que les juges du fond n'ont, de ce fait, pas considéré l'obligation distincte de l'employeur à laquelle il a souscrite par ses lettres d'engagement. Insensible à cet argument, la Chambre sociale rejette le pourvoi et retient que l'objet de la promesse, sur l'inexécution de laquelle est fondée la demande, est d'engager les parties en vue d'un travail à effectuer en France.

553. La formulation de la Cour de cassation présente une certaine ambiguïté. En retenant l'engagement des parties en vue de réaliser un travail, la Cour semble retenir l'objet du contrat de travail projeté et non celui de la promesse. En effet, la promesse d'embauche emporte l'engagement de son auteur d'engager le bénéficiaire à formuler une proposition de travail, puisque le bénéficiaire conserve la faculté d'accepter ou non une telle proposition. A moins que cet avant-contrat n'ait emporté la promesse de chacune des parties, à savoir l'engagement d'embaucher de la part de l'employeur et celui d'accepter le travail proposé du salarié, l'engagement du promettant reste limité à une proposition d'embauche. Mais, même dans cette hypothèse, la critique reste maintenue puisque l'obligation qui sert de base à la demande porte sur l'obligation de l'employeur d'embaucher le demandeur. C'est cette obligation, dont l'exécution n'a pas été respectée, qui fonde la requête du demandeur. Or, la Chambre sociale retient l'engagement des parties en vue de la réalisation du travail. La Cour relève l'engagement des parties et non celui du demandeur, alors que c'est justement l'obligation du demandeur, ou du défendeur, qui constitue l'obligation qui sert de base à la demande, comme l'impose le Règlement Bruxelles I. Ainsi, il est possible de résumer le commentaire de cet arrêt par une double critique. La décision retient l'obligation du salarié dans le cadre d'un contrat de travail, alors que la demande portait sur une promesse d'embauche et non sur un contrat de travail. Il est d'ailleurs intéressant de relever à ce sujet que le contrat de travail sur lequel raisonne la Cour de cassation reste inexistant en l'espèce, ce qui rend son fondement d'autant plus contestable. De plus, le litige intéresse la violation de l'obligation du promettant qui décide de rompre sa promesse et non l'engagement du salarié. Pour déterminer l'obligation visée par l'article 5-1, il est donc nécessaire d'analyser non seulement la nature des obligations visées, mais également d'élire entre elles l'obligation fondant la demande.

554. Cette détermination critiquable de l'obligation qui sert de base à la demande dans le cadre de l'interprétation d'une promesse conclue au cours des négociations précontractuelles ne reste pas isolée. Une telle condamnation du raisonnement de la jurisprudence peut également être retenue à l'occasion de l'analyse de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Chambéry, dans l'affaire *Société Péchiney Electrometallurgie (PEM) c/Société Universal Ceramic Materials PLC (UCM)*⁹⁷⁵. Dans cette affaire, la société française Péchiney Electrometallurgie (PEM) s'est vue soumettre une proposition d'achat de la part de la société anglaise Société Universal Ceramic Materials PLC (UCM). Les deux sociétés ont alors

⁹⁷⁵ CA Chambéry, 23 févr. 1998, *Sté Péchiney Electrometallurgie (PEM) c/Sté Universal Ceramic Materials PLC (UCM)*, JDI 1999, p. 188, note A. HUET; D. 1999, p. 292, note B. AUDIT.

procédé ensemble à la signature d'un accord intitulé « *heads of agreement, subject to contract* », dans lequel est notamment indiqué le prix de la cession sur lequel les parties, après négociation, sont parvenues à un accord. Mais quelques jours plus tard, la société UCM informe la société PEM que le Conseil d'administration a refusé le projet d'achat tel qu'il a été défini dans l'accord précontractuel, mais qu'elle souhaite poursuivre les discussions en vue d'atteindre un nouvel accord. Pourtant, les négociations échouent et la société PEM saisit les juridictions françaises en responsabilité pour rupture déloyale et injustifiée des pourparlers. La société UCM soulève alors l'exception d'incompétence au profit des juridictions anglaises. Le tribunal de grande instance ayant accepté l'exception, la société PEM forme un contredit. Interrogée sur la compétence du juge français, la Cour d'appel reconnaît la nature contractuelle du contentieux⁹⁷⁶ en retenant que la rupture des négociations s'inscrit dans le cadre de pourparlers organisés autour d'un avant-contrat. Reste alors à déterminer l'obligation qui sert de base à la demande.

Pour ce faire, les juges du fond s'appuient sur une clause enfermée dans l'accord qui limite les motifs de rupture des pourparlers. Elle stipule en effet que « l'acquéreur reconnaît que toute décision de sa part de ne pas donner suite au projet de vente et d'achat de l'exploitation [...] ne pourra reposer que sur une raison de bonne foi et fondée sur une difficulté tenant à la législation anti-trust, à l'audit environnemental, à l'accomplissement des formalités relatives aux comptes ou des formalités concernant la société cédante ou au défaut d'obtention d'un permis ou d'un consentement, ce préalablement à la clôture. Le défaut d'obtention par l'acquéreur du consentement de son conseil d'administration ou de ses actionnaires devra lui-même reposer sur des raisons identiques et solidement fondées ». La Cour d'appel déduit que cette clause constitue un engagement de circonscrire son refus de ne pas donner suite au projet de vente et d'achat de l'exploitation à des cas spécifiquement définis. Selon son interprétation, cette clause stipule, *a contrario*, un engagement à l'acquisition du bien. Ainsi, les juges du fond identifient-ils dans la lettre de l'accord, l'existence d'une promesse d'achat sous condition. Ils en déduisent que l'obligation servant de base à la demande est l'engagement de la société UCM d'acquiescer les biens.

Cette interprétation semble douteuse. En effet, en limitant les cas de retrait des pourparlers, les parties ne se sont pas engagées à contracter, mais à négocier de bonne foi. Il existe donc bien une obligation contractuelle, mais elle ne s'exprime pas à travers une promesse d'achat sous condition comme le retient la Cour d'appel. Par cet accord, la société UCM s'est simplement engagée à ne se retirer des négociations que pour certains motifs de bonne foi prédéterminés. En refusant de poursuivre le projet en alléguant le refus de son conseil d'administration, la société UCM a bien rompu les pourparlers pour un motif inconnu de l'accord, commettant ainsi un manquement à son obligation contractuelle de ne pas mettre fin aux tractations pour des raisons non contractuellement définies. La violation porte donc sur l'obligation de ne pas rompre les pourparlers de mauvaise foi, ou de façon positive, de les poursuivre de bonne foi. De plus, il est reproché à la société UCM d'« avoir agi avec mauvaise foi et déloyauté dans les pourparlers ou avoir rompu ceux-ci brutalement et sans motif ». Ainsi, l'obligation servant de base à la demande ne peut être que l'obligation de

⁹⁷⁶ Sur ce point, v. *supra*, nos 441 et s.

mener les négociations de bonne foi à laquelle la société UCM s'est effectivement engagée dans l'accord précontractuel⁹⁷⁷.

555. Il ne faudrait pas en déduire trop hâtivement que la présence d'un accord précontractuel conduit inévitablement à des interprétations confuses de l'obligation visée par l'article 5-1 du Règlement Bruxelles I. Dans certaines hypothèses, la précision des dispositions et de la portée des avant-contrats permet de définir sans ambiguïté l'obligation qui sert de base à la demande. Ainsi est-ce le cas des lettres de confort par la voie desquelles une société-mère s'engage à adopter un comportement permettant à sa filiale de remplir ses obligations auprès de ses créanciers⁹⁷⁸. La difficulté de ces lettres porte essentiellement sur l'appréhension de la portée de l'engagement souscrit par leurs auteurs et n'atteint pas la compétence juridictionnelle. Aussi, dans le cadre de la détermination du juge compétent pour se prononcer sur de tels actes, l'obligation servant de base à la demande reste aisément identifiable. La jurisprudence reconnaît qu'elle constitue généralement l'obligation de son auteur d'accomplir les efforts promis⁹⁷⁹.

556. La détermination de l'obligation servant de base à la demande dans des contentieux impliquant des avant-contrats s'illustre également par les protocoles de négociation qui prévoient des modalités de procédure des pourparlers. L'analyse de la demande reposant sur la violation d'une des obligations visées dans l'acte conduit à déterminer une telle obligation. Pourtant, l'autonomie de ces divers engagements peut être difficilement reconnaissable, ce qui embarrasse une fois de plus les juridictions dans la mise en œuvre de l'article 5-1. Dans l'affaire *Matussièrre* en date du 5 octobre 1999⁹⁸⁰, il était ainsi reproché aux défendeurs la violation d'une seule des obligations imposées par le protocole de négociations signé au cours des pourparlers. En effet, par cet acte, ces derniers s'étaient notamment engagés à communiquer le rapport de ses experts sur l'analyse des comptes de la société dont les demandeurs étaient actionnaires. Selon les arguments du pourvoi, en l'absence d'une telle transmission, la compétence juridictionnelle pour une action en responsabilité exercée dans le cadre d'une rupture des pourparlers ne pouvait être fondée que sur cette unique obligation qui constituait l'obligation servant de base à la demande. La Chambre commerciale n'a pas accueilli ce raisonnement et a approuvé la décision des juges du fond. En effet, la Cour d'appel avait retenu que le protocole de négociation prévoyait « une première négociation au niveau des experts et une seconde négociation entre les parties elles-mêmes ». Or, la rupture des pourparlers était intervenue alors qu'aucune de ces négociations n'avait été réalisée. Les juges du fond ont donc considéré que la demande reposait sur l'absence de respect de ces

⁹⁷⁷ Comp. pour une hypothèse de rupture des pourparlers en l'absence d'accord précontractuel, T. Hambourg, 29 oct. 1975, *Rép. de jur. dr. comm.*, série D, I-5-1.1, B2, à l'occasion duquel le tribunal allemand, retenant une qualification contractuelle de l'action, a dégagé l'obligation d'une partie de mener les négociations de bonne foi.

⁹⁷⁸ Cf supra, n° 85.

⁹⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1992, *RCDIP* 1993, p. 692; Comp. Cass. com., 30 janv. 2001, *ING Bank NV Paris c. Soc. Mantel Holland Beheer BV*, D. 2002, p. 1392, obs. B. AUDIT; *RCDIP* 2001, p. 539.

⁹⁸⁰ Cass. Com., 5 oct. 1999, *Matussièrre et autres c/Société Werk Waldhof Aschaffenburg Graphische Papiere (PWA) GmbH*, *JDI* 2001, p. 133, note A. HUET; Comp. la décision rendue par la Chambre civile statuant sur l'arrêt de renvoi après cassation : Cass. civ. 1^{ère}, 17 janv. 2006, n° 03-11.601, inédit.

deux étapes. Ainsi ont-ils retenu que « la violation caractérisée qui fonde la demande de dommages-intérêts n'est pas l'absence de dépôt du rapport d'audit, mais la violation des dispositions contractuelles [...] c'est-à-dire la méconnaissance [par le défendeur] de la procédure de négociation dans son ensemble ». La Cour s'est alors fondée sur l'obligation de respecter l'ensemble de la procédure et non seulement de répondre à une seule des modalités des négociations.

557. Mais le champ d'application de l'article 5-1 ne se restreint pas à la remise en cause du contrat principal ou de l'exécution d'un avant-contrat, il s'étend au contraire à l'action en responsabilité fondée sur le manquement à une obligation précontractuelle. En effet, à l'occasion de la décision *Agnew*⁹⁸¹, la *House of Lords* s'est prononcée en faveur de l'extension de la compétence du for du contrat pour connaître des actions en responsabilité précontractuelle dès lors que l'obligation sur laquelle repose la demande conduit au droit de résilier le contrat en cas de violation. Dans cette affaire, une société suédoise reprochait à un assureur exerçant son activité sur le marché londonien de ne pas l'avoir informée de certains risques. La demande reposait ainsi sur la violation d'une obligation précontractuelle d'information. Le défendeur faisait valoir en réponse qu'un tel contentieux ne relevait pas de l'article 5-1 du Règlement Bruxelles I qui impose la recherche de l'obligation servant de base à la demande. Selon son interprétation, cette obligation devait nécessairement découler du contrat, ce qui ne serait pas le cas d'une obligation d'information qui présente une nature précontractuelle. En effet, l'obligation d'informer l'autre partie lors des pourparlers s'initie par l'entrée en négociation. Elle ne résulte donc pas du contrat, mais des pourparlers. Un tel raisonnement aurait pu séduire la juridiction saisie, même si elle conduisait à écarter la compétence du for du contrat. Pourtant, cet argument a été écarté par la *House of Lords* qui a accueilli l'application de l'article 5-1 et retenu que l'obligation d'information constituait l'obligation visée par les dispositions communautaires. Ainsi, selon cette jurisprudence, les obligations précontractuelles imposées lors des pourparlers constituent des obligations susceptibles de constituer une obligation servant de base à la demande. La violation de telles obligations est donc susceptible de relever de la compétence du juge du contrat, visée à l'article 5-1.

558. Dans des décisions parfois justifiées ou bien contestables, la jurisprudence parvient toujours à dégager l'obligation qui sert de base à la demande. Les raisonnements critiquables retenus s'expliquent moins par la difficulté à identifier cette obligation qu'à la localiser.

⁹⁸¹ *House of Lords*, 17 févr. 2000, *Agnew et autres c./Lansförsäkringsbolagens AB*, *The All England Law Reports* 2000, vol. 1, p. 737. Disponible sur le site : <http://www.curia.eu.int/common/recdoc/convention/fr/2000/40-2000.htm>, Information n° 2000/40.

§2.LA LOCALISATION DE L'OBLIGATION QUI SERT DE BASE A LA DEMANDE

559. Si l'article 5-1 a) désigne la compétence en matière contractuelle du juge du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée, aucune précision ne vient déterminer les modalités de la localisation ainsi nécessaire. Sur ce point, le Règlement Bruxelles I modifiant partiellement la Convention de Bruxelles n'a été d'aucun secours. L'intervention de la Cour de justice des Communautés européennes a permis de pallier cet écueil en définissant une méthode de mise en œuvre de l'article 5-1, permettant de localiser l'obligation qui sert de base à la demande (A). La complexité reconnue⁹⁸², parfois même décriée⁹⁸³, de cette méthode s'illustre dans la résolution du contentieux précontractuel (B).

A. LA METHODE DE LOCALISATION DE L'OBLIGATION

560. La lecture du Règlement Bruxelles I ne suffit pas à établir une telle localisation. L'article 5-1 a) reste sur ce point très lacunaire. C'est l'intervention de la jurisprudence qui a permis la mise en place d'une méthode dont la complexité (1) s'est partiellement estompée par l'intervention de la règle matérielle du point b) de l'article 5-1 (2).

1. LA COMPLEXITE DE LA METHODE *TESSILI*

561. La méthode de localisation établie par le droit communautaire dispose d'une source jurisprudentielle. L'arrêt *Tessili*⁹⁸⁴ rendu le 6 octobre 1976 pose que ce lieu est déterminé « conformément à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflit de la juridiction saisie ». On ne peut que se réjouir que la jurisprudence n'ait pas opté pour un renvoi à l'interprétation de la loi nationale. Une qualification *lege fori* aurait conduit à une divergence d'interprétation au sein de l'Union européenne, alors que le droit communautaire poursuit un objectif de prévisibilité des solutions, assurant la sécurité juridique des justiciables

⁹⁸² V. HEUZE, *RCDIP* 2000, p. 595; A. HUET, *JDI* 1977, p. 718 et *JDI* 1999, p. 187.

⁹⁸³ Favorable à une suppression pure et simple de l'article 5-1, G. A. L. DROZ, « *Delendum est forum contractus ?* », *D.* 1997, chron., p. 351.

⁹⁸⁴ CJCE, 6 oct. 1976, *Industrie Tessili Italiana Como contre Dunlop AG*, *Aff.* 12-76; Pour un commentaire, v. notamment: H. T. TREVOR, « First Cases before the European Court », *European Law Review* 1977, p. 57; P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *RCDIP* 1977, p. 761; G. A. L. DROZ, « L'interprétation, par la Cour de justice des Communautés, des règles de compétence judiciaire européennes en matière de contrat », *D.* 1977, Chr. p. 287; J.-M. BISCHOFF, A. HUET *JDI* 1977, pp. 704 et 714.

sur l'ensemble du territoire. Cependant, un recours à une qualification autonome aurait certainement été plus opportun. Il suffisait que le droit communautaire définisse le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse pour que la localisation gagne en célérité, prévisibilité et surtout en unité au sein de l'Union européenne puisque l'ensemble des juridictions des Etats membres aurait adopté une solution identique.

Certes, la solution aurait perdu en adaptabilité au litige, mais aurait gagné en simplicité. En effet, la jurisprudence *Tessili* conduit le juge saisi à résoudre un conflit de lois pour déterminer la compétence juridictionnelle. Non réceptive à ces critiques, la Cour de justice a poursuivi sa jurisprudence, malgré les difficultés de mise en œuvre rencontrées. Il est tout d'abord envisageable que les parties aient désigné le lieu d'exécution de l'obligation dans leur accord. La jurisprudence *Zelger*⁹⁸⁵ accepte la prise en compte de la volonté des parties. Encore faut-il cependant que la clause de choix concerne l'obligation litigieuse. La jurisprudence distingue les cas où la désignation du lieu d'exécution n'atteint pas l'obligation concernée. En l'absence d'un tel choix, il appartient à la juridiction saisie d'interroger la loi applicable à l'obligation litigieuse sur sa localisation. Le point b) apporté par le Règlement Bruxelles I atténue en partie les difficultés de détermination du lieu de l'obligation qui sert de base à la demande.

2. L'INTERVENTION D'UNE REGLE MATERIELLE DE LOCALISATION

562. Le point b) de l'article 5-1 pose une règle matérielle qui désigne, pour la vente de marchandises, le lieu de livraison et pour la fourniture de services, le lieu où les services ont été ou auraient dû être fournis. Mais cette détermination matérielle du lieu d'exécution reste limitée à deux cas spécifiques et laisse la méthode *Tessili* s'appliquer à l'ensemble des contrats qui ne concernent ni une vente de marchandises, ni une fourniture de services. De plus, le champ d'application de l'article 5-1 b) se circonscrit encore davantage par la définition même des hypothèses visées. Il reste en effet nécessaire de déterminer si le contrat litigieux répond à la définition de la vente de marchandises ou de fourniture de services telles que l'entend le Règlement Bruxelles I, ce qui conduit à raisonner non plus sur la loi applicable à l'obligation litigieuse, mais sur la définition communautaire des espèces visées par l'article 5-1 b).

563. Suivant la majorité des auteurs ce lieu doit être localisé en fait et non plus en droit dans la mise en œuvre de cette disposition⁹⁸⁶. Ainsi, le point b) s'affranchit de la méthode

⁹⁸⁵ CJCE, 17 janv. 1980, *Zelger c/Salinitri*, Aff. 56/79, Rec. 89, concl. F. CAPOTORTI; *RCDIP* 1980, p. 385, note E. MEZGER; *JDI* 1980, p. 435, obs. A. HUET.

⁹⁸⁶ M.-L. NIBOYET, « La révision de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000 », *Gaz. Pal.* 2001, p. 945; B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *Rec. Cours La Haye*, t. 305, 2003, spéc. p. 437, n° 443; C. BRUNEAU, « Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale. Règl. Cons. CE no 44/2001, 22 déc. 2000 », *JCP* 2001, I, 304, n° 11; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement no 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4^{ème} éd., 2010, LGDJ,

Tessili et de l'interrogation de la loi applicable qui en découle. C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence tant au niveau interne⁹⁸⁷, qu'au niveau communautaire⁹⁸⁸. Cette localisation factuelle de l'obligation litigieuse ne cède alors que sous l'expression de la volonté des parties, lorsque ces dernières ont choisi de la situer dans un lieu déterminé, comme le prévoit l'article 5-1 b) du Règlement Bruxelles I qui précise que les dispositions ne valent qu'en l'absence de « convention contraire ». Ce cas se présente notamment lorsque les parties soumettent leur contrat à la Convention de Vienne sur le vente internationale de marchandises, car celle-ci localise, à son article 31, le lieu de livraison des marchandises⁹⁸⁹. Une difficulté perdure puisqu'il reste nécessaire, dans la mise en œuvre de la règle matérielle du point b) de l'article 5-1, de rechercher le lieu de livraison des marchandises ou de fourniture de services. Or, ces lieux peuvent être multiples.

n^{os} 174, 189, 198, comp. n^o 202; C. NOURISSAT, obs. *D.* 2005, p. 614; *Procédures* 2005, p. 11; H. MUIR WATT, *RCDIP* 2000, pp. 473 et s., spéc. p. 480; A. HUET, *JDI* 2001, p. 1128; « Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises et compétence des tribunaux en droit judiciaire européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, 2005, Dalloz, spéc. pp. 427 et s.; M.-C. PITTON, « L'article 5, 1, b dans la jurisprudence franco-britannique, ou le droit comparé au secours des compétences spéciales du règlement [CEE] n^o 44/2001 », *JDI* 2009, p. 859.

⁹⁸⁷ V. les décisions ayant localisé en fait en application de l'article 5-1 b, sans s'intéresser à la loi applicable : Pour les contrats de fourniture de services, CA Rouen, 11 sept. 2003, *RDAI* 2005, p. 231, obs. A. MOURRE, Y. LAHLOU; CA Toulouse, 25 nov. 2004, *JCP* 2004, IV, 1665, concernant la nullité d'un contrat de prêt; CA Aix-en-Provence, 10 sept. 2004, *D.* 2005, Pan. p. 615; *Procédures* 2005, Comm. 11, obs. C. NOURISSAT; Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n^o 05-18.021, *Bull. civ. I*, n^o 373; cité au *D.* 2007, Pan., p. 1756, obs. F. JAULT-SESEKE; Cass. civ. 1^{ère}, 3 oct. 2006, n^o 04-14.233, *Bull. civ. I*, n^o 423; *D.* 2007, Pan., p. 1915, obs. D. FERRIER; *JDI* 2007, p. 132, note V. EGÉA, D. MARTEL; *D.* 2006, p. 2548; *JCP* 2007, II, 10028, note C. ASFAR; *RTD com.* 2007, p. 267, obs. Ph. DELEBECQUE; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, n^o 06-14.402, *Bull. civ. I*, n^o 130; *D.* 2007, p. 1085, obs. I. GALLMEISTER; *D.* 2007, Pan., p. 2572, obs. S. BOLLÉE; *Gaz. Pal.* 2007, p. 2012, note M.-L. NIBOYET; Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, n^o 06-21.372, *Bull. civ. I*, n^o 352; *RCDIP* 2008, p. 139, note H. MUIR WATT; *JCP* 2008, II, 10135, obs. M. ATTAL; *JDI* 2008, p. 521, note J.-M. JACQUET.

⁹⁸⁸ V. en matière de vente de marchandises : CJCE, 3 mai 2007, *Color Drack*, *Aff. C-386/05*; *D.* 2007, p. 1604, obs. I. GALLMEISTER; *ibid.*, p. 2573, obs. S. BOLLÉE; *RJ com.* 2007, p. 444, obs. A. RAYNOUARD; Plus récemment, CJUE, 25 févr. 2010, *Car Trim GmbH*, *Aff. C-381/08*; *Procédures* 2010, p. 178, obs. C. NOURISSAT; *Europe* 2010, p. 148, obs. L. IDOT; De même concernant le contrat de prestation de services, plus précisément d'un contrat de transport aérien de passagers : CJCE, 9 juill. 2009, *Rehder*, *Aff. C-204/08*, M. COMBET, « Indemnisation des passagers de transports aériens au sein de l'Union européenne: quelle loi? quel juge? », *Revue Lamy droit des affaires* 2009, n^o 42, p. 67; E. ADOBATI; E. TREPPOZ, « Droit des contrats internationaux. L'article 5, point 1, sous b), du Règlement n^o 44/2001/CE et les fournitures de services plurilocalisées », *RDC* 2010, p. 195; A. TENENBAUM, « Droit européen des contrats (UE - CEDH). Le règlement des difficultés rencontrées par les passagers de transport aérien en cas de transport transcommunautaire: solutions judiciaires et extrajudiciaires », *RDC* 2010, p. 206.

⁹⁸⁹ Art. 31 CVIM : « Si le vendeur n'est pas tenu de livrer les marchandises en un autre lieu particulier, son obligation de livraison consiste: a) lorsque le contrat de vente implique un transport des marchandises, à remettre les marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur; b) lorsque, dans les cas non visés au précédent alinéa, le contrat porte sur un corps certain ou sur une chose de genre qui doit être prélevée sur une masse déterminée ou qui doit être fabriquée ou produite et lorsque, au moment de la conclusion du contrat, les parties savaient que les marchandises se trouvaient ou devaient être fabriquées ou produites en un lieu particulier, à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur en ce lieu; c) dans les autres cas, à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur au lieu où le vendeur avait son établissement au moment de la conclusion du contrat ».

B. L'APPLICATION AU CONTENTIEUX PRECONTRACTUEL

564. L'analyse du travail de la jurisprudence dans la recherche de la localisation de l'obligation qui sert de base à la demande démontre les difficultés auxquelles sont confrontées les juridictions. Elles sont d'autant plus intenses en matière de contentieux précontractuel que, dans ce domaine, se rencontrent des obligations spécifiques dont la localisation reste délicate, voire impossible parfois. Partant de ce constat (1), pourront être avancées des propositions de solutions (2).

1. LE CONSTAT ETABLI

565. Face à l'obstacle que constitue la méthode *Tessili* de localisation appelant l'interrogation de la loi applicable à l'obligation litigieuse, la jurisprudence marque une tendance à répondre par une localisation en fait de ladite obligation (a). Dans cette optique, elle adopte parfois un raisonnement similaire à la solution retenue en matière de lettres de confort (b).

a. Une localisation en fait

566. La localisation demeure la phase la plus délicate de la mise en œuvre de l'article 5-1. Elle constitue l'étape finale de désignation de la juridiction compétente. En matière précontractuelle, elle présente un embarras particulier puisque certaines obligations sur lesquelles reposent les demandes restent difficilement localisables. Pourtant, la jurisprudence s'attache à contrôler que la recherche de cette localisation soit effectivement réalisée. Ainsi, la Chambre commerciale, à l'occasion de l'affaire *Matussière*⁹⁹⁰ censure-t-elle la décision des juges du fond qui n'ont pas procédé à une telle analyse. La Cour est saisie d'une demande en réparation pour rupture des pourparlers en violation d'un protocole de négociations conclu entre les parties. La juridiction d'appel s'est fondée sur le fait que l'acte de rupture avait été accompli en Allemagne, au lieu du siège du défendeur, pour fonder la compétence juridictionnelle sur cette question. La Cour de cassation ne peut que censurer une telle décision qui détermine la compétence du for du contrat en s'attachant au lieu où a été prise la décision par le défendeur de ne pas exécuter son obligation. Ce lieu constitue en effet celui du fait générateur du dommage subi par la victime de la rupture. Or, un tel facteur de rattachement n'opère qu'en matière délictuelle⁹⁹¹. Il était donc justifié que la Cour de cassation rappelle le fonctionnement de l'article 5-1 fondant la compétence du for du contrat et l'exigence de localisation du lieu où devait s'exécuter l'obligation qui sert de base à la demande.

⁹⁹⁰ Cass. com., 5 oct. 1999, *Matussière et autres c/Société Werk Waldhof Aschaffenburg Graphische Papiere (PWA) GmbH*, JDI 2001, p. 133, note A. HUET.

⁹⁹¹ Comp. CA Paris, 3 avr. 2002, JDI 2003, p. 145, obs. A. HUET; LPA n° 206, 2002, p. 16, note C. CHABERT, retenant le lieu de l'envoi de la lettre annonçant la rupture de pourparlers, v. *infra*, nos 616 et s.

567. Pour s'aider dans cette tâche, la juridiction saisie bénéficie parfois de la présence d'éléments traduisant la volonté des parties et lui permettant de s'orienter en ce sens (i). En l'absence du concours des parties, elle doit composer avec les éléments restant à sa disposition pour localiser l'obligation litigieuse (ii).

i. En présence de choix des parties

568. Dans son travail de localisation, le juge saisi peut s'appuyer sur les dispositions du contrat. Il est en effet possible que les parties aient elles-mêmes défini le lieu d'exécution de l'obligation en cause. Il appartient alors au juge de ne pas dénaturer le sens clair et précis du texte dans son interprétation. Dans l'arrêt du 25 janvier 1983⁹⁹², interrogée sur la compétence des juridictions françaises pour connaître d'une action en nullité d'un contrat d'exploitation exclusive d'un logiciel contrefait, la Chambre civile s'est attachée à l'interprétation de la volonté des parties. Le pourvoi reprochait à la Cour d'appel d'avoir retenu que l'obligation litigieuse devait s'exécuter à Paris, alors que des stipulations du contrat désignaient un autre territoire. Pourtant, la Cour de cassation a écarté cet argument, mais tout en précisant que la décision des juges du fond résultait de leur analyse de l'obligation en cause qui excluait toute dénaturation. Certes, la Cour n'a pas indiqué les raisons pour lesquelles la localisation contractuelle a été écartée, se contentant de relever l'examen auquel la juridiction d'appel avait procédé. Ce qui permet de douter du rôle majeur qu'auraient joué les indications des parties. Il semble en effet que les stipulations contractuelles restent un élément permettant la localisation de l'obligation litigieuse sur lequel peuvent se fonder les juges pour apprécier leur compétence, tout en conservant leur pouvoir souverain d'interprétation. En d'autres termes, ils ne sont pas liés par les stipulations des parties, mais les soumettent à leur interprétation, sous réserve de dénaturation, pour localiser les obligations désignées par l'article 5-1 du texte communautaire.

569. La volonté des parties représente un élément non négligeable dans le traitement de la compétence juridictionnelle. Son expression permet de contourner la difficulté de mise en œuvre du conflit de lois, mais aussi d'assurer la prévisibilité de la solution⁹⁹³, gage de sécurité juridique et objectif majeur du droit européen⁹⁹⁴. Son interprétation ne se limite pas aux dispositions clairement exprimées par les parties, mais s'étend, au contraire, à l'examen de la volonté tacite manifestée non seulement au niveau de la rédaction du contrat, mais également dans la conduite des parties. Dans l'affaire anglaise *Boss group v. Boss group*⁹⁹⁵, les parties étaient déjà liées par la conclusion de contrats de distribution. A la fin de l'exécution de ces contrats, il s'agissait de s'interroger sur l'existence d'un nouveau contrat exécuté entre les parties. Aussi, pour localiser l'obligation litigieuse d'approvisionner le distributeur, il avait été procédé à l'analyse des contrats ultérieurs qui prévoyaient une livraison en France des marchandises. Rien n'indiquait en effet que le contrat dont l'existence était discutée aurait

⁹⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 1983, *Bull. civ.* 1983, I, n° 31; *RCDIP* 1983, p. 516, note H. GAUDEMET-TALLON.

⁹⁹³ CJCE, arrêt *Jacob Handte*, 17 juin 1992, *Aff. C-26/91*.

⁹⁹⁴ V. Préambule de la Convention de Bruxelles, point 11.

⁹⁹⁵ *Boss Group Ltd. v. Boss France S.A.*, [1997], 1 W.L.R. 351.

retenu une solution différente. Il était donc possible de retenir une exécution en France en considérant que cette localisation résultait d'une interprétation de la volonté tacite des parties, respectant ainsi la prévisibilité de la solution⁹⁹⁶.

ii. En l'absence de choix des parties

570. En l'absence de toute indication des parties, le juge ne dispose pas de tels indices pour s'orienter dans la localisation de l'obligation servant de base à la demande. Il lui appartient alors de mettre en œuvre la jurisprudence *Tessili* pour atteindre ce résultat⁹⁹⁷. La localisation doit ainsi être déterminée par la loi applicable à l'obligation en cause. Le traitement du conflit de juridictions passera nécessairement par la résolution du conflit de lois.

C'est la méthode qu'a suivie par anticipation le tribunal allemand le 29 octobre 1975 à l'occasion d'une action en responsabilité pour rupture des pourparlers. Fidèle à la doctrine allemande de la *culpa in contrahendo*⁹⁹⁸, le tribunal a reconnu sans surprise une nature contractuelle à cette action. Il cherchait ainsi à localiser l'obligation du défendeur de conduire les négociations de bonne foi puisqu'elle constituait l'obligation litigieuse. Pour ce faire, la juridiction allemande a tout d'abord identifié la loi applicable à cette obligation par la mise en œuvre du droit international privé allemand. En l'absence d'accord entre les parties sur la loi applicable au contrat envisagé, que ce choix soit certain ou simplement tacite, il était nécessaire de localiser objectivement le contrat. A ce titre, la juridiction a retenu que le contrat prévoyait la représentation du défendeur en Allemagne, ce qui plaçait le rattachement dans cet Etat. La localisation a ensuite été réalisée par application de la loi allemande en se fondant sur les dispositions de l'article 269 du *BGB* qui pose une présomption en faveur d'une dette quérable⁹⁹⁹. Ainsi, l'obligation a-t-elle été localisée au lieu de résidence du débiteur, en Italie.

Dans ce contexte, la méthode de l'arrêt *Tessili* pouvait laisser supposer qu'elle recevrait une application large.

571. Pourtant, il semble que la jurisprudence se soit longtemps écartée de ce raisonnement pour procéder à une localisation en fait. C'est dans le sens d'une localisation en fait que paraît se prononcer la Chambre sociale lorsqu'elle statue sur une demande en réparation pour rupture d'une promesse d'embauche¹⁰⁰⁰. Elle retient que la promesse a pour objet d'engager les parties en vue d'un travail à effectuer sur le territoire français et en déduit que l'obligation

⁹⁹⁶ Comp. en matière de conflit de lois, art. 3 Règlement Rome I qui reconnaît la valeur d'un choix de loi tacite en retenant que ce choix peut être exprès ou résulter « de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ».

⁹⁹⁷ Cf *supra*, nos 561 et s.

⁹⁹⁸ R. VON JHERING, *De la culpa in contrahendo. Œuvres choisies*, t. II, trad. Meulenaere, 1893.

⁹⁹⁹ §269 BGB intitulé « *Leistungsort* » : « (1) Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. (2) Ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetrieb des Schuldners entstanden, so tritt, wenn der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hatte, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes. (3) Aus dem Umstand allein, dass der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, ist nicht zu entnehmen, dass der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll ».

¹⁰⁰⁰ Cass. soc., 16 oct. 1985, n° 83-42.708, *Bull.* 1985, n° 458, p. 330.

litigieuse doit être exécutée en France. La Cour ne se préoccupe pas du conflit de lois et détermine directement la localisation de l'obligation en analysant les éléments constitutifs de l'espèce. Puisque la demande porte sur l'inexécution de la promesse dont l'objet concerne un travail réalisé en France, l'obligation alléguée ne peut qu'être localisée sur ce territoire. Cette solution présente un avantage indéniable de simplicité, en évacuant la difficulté du conflit de lois. Cependant, elle étend encore davantage le pouvoir d'interprétation du juge, qui s'exprime assez largement dans la phase d'identification de l'obligation litigieuse¹⁰⁰¹, réalisée en amont.

572. C'est pourtant la méthode qui semble prédominer dans le traitement des contentieux de nature précontractuelle, notamment lorsque le litige concerne les négociations conduites autour d'un avant-contrat. Dans l'affaire *Matussièrre*, la Chambre commerciale¹⁰⁰² se contente en effet de censurer la décision d'appel qui a déterminé la compétence du juge en localisant l'obligation à laquelle l'auteur de la rupture s'était engagé par la voie d'un protocole de négociation. A ce titre, elle rappelle que cette localisation doit s'opérer au niveau de l'obligation servant de base à la demande. La Cour de cassation ne s'inquiète nullement de l'absence de raisonnement conflictualiste des juges du fond, alors que la jurisprudence *Tessili* impose que soit rappelé le recours à l'interrogation de la loi applicable dans l'opération de localisation. Ce qui semble inciter la Cour d'appel de renvoi à s'affranchir de l'orthodoxie de la méthode fondée par la jurisprudence communautaire et procéder à une localisation en fait¹⁰⁰³.

573. Ce raisonnement ne surprend pas puisque la Cour d'appel de Chambéry¹⁰⁰⁴ avait déjà un an auparavant adopté une analyse similaire. L'affaire intéressait la rupture de pourparlers organisés par la conclusion d'un avant-contrat dénommé « *heads of agreement* ». La Cour d'appel avait retenu, de façon critiquable¹⁰⁰⁵, que cet accord pouvait être qualifié de promesse d'achat sous condition et ainsi que l'obligation litigieuse était celle d'acquérir les biens. Elle s'était ensuite fondée sur le fait que la réalisation de la promesse nécessitait la passation d'actes en France pour localiser une telle obligation dans cet Etat. Il est une fois de plus notable que les juges du fond ne s'étaient guère embarrassés de la délicate question de la loi applicable à l'obligation litigieuse pour opérer sa localisation. Cependant, le rapport entre la France et l'obligation concernée ne semble pas établi. En effet, si l'acquisition de biens immobiliers situés sur le territoire français réclame une publication sur des registres français, de même que l'acquiescement de certains droits imposés par la loi française, aucune disposition n'exige que le contrat de vente soit conclu en France. Donc, l'obligation litigieuse d'acquérir les biens en France ne devait pas s'exécuter sur ce territoire. L'intervention de la loi de cet Etat se justifie par la situation d'actifs immobiliers sur son territoire, sans que le lieu de formation de la vente ne puisse s'ingérer dans son application. Le raisonnement de la Cour

¹⁰⁰¹ V. notamment *supra*, nos 553 et s.

¹⁰⁰² Cass. com., 5 oct. 1999, *Matussièrre et autres c/Société Werk Waldhof Aschaffenburg Graphische Papiere (PWA) GmbH*, *op. cit.*

¹⁰⁰³ V. en ce sens, A. HUET, *JDI* 2001, 1, pp. 133 à 137, spéc. p. 136-137.

¹⁰⁰⁴ CA Chambéry, 23 févr. 1998, *JCP E* 1998, n° 37, p. 1378.

¹⁰⁰⁵ V. *supra*, nos 553 et s.

d'appel ne semble donc pas fondé. Certes, il est possible de considérer, avec le Professeur Huet, que les juges du fond se sont inspirés de l'analyse retenue par la jurisprudence dans le traitement des contentieux relatifs aux lettres de confort¹⁰⁰⁶.

b. L'inspiration des lettres de confort

574. La Cour de cassation a adopté dès 1992¹⁰⁰⁷ une solution applicable aux lettres de confort qui s'apparente à une règle matérielle. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt, la société-mère hollandaise de filiales établies en France avait accepté de rédiger une lettre de confort à l'intention de leurs créanciers, une banque française. Par cette lettre, elle s'engageait à réaliser tous les efforts possibles pour que ses filiales disposent d'une trésorerie suffisante pour leur permettre de remplir leurs obligations envers les organismes de prêt. Les filiales étant placées par la suite en règlement judiciaire, les banques exigèrent de la société-mère qu'elle honore l'engagement souscrit dans la lettre de confort. Devant son refus, elles l'assignèrent en paiement de dommages-intérêts devant les juridictions françaises. En réponse, la société-mère contesta leur compétence au motif que l'obligation servant de base à la demande devait être localisée aux Pays-Bas. Dans sa démonstration, elle faisait valoir que l'exécution de l'obligation de mettre en œuvre tous les moyens possibles pour que les filiales disposent des fonds nécessaires à la satisfaction de leurs créances ne pouvait résulter que de décisions prises aux Pays-Bas par les organes dirigeants de la société, puisque seuls les auteurs de la lettre d'intention avaient compétence pour décider de la nature et de l'intensité des efforts nécessaires au but poursuivi. La Cour de cassation, rejetant le pourvoi, a considéré que « les efforts promis par [la société-mère aux créanciers] devaient se traduire par des actes matériels ou juridiques intervenant en France ».

575. Ainsi, la Haute juridiction n'a pas été sensible à l'interprétation pourtant pertinente de l'auteur de la lettre de confort qui proposait de considérer que le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse correspondait au lieu où sont effectivement prises les décisions de mise en œuvre de l'obligation souscrite dans l'engagement. La Cour de cassation lui a préféré le lieu où se manifestent les efforts accomplis. Ce n'est donc pas le lieu d'exécution de l'obligation qui est considéré, mais le lieu de son expression. Cette solution, qui avait déjà été

¹⁰⁰⁶ A. HUET, *JDI*, 1999, pp. 188 et s., spéc. p.191.

¹⁰⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1992, *D.* 1993, somm. p. 61, obs. M. VASSEUR; *RCDIP* 1993, p. 692, A. SINAY-CYTERMANN.

retenue par la juridiction d'appel¹⁰⁰⁸, a désormais été entérinée par la jurisprudence postérieure¹⁰⁰⁹, qui reste constante sur ce point.

576. Si l'on rapproche cette décision de celle adoptée par la Cour d'appel de Chambéry¹⁰¹⁰ dans l'arrêt précité, il apparaît contestable d'étendre ce raisonnement à l'ensemble du contentieux précontractuel. En effet, transposée à la promesse d'achat, la jurisprudence retenue en matière de lettre de confort conduit au raisonnement suivant : si la décision d'honorer la promesse est bien prise au siège du promettant, c'est le lieu d'expression de la promesse qui doit être retenu. Ce lieu est fixé au territoire sur lequel sont situés les biens immobiliers, objets de la promesse d'achat. Or, pour les raisons déjà évoquées, il ne peut être déduit de la simple localisation en France des biens immobiliers que la promesse devait s'exécuter sur ce territoire. Les solutions retenues en matière de *culpa in contrahendo* contractuelle restent ainsi contestables et appellent à l'émergence de nouvelles réponses.

2. LES SOLUTIONS PROPOSEES

577. La singularité du contentieux précontractuel exige pour son traitement une solution générale d'identification de l'obligation litigieuse pour laquelle une transposition du raisonnement retenu en matière délictuelle peut être pertinente (a), mais aussi une solution spécifique à l'impossible localisation de l'obligation principale des négociations précontractuelles, l'obligation de négocier de bonne foi (b).

a. Une transposition du raisonnement retenu en matière délictuelle

578. Le raisonnement proposé par l'arrêt de la Cour de cassation en matière de lettres de confort suscite une analyse intéressante de l'interprétation de l'article 5-1. En effet, il est possible d'envisager, à l'instar du Professeur Sinay-Cytermann, une transposition de la mise en œuvre de l'article 5-3 applicable à la matière délictuelle, à l'article 5-1. L'article 5-3 désigne la juridiction sur le territoire de laquelle le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. La jurisprudence communautaire est venue préciser que ce lieu s'entend aussi bien du lieu du fait générateur que du lieu du dommage. Ces juridictions disposent d'une compétence ne permettant pas de les départager. Il appartient alors au choix discrétionnaire du

¹⁰⁰⁸ CA Paris, 25 avr. 1979, *JDI* 1980, p. 352, obs. D. HOLLEAUX; *Rev. Banque*, 1979, p. 979, obs. L. M. MARTIN : Une société de droit allemand s'était engagée auprès d'une banque française à faire tout son possible pour qu'une société française dispose de la trésorerie suffisante pour remplir les engagements qu'elle avait souscrits envers la banque. La société mère contestait l'incompétence des juridictions françaises. Mais elle fondait son raisonnement sur l'article 2 de la Convention de Bruxelles, contrairement au pourvoi de l'arrêt du 3 mars 1992 (v. note précédente) qui reposait sur l'article 5-1. La Cour d'appel de Paris, écartant la contestation, accueillit la compétence des juridictions françaises sur le fondement de l'article 5 de la Convention de Bruxelles, en identifiant en France le lieu d'exécution de l'obligation, où étaient situés les sièges de la société française et de sa banque, bénéficiaire de la lettre de confort.

¹⁰⁰⁹ Cass. com., 30 janv. 2001, n° 208, *ING Bank NV Paris c/Mantel Holland Beheer BV*, *Bull. Joly* 01 mai 2001, n° 5, p. 516, note M. MENJUCQ.

¹⁰¹⁰ CA Chambéry, 23 févr. 1998, précité.

demandeur d'élire le juge compétent entre la juridiction du lieu du fait générateur et celle du lieu du dommage. Un tel raisonnement pourrait permettre de réunir les raisonnements adoptés en matière de lettres de confort, dans le cadre de l'application de l'article 5-1 en matière contractuelle. Il a en effet été proposé de retenir le lieu de la prise de décision effective qui faisait défaut¹⁰¹¹, alors qu'était opposé celui où s'expriment les efforts promis¹⁰¹². Plutôt que de trancher entre ces deux argumentations toutes aussi convaincantes, la transposition du raisonnement de l'article 5-3 permettrait de les conserver et de conférer une compétence à ces deux juridictions. Le juge du lieu de manifestation des efforts promis conserverait sa compétence, alors que celui de la prise de décision litigieuse en gagnerait une nouvelle. Une telle solution permettrait de ne pas retenir de manière arbitraire un for compétent au détriment de l'autre, mais d'ouvrir, au demandeur, une nouvelle option de compétence.

579. Cependant, cette option de compétence supplémentaire ne semble pas répondre aux objectifs visés par les rédacteurs du Règlement Bruxelles I. L'article 5-1 cherche à ouvrir une compétence en faveur d'un for présentant un lien effectif avec le litige, et non à favoriser la victime¹⁰¹³. Pour pallier cet écueil, il peut être fait appel au principe de proximité pour écarter le lieu qui présente le lien le moins étroit avec le litige et départager les fors désignés par l'article 5-1. Ainsi, seraient dans un premier temps déclarés compétents tant le juge du lieu de la prise de décision litigieuse que celui où les efforts s'expriment. Puis, dans un second temps, sera écarté le for dont la localisation reste moins étroitement liée avec la situation en cause. Cette utilisation négative du principe de proximité¹⁰¹⁴ n'étonnera pas puisqu'il a longtemps permis de régler la question de la loi applicable en matière de *culpa in contrahendo* délictuelle¹⁰¹⁵. Avant la mise en œuvre du Règlement Rome II, la jurisprudence française reconnaissait une vocation identique à la loi du lieu du fait générateur du préjudice ainsi qu'à celle du lieu du dommage¹⁰¹⁶. L'application négative du principe de proximité permettait d'élire entre ces lois celles qui, des deux, présentait un lien plus étroit avec le litige. Puisque l'article du Règlement Rome II, en choisissant de renvoyer à la loi du contrat le contentieux précontractuel de nature délictuelle, a dressé un pont entre les matières contractuelle et délictuelle dans le traitement des conflits de lois, rien ne semble contrarier une extension de l'infrastructure pour relier le règlement de la question du conflit de juridictions. Ainsi, un

¹⁰¹¹ V. les arguments avancés par le pourvoi à l'occasion de l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1992, *op. cit.*

¹⁰¹² Selon la position de la Cour de cassation, Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1992, précité.

¹⁰¹³ CJCE, 11 janv. 1990, *Dumez France E.A. c/Hessische Landesbank E.A.*, Aff. C-220/88, Rec. I. 49, concl. M. DARMON; *RCDIP* 1990, p. 363, note H. GAUDEMET-TALLON; *JDI* 1990, p. 497, obs. A. HUET, l'arrêt qui relève l'« existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et des juridictions autres que celles de l'Etat du domicile du défendeur qui justifie une attribution de compétence à ces juridictions pour des raisons de bonne administration de la justice et d'organisation utile du procès ».

¹⁰¹⁴ V. la définition du principe de proximité retenue par P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain » (Cours général) *R.C.D.A.I.*, 1986, p. 29 : « Un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

¹⁰¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999, *Mobil North Sea*, *Bull. civ. I*, n° 153; *D.* 1999, p. 295, obs. B. AUDIT; *JCP* 1999, II, 10183, note H. MUIR WATT; *ibid.* 2000, I, 197, n° 1, obs. G. VINEY; *RCDIP* 2000, p. 199, note BISCHOFF; *JDI* 1999, p. 1048, note G. LEGIER; V. dans le même sens : Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, n° 05-10.480, *Bull. civ. I*, n° 132, *RCDIP* 2007, p. 405, note D. BUREAU; Et plus récemment : Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, n° 09-65.906, inédit.

¹⁰¹⁶ V. infra nos 790 et s.

raisonnement homogène pourrait être poursuivi pour déterminer le for du contrat et le for du délit. La compétence du for serait justifiée par son lien effectif avec le litige, répondant aux objectifs du droit communautaire¹⁰¹⁷. Reste toutefois à relever que l'appréciation des liens étroits avec le litige risque de se révéler difficile à réaliser dans certaines espèces.

580. Appliquée à l'affaire *Péchiney v. UCM*¹⁰¹⁸, cette solution permettrait d'ouvrir une compétence au juge du lieu où l'obligation litigieuse aurait dû s'exécuter, l'Etat dans lequel les décisions à l'origine du manquement ont été prises, la Grande-Bretagne¹⁰¹⁹. C'est dans cet Etat en effet qu'est établi le siège de la société à l'origine de la rupture de la promesse d'achat. Il est donc envisageable que ce soit à cet endroit qu'ait été décrété le retrait des discussions. Mais serait également compétent le juge du lieu où s'exprime de manière effective la décision litigieuse, la France, Etat dans lequel sont situés les biens immobiliers qui auraient dû faire l'objet d'une cession en l'absence d'échec des négociations. Si les tractations n'avaient pas été avortées, la vente d'immeubles en France aurait été réalisée. Il aurait, par la suite, fallu trancher entre ces deux juridictions pour n'en élire qu'une seule parmi elles. Par le biais d'une application négative du principe de proximité, aurait été exclue la juridiction présentant le moins de liens avec la situation litigieuse. Dans cette affaire, aurait certainement été retenue la compétence des juridictions britanniques. En effet, l'arrêt retient que les négociations se sont déroulées exclusivement ou principalement en Grande-Bretagne, lieu où les décisions à l'origine du manquement ont été prises, alors que le seul lien pertinent avec la France est l'existence sur ce territoire de l'objet de la promesse d'achat. Finalement, une telle solution aurait permis d'établir la compétence juridictionnelle de façon bien plus justifiée.

581. Enfin, l'étude de la jurisprudence constante en matière de lettres de confort marque de nouveau les limites de la jurisprudence *Tessili*. En effet, il est notable que quel que soit le degré de juridiction interrogée sur la question de la compétence, aucune n'a montré un quelconque intérêt pour la recherche de la loi applicable à l'obligation litigieuse. Bien au contraire, toutes se sont orientées vers une localisation en fait. Il ne faudrait pourtant pas conclure trop hâtivement à l'annihilation de la méthode conflictualiste en matière de *culpa in contrahendo* contractuelle. La position de la Cour de cassation alterne entre mutisme et rappel à l'ordre par la sanction régulière des juges du fond qui s'affranchissent du passage obligatoire à la recherche de loi applicable. Ce retour à la rigueur s'illustre notamment dans un arrêt du 27 juin 2000¹⁰²⁰. Les juges du fond étaient conviés à s'interroger sur la compétence du juge français pour prononcer la nullité d'un prêt consenti par un organisme belge. Pour accueillir sa compétence, la Cour d'appel avait retenu que « quelle que soit la loi applicable, française ou belge, à l'obligation de mise à disposition des fonds, il était établi que la banque avait mis effectivement les fonds prêtés à la disposition [du demandeur] à Paris ».

¹⁰¹⁷ CJCE, 11 janv. 1990, *Dumez France*, précité.

¹⁰¹⁸ CA Chambéry, 23 févr. 1998, *Sté Péchiney Electrometallurgie (PEM) c/Sté Universal Ceramic Materials PLC (UCM)*; *JDI* 1999, p. 188, note A. HUET; *D.* 1999, p. 292, note B. AUDIT.

¹⁰¹⁹ Favorable à la compétence des juridictions britanniques dans cette affaire : A. HUET, note sous CA Chambéry, 23 févr. 1998, *JDI* 1999, p. 188.

¹⁰²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 2000, n° 98-15.979; *RCDIP* 2001, p. 148, note M.-E. ANCEL.

Ce qui a entraîné la cassation de l'arrêt, et la Haute juridiction de rappeler que le lieu d'exécution de l'obligation doit être déterminé en fonction de la loi applicable.

b. La localisation de l'obligation de négociier de bonne foi

582. En matière de responsabilité précontractuelle, la jurisprudence n'a donc pas fermement tranché entre une application rigoureuse de la méthode *Tessili* et une localisation en fait. Pourtant, cette seconde voie semble bien plus opportune. Elle permet à la fois au juge de statuer directement sur sa compétence sans s'intéresser à un quelconque conflit de lois, mais aussi de retenir une localisation présentant une proximité plus importante avec le litige. Il perdure un risque, inévitablement, que la juridiction saisie profite de ce large pouvoir d'appréciation pour retenir sa compétence plus fréquemment que lorsqu'elle laissait la détermination de ce lieu à la lecture de la loi applicable. Mais l'abandon régulier du traitement du conflit de lois par la jurisprudence milite en faveur de l'adoption d'une règle générale de localisation en fait. Il faut cependant retenir qu'une telle disposition ne permettra pas de répondre à toutes les difficultés naissant dans le cadre de la *culpa in contrahendo* contractuelle.

583. L'engagement de la responsabilité précontractuelle résulte fréquemment de la violation d'une obligation de nature contractuelle issue d'un avant-contrat. Or, si les parties peuvent directement s'engager à contracter, il est également possible qu'elles cantonnent leur obligation à une simple négociation de bonne foi, sans engagement de conclure le contrat principal. Comment, dès lors, localiser l'obligation d'adopter un comportement de bonne foi ? Par définition, une telle obligation s'exprime en tout lieu et ne peut être circonscrite à une position spécifique. Cette difficulté a rendu perplexe la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Tacconi*¹⁰²¹. En effet, il était reproché à une société établie en Allemagne son comportement de mauvaise foi en rompant brutalement et sans motif les négociations précontractuelles entreprises avec un tiers. Sur la question de la nature de la responsabilité engagée lors de la rupture des pourparlers, le Professeur Rémy-Corlay avait retenu avec justesse que le refus de la qualification contractuelle se justifiait moins par l'absence de contrat que par la délicate mise en œuvre de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles suscitée par l'accueil d'une telle qualification¹⁰²². Pour résoudre le conflit de juridictions, il aurait fallu localiser l'obligation de négociier de bonne foi, tâche impossible à réaliser.

A ce titre, cet auteur avait proposé de ne pas exclure la qualification contractuelle et de reconnaître que cette obligation ne pouvait recevoir de localisation, à l'instar des obligations de ne pas faire. En effet, à l'occasion de l'affaire *Besix*¹⁰²³, la jurisprudence communautaire a

¹⁰²¹ CJCE, 17 sept. 2002, C-334/00.

¹⁰²² P. RÉMY-CORLAY, *RCDIP* 2003, p. 668.

¹⁰²³ CJCE, 19 févr. 2002, *Besix SA c/ Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) et Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & KG (Plafog)*, L. IDOT, *Europe* 2002, p. 24; M. DE CRISTOFARO, « Obbligazioni di non fare a proiezione geografica illimitata e forum destinatae solutionis », *Il Corriere giuridico* 2002, p. 114; J. VERLINDEN, *The Columbia Journal of European Law* 2002, p. 493; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP* 2002, p. 588; L. CARBALLO PIÑEIRO, « Obligación de no hacer y

reconnu la nature contractuelle de l'obligation de non-concurrence. Cependant, la Cour de justice des Communautés européennes a précisé qu'une telle obligation « consiste en un engagement de ne pas faire qui ne comporte aucune limitation géographique et se caractérise, dès lors, par une multiplicité des endroits où elle a été ou devait être exécutée ». L'article 5-1 a ainsi été tout simplement écarté au profit du critère général de compétence prévu à l'article 2 de la Convention de Bruxelles qui désigne le juge du domicile du défendeur. Transposée à la responsabilité précontractuelle, cette solution permettrait de désigner le juge compétent lorsque l'obligation de nature contractuelle consiste à négocier de bonne foi.

584. Sur ce point, il est regrettable de relever que la jurisprudence a finalement contourné la difficulté sans jamais se confronter à l'embarrassante localisation de l'obligation de négocier de bonne foi. En effet, l'affaire *Tacconi* s'est soldée par l'adoption d'une qualification délictuelle de la rupture des pourparlers informels, écartant ainsi la compétence de l'article 5-1. Plus intéressant, l'arrêt *Péchiney v. UCM* de la Cour d'appel de Chambéry¹⁰²⁴ s'est intéressé à un échec des négociations encadrées par un accord qui prévoyait des cas de rupture restreints. Ainsi, les parties s'étaient engagées à ne se retirer des négociations que pour certains motifs de bonne foi prédéterminés. En refusant de poursuivre le projet de contrat, pour des motifs non prévus par l'accord précontractuel, l'auteur de la rupture avait bien violé une obligation contractuelle de ne pas se retirer des négociations pour une raison non visée par l'avant-contrat. Or, cette obligation constituait une obligation de ne pas faire. Il appartenait ainsi à la Cour d'appel de localiser une obligation de ne pas faire qui aurait certainement appelé la mise en œuvre de la jurisprudence *Besix*. La Cour d'appel a esquivé cette difficulté en retenant, de façon contestable, l'existence d'une promesse d'achat¹⁰²⁵.

585. Par conséquent, il est possible de féliciter la jurisprudence d'avoir cherché à appliquer l'option de compétence ouverte par l'article 5 du Règlement Bruxelles I. L'application de la solution de l'arrêt *Besix* aurait en effet conduit à limiter la mise en œuvre du Règlement à l'article 2 et la compétence du tribunal du défendeur. Le demandeur se serait vu privé de choix. Cependant, il est notable que la jurisprudence n'a pas poursuivi son raisonnement dans son intégralité. Il aurait fallu déterminer une localisation de l'obligation contractuelle de négocier de bonne foi et de ne pas rompre abusivement les pourparlers. Pour ce faire, une transposition du raisonnement retenu en matière de délit pourrait être pertinente. Elle conduit à localiser l'obligation qui sert de base à la demande au lieu où la décision de rupture a été prise ou s'est exprimée¹⁰²⁶. Ainsi, dans l'affaire *Péchiney v. UCM*, l'obligation de ne pas rompre les négociations en dehors des cas expressément visés pourrait être localisée au lieu où la décision de retrait des pourparlers pour une raison tierce a été prise, soit en Grande-

competencia judicial internacional », *La ley* 2002, p. 1890; Du même auteur, *Revista española de Derecho Internacional* 2002, p. 856; P. FRANZINA, « Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento (CE) n. 44/2001 », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2002, p. 391; P. LOMBARDI, « Brevi note sulla più recente giurisprudenza comunitaria relativa alla Convenzione di Bruxelles del 1968: il caso *Besix*, Contratto e impresa », *Europa* 2002, p. 640.

¹⁰²⁴ CA Chambéry, 23 févr. 1998, précité.

¹⁰²⁵ V. *supra*, nos 553 et s.

¹⁰²⁶ V. *supra* nos 579 et s.

Bretagne, Etat du siège de l'auteur de la rupture, ou au lieu où s'exprime cette décision, la France, Etat dans lequel devait se réaliser l'objet du contrat négocié. Une telle solution permettrait ainsi de résoudre l'un des contentieux majeurs en matière de responsabilité précontractuelle, le manquement à l'obligation de négocier de bonne foi.

Si les difficultés de localisation restent étendues en matière de contentieux précontractuel de nature contractuelle, il est regrettable de constater qu'elles ne s'estompent pas lorsque ces litiges revêtent une qualification délictuelle.

SECTION 2. JUGE COMPETENT ET *CULPA IN CONTRAHENDO* DELICTUELLE

586. La nature délictuelle de l'action née du contentieux des négociations précontractuelles ne fait pas perdre aux juridictions de l'Etat du domicile du défendeur leur compétence générale¹⁰²⁷. Cependant, dans cette hypothèse l'article 5-3 du Règlement Bruxelles I offre au demandeur une possibilité de saisine supplémentaire en faveur des juridictions du lieu du fait dommageable. Cette prérogative renferme en fait une double faculté pour le demandeur. Le lieu du fait dommageable peut effectivement s'entendre du lieu de réalisation du dommage comme du lieu de commission du fait générateur, conférant ainsi une véritable option de compétence (§1). Cette alternative ne facilite pas la détermination de la compétence juridictionnelle puisque les difficultés de localisation du fait dommageable apparaîtront doublées (§2).

§1. L'OPTION DE COMPETENCE

587. La jurisprudence est intervenue pour apporter des précisions indispensables à la compréhension des dispositions du Règlement Bruxelles I. L'appréhension générale de l'option de compétence (A) permettra d'apprécier sa mise en œuvre contestée dans le cadre de la *culpa in contrahendo* délictuelle (B).

A. DEFINITION DE L'OPTION DE COMPETENCE

588. Pour concevoir cette option de compétence, il est nécessaire de comprendre à la fois la signification de fait générateur (1) et de la dualité de compétence (2).

¹⁰²⁷ Art. 2 Règlement Bruxelles I.

1. LA DEFINITION DU FAIT DOMMAGEABLE

589. Dans le cadre d'un contentieux né des pourparlers, le demandeur bénéficie d'une option de compétence à travers l'application de l'article 5-3 du Règlement Bruxelles I. Ce texte dispose qu'« une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». Cette dernière précision résulte des modifications apportées par la transformation de la Convention de Bruxelles en règlement communautaire. Le texte original se limitait au « tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ». L'apport de cet ajout intéresse les cas où serait nécessaire l'adoption de « mesures destinées à prévenir un acte délictuel imminent »¹⁰²⁸. En matière de responsabilité précontractuelle, aucune hypothèse ne pourrait justifier la prise de telles mesures de prévention. En effet, si l'on raisonne sur l'un des exemples les plus fréquents de *culpa in contrahendo* délictuelle qu'est le refus de contracter, qu'il s'exprime à travers une rupture des pourparlers ou un refus de vente, il apparaît que le dommage auquel il conduit se manifeste directement. Bien qu'il soit envisageable que d'autres préjudices puissent en découler, il existe un dommage principal qui intervient dès la commission du fait générateur de responsabilité. Le refus de contracter entraîne instantanément la disparition du projet envisagé, créant au moins un préjudice immédiat, la déception de l'échec de la phase précontractuelle, qui se double de dommages économiques.

590. Le Règlement Bruxelles I, comme la Convention de Bruxelles ou de Lugano, ouvre compétence à la juridiction du lieu du fait dommageable. L'ambiguïté de la formule conduit à une interrogation sur sa signification.

L'hésitation porte, tout d'abord, sur la désignation, à travers ce terme, du lieu de commission du fait générateur de responsabilité ou de survenance du dommage. En effet, il est possible que l'élément déclencheur du préjudice se réalise dans un Etat alors que ses effets dommageables sont ressentis dans un autre. Se pose ensuite la question de la localisation du dommage, lorsque le préjudice est ressenti dans plusieurs Etats. Dans les deux cas, le délit est alors dit « complexe » puisqu'il engendre une dissociation entre les lieux de survenance du fait générateur et du dommage. L'hypothèse la plus caractéristique se présente sous la forme des délits de pollution transfrontière, lorsque le déversement de produits polluants dans un Etat entraîne des répercussions dans un ou plusieurs autres Etats.

591. L'affaire *Mines de Potasse d'Alsace*¹⁰²⁹ a été ainsi l'occasion pour la Cour de justice des Communautés européennes de s'intéresser au traitement des délits complexes. En

¹⁰²⁸ CA Orléans, 6 mai 2003, *RCDIP* 2004, p. 139, note H. GAUDEMET-TALLON; *JDI* 2004, p. 193, obs. A. HUET; Comp. Cass. com., 20 mars 2007, n° 04-19.679, *Bull. civ.* IV, n° 91; *JCP* 2007, II, 10088, note M.-E. ANCEL; *RCDIP* 2008, p. 322, note E. TREPPOZ.

¹⁰²⁹ CJCE, 30 nov. 1976, *Handelskwekerij Bier c/Mines de potasse d'Alsace*, *Aff.* 21/76, Rec. 1735, concl. F. CAPOTORTI; *RCDIP* 1977, p. 563, note P. BOUREL; *JDI* 1977, p. 728, obs. A. HUET; *D.* 1977, p. 613, note G. A. L. DROZ.

l'espèce, l'écoulement de solutions polluantes, constituant l'évènement causal, avait été réalisé en France, alors que les dommages en résultant étaient subis aux Pays-Bas. Avait été soulevée la question de la compétence juridictionnelle par application de l'article 5-3 de la Convention de Bruxelles. Si la notion de fait dommageable désignait le lieu de commission du fait à l'origine du préjudice, alors le juge français était désigné compétent. Si, au contraire, ce terme s'entendait comme visant la localisation du dommage effectivement subi, alors la juridiction néerlandaise se trouvait compétente.

Dès lors, la mise en œuvre du critère de compétence spéciale conduisait à une possible adoption de cinq positions différentes¹⁰³⁰. Les deux premières consistaient à trancher radicalement en faveur d'une interprétation au détriment de l'autre : l'une retenait la compétence du lieu de l'évènement causal, l'autre, lui préférait le lieu où le dommage est effectivement subi. Une troisième considération revenait à constater l'impossibilité d'application de l'option prévue par l'article 5-3 et à renvoyer à la compétence générale de l'article 2 en faveur du juge de l'Etat du domicile du défendeur. La quatrième position d'interprétation exprimait le souci d'assurer le respect d'une certaine proximité entre le for et le litige qui justifiait sa saisine : la disqualification de l'une des juridictions désignées dépendait de son éloignement des éléments de faits constituant le contentieux¹⁰³¹. Était retenue, la compétence du for présentant le nombre le plus important de rattachements avec le litige. Enfin, la cinquième position consistait à retenir la compétence des deux juridictions.

592. Interrogée sur ce point, la Cour de justice des Communautés européennes a emprunté la voie proposée par la cinquième et dernière proposition. Elle a alors déclaré que l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit » « vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'évènement causal [et qu'] il en résulte que le défendeur peut être attiré, au choix du demandeur, devant le tribunal soit du lieu où le dommage est survenu, soit du lieu de l'évènement causal qui est à l'origine de ce dommage ». La position de la Cour apporte deux éléments importants.

Tout d'abord, elle ouvre une éventualité de compétence aux juridictions du lieu du fait générateur et à celles du dommage, en les plaçant sur un pied d'égalité. Cette orientation de la jurisprudence permet une accession à un juge assurant une certaine proximité avec le litige en cause, répondant aux objectifs du droit communautaire. En effet, il est de bonne justice que les ressortissants de l'Union européenne puissent prévoir sans ambiguïté la juridiction compétente en cas de litige¹⁰³², cette prévisibilité constituant un gage de sécurité juridique.

Ensuite, de part cette position, les victimes d'un évènement dommageable au sein de la Communauté disposent de la possibilité de présenter leurs demandes devant une juridiction présentant une proximité géographique avec leur domicile. Or, en matière de compétence juridictionnelle, il est essentiel d'assurer une accessibilité pour qu'aucune inconvénient, telle

¹⁰³⁰ C. CHABERT, « Questions de compétence sur la rupture de pourparlers européens », *LPA*, 15 oct. 2002, n° 206, p. 16.

¹⁰³¹ Comp. en matière de conflit de lois, la solution antérieure à la mise en œuvre du Règlement Rome II, *infra*. n°s 791 et s.

¹⁰³² CJCE, arrêt *Jacob Handte*, 17 juin 1992, *Aff. C-26/91*; Comp. Préambule de la Convention de Bruxelles, point 11.

que la distance¹⁰³³, ne soit susceptible de dissuader les victimes de réclamer réparation de leur préjudice.

593. Pour satisfaire cet objectif d'accessibilité du for, il était nécessaire de ne pas trancher abstraitement entre le lieu du fait générateur et celui du dommage, puisque selon les hypothèses, la proximité avec le litige alternera en faveur de l'un ou de l'autre de ces lieux. Marquer une préférence pour l'une de ces localisations aurait conduit à désigner, à l'occasion de certains contentieux, une juridiction qui n'aurait présenté qu'un lien très lâche avec le litige. Comme l'a justement retenu le Professeur Bourel¹⁰³⁴ dans son commentaire de l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*, « la diversité des hypothèses de responsabilité rendrait, à notre avis, vaine toute recherche d'une solution unique qui privilégierait l'un ou l'autre de ces éléments et ne tiendrait pas compte de la nature du délit commis ni des circonstances particulières dans lesquelles s'est opérée la séparation entre le *locus delicti* et le *locus damni* ». Ainsi, la position de la jurisprudence communautaire ne peut qu'être saluée. La notion de fait dommageable ayant été exposée, reste à s'intéresser à la dualité de compétence.

2. LA DUALITE DE COMPETENCES

594. L'apport de l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace* ne se limite pas à la définition de la notion de « fait dommageable », mais s'étend de plus au mode d'élection du for compétent entre les deux juridictions désignées. En offrant une compétence à la fois au juge du lieu du fait générateur et au juge du dommage, la Cour de justice des Communautés européennes a précisé qu'il appartenait au demandeur de trancher. La solution de la jurisprudence communautaire n'emporte pas le même enthousiasme sur ce point. En effet, si l'on peut facilement admettre que, dans certaines hypothèses, la compétence du juge du lieu du fait générateur sera plus justifiée que celle du dommage, alors que, dans d'autres cas, l'inverse se produira, il reste que ces deux juridictions ne présenteront pas toujours de proximité identique avec le litige. Il est possible qu'une des juridictions désignées présente moins de points de contact avec le contentieux présenté devant elle.

595. Du reste, si l'on se tourne vers le conflit de lois, il apparaît que cette difficulté a déjà été envisagée. A cette occasion, la solution antérieure à l'apparition du Règlement Rome II concédait une vocation égale aux lois du lieu de l'évènement causal et du lieu du dommage, mais prévoyait une sélection entre ces deux lois par le biais de la mise en œuvre du principe de proximité de façon négative.

¹⁰³³ B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé – étude dans le domaine du conflit de lois*, thèse, Paris II, 2008, p. 23, n° 44.

¹⁰³⁴ P. BOUREL, *RCDIP* 1977, pp. 563 et s., spéc. p. 570.

C'est lors de l'arrêt *Gordon and Breach*¹⁰³⁵ du 14 janvier 1997 que la Première chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée sur la loi applicable aux délits complexes en énonçant que les lois du fait générateur et du dommage ont *a priori* une vocation égale à s'appliquer. La Cour a reconnu la compétence de la loi française pour réparer un dommage subi en France par une société du fait de la publication aux Etats-Unis d'écrits litigieux, en retenant que tant le lieu du fait générateur constitué par la diffusion des revues que celui de réalisation du dommage étaient situés en France. Cependant, contrairement à la solution adoptée en matière de conflit de juridictions, il n'a pas été prévu d'ouvrir un choix au demandeur en faveur de l'une de ces lois.

Pour les départager, la doctrine a alors émis des propositions. Sur ce point, le Professeur Bischoff¹⁰³⁶ a avancé l'hypothèse d'une application cumulative des deux lois. Cependant, une telle règle ne peut être accueillie puisque, d'une part, elle constitue la négation de l'objet de la règle de rattachement qui est de choisir entre les lois et non de les appliquer toutes, et, d'autre part, elle conduit à faire prévaloir la loi la plus restrictive. Il est également intéressant de relever la suggestion du Professeur Bourel qui a retenu une application distributive des deux lois. Ainsi, auraient été soumises à la loi du lieu du fait générateur les conditions de la responsabilité, alors que les autres éléments constitutifs auraient relevé de la loi du lieu de réalisation du dommage. Ce système suscite une critique identique, puisqu'il conduit également à un éloignement de la volonté d'unité de rattachement. En effet, en matière de loi applicable, tant pour garantir la prévisibilité de la solution que pour assurer une certaine cohérence, il est nécessaire d'adopter une loi applicable unique pour régir l'ensemble du litige et éviter la multiplication des lois intervenant dans le traitement du contentieux.

596. Les faits de l'arrêt *Gordon and Breach* n'ont pas permis de répondre à la question des modalités d'élection de la loi applicable entre les deux ordres juridiques désignés puisqu'en l'espèce, il existait une coïncidence entre le lieu de commission d'un élément du fait générateur et le lieu de réalisation du dommage. Deux années plus tard, cette interrogation a été tranchée par la jurisprudence *Mobil North Sea*¹⁰³⁷, intervenant dans le cadre de la mise en cause d'un défaut de construction d'une plateforme pétrolière située dans le secteur britannique de la mer du Nord. La Cour de cassation a retenu à cette occasion que la localisation de certains éléments du délit en dehors du Royaume-Uni, qui constituait le lieu du dommage, n'était pas déterminante. Elle a ainsi posé qu'en cas de dispersion des éléments du fait générateur entre plusieurs Etats, la localisation de certains de ces éléments dans un Etat ne suffit pas à justifier l'application de la loi de cet Etat pour réparer un dommage subi dans un autre Etat. Doit plutôt être appliquée la loi jugée présenter les liens les plus étroits avec le fait dommageable. La jurisprudence française propose, de la sorte, une utilisation négative du principe de proximité, en retenant une exception d'éloignement pour écarter l'application de la loi applicable.

¹⁰³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, *Gordon and Breach*, D. 1997, p. 177, note M. SANTA-CROCE; JCP 1997, II, 22903, note H. MUIR WATT; RCDIP 1997, p. 504, note J.-M. BISCHOFF.

¹⁰³⁶ J.-M. BISCHOFF, note précitée.

¹⁰³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999, précité.

597. Par conséquent, si l'on opère une comparaison entre la compétence juridictionnelle et le conflit de lois, il apparaît que si la première matière conduit à une multiplication des fors compétents, la seconde privilégie l'unité des solutions en élisant une seule loi applicable. Sur ce point d'ailleurs, le Règlement Rome II ne contredit pas la jurisprudence antérieure, mais simplifie au contraire le système. En effet, il tranche directement en faveur de la loi du lieu du dommage¹⁰³⁸ et prévoit que les exceptions à cette règle viendront la substituer et non ouvrir la compétence d'une loi concurrente¹⁰³⁹. Ainsi, la compétence de la loi applicable ne dépend pas de la volonté arbitraire du demandeur, contrairement à la solution retenue en matière de compétence juridictionnelle¹⁰⁴⁰.

598. Ce constat pourrait conduire à critiquer la règle de conflit de juridictions. Cependant, il ne semble pas essentiel d'harmoniser les règles de conflit de lois et de juridictions entre elles au point d'obtenir une solution unique et identique. En effet, l'enjeu poursuivi pour ces deux ensembles diffère sensiblement. Si les modalités de détermination du juge compétent s'intéressent à la garantie de l'accessibilité du for pour la victime afin de préserver une bonne administration de la justice, les règles de désignation de la loi applicable cherchent à assurer l'existence d'une proximité de l'ordre juridique élu avec le contentieux, gage de prévisibilité pour le demandeur. Ainsi, l'ouverture d'une double compétence au profit du juge du lieu de commission du fait générateur et du juge du lieu de réalisation du dommage se justifie pleinement. Il est en effet essentiel de permettre à la victime de pouvoir faire valoir son préjudice devant une juridiction accessible.

En ce qui concerne l'ouverture de cette option au libre choix du demandeur, une telle position doit recevoir approbation. Exiger la constatation de l'existence d'un lien plus étroit entre la juridiction saisie et le litige ne ferait que ralentir la procédure. D'autant plus que, grâce à l'uniformisation des règles de conflit de lois opérée par le droit communautaire à travers l'édiction des règlements Rome I et II, l'influence du choix du juge sur le dénouement du contentieux s'est considérablement amoindrie¹⁰⁴¹, puisque toutes les juridictions des Etats membres sont soumises aux mêmes règles de conflit de lois.

¹⁰³⁸ Pour la solution générale en matière de délit, v. art. 4, al. 1 : « Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où 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 » ; idem en matière de *culpa in contrahendo*, art. 12, al. 2 a) : « 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 le(s)quel(s) des conséquences indirectes de ce fait surviennent ».

¹⁰³⁹ Art. 4, al. 2 : qui pose une dérogation à la règle générale « lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique ; comp. art 12 al 2 relatif à la *culpa in contrahendo* « 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 ».

¹⁰⁴⁰ V. notamment en matière de refus de vente, Cass. civ. 1^{ère}, 8 janv. 1991, n° 89-16578; *Bull. civ.* 1991, I, n° 6, p. 4, où la Cour rappelle qu'il n'est pas nécessaire de rechercher l'existence d'un rattachement significatif dans la mise en œuvre de l'option ouverte par l'article 5-3. La compétence juridictionnelle relève du libre choix du demandeur exprimé en faveur de l'une des juridictions désignées.

¹⁰⁴¹ Avant l'édiction du Règlement Rome II conférant à la *culpa in contrahendo* une nature délictuelle, la qualification devait s'opérer *lege fori*. Or, certains ordres juridiques, à l'instar du droit allemand,

Enfin, il faut également relever que la jurisprudence communautaire est intervenue pour réduire la portée de cette option de compétence. Interrogée sur le traitement des « préjudices non patrimoniaux, notamment ceux causés à la réputation et à la considération d'une personne par une publication diffamatoire », dans un arrêt *Fiona Shevill*¹⁰⁴², la Cour de justice des Communautés européennes a posé que si le juge du lieu de commission du fait générateur jouit d'une compétence générale s'étendant à l'ensemble du délit, le juge du lieu de réalisation du dommage voit sa compétence limitée à la portion du préjudice subie sur son territoire. Ainsi, certes l'article 5-3 en matière de délit ouvre un choix au demandeur entre plusieurs juridictions, mais cette option reste réduite quant à la compétence allouée à chacune de ces juridictions. Si le juge du lieu du fait générateur est compétent pour traiter de l'ensemble du fait dommageable, le juge du lieu du dommage n'est compétent que pour la portion du préjudice subi sur son territoire.

599. Cette liberté d'élection de for, conduite par le Règlement Bruxelles I entre le juge du lieu du fait générateur et celui du dommage, ne concerne que les délits complexes, pour lesquels existe une dissociation entre le lieu de réalisation de l'évènement et la localisation du dommage subi. Pour que les litiges précontractuels de nature délictuelle puissent bénéficier de cette ouverture, il est alors nécessaire de leur reconnaître une valeur de délits complexes. Or, l'attribution de cette qualification reste loin de se présenter comme une évidence.

B. UNE OUVERTURE CONTESTEE DE L'OPTION EN MATIERE DE *CULPA IN CONTRAHENDO*

600. L'existence d'un choix du demandeur en faveur du juge du lieu de commission du fait générateur ou de celui du lieu de réalisation du dommage reste discutée dans certaines hypothèses de responsabilité précontractuelle. La difficulté est accrue car certains cas couvrent les actions les plus fréquemment rencontrées en matière de contentieux nés des pourparlers. Il est possible d'initier l'étude par l'analyse du cas spécifique du refus de vente (1), pour apprécier son extension aux hypothèses plus générales de refus de contracter (2).

retiennent une qualification contractuelle de la responsabilité précontractuelle, alors que d'autres, suivant la conception de la loi française, lui attribue une nature délictuelle. Ainsi, le système de qualification selon la conception du for conduisait, dans une même hypothèse, à l'application par le juge allemand de la règle de conflit contractuelle, recherchant la loi choisie par les parties, de manière expresse ou simplement tacite, et par le juge français de la règle de conflit délictuelle, menant à l'application de la loi du lieu du fait dommageable.

¹⁰⁴² CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill E.A. c/ Presse Alliance*, Aff. C-68/93, Rec. I. 415, concl. Ph. LEGER; D. 1996, p. 61, note G. PARLEANI; RCDIP 1996, p. 487, note P. LAGARDE; RTD eur. 1995, p. 605, note M. GARDEÑES SANTIAGO; JDI 1996, p. 543, obs. A. HUET.

1. L'ANALYSE DU REFUS DE VENTE

601. Lorsqu'une nature délictuelle se voit reconnue à l'action en responsabilité engagée à l'occasion d'un contentieux précontractuel, l'article 5-3 trouve application. L'ouverture au demandeur d'un libre choix de juridictions en cas de délit complexe justifie l'intérêt porté à la reconnaissance de l'existence d'un tel délit au cours de la phase d'avant-contrat. Or, cette qualification de délit complexe reste très contestée en la matière. A ce titre, l'hypothèse du refus de vente s'est présentée comme un terrain favorable aux confrontations de qualifications.

Jusqu'en 1996 et le vote de la loi Galland, était considéré comme une action délictueuse, le fait de refuser la vente d'un produit¹⁰⁴³. Ce principe ne fléchissait que lorsque ladite vente était régie par un texte de loi spécial, si la demande était anormale, si l'acheteur était de mauvaise foi ou encore si le produit en question était tout simplement devenu indisponible. Par conséquent, le principe d'interdiction de refus de vente, sous réserve des exceptions énoncées, a longtemps prévalu dans les relations entre professionnels. Aujourd'hui, le principe a tendance à s'inverser. Le droit positif français s'oriente davantage en faveur de la liberté du refus de vente, même si le refus de vente a conservé son statut d'abus et se voit toujours sanctionner, comme le rappelle l'article L. 420-2 modifié par la loi du 15 mai 2001¹⁰⁴⁴. Il doit être également relevé que cette protection ne reste pas circonscrite aux relations entre professionnels¹⁰⁴⁵, même si l'étude des relations entretenues avec les consommateurs est exclue de la présente thèse.

Ainsi, le fait de refuser la vente d'un produit de manière injustifiée est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur et de le conduire à réparer le dommage qui en découle. Lorsque le refus s'inscrit dans un contexte international, il est nécessaire de déterminer la juridiction compétente pour connaître d'un tel contentieux. Sur ce point, la jurisprudence s'est

¹⁰⁴³ V. notamment les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et du décret du 29 décembre 1986; Comp. en droit belge, la loi du 12 avril 1994 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, pour une présentation de cette loi, v. la Chronique de droit civil belge, L. INGBER, M.-F. DUBUFFET, A. RENARD, *RTD Civ.* 1996, p. 739.

¹⁰⁴⁴ Ainsi, « est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6. »

¹⁰⁴⁵ Dans son article L. 122-1 modifié par la loi du 11 décembre 2001, le Code de la consommation précise que : « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit. Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113- 2. Pour les établissements de crédit et les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier, les règles relatives aux ventes subordonnées sont fixées par le 1 du I de l'article L. 312-1-2 du même Code. »

déjà prononcée en faveur de la qualification délictuelle de cette action et a reconnu l'applicabilité de l'article 5-3 du Règlement Bruxelles I, lorsque les conditions d'application du texte communautaire sont réunies¹⁰⁴⁶. Cette disposition nécessite ainsi que les conséquences dommageables aient pour origine l'existence d'un fait. Mais cet article considère l'hypothèse d'un fait matériel, alors que le refus de vente présente une valeur plus intellectuelle. En effet, pour qu'un tel contentieux puisse être reconnu, il est nécessaire que le refus de vente soit injustifié. A défaut, il s'agit uniquement d'une expression de la liberté contractuelle¹⁰⁴⁷. C'est de la dénégation injustifiée, même exprimée par silence, qu'émane le dommage subi par la victime. Or, comme l'a justement relevé Jean-Bernard Bosquet-Denis, « le fait se saisit, à l'instant même où il se produit et ne peut être utilement apprécié que par une règle d'unité de temps et de lieu »¹⁰⁴⁸.

602. En matière de refus de vente, il ne semble pas exister de fait générateur conforme aux exigences de l'article 5-3. Ainsi, la compétence optionnelle reposerait uniquement sur l'allégation d'un dommage par la victime, alors que l'existence d'un tel préjudice reste délicate à démontrer. Retenir la compétence du juge du fait dommageable, alors que le dommage simplement allégué par la victime n'a pas encore été démontré, revient pour certains à préjuger de la recevabilité de l'action¹⁰⁴⁹. Cette difficulté ne s'étend pas aux autres hypothèses de nature précontractuelle. En effet, la rupture des pourparlers est bien constituée par un fait positif à l'origine du dommage qui réside dans la décision d'abandon des négociations. Pourtant, une telle position ne surprend pas puisqu'elle consiste à étendre au refus de vente le raisonnement adopté en matière de revendication de l'existence d'un contrat. En effet, en vertu de la jurisprudence *Effer*, le for du contrat se voit attribuer compétence pour apprécier l'effectivité de la naissance d'un contrat entre les parties. S'il parvient à la conclusion qu'un contrat a bien été formé, le for du contrat conservera sa compétence pour statuer sur les conséquences de cette reconnaissance. Si, au contraire, il constate l'absence de relation contractuelle entre les parties, alors aucun élément fondant sa compétence ne perdurant, il devra se déclarer incompétent pour la suite du traitement du litige. Suivant un raisonnement identique, le juge du délit sera compétent pour apprécier l'existence d'un dommage résultant d'un refus de vente, de même que le for du contrat s'interrogera sur la conclusion du contrat. Dans les deux cas, l'ouverture de la compétence optionnelle trouve sa justification dans la volonté de ne pas priver le demandeur d'une option de compétence.

603. Cependant, il existe une différence conséquente entre ces deux hypothèses. Dans le cas de la jurisprudence *Effer*, le demandeur peut alléguer à tort l'existence d'un contrat pour bénéficier de la compétence du juge du contrat. Mais cette prétention présentera un faible intérêt pour lui puisque le tribunal de lieu où l'obligation servant de base à la demande risque de ne pas présenter de liens significatifs avec l'affaire¹⁰⁵⁰. Dans l'hypothèse du refus de vente,

¹⁰⁴⁶ Cass. com., 9 avril 1996, n° 94-14649, *Bull.civ.* 1996, IV, n°117, p. 99; *D.* 1997, p. 77, note E. TICHADOU.

¹⁰⁴⁷ V. nos 191 et s.

¹⁰⁴⁸ J.-B. BOSQUET-DENIS, « La localisation du refus de vente et ses conséquences sur la compétence des juridictions, particulièrement en droit communautaire », *D.* 1991 p. 21.

¹⁰⁴⁹ J.-B. BOSQUET-DENIS, *op. cit.*

¹⁰⁵⁰ Cf *supra*, nos 565 et s

l'allégation d'un dommage permet au demandeur de saisir le juge du fait dommageable qui sera souvent localisé sur le territoire où est établi le domicile du demandeur. L'ouverture de cette saisine présente un intérêt bien plus avantageux pour le demandeur. Ainsi, les enjeux diffèrent considérablement suivant le cas envisagé. Aussi, les critiques formulées quant à l'extension de l'article 5-3 au refus de vente semblent fondées. Pourtant, même si la rédaction du texte communautaire ne semble pas assimiler le refus de vente au fait générateur visé par l'article 5-3, il apparaîtrait contraire à la bonne administration de la justice de priver le demandeur d'une option de compétence. Ainsi, la solution retenue par la jurisprudence accueillant la compétence du juge du délit pour apprécier l'existence d'un refus de vente et réparer, le cas échéant, le dommage en résultant, doit recevoir approbation.

604. L'ouverture de l'article 5-3 à la responsabilité précontractuelle étant ainsi reconnue, reste à s'interroger sur la question de savoir si ces hypothèses constituent des délits complexes. S'il existe une dissociation entre le lieu de commission du fait générateur et le lieu de réalisation du dommage, alors cette qualité attribuée à ces contentieux sera susceptible de multiplier les fors compétents au profit du demandeur. En d'autres termes, la victime d'une rupture brutale et injustifiée des pourparlers précontractuels pourrait faire valoir son dommage aussi bien devant le juge sur le territoire duquel s'est produit l'évènement causal que devant celui du lieu où est ressenti le dommage qui en découle, et cela suivant son choix arbitrairement exprimé. Cette hésitation quant au caractère complexe du dommage résultant du refus de vente a été formulée à l'occasion de l'arrêt *Kléber* en date du 9 avril 1996¹⁰⁵¹. La société Galerie Kléber, qui exploitait en France deux fonds de commerce d'habillement, avait assigné la société Max Mara, ayant son siège à Paris, et la société de droit italien Manifatture del Nord devant les juridictions françaises au motif que la concession d'une franchise à un tiers avait conduit à un refus de vente à son encontre.

Pour contester la compétence du juge français, les deux défenderesses faisaient valoir qu'« en matière de refus de vente, le lieu où le dommage invoqué se produit est, dans la mesure où le préjudice subi est purement allégué, le lieu où la prétendue décision de refus de vente a été prise ». Le pourvoi opposait un refus à l'application de la jurisprudence *Mines de Potasse d'Alsace* et l'ouverture d'un choix du demandeur au profit des juridictions du lieu du fait générateur et du dommage. Le dommage restant simplement allégué, il ne pouvait permettre de localisation objective du lieu du fait dommageable. Ce dernier devait alors être déterminé en fonction de la situation du fait générateur qui était caractérisé par la prise de décision de refus de vente. Restait cependant à vérifier si une abstention pouvait être objectivement localisable¹⁰⁵².

605. Cette argumentation du pourvoi paraissait séduisante. En effet, il était difficile de déterminer la localisation d'un acte purement intellectuel, la décision de ne pas vendre. Le dommage allégué par la victime du refus de vente ne correspond pas à un préjudice matériel. Ainsi localiser le dommage subi par la victime conduit à prendre en considération un dommage simplement invoqué par la victime. Or, l'assurance de sécurité juridique doit être

¹⁰⁵¹ Cass. com., 9 avril 1996, n° 94-14649, précité.

¹⁰⁵² V. *infra*, nos 613 et s.

garantie par une localisation du dommage réel et vérifiable. Dans l'hypothèse du refus de vente, le dommage ne correspond pas à cette définition, puisque simplement allégué, il n'est pas vérifiable.

Pourtant, ces arguments n'ont pas suffi à convaincre la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi. Rappelant inlassablement la jurisprudence *Mines de Potasse d'Alsace* reconnaissant un double entendement de l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit », en faveur du lieu où le dommage est survenu et du lieu de l'événement causal, la Chambre commerciale a précisé que ce choix appartenait au demandeur qui l'exprimait de façon discrétionnaire, en relevant que l'option se réalisait « sans autre considération devant le tribunal de l'un de ces lieux » que le choix de la victime¹⁰⁵³. Cette décision contestable s'inscrit pourtant dans une lignée jurisprudentielle constante sur la question. En effet, avant l'arrêt *Kléber* de 1996, la Cour de cassation s'était déjà appuyée explicitement sur la jurisprudence communautaire pour retenir le juge du lieu du dommage¹⁰⁵⁴. Cette position a dès lors été conservée par les juges du fond¹⁰⁵⁵. Bien que le seul refus de vente soit souvent invoqué, cette solution s'étend, plus généralement, à l'ensemble du contentieux portant sur le refus de contracter¹⁰⁵⁶, voire même à la rupture des pourparlers. En effet, l'interruption des tractations précontractuelles conduit naturellement à un refus de conclure le contrat négocié.

2. L'EXTENSION AU REFUS GENERAL DE CONTRACTER

606. Cette extension a été reconnue par la Cour d'appel de Paris le 3 avril 2002¹⁰⁵⁷ lorsqu'elle fût interrogée sur la compétence des juridictions françaises pour connaître d'une action en rupture abusive des négociations entreprises en vue de l'acquisition d'un logiciel,

¹⁰⁵³ V. déjà dans ce sens, C. GAVALDA, « Le refus de vente international dans la CEE », *D.* 1991, p. 252.

¹⁰⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 8 janv. 1991, *JDI* 1992, p. 195, note A. HUET : en rappelant l'affaire *Mines de Potasse d'Alsace*, la Cour de cassation a admis une action en paiement de dommages-intérêts intentée devant une juridiction française de première instance contre une société allemande pour un refus de vente des pianos qu'elle fabriquait. Si le refus de vente était effectivement constitué au lieu où la décision avait été prise, au lieu du siège social de la société en Allemagne, le lieu du dommage qu'avait pu causer ce refus de vente était quant à lui situé en France ; Comp. décision des juges du fond qui retiennent une position similaire : CA Amiens, 2 mars 1989, *JCP* 1990, II, 21585 et la note critique de J.-B. BOSQUET-DENIS.

¹⁰⁵⁵ CA Versailles, 4 mars 1999, n° 1995-5693; Pour la même affaire, v. CA Versailles, 5 oct. 2000, n° 1995-5693B : La Cour d'appel s'est prononcée sur la compétence des juridictions françaises saisies par une société domiciliée en France sur le fondement d'une demande indemnitaire à raison d'un refus de vente prétendu et une demande en règlement d'un avoir, à l'encontre d'une autre société, établie en Allemagne. En application de la jurisprudence communautaire *Kalfélis* qui retient une appréciation stricte des matières contractuelle et délictuelle, les juges du fond ont retenu que le juge du délit statuant sur le refus de vente n'était pas compétent pour connaître de la demande en règlement d'un avoir qui présente une nature contractuelle. De plus, la Cour d'appel, retient l'existence d'une option de compétence en matière de refus de vente en reconnaissant la compétence du juge du lieu du dommage allégué, au siège de la victime ; v. aussi, plus récemment, CA Versailles, 23 sept. 2010, les juges du fond retiennent également la compétence de la juridiction de l'Etat du domicile de la victime où se localise le dommage allégué dans une affaire concernant un refus de vente exprimé par une société établie en Grande-Bretagne, à l'encontre d'une autre société située en France.

¹⁰⁵⁶ V. CA Versailles, 5 oct. 2000, n° 1995-5693B; Cass. com., 9 avril 1996, n° 94-14649, précités.

¹⁰⁵⁷ CA Paris, 3 avr. 2002, n°2001/21898, *Sté Finagro c/M.Alain-François Souchon ès qualités de liquidateur de la société R.S.I et a.*, *LPA* 15 oct. 2002, n° 206, p. 16, note C. CHABERT.

exercée par une société suisse à l'encontre d'une société établie en France. L'auteur de la rupture a contesté la compétence du juge français en faisant valoir que le fait dommageable ne pouvait être constitué que par la rédaction et l'envoi de la lettre de rupture, alors que ces faits s'étaient déroulés à son siège social en Suisse. Sur ce point, l'argument peut retenir l'attention puisque le défendeur ne faisait que reprendre la position qui avait été adoptée en France en matière de rupture des pourparlers¹⁰⁵⁸, dans la seule affaire intéressant la compétence internationale des juridictions françaises en matière d'échec fautif des négociations. La Cour d'appel de Rennes s'était en effet prononcée, dans sa décision du 29 avril 1992¹⁰⁵⁹, en faveur du tribunal dans le ressort duquel la lettre de rupture avait été reçue. Dix ans plus tard, les juges du fond ont précisé la solution en matière de rupture des pourparlers, en indiquant que « l'expression 'lieu où le fait dommageable s'est produit' s'entend aussi bien du lieu où est survenu l'événement qui est à l'origine du dommage que celui où le dommage a été subi [et] que, lorsque ces lieux ne sont pas identiques, le défendeur peut être assigné indifféremment devant le tribunal de l'un ou de l'autre ».

607. Cette décision présente un apport majeur en matière de traitement de la responsabilité précontractuelle en conduisant à une double harmonisation. D'une part, les juges du fond appliquent au contentieux résultant d'une rupture des négociations précontractuelles une solution identique à celle retenue pour sanctionner le refus de contracter, unifiant la gestion du contentieux précontractuel. D'autre part, le litige impliquant en l'espèce une partie établie en Suisse, la Convention de Lugano trouvait à s'appliquer, alors que la plupart des décisions intéressant une question de compétence en matière précontractuelle conduisaient à la mise en œuvre de la Convention de Bruxelles. Aussi, la Cour d'appel ne s'est-elle pas appuyée sur la jurisprudence communautaire *Mines de Potasse d'Alsace* pour justifier sa position, puisque cette dernière n'a pas vocation à s'appliquer aux textes extracommunautaires. Cependant, il est notable que les juges du fond se sont bien plus qu'inspirés de cette jurisprudence. Ils ont véritablement transposé cette solution à l'application de la Convention de Lugano, harmonisant l'interprétation des deux conventions.

Par conséquent, que le litige entre dans le champ de compétence de la Convention de Bruxelles ou du Règlement Bruxelles I, ou qu'il implique la mise en œuvre de la Convention de Lugano, la notion de fait dommageable sera toujours appréhendée comme désignant aussi bien le lieu de commission du fait générateur, que le lieu de réalisation du dommage. Ainsi, en l'espèce, la Cour d'appel a pu retenir la compétence du tribunal dans le ressort duquel le dommage était subi, soit en France où le progiciel dont la cession faisait l'objet des négociations aurait été exploité en cas de réussite des pourparlers.

608. Ainsi, la reconnaissance de l'option de compétence en matière précontractuelle permet d'ouvrir un choix au demandeur entre le lieu du fait générateur et celui du dommage. Encore

¹⁰⁵⁸ C. CHABERT, « Questions de compétence sur la rupture de pourparlers européens », *LPA* 15 oct. 2002, n° 206, p. 16.

¹⁰⁵⁹ CA Rennes, 29 avr. 1992, n°297/92, *SA Vedette industrie et autre c/Epoux Renault et autres*, *Bull. Joly*, 1^{er} avr. 1993, n°4, p. 463, note J.-J. DAIGRE.

faut-il pouvoir les localiser, ce qui pourra s'avérer être une tâche difficile lorsque le litige intéresse la phase de négociation.

§2. LA LOCALISATION DU FAIT DOMMAGEABLE

609. L'interprétation extensive de la lettre de la règle de conflit de juridictions ouvre au demandeur une option de compétence entre le lieu du fait générateur et celui du dommage. En matière de *culpa in contrahendo*, les lieux sont difficiles à identifier. Or, leur localisation stratégique permet au demandeur de pouvoir bénéficier d'un for plus accessible lorsque le contentieux précontractuel présente une nature délictuelle. L'enjeu est donc suffisant pour justifier que l'on s'intéresse à cette localisation. Pour cela, il est nécessaire d'identifier le lieu de commission du fait générateur (A), ainsi que le lieu de réalisation du dommage (B).

A. L'IDENTIFICATION DU LIEU DU FAIT GENERATEUR

610. La difficulté de découverte du lieu du fait générateur réside essentiellement dans l'absence de rigueur de sa définition. Ce lieu peut recevoir plusieurs compréhensions différentes, réceptionnées différemment par la jurisprudence. Il semble en effet délicat de trancher définitivement en faveur d'une des solutions puisque chacune des propositions apporte ses incohérences ou ses risques. Le constat du droit positif permettra de souligner le caractère lacunaire des solutions retenues pour identifier le lieu du fait générateur en matière de *culpa in contrahendo* délictuelle (1). Il sera ensuite procédé à un exposé des propositions envisageables pour pallier ces écueils (2).

1. LE CONSTAT ETABLI

611. Le contentieux précontractuel intéresse deux hypothèses distinctes qui peuvent chacune mener à des difficultés d'interprétation du fait dommageable. Il est en effet possible que le litige naisse du refus de conclure le contrat, voire même de poursuivre les tractations en cette vue. Il concerne ainsi l'échec même des négociations (a), alors que, dans d'autres, les discussions peuvent aboutir à la formation du projet contractuel envisagé, mais la phase des pourparlers se voit entachée d'un vice (b).

a. L'échec des négociations

612. La responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations peut être engagée aussi bien lorsque la faute résulte du refus injustifié de contracter¹⁰⁶⁰, que lorsque les modalités de rupture des pourparlers entraînent un préjudice. Pour identifier le fait générateur à l'origine du dommage dans ces deux hypothèses, plusieurs interprétations peuvent être avancées.

En effet, l'évènement causal peut être compris comme résultant de la décision de rupture des discussions ou de ne pas contracter. Ainsi, en cas d'action sur le fondement d'une demande en réparation pour rupture abusive des pourparlers, le juge du lieu du fait générateur sera le juge dans le ressort duquel la décision a été prise. Le plus souvent, cet évènement sera localisé au domicile du demandeur. C'est effectivement au siège de l'auteur de la rupture que sera le plus certainement adoptée la résolution de ne pas poursuivre la relation précontractuelle.

Mais le lieu du fait générateur peut également être entendu comme celui où s'exprime la décision de rupture des pourparlers ou de refus de contracter. En effet, la cause directe du dommage subi par le destinataire de la rupture réside non pas dans la prise de la décision d'abandon du projet contractuel, mais dans son extériorisation. En d'autres termes, si l'une des parties aux négociations prévoit simplement de ne pas poursuivre mais n'en informe pas l'autre partie, aucun préjudice n'est encore ressenti puisque cette volonté ne s'est pas encore concrétisée. La décision reste ainsi sans conséquence dès lors qu'elle n'a pas encore conduit à l'échec des pourparlers.

613. L'analyse retenue par la jurisprudence sur ce point semble très incertaine. En matière de rupture des négociations, seules deux décisions sont venues apporter quelques précisions. Rendu par la Cour d'appel de Rennes, le 29 avril 1992, le premier arrêt s'intéresse à une action en rupture des pourparlers intentée par une victime française à l'encontre d'une société établie en Allemagne. Les juges du fond ont localisé le fait dommageable au lieu où la lettre de rupture a été reçue par la victime. Cette décision suscite deux points de commentaire.

614. D'une part, les juges du fond s'abstiennent de l'examen d'une option de compétence en faveur du lieu du fait générateur et du dommage et ne retiennent que la notion de fait dommageable, sans la préciser. Deux interprétations de cette décision peuvent être retenues sur ce point. Il est en effet possible de considérer qu'aucun oubli ne peut être relevé et que les juges du fond ont simplement observé que le litige ne concernait qu'un délit simple, ne présentant aucune dissociation entre le lieu du fait générateur et le lieu du dommage. Selon cette explication, l'évènement causal et le dommage subi seraient localisés dans un même lieu, celui de la réception de la lettre de rupture. Cette interprétation serait alors expliquée par le fait que le préjudice de la rupture ne pourrait se réaliser que si la décision de rupture parvient à la connaissance de la victime et prend ainsi effet.

Pourtant, une telle analyse n'emporte pas entièrement conviction. Tout d'abord, parce qu'elle prive le traitement du contentieux précontractuel d'une option de compétence. Ensuite et

¹⁰⁶⁰ A l'instar du refus de vente sanctionné en droit français notamment, v. *supra*, nos 602 et s.

surtout parce que l'évènement à l'origine du dommage reste la décision de rupture, que la victime en ait connaissance ou non. Le fait générateur ne dépend pas de la victime, mais bien d'un agissement de son auteur. Une seconde interprétation plus convaincante consiste à considérer que les juges du fond ont bien traité la rupture des pourparlers comme un délit complexe, sans pourtant le préciser explicitement. Reste alors à s'interroger sur la nature du lieu de réception de la lettre de rupture. Constitue-t-il le lieu de commission du fait générateur ou celui du dommage ? Comme il a été exposé précédemment, le lieu de réception de la lettre de rupture ne peut représenter que le lieu du dommage.

615. D'autre part, il semble que la Cour d'appel de Rennes s'est fondée sur la théorie de l'émission et de la réception pour localiser le fait générateur et le dommage. Dès lors, si dans cette décision, le dommage a été situé au point de réception de la lettre de rupture, il est possible d'en déduire que le fait générateur se localise au point de son émission. C'est d'ailleurs en ce sens qu'étaient formulés, quelques dix années plus tard, les arguments contestant la compétence des juridictions françaises, dans la seconde décision intéressant la rupture des pourparlers.

Saisie à l'occasion d'une action en rupture des pourparlers intentée par une victime française à l'encontre d'une société établie en Suisse, la Cour d'appel, dans un arrêt du 3 avril 2002, n'a pas écarté l'analyse de la société helvétique qui localisait le fait générateur au lieu où la lettre de rupture a été envoyée. Cependant, il faut relever que, dans cette espèce, les juges du fond ont retenu le lieu du dommage, conformément à l'option de compétence ouverte par l'article 5-3 de la Convention de Lugano, pour reconnaître la compétence des juridictions françaises. Ainsi, si l'on combine les décisions rendues par les juridictions d'appel, il apparaît bien que dans le cadre d'une rupture des pourparlers, le fait générateur est considéré constitué au lieu d'émission de la lettre de rupture et le dommage, au lieu de sa réception.

616. Cependant, il est à noter que dans cette affaire de 2002, le lieu d'émission invoqué était identique à celui du siège de l'intimé. Aussi, la décision aurait-elle été identique si la décision d'abandon des pourparlers avait été exposée au cours d'une réunion des deux parties à la négociation dans un Etat étranger au siège de l'auteur de la rupture ? Dans cette hypothèse, une interrogation aurait été soulevée sur le point de savoir si le fait générateur était constitué au lieu où a été réalisée la prise de décision, soit au siège de l'auteur de l'abandon des discussions, ou bien à l'endroit où cette résolution est extériorisée, soit dans l'Etat où se déroule ladite réunion entre les parties. La jurisprudence n'apportant aucune réponse définitive sur cette question, ce point devra faire l'objet d'une analyse¹⁰⁶¹.

617. En outre, il ne faudrait pas circonscrire le contentieux naissant de l'échec des pourparlers à un simple abandon des discussions brutal et injustifié. En effet, la poursuite des négociations sans intention véritable de contracter peut également entraîner l'engagement de la responsabilité précontractuelle¹⁰⁶². Dans cette hypothèse, le fait générateur ne réside pas

¹⁰⁶¹ Cf *infra*, nos 623 et s.

¹⁰⁶² V. notamment en droit italien, l'article 1338 du *Codice civile* qui retient la responsabilité de la partie qui lors des pourparlers a eu connaissance de l'existence d'une cause d'invalidité du contrat négocié et

dans l'abandon des négociations, mais au contraire dans sa poursuite injustifiée ou pour des motifs frauduleux. Aussi, ce dernier ne pourra être localisé ni dans l'Etat où est prise la décision de rupture, ni dans celui où elle est extériorisée. Il sera nécessaire de raisonner au contraire sur la localisation de la poursuite dommageable des tractations. Ainsi, l'évènement causal sera localisé soit à l'endroit où la décision de maintien des négociations a été prise, soit au lieu où les négociations se sont effectivement poursuivies.

Mais il est également envisageable que le préjudice ne résulte pas d'un refus de contracter, mais de l'existence d'un vice entachant le bon déroulement des négociations.

b. Le vice des négociations

618. Dans le cadre des pourparlers, il est possible que les parties commettent un manquement au devoir d'information précontractuelle. Si cette violation concerne une information essentielle et porte ainsi atteinte à la validité du contrat, alors l'action fondée sur la mise en œuvre de la responsabilité de son auteur restera de nature contractuelle au même titre que la demande de remise en cause du contrat¹⁰⁶³. A défaut, lorsque la validité du contrat est épargnée, l'action en responsabilité revêt une nature délictuelle entrant dans le champ d'application de l'article 5-3. Reste alors à localiser le lieu du fait générateur. Sur ce point, un raisonnement similaire à celui exposé précédemment peut être retenu. Deux propositions concurrentes s'affrontent en effet : la première, en faveur du lieu où est prise la décision d'adopter un tel comportement contraire à la bonne foi, et la seconde, au profit de l'Etat où le manquement est effectivement commis.

619. La difficulté dans cette hypothèse de l'existence d'une faute dans les négociations se singularise du cas de l'échec des pourparlers. En effet, le manquement au devoir d'information précontractuelle peut revêtir deux formes différentes. La première résulte de l'allégation d'un renseignement mensonger et se matérialise par la réalisation d'un acte positif. Le second, au contraire, se caractérise par un acte négatif, d'abstention. L'auteur d'un tel manquement choisit volontairement de ne pas révéler un élément qu'il sait déterminant pour l'autre partie et réalise ainsi une réticence dolosive. Cette distinction se traduit en matière de détermination de la compétence juridictionnelle par une difficulté de localisation du fait générateur.

620. Il est possible d'hésiter dans l'interprétation du lieu de commission du fait générateur entre le lieu où le mensonge est formulé, ou l'Etat dans lequel l'information retenue aurait du être révélée, et celui où la décision de mentir ou de conserver l'information secrète a été prise. L'affaire britannique *Agnew*¹⁰⁶⁴, qui concerne une action de nature contractuelle, présente néanmoins des faits dont l'analyse apporte des éléments de réflexion dans l'examen de la

n'en a pas informé l'autre ; l'art. 2.1.15 des Principes UNIDROIT qui condamne l'initiation ou la poursuite des négociations en l'absence de véritable intention de parvenir à un accord.

¹⁰⁶³ *House of Lords*, 17 févr. 2000, *Agnew et autres c./Lansförsäkringsbolagens AB, The All England Law Reports* 2000, vol. 1, p. 737. Disponible sur le site : <http://www.curia.eu.int/common/recdoc/convention/fr/2000/40-2000.htm>, Information n° 2000/40.

¹⁰⁶⁴ V. la décision *Agnew* précitée.

mise en œuvre de l'article 5-3 en matière d'action en responsabilité précontractuelle de nature délictuelle. En l'espèce, les demandeurs faisaient valoir qu'ils avaient été amenés à conclure des contrats d'assurance, auprès d'une société établie en Suède, sur la base d'une présentation erronée des faits. Ils reprochaient au défendeur d'avoir, par l'intermédiaire de ses courtiers, procédé à une non-divulgateion d'informations au cours de la réunion de négociation et de présentation du risque qui s'était déroulée à Londres. Si l'information retenue était restée non-essentielle et n'était pas de ce fait susceptible de remettre en cause la validité du contrat, alors l'action en responsabilité aurait été reçue par le juge du délit, compétent au titre de l'article 5-3. Il aurait alors été envisageable de localiser le fait générateur à Londres, au lieu de déroulement de la réunion au cours de laquelle l'information aurait du être dévoilée. Dans le cadre d'un dol incident par commission, cette solution paraît pertinente puisque c'est au lieu où le mensonge est formulé que se réalise l'évènement à l'origine du dommage. Dans l'hypothèse d'un dol par omission au contraire, cette solution est bien plus contestable. En effet, il s'agit ici de localiser une abstention qui présente un aspect bien plus intellectuel que matériel. Ce qui complique davantage encore l'étape de localisation du fait générateur pour laquelle la jurisprudence apporte quelques réponses qui restent encore insatisfaisantes.

621. En conclusion, le droit positif localise le fait générateur en matière de rupture des pourparlers au lieu d'émission de la lettre de rupture et, le dommage, au lieu de sa réception. Quand le préjudice résulte de la poursuite injustifiée des négociations, il semble que le lieu où les discussions sont maintenues doit être retenu comme lieu du fait générateur. Dans l'hypothèse d'un vice affectant les négociations, sans atteindre le contrat, il pourra être localisé, lorsqu'il consiste en un acte positif, au lieu de commission du manquement litigieux. Ce constat démontre le caractère très lacunaire du droit positif sur la question de l'identification du fait générateur. Il peut, à présent, être envisagé de le compléter en formulant certaines propositions.

2. LES SOLUTIONS PROPOSEES

622. Interrogée sur la détermination de la compétence juridictionnelle en matière d'action en responsabilité pour rupture abusive des pourparlers, la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'affaire *Tacconi*, a choisi de circonscrire sa décision à la seule question de la qualification de l'action. En marquant une préférence pour une qualification délictuelle, la Cour a donné compétence à l'article 5-3 pour désigner la juridiction susceptible de connaître d'une telle action. Elle n'a cependant pas précisé la méthode de localisation du fait dommageable en matière de responsabilité précontractuelle de nature délictuelle. La jurisprudence interne reste, sur ce point, encore incertaine, optant pour le lieu où la décision est prise (a), sans écarter néanmoins la compétence du juge du lieu où cette résolution est extériorisée (b).

a. La compétence du lieu d'adoption de la décision litigieuse

623. En matière de litige précontractuel, la question de la compétence juridictionnelle a, dans un premier temps, été soulevée à propos des refus de vente. Ainsi, la Cour d'appel d'Amiens, le 20 avril 1989¹⁰⁶⁵, a retenu que le fait générateur devait, dans une telle hypothèse, se localiser au lieu où la décision de ne pas accepter la proposition d'achat a été adoptée. Cet arrêt a été suivi deux années plus tard par celui de la Cour de cassation, rendu le 8 janvier 1991¹⁰⁶⁶, qui a consacré une solution identique, en faveur du lieu de prise de décision. Dans cette affaire, l'adoption de la résolution a été considérée réalisée au siège de son auteur, l'intimé. Cette position n'étonne pas puisqu'il semble très probable que les mesures qui concernent l'organisation des activités d'une société soient adoptées au lieu de son siège, où sont établis les organes décisionnels.

Cependant, un tel choix conduit à localiser systématiquement le fait générateur au domicile du défendeur, alors que ce for se voit déjà ouvrir une compétence générale grâce aux dispositions de l'article 2. Finalement, l'article 5-3 ne réserverait un choix de compétence qu'en faveur du for du lieu de réalisation du dommage, puisque le for du lieu du fait générateur et le for désigné par l'article 2 seraient confondus. Pour analyser l'opportunité d'une telle option de compétence, il est nécessaire de s'intéresser aux objectifs visés par le texte de l'article 5-3.

624. La Cour de justice des Communautés européennes a profité de l'arrêt *Besix*¹⁰⁶⁷ pour rappeler les lignes directrices de répartition des compétences entre les juridictions nationales. Selon les objectifs poursuivis par la Cour européenne, il apparaît essentiel de garantir la sécurité juridique¹⁰⁶⁸, en retenant une interprétation des articles permettant au défendeur de prévoir raisonnablement devant quelle juridiction autre que l'État de son domicile il est susceptible d'être attiré¹⁰⁶⁹, mais aussi de prévenir la multiplication des juridictions compétentes¹⁰⁷⁰, notamment en favorisant le rattachement de principe de l'article 2 qui permet au défendeur de se défendre plus aisément¹⁰⁷¹, et ainsi en conférant aux dérogations pour les règles de compétence spéciale non exclusives de l'article 5 une place limitée, par une interprétation stricte de ces dérogations sous peine de vider le principe général de son contenu¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁵ CA Amiens, 2 mars 1989, *D.* 1991 p. 21, note J.-M. BOSQUET-DENIS.

¹⁰⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 8 janvier 1991, n° 89-16578, *Bull. civ.* 1991, I, n° 6, p. 4.

¹⁰⁶⁷ CJCE, 19 févr. 2002, *Besix SA c./WABAG et Plafog*, L. IDOT, Europe 2002, p. 24; M. DE CRISTOFARO, « Obbligazioni di non fare a proiezione geografica illimitata e forum destinatae solutionis », *Il Corriere giuridico* 2002, p. 114; J. VERLINDEN, *The Columbia Journal of European Law* 2002, p. 493; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP* 2002, p. 588; L. CARBALLO PIÑEIRO, « Obligación de no hacer y competencia judicial internacional », *La ley* 2002, p. 1890; Du même auteur, *Revista española de Derecho Internacional* 2002, p. 856; P. FRANZINA, « Obbligazioni di non fare e obbligaioni eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento (CE) n. 44/2001 », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2002, p. 391; P. LOMBARDI, « Brevi note sulla più recente giurisprudenza comunitaria relativa alla Convenzione di Bruxelles del 1968: il caso Besix, Contratto e impresa », *Europa* 2002, p. 640.

¹⁰⁶⁸ Point 24 de l'arrêt.

¹⁰⁶⁹ Point 26.

¹⁰⁷⁰ Point 27.

¹⁰⁷¹ Point 52.

¹⁰⁷² Point 54.

Au vu de ces principes directeurs, il ne paraît pas opportun de chercher à localiser le lieu de l'évènement causal dans un autre Etat que celui du domicile du défendeur. En effet, pour respecter les objectifs communautaires, cette coïncidence ne doit pas être écartée, d'une part parce qu'elle permet d'éviter la multiplication des fors compétents et, d'autre part, parce qu'elle préserve le rattachement de principe de l'article 2. Ainsi, la correspondance entre la localisation du fait générateur au lieu de la prise de décision présumée et le domicile du défendeur semble justifiée.

Un autre argument milite en faveur d'une telle solution. Si l'on s'intéresse à la rédaction du Règlement Rome II, posant les nouvelles règles communautaires en matière de conflits de lois, il est notable que la règle générale s'est délestée de toute option de compétence en faveur de la loi du fait générateur¹⁰⁷³, pour ne désigner que la loi du dommage. Or, en matière de loi applicable, il reste essentiel de déterminer une loi présentant des liens étroits avec le litige¹⁰⁷⁴. Ce qui signifie que les rédacteurs ont considéré, à juste titre, que le lieu du fait générateur représentait un rattachement moins significatif que le lieu du dommage et pouvait donc être écarté. Un tel souci n'est nullement ignoré du conflit de juridictions. Bien au contraire, comme l'a justement rappelé la Cour de justice des Communautés européennes, à l'occasion de l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*¹⁰⁷⁵, il est primordial de désigner une juridiction présentant des liens réels avec le litige, et ceci pour assurer une bonne administration de la justice¹⁰⁷⁶. Aussi, la correspondance entre le lieu du fait générateur et le domicile du défendeur ne représenterait aucune difficulté dès lors que le demandeur bénéficie toujours d'une option de compétence en faveur du for du lieu du dommage.

625. Il reste cependant à s'interroger sur la pertinence de la localisation du lieu de prise de la décision litigieuse au domicile du défendeur. Certes, comme il a été relevé plus tôt, il semble, dans une majorité des cas, que les mesures adoptées par une société seront le plus souvent le fait des organes de direction établis au siège de cette société. Pourtant, cette présomption laisse subsister des hypothèses pour lesquelles une telle localisation restera inadaptée. Faut-il alors opter pour une localisation *in abstracto* en présumant systématiquement la décision adoptée au domicile du défendeur ou, au contraire, s'orienter

¹⁰⁷³ Avant l'édiction du Règlement Rome II, la règle de conflit de lois française prévoyait une compétence égale entre la loi du fait générateur et la loi du dommage. L'utilisation négative du principe de proximité permettait de trancher entre ces deux lois et de désigner la loi applicable au délit complexe concerné.

¹⁰⁷⁴ Pour assurer cet objectif de proximité avec la situation litigieuse en cause, le Règlement Rome II prévoit d'ailleurs le jeu de la clause d'exception permettant d'écarter la loi normalement applicable lorsqu'il apparaît au vu des faits de l'espèce qu'une loi présente des liens manifestement plus étroits avec le litige. V. pour la règle générale, art. 4, al. 3, Règlement Rome II « S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question. » ; comp. en matière de *culpa in contrahendo*, art. 12, al. 2 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. »

¹⁰⁷⁵ CJCE, 30 nov. 1976, *Handelskwekerij Bier c/Mines de potasse d'Alsace*, Aff. 21/76, Rec. 1735, concl. F. CAPOTORTI; RCDIP 1977, p. 563, note P. BOUREL; JDI 1977, p. 728, obs. A. HUET; D. 1977, p. 613, note G. A. L. DROZ.

¹⁰⁷⁶ CJCE, *Mines de Potasse d'Alsace*, 30 nov. 1976, précité, point 11.

vers une appréciation *in concreto* en recherchant, au cas par cas, le lieu effectif de prise de la décision en cause ?

La difficulté majeure réside dans l'aspect purement intellectuel que présente la prise de décision. Il semble impossible de déterminer avec précision à quel lieu la résolution a été adoptée. Il est en effet envisageable que la société-mère ait dicté un tel comportement à sa filiale. Dans ce cas, il sera possible d'hésiter entre l'Etat du siège de la société-mère et celui de la filiale, responsable de la rupture des pourparlers par exemple. De même, si la décision de retrait des négociations a été adoptée au cours d'une réunion à l'étranger, il serait contraire à toute volonté de garantir une prévisibilité des solutions que de retenir la compétence du for d'un tel lieu fortuit, sans lien effectif avec le litige.

De plus, la solution se double d'incohérence lorsqu'elle intervient dans le cadre d'une transmission volontaire d'information erronée. Si, en matière de dol, le fait générateur était localisé au lieu où la décision de mentir était adoptée, cette solution présenterait un gage évident de simplicité. Cependant, l'intention dolosive ne suffit pas à générer un dommage. Le préjudice n'a pu être provoqué que par la formulation effective du mensonge. Il semble donc plus opportun de retenir non pas le lieu d'adoption de la décision litigieuse, mais celui où elle s'exprime de manière effective, où elle s'extériorise.

626. Par conséquent, même si la localisation du fait générateur au lieu de l'adoption de la décision litigieuse ne contrarie pas les objectifs communautaires, le caractère purement intellectuel de cette prise de décision conduit à disqualifier cette solution. Le choix de localisation semble dès lors s'orienter vers la compétence du lieu d'extériorisation de la décision litigieuse.

b. La compétence du lieu d'extériorisation de la décision litigieuse

627. La solution alternative consistant à s'intéresser au lieu où s'exprime la décision à l'origine du contentieux suscite les mêmes doutes quant à son opportunité. Il est tout d'abord possible de considérer que la résolution s'extériorise au domicile de son auteur. Tel était l'argument de l'auteur d'une rupture des pourparlers, devant la Cour d'appel de Paris, le 3 avril 2002, qui faisait valoir que l'évènement causal était survenu au lieu d'émission de la lettre de rupture, au siège de la société. Retenir le lieu d'émission de la lettre, plutôt que celui de sa rédaction, était pertinent. En effet, comme il a été discuté plus en amont, c'est la formulation de la volonté de retrait qui a effectivement causé un dommage, et non la simple intention de rompre. Cette solution se justifiait doublement puisqu'en l'espèce, la lettre avait été émise au domicile du défendeur. En pratique, le résultat est alors identique à celui obtenu en retenant le lieu de prise de décision. Ainsi, les difficultés de distinction étaient esquivées.

628. Pourtant, les négociations internationales, bien que conduites à distance, restent souvent ponctuées par des rencontres entre les partenaires afin de concrétiser les échanges. Il est alors possible que la décision de rupture soit formulée à l'occasion de l'une de ces réunions entre les parties. Dans une telle hypothèse, la théorie de l'émission-réception utilisée

par la jurisprudence devient inefficace¹⁰⁷⁷. En effet, deux voies d'interprétation peuvent être empruntées.

La première consiste à localiser le fait générateur au lieu du déroulement de la réunion litigieuse, puisque c'est bien en ce lieu que s'exprime l'action suscitant le dommage. Dans l'hypothèse d'une rupture des pourparlers, c'est en effet la décision effective de retrait des négociations qui suscite le dommage. Autre exemple, l'évènement causal d'un dol pourra être localisé au lieu où est formulé le mensonge¹⁰⁷⁸. Une telle localisation présente une pertinence très contestable, et cela essentiellement pour trois raisons. Tout d'abord, il est envisageable que le lieu de réunion soit tout à fait fortuit, les parties choisissant de se rencontrer dans un lieu neutre, sans lien effectif avec le litige. Dès lors, les objectifs communautaires d'assurer la désignation d'un for présentant des liens réels avec le litige¹⁰⁷⁹ ne seront plus assurés. Ensuite, l'égalité de traitement entre les parties ne sera plus garantie dès lors que le défendeur pourra jouer un rôle déterminant dans la désignation du for compétent. La décision litigieuse restant dans les mains de son auteur, il est loisible à ce dernier d'élire le lieu dans lequel une telle action trouvera à se réaliser, déclenchant alors la compétence du juge de cet Etat. Enfin, si le lieu de déroulement de la réunion où s'exprime le fait préjudiciable constitue le lieu du fait générateur, reste à s'interroger sur la localisation du dommage. Si l'on conserve le raisonnement adopté par la jurisprudence en matière de rupture des pourparlers, fondée sur la théorie de l'émission et la réception, alors le lieu de déroulement de la réunion correspond bien à celui à la fois de l'émission de la décision préjudiciable et de sa réception par la victime. C'est en effet en ce lieu que la victime reçoit cette information à l'origine de son dommage. Il n'existe dès lors plus de délit complexe puisque le fait générateur et le dommage se réalisent dans un seul et même Etat. Ce qui démontre, une fois encore, le caractère artificiel de la qualification de délit complexe attribuée par la jurisprudence aux délits précontractuels¹⁰⁸⁰. Mais surtout, cette solution fait perdre au demandeur une option de compétence en faveur du juge de son domicile¹⁰⁸¹ et s'inscrit donc comme étant peu favorable à son égard.

629. La seconde interprétation consiste, par réaction aux dérives appréhendées, à conserver la position jurisprudentielle retenue en matière de refus de vente et la transposer à l'ensemble du contentieux précontractuel. Elle conduit à localiser le fait générateur au lieu où la décision est adoptée. Reste alors à examiner le rôle joué par le lieu de déroulement de la réunion lors de laquelle est annoncé le retrait des pourparlers ou même est formulé le mensonge. Considérer que ce lieu constitue la position de réalisation du dommage entraîne une fois encore une perte importante pour le demandeur. Cette solution ne permet pas au lieu de la réunion de jouer un rôle actif dans la détermination du juge compétent.

¹⁰⁷⁷ CA Rennes, 29 avril 1992, précité, qui localise le fait dommageable au lieu de réception de la lettre de rupture ; Comp. CA Paris, 3 avril 2002, précité, où le fait générateur est situé au lieu d'émission de la lettre.

¹⁰⁷⁸ V. comparaison avec les faits de l'affaire *Agnew, op. cit.*

¹⁰⁷⁹ CJCE, *Mines de Potasse d'Alsace*, 30 nov. 1976, précité, point 11.

¹⁰⁸⁰ V. *supra* nos 602 et s. et les références citées.

¹⁰⁸¹ Cf. CA Rennes, 29 avril 1992, précité, qui localise le fait dommageable au lieu de réception de la lettre de rupture, soit au domicile du demandeur.

630. Pour conclure sur ces jurisprudences, il semble que la tendance adoptée soit de localiser en pratique le fait générateur au domicile du défendeur. En effet, les juridictions localisent le fait générateur au lieu de la prise de décision litigieuse ou sur celui de l'Etat de son extériorisation, elles situent systématiquement le fait générateur au domicile du défendeur. Par exemple, en matière de refus de vente, le fait générateur est localisé au lieu d'adoption de la décision de ne pas vendre et qui correspond au lieu dans lequel le défendeur est établi, alors que, en matière de rupture des pourparlers, c'est le lieu d'émission de la lettre qui sera retenu comme lieu du fait générateur, mais il correspondra également à l'Etat du domicile du défendeur. Il est vrai que cette solution permet de clore les débats quant à la pertinence d'un tel lieu avec le litige puisqu'il coïncide avec la compétence de principe de l'article 2. Par conséquent, la mise en œuvre de l'option de compétence ouverte par l'article 5-3 reste totalement neutre concernant le juge du fait générateur. Le seul intérêt de la persistance d'application de ces dispositions réside alors dans la localisation du for du dommage.

B. L'IDENTIFICATION DU LIEU DU DOMMAGE

631. La période des négociations précontractuelles peut connaître de certains préjudices qui revêtent des formes diverses. Pour déterminer le juge compétent en matière de responsabilité précontractuelle de nature délictuelle, l'article 5-3 désigne le juge du lieu du fait dommageable s'entendant comme visant notamment le lieu du dommage. Or, de la simple déception aux gains manqués¹⁰⁸², une palette de dommages de degrés variables se décline. Aussi, est-il essentiel, pour identifier la juridiction compétente, de définir la notion de dommage visée par l'article 5-3 (1), avant de procéder à sa localisation (2).

1. LA DEFINITION DU DOMMAGE PRECONTRACTUEL

632. Le préjudice physique subi lors de la période précontractuelle ne présente pas de difficulté réelle¹⁰⁸³. La jurisprudence communautaire lui a aisément reconnu une nature délictuelle¹⁰⁸⁴ et la détermination du lieu de sa survenance, du fait de sa matérialité, reste évidente. Cependant, l'absence de lien fonctionnel avec le contrat fait perdre à ce préjudice

¹⁰⁸² Pour la définition des « gains manqués » et des « pertes subies », v. *supra* n° 258.

¹⁰⁸³ Le célèbre cas allemand « linoléum » où un client d'un magasin avait subi un dommage corporel du fait de l'effondrement de rouleaux de linoléum alors qu'il procédait à son choix en vu d'un achat : *RG*, 7 déc. 1911, 78 *R.G.Z.* 239, décision reproduite en anglais in H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pp. 291-292.

¹⁰⁸⁴ V. Conclusions de l'avocat général *Tesaro* rendues le 12 décembre 1989 à l'occasion de l'affaire *Alfredo Grifoni c/Communauté européenne de l'énergie atomique*, *Aff. C-308/87*; Comp. en matière de conflit de lois, considérant 30 Rome II; V. également en droit comparé et notamment le droit allemand qui accueille la réparation d'un tel préjudice sur le terrain contractuel, *supra* n° 338, et la jurisprudence « Linoléum », *RG*, 7 déc. 1911, citée note précédente.

toute possibilité d'intégrer le domaine du contentieux précontractuel¹⁰⁸⁵. Le contentieux précontractuel concerne des dommages d'ordre économique ou moral dont la localisation s'avère complexe. En effet, l'échec de négociations avancées du fait de la rupture brutale des pourparlers suscite inmanquablement la déception chez l'autre partie qui fondait de grandes espérances sur la conclusion du contrat projeté. Ce préjudice moral peut alors fonder une demande d'indemnisation. De même, si l'auteur de la rupture entoure d'une certaine publicité l'échec des négociations, il pourra créer un doute auprès d'autres partenaires commerciaux sur la solidité de l'entreprise subissant le retrait. Aussi, cette altération de l'image de la victime de la rupture pourra constituer un dommage indemnisable¹⁰⁸⁶. Mais, dans une telle hypothèse, c'est moins un préjudice moral d'atteinte à la réputation qu'un préjudice économique résultant de l'affaiblissement des relations commerciales qui sera révélé. Ce dommage constitue la principale atteinte subie au cours de la phase des pourparlers.

633. En effet, la rupture de pourparlers avancés transforme en perte l'ensemble des investissements engagés dans l'unique but d'aménager la conclusion du contrat projeté¹⁰⁸⁷. Ces frais peuvent avoir eu pour objet notamment d'organiser des rencontres afin de procéder aux échanges entre les parties ou d'analyser la faisabilité de l'opération¹⁰⁸⁸. Ce dommage de nature économique peut également consister en une perte de chance de la partie délaissée de conclure un contrat avec un autre partenaire. Les parties engagées dans les négociations n'ont pu s'intéresser à un éventuel concurrent et, en subissant la rupture, perdent l'opportunité de contracter avec ce tiers¹⁰⁸⁹. Enfin, l'avortement du projet de contrat crée un dommage évident résidant dans l'absence même de la relation contractuelle projetée. Cette disparition génère la perte des bénéfices envisagés, présentée sous l'appellation de « gain manqué ». La possibilité d'accueillir le gain manqué au titre des préjudices indemnifiables reste plus contestée en droit

¹⁰⁸⁵ V. Conclusions de l'avocat général *Tesaurò*, *op. cit.*

¹⁰⁸⁶ CA Versailles, 1^{er} avr. 1999, *Gaz. Pal.* 6/8 févr. 2000, p. 30; *RJDA* 1999, n° 1285, qui souligne que l'altération de l'image de la victime auprès de ses partenaires commerciaux était en l'espèce d'autant plus préjudiciable qu'elle concernait une société nouvelle dont la réputation restait encore fragile et sensible aux premiers échecs.

¹⁰⁸⁷ P. CHAUVEL, note ss Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561 et Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-18.953, *D.* 1998, jur., p. 45.

¹⁰⁸⁸ Les frais de négociations peuvent être constitués par des « dépenses ou dérangements » (CA Rennes, 8 juill. 1929, *DH* 1929, p. 548); En frais de séjours ou de voyages (Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, *Bull. civ.* IV, n° 93, *JCP G* 1973, II, n° 17543, note J. SCHMIDT, *RTD civ.* 1972, p. 779, obs. G. Durry.); En frais d'études préliminaires (CA Paris, 10 mars 2000, *JCP E* 2001, p. 422, note F. VIOLET), pouvant atteindre des sommes élevées (Cass. civ. 2^{ème}, 10 oct. 2002, n° 01-03.079, *Dr. & patr.* 2003, n° 111, p. 114, obs. P. CHAUVEL); Et nécessitant parfois le recours à des spécialistes, (par exemple en marketing et en management CA Rennes, 29 avr. 1992, *JCP G* 1993, IV, n° 1520) ou encore en frais d'adaptation d'un magasin ou d'aménagement d'un immeuble en vue de l'utilisation projetée (Cass. com., 12 oct. 1993, n° 91-19.456, *Lamyline*; Cass. civ. 3^{ème}, 3 oct. 1972, n° 71-12.993, *Bull. civ.* III, n° 491).

¹⁰⁸⁹ CA Rennes, 29 avr. 1992, *JCP G* 1993, IV, n° 1520; Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, n° 95-19.199, *Bull. civ.* I, n° 7, *JCP G* 1998, II, n° 10066, note B. FAGES, qui indemnise le propriétaire qui n'a pu louer l'immeuble qui faisait l'objet du projet de cession avorté; de même pour une société en difficulté, dont la rupture fautive des pourparlers relatifs à une éventuelle reprise a constitué une perte de chance de trouver un autre repreneur : Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-16.488, *RTD civ.* 2003, p. 282, obs. J. MESTRE, B. FAGES; V. aussi Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20.361, *JCP E* 1999, n° 4, p. 169, obs. P. MOUSSERON; Sur pourvoi contre CA Versailles, 21 sept. 1995, *RTD civ.* 1996, p. 145, obs. J. MESTRE, qui a accueilli la demande fondée sur l'immobilisation « en pure perte son procédé breveté pendant quatre années sans pouvoir négocier avec un autre partenaire pendant cette période ».

français. Sur ce point, les positions adoptées par les différents droits positifs étrangers marquent un véritable contraste¹⁰⁹⁰.

634. La définition du dommage a également intéressée le droit communautaire. Dans l'analyse de la conception du dommage telle que retenue par l'article 5-3, il a très tôt été reconnu que la survenance d'un seul événement pouvait engendrer la création d'une pluralité de dommages, localisés dans des Etats différents¹⁰⁹¹. Mais dans cette hypothèse particulière de pollution transfrontière qu'intéressait l'affaire *Mines de Potasse d'Alsace*¹⁰⁹², où le déversement de produits toxiques avait entraîné la pollution à l'étranger des eaux de plusieurs Etats, les préjudices revêtaient une nature identique, mais surtout découlaient tous directement du fait générateur constitué par l'écoulement des solutions nuisibles. Or, il a été relevé plus en amont que les préjudices subis lors de la phase précontractuelle présentaient une certaine hétérogénéité, allant de la simple déception à la perte économique résultant de l'absence de contrat. La difficulté d'appréhender ces dommages de nature purement économique n'a pas échappé aux juridictions italiennes qui ont alors adressé une question préjudicielle sur ce point à la Cour de justice des Communautés européennes. Le détenteur de billets à ordre, M. Marinari, domicilié en Italie, avait effectué leur dépôt auprès d'une filiale de la Lloyd's Bank, en Angleterre. Soupçonneux de l'origine douteuse de ces effets, les employés de la banque ont prévenu la police locale et refusé de restituer lesdits billets à ordre, ce qui a conduit à leur mise sous séquestre et l'arrestation de son détenteur. Après avoir été relaxé par les juridictions anglaises, M. Marinari a assigné devant les tribunaux italiens la Lloyd's Bank en réparation du préjudice subi du fait du comportement de ses employés. La banque a alors contesté la compétence des juridictions italiennes faisant valoir que le dommage tel qu'il doit être appréhendé pour fonder la compétence juridictionnelle était survenu en Angleterre. La *Corte Suprema di cassazione* a ainsi interrogé la Cour de justice des Communautés européennes sur le point de savoir si la notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit » énoncée à l'article 5 point 3 du texte communautaire devait être entendue comme étant réservée aux préjudices physiques causés à des personnes ou à des choses, ou également comme désignant le lieu où se sont produits les préjudices patrimoniaux ressentis par le demandeur. Sur ce point, la juridiction européenne répondit sans ambiguïté que la notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit » devait 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 Etat contractant »¹⁰⁹³. Transposée au contentieux précontractuel, cette jurisprudence impose au demandeur d'identifier avec précision le

¹⁰⁹⁰ V. l'analyse en droit comparé, *supra*, n^{os} 259 et s.

¹⁰⁹¹ CJCE, 30 nov. 1976, *Handelskwekerij Bier c/Mines de potasse d'Alsace*, Aff. 21/76, Rec. 1735, concl. F. CAPOTORTI; *RCDIP* 1977, p. 563, note P. BOUREL; *JDI* 1977, p. 728, obs. A. HUET; *D.* 1977, p. 613, note G. A. L. DROZ.

¹⁰⁹² CJCE, 30 nov. 1976, *Handelskwekerij Bier c/Mines de potasse d'Alsace*, *op. cit.*

¹⁰⁹³ CJCE, 19 sept. 1995, *Antonio Marinari contre Lloyd's Bank plc et Zubaidi Trading Company*, Aff. C-364/93; *JDI* 1996, p. 562, note J.-M. BISCHOFF; *Europe* 1995, comm. n^o 11, p. 19, note L. IDOT; *Revue des affaires européennes* 1995, n^o 4, p.93, note J.-B. BLAISE, C. ROBIN-DELAINE; J.-G. COLLIER, « The Surprised Bank Clerk and the Italian Customer - Competing Jurisdictions », *The Cambridge Law Journal* 1996, p. 216.

dommage initial qu'il soit purement économique ou de quelque autre nature que ce soit. Une fois le dommage identifié, le travail de recherche s'orientera vers sa localisation.

2. LA LOCALISATION DU DOMMAGE PRECONTRACTUEL

635. Pour identifier le lieu de situation du dommage visé par l'article 5-3, deux hypothèses peuvent être envisagées. Il est possible de localiser le dommage au siège de la victime (a), mais aussi au lieu de souffrance des pertes (b).

a. La localisation du dommage au siège de la victime

636. C'est en ce sens que peut être interprétée la décision de la Cour d'appel de Rennes en date du 29 avril 1992. Saisie d'une action en rupture abusive des pourparlers, la Cour a retenu la compétence de la juridiction de l'Etat dans lequel la lettre de rupture a été reçue. Cette décision ambiguë peut être interprétée comme une reconnaissance de la compétence du juge du lieu de commission du fait générateur. L'élément de déclenchement du dommage serait constitué par l'expression effective de la décision de rupture¹⁰⁹⁴. Mais il est également possible de considérer que seul le lieu d'émission de la lettre représente le lieu du fait générateur. Ainsi, le dommage serait formé au lieu de réception de la lettre litigieuse. Dans cette espèce, le lieu de réception correspond à l'Etat du domicile de la victime. Il est alors envisageable d'interpréter cette décision comme retenant la compétence du juge du domicile de la victime.

637. Cependant, une telle conclusion reste insatisfaisante, et cela à double-titre. Tout d'abord, privilégier le *forum actoris* ne correspond pas aux objectifs du droit communautaire d'assurer une prévisibilité du for compétent¹⁰⁹⁵ et certainement une accessibilité du juge au défendeur. De plus, localiser le dommage au domicile de la victime ne semble pas cohérent. En effet, seul un préjudice moral sera effectivement ressenti au lieu de situation de la victime. Il est généré par la déception qui résulte de l'échec du projet contractuel imposé par l'autre partie à la négociation. Or, cette désillusion ne constitue qu'une part infime du dommage subi par la victime. Elle s'efface face aux montants importants constitués par les pertes subies et les occasions manquées. Aussi, retenir la compétence du juge du demandeur en localisant le dommage à son domicile ne semble pas une solution pertinente.

Ensuite, il est nécessaire de s'attacher à la lettre de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes. La décision vise le lieu du fait dommageable, sans s'inquiéter du domicile de la victime. Elle désigne ainsi le lieu de réception de la lettre de rupture. Si l'on considère qu'en désignant une telle localisation la Cour d'appel s'est intéressée au lieu du dommage et non au lieu du fait générateur, cette décision signifie que le dommage peut être identifié au lieu où est reçu la décision litigieuse. Une telle solution ne surprendrait pas dans des cas tels que l'espèce

¹⁰⁹⁴ Sur ce point, v. *supra*, nos 624 et s.

¹⁰⁹⁵ Préambule de la Convention de Bruxelles, point 11.

présentée. En effet, la confusion entre le lieu de réception de la lettre de rupture et le domicile de la victime permettait de désigner un for présentant des liens avec le litige. Mais, étendue à des espèces différentes, la solution perd de sa cohérence. Il est envisageable que l'auteur de la rupture informe l'autre partie de sa volonté de retrait des pourparlers lors d'une réunion organisée dans un lieu neutre, sans aucune attache avec le siège des parties intéressées ou le lieu d'exécution du contrat. Dans ce cas, retenir le lieu de réception de l'information litigieuse conduit à retenir la compétence du juge d'un lieu totalement fortuit. D'autant que la majeure partie des négociations internationales s'effectue à distance, par le biais de moyens de communication électronique.

Dans une telle hypothèse, il semble impossible de localiser le lieu de réception d'un courrier électronique. Il apparaît donc plus vraisemblable que les juges du fond aient retenu la localisation du dommage au lieu de la réception de la lettre de rupture en ayant connaissance de la confusion de ce lieu avec l'Etat du domicile de la victime. Ce qui signifie qu'en l'absence de cette concordance, et donc si le lieu de réception avait été fortuit, une telle décision n'aurait pas été prononcée. Il est possible d'en déduire que la Cour d'appel n'a pas souhaité dégager un critère général de localisation du dommage au lieu de réception de la décision litigieuse. Par conséquent, doivent être disqualifiés aussi bien le lieu du domicile de la victime que le lieu de réception de l'information d'échec des négociations. Reste alors le lieu où sont souffertes les pertes.

b. La localisation du dommage au lieu de souffrance des pertes

638. Une seconde solution, plus intéressante peut être envisagée. Elle consiste à localiser le dommage né des pourparlers au lieu où les pertes sont supportées. Cette solution s'inscrit en totale cohérence avec la nature du préjudice subi. En effet, qu'il s'agisse de couvrir les frais engagés inutilement dans l'organisation des pourparlers ou les déficits générés par la perte de chance de conclure le contrat négocié avec tiers, le dommage sera essentiellement de nature économique. De même, le préjudice subi du fait d'un dol incident, parce que l'auteur du vice a allégué des informations mensongères ou erronées ou a omis de communiquer des données importantes, présentera une nature financière. Le dommage précontractuel ne se limite certes pas au préjudice économique. Le manquement au devoir de bonne foi dans les négociations génère également un préjudice moral mais aussi une atteinte à la réputation. Cependant, le dommage moral reste très limité et l'atteinte à la réputation affaiblit les rapports avec les acteurs du commerce international et conduit à un préjudice essentiellement économique. Ainsi, le raisonnement doit se focaliser sur le dommage financier résultant des manquements au bon déroulement des pourparlers.

Reste à localiser ce dommage économique. Sur ce point encore, deux hypothèses peuvent être étudiées. Il est envisageable de localiser le dommage au lieu où le contrat négocié aurait dû s'exécuter s'il avait été conclu (i) ou dans l'Etat où les pertes sont enregistrées (ii).

i. La localisation du dommage au lieu d'exécution virtuelle du contrat

639. C'est en effet au lieu d'exécution du contrat qu'auraient dû être dégagés les bénéfices de l'opération projetée. Cette localisation permettrait d'harmoniser l'appréhension de la responsabilité précontractuelle de nature délictuelle par le droit communautaire en matière de détermination de la loi applicable et du juge compétent. En effet, l'article 12 du Règlement Rome II réservé à la *culpa in contrahendo* désigne la loi qui aurait été applicable si le contrat avait été formé. Il crée ainsi un pont entre la loi du contrat projeté et la loi applicable à l'action en responsabilité précontractuelle. Retenir la compétence du juge du lieu d'exécution virtuelle du contrat avorté étendrait la passerelle à la compétence juridictionnelle. Le raisonnement porterait alors sur un facteur de rattachement identique, le lieu d'exécution du contrat.

640. Malgré cet avantage, cette solution doit être écartée. Tout d'abord, elle conduit à localiser le dommage au lieu où sont subis non pas les pertes, mais les gains manqués. En effet, les frais engagés inutilement dans des tractations infructueuses ne seront pas supportés au niveau du lieu d'exécution du contrat virtuel mais plutôt au lieu de la trésorerie de l'auteur des dépenses. Le lieu d'exécution du contrat correspond à l'Etat dans lequel les bénéfices auraient été générés en cas de réussite du projet contractuel. Donc, cette localisation entraîne la confusion du dommage précontractuel avec les profits qui n'ont pu être produits du fait de l'échec des négociations. Or, l'acceptation des gains manqués au titre de dommage précontractuel reste très contestée au sein de l'ensemble des droits nationaux. Cette considération ne présente donc pas de cohérence suffisante. Cet argument conduit cependant à fondre le raisonnement conflictualiste avec la mise en œuvre du droit matériel. L'interprétation de la notion de dommage telle qu'elle résulte de la lettre du Règlement Bruxelles I doit être dissociée de la compréhension retenue par les droits nationaux. Cet argument reste donc assez peu convainquant.

641. Par contre, l'éviction du lieu d'exécution du contrat peut s'appuyer sur un élément plus déterminant : l'absence de relation entre le juge compétent et le lieu d'exécution du contrat projeté. En matière de conflit de lois, la solution de l'article 12 du Règlement Rome II se justifie par l'existence d'un lien entre la loi applicable au contrat et à la phase d'avant-contrat. Si les parties s'étaient accordées sur un choix de loi applicable au contrat, il semble conforme au respect de la volonté des parties que d'étendre le champ d'application de cette loi à la relation précontractuelle. Concernant la compétence juridictionnelle, un raisonnement par analogie conduirait à prolonger la compétence du juge désigné dans une convention d'élection de for à la période précontractuelle, au même titre que la clause d'*electio juris*¹⁰⁹⁶. Or, le simple choix du lieu d'exécution du contrat projeté ne présume pas d'une quelconque volonté des parties d'élire le juge de cet Etat. Aussi, cette solution n'emporte pas la conviction. Une

¹⁰⁹⁶ V. sur ce point, *infra* nos 904 et s.

seconde hypothèse peut alors être envisagée. Elle consiste à localiser le dommage au lieu où les pertes sont enregistrées.

ii. La localisation du dommage au lieu d'enregistrement des pertes subies

642. C'est en ce sens qu'a semblé se diriger la Cour d'appel de Paris dans *l'affaire Sté Finagro c/SARL RSI*¹⁰⁹⁷. Elle a retenu la compétence des juridictions françaises en relevant que « les négociations en cours avaient pour objet la cession d'un progiciel qui, en cas d'accord, aurait été exploité sur l'ensemble du territoire français ». Les tractations portaient sur la cession d'un logiciel dont l'exploitation aurait dégagé des bénéfices en France. L'échec des pourparlers a donc naturellement engendré la perte de ces gains. Le contrat négocié portant sur la cession du logiciel, les juridictions de l'Etat de son exploitation ne pouvaient être compétentes qu'au titre de lieu d'enregistrement des pertes et non du lieu d'exécution du contrat. En effet, le contrat se limitait à la cession du logiciel. Son exploitation découlait de cette opération, mais ne constituait pas l'objet des pourparlers. Cependant, en retenant l'absence d'exploitation du logiciel, la Cour d'appel retient une vision large de la notion de pertes. Elle s'intéresse aux gains espérés qui n'ont pu être produits, faute de réussite du projet envisagé. Cette interprétation extensive apparaît assez contestable. Le dommage se réalise au lieu où sont supportés les frais inutilement dépensés dans l'encadrement des négociations et la préparation du projet contractuel, de même que toutes les opportunités non exploitées de contracter avec un tiers.

643. Considérer que le dommage se localise dans les Etats où le contrat négocié peut générer des profits conduit à multiplier les fors compétents par le nombre de pays dans lesquels l'objet du contrat sera exploité. Dans l'hypothèse où le logiciel aurait été commercialisé dans plusieurs Etats, et non simplement en France, alors les juridictions de l'ensemble des Etats concernés auraient pu être reconnues compétentes. De plus, il est parfois difficile d'établir avec certitude les lieux d'exploitation de l'objet du contrat, alors que le projet s'est soldé par un échec. Aussi est-il préférable de circonscrire la localisation du dommage au lieu d'enregistrement des pertes subies au sens strict du terme. Il s'agit de ne prendre en compte que les frais dépensés et les coûts d'opportunité pour identifier le lieu du dommage. Cette solution permettrait de retenir une notion de dommage plus proche de la réalité. Elle faciliterait la localisation puisqu'il sera plus aisé de reconnaître le lieu des pertes effectivement subies, plutôt que d'établir la liste des Etats dans lesquels le contrat aurait pu générer des profits de façon virtuelle. Le dommage pourra être localisé au siège de la victime puisque c'est à cet endroit que se situe *a priori* la trésorerie à l'origine de la sortie des fonds nécessaires à la préparation du projet contractuel. Mais le lieu du dommage pourra également être fixé au lieu d'exécution du contrat si des frais ont été engagés à cet endroit. Il est possible d'envisager le cas, par exemple, d'un projet de construction d'une usine qui aurait nécessité

¹⁰⁹⁷ CA Paris, 3 avr. 2002, n°2001/21898, *Sté Finagro c/M.Alain-François Souchon ès qualités de liquidateur de la société R.S.I et a.*, LPA 15 oct. 2002, n° 206, p. 16, note C. CHABERT.

préliminairement l'achat d'un terrain et sa mise en conformité avec l'activité envisagée. C'est bien au lieu d'exécution de la construction de l'usine que seront subies les dépenses générées par la mise aux normes inutile en cas d'échec des tractations.

Par conséquent, localiser le dommage au lieu d'enregistrement des pertes subies conduit finalement à échapper à une prise en compte systématique du domicile du demandeur, sans exclure définitivement cette possibilité. Elle permet également une adaptabilité de la solution au cas d'espèce, sans toutefois relever de la fiction puisqu'elle rejette la prise en compte trop hypothétique des lieux de réalisation des gains émanant du contrat. La localisation du dommage au lieu d'enregistrement des pertes doit donc retenir la préférence.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

644. Le système de résolution des conflits de juridictions ne connaît pas de solution règlementaire spécifiquement dédiée à la *culpa in contrahendo*, à l'instar des dispositions du Règlement Rome II en matière de conflit de lois. Par conséquent, la question de la détermination de la compétence juridictionnelle est résolue à travers la mise en œuvre des règles générales applicables aux matières contractuelle et délictuelle, prévues par le Règlement Bruxelles I. Or, l'hypothèse du contentieux précontractuel n'a pas été envisagée lors de l'édiction de ces dispositions. Si bien que ces règles se révèlent inadaptées face au particularisme des demandes de nature précontractuelle. Les règles de conflit de juridictions doivent donc faire l'objet d'une interprétation pour pouvoir s'appliquer aux contentieux nés des pourparlers. Selon la nature des actions précontractuelles envisagées, elles seront réparties entre l'application de l'article 5-1 en matière de contrat et 5-3 si la question adopte une qualification délictuelle. Il a été démontré que la mise en œuvre de chacun de ces articles suscitait des interrogations auxquelles le droit positif n'avait parfois pas su répondre.

645. Dans le cadre de l'application de l'article 5-1 au contentieux précontractuel, la première difficulté à surmonter consiste à identifier l'obligation qui sert de base à la demande. En effet, en l'absence d'avant-contrat, les litiges précontractuels de nature contractuelle concerne les questions de l'existence et de la validité du contrat négocié. Dans une telle hypothèse, cette obligation n'existe donc pas. Sur ce point, la jurisprudence choisit largement de contourner le problème en substituant l'obligation caractéristique à l'obligation qui sert de base à la demande. Toutefois, il perdure une seconde difficulté, plus grande encore, qui porte sur la localisation de l'obligation ainsi désignée, notamment lorsque cette obligation consiste à négocier de bonne foi. Dans le silence de la jurisprudence, il a été proposé de transposer le raisonnement retenu en matière délictuelle. Serait ainsi retenue la compétence de la juridiction de l'Etat dans lequel la décision litigieuse s'est exprimée.

646. Dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 5-3, le Règlement Bruxelles I reconnaît, aux délits complexes, l'ouverture d'une option de compétence. Son application à la *culpa in contrahendo* délictuelle suscite une double difficulté. Tout d'abord, il s'agit d'établir si le contentieux précontractuel étudié constitue bien un délit complexe. Cette réponse n'est pas évidente puisque la jurisprudence reste encore incertaine quant à la localisation effective du lieu du fait générateur et du lieu du dommage. Si bien que, dans certaines hypothèses, elle présente une tendance à les localiser tous les deux dans un même Etat, disqualifiant ainsi sa nature de délit complexe. Ensuite, et dans l'hypothèse où la dualité de compétence reconnue aux délits complexes serait étendue aux contentieux nés des pourparlers, reste à déterminer le lieu de survenance du fait générateur et le lieu du dommage. La jurisprudence n'a jamais retenu de solution générale sur l'ensemble du contentieux précontractuel, mais s'est prononcée au cas par cas. Ainsi, en matière de rupture des pourparlers, elle s'oriente vers la localisation du fait générateur au lieu de l'émission de la lettre de rupture, et le lieu du dommage, dans l'Etat de la réception de cette lettre. Lorsqu'il s'agit de statuer sur les autres hypothèses de contentieux précontractuel ou de déterminer la signification du lieu d'émission

et de réception de la volonté de rupture des pourparlers, le droit positif reste muet. Néanmoins, l'aspect essentiellement intellectuel d'une grande majorité des faits générateurs de dommages précontractuels milite en faveur de la localisation du fait générateur au lieu d'extériorisation de la décision litigieuse. Concernant la localisation du dommage, le droit positif reste aussi lacunaire. Pour pallier cet écueil, il est possible de se positionner en faveur du lieu d'enregistrement des pertes.

647. Le système de règlementation des conflits de lois ne rencontre pas ces difficultés, puisqu'il dispose de nouvelles règles de conflit spécialement dédiées à la *culpa in contrahendo*. Pourtant, il est destiné à se heurter à d'autres difficultés. En effet, bien qu'il n'ait pas encore été appliqué, il est possible d'anticiper les problèmes de mise en œuvre de ces nouvelles règles spéciales.

CHAPITRE 2. L'APPLICATION DES REGLES DE CONFLIT DE LOIS

648. Avant l'introduction du Règlement Rome II, l'analyse de la loi applicable aux négociations précontractuelles aurait été présentée en distinguant strictement deux catégories de règles de conflit : les règles de conflit contractuelle et délictuelle. Aujourd'hui, un tel schéma ne se justifie plus. Le contentieux précontractuel reste bien scindé en deux qualifications différentes, la *culpa in contrahendo* de nature contractuelle et la *culpa in contrahendo* de nature délictuelle. Cependant, l'article 12, alinéa 1, du Règlement Rome II, relatif à la *culpa in contrahendo* délictuelle, opère un renvoi à la *lex contractus*¹⁰⁹⁸. En dressant un pont entre ces deux qualifications, il gomme la scission existant au sein du contentieux précontractuel¹⁰⁹⁹ et uniformise le traitement de la *culpa in contrahendo* par les juridictions nationales des Etats de l'Union européenne¹¹⁰⁰. Ce constat légitime que l'étude de la gestion du conflit de lois en matière de *culpa in contrahendo* s'affranchisse de la présentation binaire originelle pour apprécier l'intervention de la *lex contractus* sans distinction entre la nature contractuelle ou délictuelle du contentieux, et cela, afin de respecter l'orientation du texte du Règlement Rome II.

649. L'article 12, alinéa 1, 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 conclu¹¹⁰¹. Cette disposition renvoie aux dispositions du Règlement Rome I, et notamment à ses articles 3 et 4, la tâche de déterminer la loi applicable. L'alinéa 2 de l'article 12 prévoit la compétence de règles de conflit subsidiaires dans l'hypothèse où la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1. Dans ce cas, 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

¹⁰⁹⁸ L'application de la *lex contractus* à la *culpa in contrahendo* est déjà une solution retenue par les droits allemand (art. 41 EGBGB) et autrichien (art. 48§1 IPRG).

¹⁰⁹⁹ S. BOLLEE, S. LEMAIRE, « Le Règlement n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », *D.* 2008, p. 2155; V. aussi les remarques positives formulées par F. GUERCHOUN, S. PIEDELIERE, « Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) », *Gaz. Pal.* 30 oct. 2007, n° 303, pp. 9 et s, spéc. n° 63 : ces auteurs relèvent que la nouvelle règle de l'article 12, alinéa 1, évite l'application de deux lois distinctes pour retenir une qualification délictuelle de la rupture et pour en prononcer sa sanction; V. aussi R. ARENAS GARCIA, « La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II », *Revista para el análisis del derecho*, 2008, n°4, p. 14, qui relève que le pont dressé entre ces deux qualifications permet d'éviter les situations absurdes dans lesquelles les lois délictuelle et contractuelle applicables à deux questions différentes d'un même litige retiennent des solutions contradictoires (par ex. en cas de violation du devoir d'information, lorsque la *lex contractus* reconnaît la validité du contrat, alors que la loi applicable à l'action en responsabilité de l'auteur du manquement admet la nullité du contrat).

¹¹⁰⁰ H. HEISS, « Party Autonomy », *Rome I Regulation: the law applicable to contractual obligations in Europe*, F. FERRARI, S. LEIBLE (dir.), NCIM, 2009, pp. 1 et s., spéc. p. 9.

¹¹⁰¹ Cette thèse avait déjà été soutenue par P. BOUREL, in *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Paris, LGDJ, 1961, p. 149.

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.

650. L'objectif le plus évident de cette nouvelle règle de conflit en droit français reste l'éviction de la délicate localisation du dommage¹¹⁰². En effet, avant l'entrée en vigueur du Règlement Rome II, les litiges de nature précontractuelle¹¹⁰³ étaient soumis à la *lex loci delicti* rattachée au lieu du dommage¹¹⁰⁴. Ce critère de rattachement n'a pas été banni mais simplement déclassé. Anciennement placé en facteur de localisation de principe, il occupe, depuis l'édition du Règlement Rome II, la place d'exception. Son intervention reste subordonnée à une impossibilité de déterminer la loi du contrat conclu ou simplement négocié. La compétence de la loi du lieu du dommage exige la recherche de la localisation du dommage précontractuel qui peut se révéler difficile dans certaines hypothèses¹¹⁰⁵. L'illustre notamment le cas attendu de rupture des pourparlers pour lequel le dommage pourrait se voir localisé aussi bien au lieu de situation du demandeur qu'au lieu d'exécution du contrat¹¹⁰⁶. Retenir comme loi applicable à cette hypothèse la loi du contrat permet alors d'éviter cet écueil. Ainsi, la mise en œuvre des règles de conflits de lois objectives facilite la détermination de la loi du contrat et prévient l'application de l'exception de l'article 12, alinéa 2.

Il serait cependant pessimiste d'envisager que l'objectif du Règlement Rome II resterait simplement négatif en permettant de contourner les difficultés de localisation du dommage. Il faut reconnaître l'enjeu positif de ce texte qui admet pour la première fois l'existence d'un lien étroit entre les dommages précontractuels et le contrat conclu ou simplement envisagé. Pour assurer la cohérence de cette disposition dans son application, la recherche de la loi du contrat doit être étendue le plus largement possible, afin que l'application de l'exception s'apparente plus à une anomalie qu'à un simple correctif de la règle de principe. Cependant, la détermination de la loi du contrat reste difficile à mettre en œuvre dès lors que le contrat est resté à l'état de virtualité. Tant que les parties ne l'ont pas conclu, l'identification de la loi qui

¹¹⁰² F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, « The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code? », *The European Legal Forum*, 2007, p. 77 et s., spéc. nos 67 et s.

¹¹⁰³ Sont entendus au sens de litiges de nature précontractuelle, les litiges en lien direct avec le contrat qui ne remettent pas en cause la validité du contrat. Est notamment visée l'hypothèse de la rupture des pourparlers.

¹¹⁰⁴ Le droit international privé français, suivant la qualification délictuelle de la responsabilité engagée lors des pourparlers, appliquait la règle délictuelle de conflit de lois dégagée par la jurisprudence *Lautour*, Cass. civ., 25 mai 1948, *RCDIP* 1949, p. 89, note H. BATIFFOL; *D.* 1948, p. 357, note P. LEREBOURS-PIGEONNIERE; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., 2006, n° 19.

¹¹⁰⁵ Sur les difficultés de la localisation du dommage précontractuel et l'étude de l'application de la *lex loci delicti* au contentieux de nature précontractuelle, v. *infra*, nos 611 et s.

¹¹⁰⁶ V. *infra*, nos 613 et s.

lui est applicable reste incertaine¹¹⁰⁷. Si bien que la fusion entre la *lex contractus* et la loi applicable à la *culpa in contrahendo* demeure très fragile (Section 1).

651. Réunir l'ensemble de la relation sous une même loi applicable, de l'initiation des négociations à l'exécution du contrat définitif, tel est le pic conflictuel¹¹⁰⁸ que cherche à atteindre le nouveau droit communautaire. Pourtant, cet objectif d'harmonisation reste assez timide puisqu'il ne réserve pas la *culpa in contrahendo* à la compétence exclusive de la loi du contrat. En effet, la *lex contractus* subit la concurrence de lois tierces, d'origines contractuelle et délictuelle, qui restent susceptibles d'intervenir dans la gestion du contentieux précontractuel. Tout d'abord, l'article 12, alinéa 2, réserve lui-même la compétence de lois concurrentes à l'instar de la loi délictuelle. Mais, l'article 10, alinéa 2, prévoit également l'intervention de la loi de la résidence habituelle de la partie qui n'a pas consenti au contrat. Sans oublier enfin que la nouvelle règle de conflit en matière de *culpa in contrahendo* se trouve confrontée aux difficultés générées par ses lacunes : son absence de considération des avant-contrats. L'organisation des négociations par le recours à la conclusion d'avant-contrats se traduit, sur le terrain du conflit de lois, par l'intervention de la loi applicable à l'avant-contrat, loi contractuelle qui se distingue de la loi du contrat principal et complexifie la gestion du contentieux précontractuel. Aussi, l'analyse de l'intervention de ces lois tierces et leur impact sur le traitement conflictuel, conduira à s'interroger sur la rédaction d'une nouvelle règle de conflit, susceptible de contourner ces difficultés (Section 2).

SECTION 1. LA FUSION PRECAIRE ENTRE LA *LEX CONTRACTUS* ET LA LOI APPLICABLE A LA *CULPA IN CONTRAHENDO*

652. Le rattachement du contentieux précontractuel à la loi du contrat est essentiellement affaibli par deux facteurs. Le premier, d'ordre pratique, a trait aux difficultés de mise en œuvre que rencontre la détermination de la loi du contrat lorsque ce dernier reste encore virtuel (§1). Le second, plus théorique, intéresse la mise en cause de la pertinence même de la considération de la loi du contrat alors que ce dernier n'a aucune existence (§2).

¹¹⁰⁷ Contra B. VOLDERS, « *Culpa in contrahendo* in the conflict of laws : a first appraisal of art 12 of the Rome II Regulation », *NIPR* 2008, n° 4, p. 464 : pour une appréciation favorable de cette solution. L'auteur considère que l'application de la *lex contractus* à la *culpa in contrahendo* constitue une règle claire et facile à appliquer, étant ainsi bénéfique pour la sécurité juridique.

¹¹⁰⁸ L'expression est empruntée à P. Y. GAUTIER, « Les aspects internationaux de la négociation », *RTD Com.* 1998, p. 493.

§1. LA DETERMINATION INCERTAINE DE LA LOI DU CONTRAT PUTATIF

653. La loi du contrat est prioritairement déterminée par la mise en œuvre du principe d'autonomie qui donne compétence à la loi choisie par les parties¹¹⁰⁹. La *lex contractus* est alors identifiée à travers une appréciation subjective¹¹¹⁰ (A). Si la loi du contrat ne peut être déterminée, en l'absence de choix des parties, cette règle est alors relayée par un dispositif de localisation objective du contrat (B).

A. LA DETERMINATION SUBJECTIVE DE LA LOI APPLICABLE

654. La volonté des parties de soumettre leur engagement contractuel à une loi déterminée peut s'exprimer clairement et sans ambiguïté. Cette situation reste la plus idéale, puisqu'elle permet la reconnaissance d'un choix sans équivoque des parties. En pratique, l'expression du souhait des parties se réalise cependant dans des conditions moins favorables, suscitant un doute dans l'appréhension de la volonté extériorisée. Cette incertitude est d'autant plus marquée lorsque le choix se manifeste de manière tacite (2), même si la formulation d'un choix exprès n'est pas épargnée par cette hésitation (2).

1. LES DIFFICULTES D'IDENTIFICATION DU CHOIX EXPRES

655. La détermination de l'objet du choix de loi expressément manifesté par les parties est doublement embarrassée : d'une part, parce que cette élection prend généralement place en fin de pourparlers (a), d'autre part, du fait que ce choix n'est pas limité à une seule loi applicable et peut se prononcer en faveur de la compétence d'un éventail de lois différentes (b).

a. Le caractère tardif du choix de loi

656. La détermination de la loi applicable au contrat constitue un enjeu majeur dans la mise en œuvre du contrat¹¹¹¹. C'est cette loi qui dirigera son exécution tout au long de la vie contractuelle et accompagnera le contrat jusqu'à sa disparition. Son contenu doit dès lors

¹¹⁰⁹ Pour une analyse critique du principe d'autonomie jugée insusceptible de jouer le rôle d'une règle de conflit de lois, v. la thèse de V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, Joly éd., 1990.

¹¹¹⁰ Le choix de loi applicable peut cependant être également perçu comme un facteur de rattachement objectif formulé par la loi : v. N. ROZEHNALOVA, J. VALDHANS, « A Few Observations on Choice of Law », in *Second Decade Ahead: Tracing the Global Crisis*, CYIL, 2010, pp. 3 et s., spéc. p. 7.

¹¹¹¹ V. sur ce point le caractère stratégique du choix de loi en faveur de la loi d'un pays dit « en transition » dont l'évolution du droit particulièrement cahotique perturbe son appréhension par la juridiction compétente. Cet état de fait conduit à défavoriser la partie pour laquelle le système juridique choisi est étranger : C. KESSEDJIAN, « les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales », *RIDC* 1995, p. 373.

répondre à un impératif de prévisibilité pour les parties. Si cette information leur reste inconnue à la formation du contrat, les parties demeureront dans une incertitude tout au long de la vie contractuelle. Aussi, les parties répondent-elles à ce souci de prévisibilité en insérant une clause de choix de loi applicable dans leur contrat. La majorité des contrats du commerce international en est ainsi dotée. La question de la détermination de la loi applicable au contrat déjà formé n'est que rarement soulevée. Par conséquent, l'extension de l'application de la loi du contrat à la gestion du contentieux précontractuel, prévue par l'article 12, alinéa 1, du Règlement Rome II, doit être favorablement accueillie dans cette hypothèse. Cette solution permet en effet d'étendre une détermination de la loi applicable, assurant tant la prévisibilité que le respect de la volonté des parties, de la gouvernance du contrat à la règlementation des pourparlers

657. Cependant, la nouvelle disposition communautaire en matière de *culpa in contrahendo* ne se limite pas à l'hypothèse de contrats déjà formés, mais s'étend au contraire aux contrats en formation. Or, un constat aussi positif ne peut malheureusement être conservé en cette hypothèse.

Premièrement, il reste difficile de déterminer la loi qui aurait été choisie par les parties pour régir leur contrat si ce dernier avait été conclu. En l'absence de formation du contrat, rares seront les cas dans lesquels les parties auront contractuellement déterminé la loi applicable à leurs négociations¹¹¹². La phase précontractuelle reste avant tout une période de rapprochement entre les acteurs du commerce international soucieux d'obtenir la construction d'une opération contractuelle permettant de concrétiser une collaboration effective tout en préservant leurs intérêts personnels.

La réussite de cet objectif suppose l'établissement d'une relation de confiance entre les partenaires¹¹¹³. Or, ce rapport de sincérité ne peut se construire dans un climat d'incertitude et de méfiance. Il semble alors impossible pour les parties, dans un tel contexte, de négocier à l'orée des pourparlers, un choix de loi applicable aux négociations. En effet, les difficultés émergeant au cours des tractations doivent en principe être dénouées, par les parties, au travers d'échanges. La loi applicable aux pourparlers n'aura donc pour vocation que de résoudre les contentieux persistant en cas de désaccord entre les parties. Ainsi, exiger un accord entre les parties sur la loi applicable aux négociations précontractuelles consiste à réclamer qu'elles s'entendent sur les modalités de gestion d'un éventuel contentieux alors qu'elles entament tout juste les discussions. Comment créer un climat de confiance en anticipant les litiges hypothétiques ? Une telle exigence conduirait les parties à organiser leur divorce alors que même leurs fiançailles ne sont pas encore célébrées. Cette hypothèse procéderait ainsi de l'irréalisme¹¹¹⁴.

¹¹¹² Alors que l'élection de la loi applicable aux pourparlers par les parties reste la solution la plus adéquate : en ce sens, v. P. Y. GAUTIER, « Les aspects internationaux de la négociation », *RTD Com.* 1998, p. 493.

¹¹¹³ J.-M. LONCLE, J.-Y. TROCHON, « La phase de pourparlers dans les contrats internationaux », *RDAL* 1997, p. 3.

¹¹¹⁴ La formule est ici empruntée à B. BOURDELOIS, « Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Ph. MALAURIE*, Defrénois, 2005, pp. 107 et s, spéc. p. 113, qui relève que supposer que les parties s'interrogent sur la loi applicable

658. Deuxièmement, l'article 12, alinéa 1, du Règlement Rome II permet, en l'absence de choix de loi applicable aux négociations, de retenir la loi du contrat putatif. Cette hypothèse laisse tout aussi dubitatif. En effet, pour être effectif, le choix exprès de la loi applicable au contrat doit se réaliser au cours des pourparlers avant la survenance du contentieux¹¹¹⁵. Le litige pouvant survenir à tout moment de la phase précontractuelle, un tel choix doit intervenir le plus tôt possible. Or, le choix de la loi applicable au contrat se négocie d'ordinaire au terme des pourparlers et cela essentiellement pour deux raisons.

Ce calendrier s'explique, tout d'abord, par l'enjeu crucial de cette clause. La loi de l'Etat de résidence d'une des parties constitue un choix particulièrement favorable à l'intéressée. Cette loi lui étant plus familière, son contenu sera d'autant plus accessible. La sélection de la loi du contrat constitue un point de négociation décisif qui doit se discuter lorsque les parties engagées dans des tractations très avancées deviennent réticentes à rompre les discussions et se montrent, de ce fait, plus réceptives aux concessions. La négociation d'une telle clause doit donc stratégiquement intervenir au plus près de la clôture des pourparlers.

Ensuite, cette initiative tardive se justifie également par l'influence de la loi du contrat sur son exécution, voire même sa survie. En effet, le principe d'autonomie implique la soumission du contrat à la loi choisie. Cette loi est ainsi susceptible d'annuler certaines de ses dispositions¹¹¹⁶, des plus secondaires aux plus essentielles, entraînant alors la disparition du contrat dans son intégralité¹¹¹⁷. Il est donc indispensable que le contrat soit entièrement rédigé pour qu'un choix de loi pertinent puisse se réaliser. Les parties doivent élire une loi qui, non seulement préservera l'existence du contrat en prévenant les actions en nullité¹¹¹⁸, mais lui assurera également une exécution pleine et effective¹¹¹⁹. Pour ce faire, les partenaires doivent avoir connaissance du contenu de leur contrat, au cours des négociations, au moment du choix de loi. Il semble donc que l'existence d'un choix exprès de loi applicable au contrat permettant d'établir la loi applicable aux pourparlers reste une hypothèse très limitée. Ce

aux négociations qu'elles entretiennent constitue déjà un progrès et qu'envisager alors que cet accord soit discuté dès l'initiation des pourparlers reste utopique.

¹¹¹⁵ Le choix de loi applicable au contrat, étendu à la phase précontractuelle, doit pouvoir être déterminé avant l'apparition du litige. A défaut, soit les parties s'accorderont sur la loi applicable pour régir leur contentieux au moment de sa survenance, écartant ainsi l'application de l'article 12 du Règlement Rome II dans son intégralité; soit en l'absence d'entente entre les parties sur la loi applicable aux négociations, aucun choix de loi applicable ne pourra être relevé. Il sera alors nécessaire de s'intéresser aux modalités alternatives au principe d'autonomie permettant d'établir la loi applicable aux pourparlers.

¹¹¹⁶ En ce sens, v. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 10^{ème} éd, Montchrestien, 2010, p. 464, n° 708 ; C. KESSEDJIAN, « les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales », *RIDC* 1995, p. 373.

¹¹¹⁷ H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé européen des contrats, *RTD eur.*, 1981, pp. 215 et 273; Dans le même sens, J.-M. JACQUET, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de H. GAUDEMET-TALLON*, Paris, Dalloz, 2008, p. 727.

¹¹¹⁸ Pour une illustration, v. Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 1989, *RCDIP* 1990, p. 732, note P. COURBE : La Cour a validé l'interprétation souveraine de la commune intention des parties opérée par la cour d'appel au profit de la loi algérienne alors que cette loi invalidait le contrat.

¹¹¹⁹ L'annulation du contrat par la loi désignée applicable par les parties intervient de façon accidentelle dès lors que cette annulation résulte de l'application d'une règle impérative non anticipée ou mal interprétée par les parties : J.-M. JACQUET, « Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats », *JDI* 1991, pp. 679 et s, spéc. p. 686.

constat dément l'apparence de simplicité de l'extension de la loi opérée par l'article 12, alinéa 1, du Règlement Rome II, d'autant que, même en présence d'une clause d'*electio juris*, la détermination de la loi applicable à la *culpa in contrahendo* reste délicate du fait du caractère multiple que peut revêtir le choix opéré par les parties.

b. Le caractère multiple du choix de loi

659. Pour être pertinent, le choix de loi applicable au contrat doit répondre à un souci d'adaptation de ses dispositions aux stipulations contractuelles. L'hétérogénéité du contenu du contrat complique cette opération. Aussi, les parties ont-elles parfois recours à l'élection de plusieurs lois, applicables respectivement à certaines fractions du contrat. Cette faculté de dépeçage¹¹²⁰ avait suscité un sentiment de crainte auprès des rédacteurs de la Convention de La Haye de 1955¹¹²¹. Le morcellement de la loi applicable avait semblé propice à la fraude. Aussi, la lettre de l'article 2 de la Convention ne prévoit pas une telle possibilité. Aujourd'hui, cette inquiétude ne semble plus d'actualité puisque la Convention de Rome en 1980, suivie de son homologue communautaire, le Règlement Rome I en 2008¹¹²², ouvre aux parties la faculté de dépeçage¹¹²³. Il est donc possible de conclure qu'en l'absence d'exclusion expresse, l'application de la Convention de La Haye ne s'opposera pas à un tel choix multiple sauf contrariété à l'ordre public¹¹²⁴.

660. Dans l'hypothèse où les parties auraient usé de leur faculté de dépeçage et élu plusieurs lois applicables suivant les différentes parties de leur contrat, reste à s'interroger sur le point de savoir quelle sera la loi du contrat considérée par l'article 12, alinéa 1, du Règlement Rome II. En effet, cet article prévoit l'extension de la loi du contrat au domaine précontractuel sans préciser la loi à retenir en cas de choix multiple. En l'absence de précision sur cette question, seules des propositions hypothétiques pourront être avancées. Mais avant d'analyser les solutions envisageables, il est nécessaire de préciser que seule l'intervention d'une loi unique sera susceptible de résoudre cette difficulté. Il n'est en effet pas concevable de répondre par une application cumulative de l'ensemble des lois désignées. Elle conduirait, en cas d'incompatibilité, à retenir la loi la plus sévère des lois choisies. Non seulement une telle application ne correspond pas à la volonté des parties qui cherche à être

¹¹²⁰ V. P. LAGARDE, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Rivista di diritto internazionale e processuale* 1975, p. 649; M. EKELMANS, « Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Mélanges Vander Elst*, Bruxelles, 1986, Nemesis, p. 243.

¹¹²¹ Le dépeçage avait été évoqué et rejeté lors des négociations de la Convention, v. L. JULIOT DE LA MORANDIERE, Rapport sur la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, p. 23.

¹¹²² Art. 3, alinéa 1, Règlement Rome I : « Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

¹¹²³ Sous réserve que le dépeçage soit cohérent, c'est-à-dire que les lois désignées ne conduisent pas à des solutions contradictoires. A défaut, le dépeçage devrait considéré inefficace par la juridiction compétente, v. P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991, p. 287.

¹¹²⁴ En ce sens, v. B. AUDIT, « la vente », *Rép. internat. Dalloz*, p. 7, n° 34.

exprimée à travers les dispositions de l'article 12, alinéa 1, mais elle s'oppose aux objectifs des règles de conflit bilatérales qui sont de désigner de manière effective la loi compétente. Cette exclusion étant précisée, il est possible à présent d'examiner les propositions éventuelles.

661. Tout d'abord, une première solution conduirait à sélectionner la loi applicable à la *culpa in contrahendo* parmi les lois choisies par les parties. La difficulté porte alors sur les modalités de choix. Deux modalités sont alors envisageables.

Selon la première modalité, il est possible de retenir la loi dont le champ d'application déterminé par les parties est le plus étendu. Si la majorité des clauses contractuelles est soumise à une même loi applicable et que seules certaines stipulations relèvent d'une autre loi, alors pourra être retenue la loi présentant le champ de compétence le plus étendu. Elle sera considérée comme la loi principale du contrat. L'intervention volontaire d'une seconde loi applicable serait neutralisée dans la mise en œuvre de l'article 12, alinéa 1. Cependant, cet article désigne simplement la loi applicable au contrat, et non la loi principale du contrat.

Une seconde modalité de choix, reposant sur les domaines couverts par les lois désignées, peut être envisagée. Certes, la phase des négociations n'est pas expressément couverte, par hypothèse, par un quelconque choix de loi. Mais il est possible de relier le domaine précontractuel à un domaine contractuel soumis à l'une des lois choisies. Le plus logique serait d'opérer une connexion entre la *culpa in contrahendo* et la loi applicable à la formation du contrat. Cette association permettrait de réunir sous une même loi les hypothèses relevant des *culpa in contrahendo* délictuelle et contractuelle, ensembles soumises à la *lex contractus* respectivement par l'article 12, alinéa 1, du Règlement Rome II et l'article 10, alinéa 1, du Règlement Rome I¹¹²⁵. Cependant, bien que ses effets soient pertinents, cette solution ne repose sur aucun fondement juridique. D'une part, l'article 12, alinéa 1, désigne la *lex contractus*, et non la loi applicable à la formation du contrat. D'autre part, cette solution ne peut se justifier par la volonté de respecter l'intention des parties, puisqu'en présence d'un choix de loi applicable aussi abouti, il semble surprenant que la réglementation de la phase précontractuelle n'ait pas été envisagée. En effet, la présence d'une clause d'*electio juris* marque déjà l'intérêt porté par les parties au choix de la loi applicable. Mais lorsque cette opération s'approfondit jusqu'à réserver un choix spécifique à certaines catégories de stipulations contractuelles, les parties démontrent plus intensément encore leur volonté de maîtriser la gestion de leur contrat et du contentieux qui peut en découler. Aussi, dans cette hypothèse, les parties se seraient certainement inquiétées de la gestion des contentieux précontractuels, soit en insérant dans leur contrat une clause de choix de loi spécifique, soit en étendant expressément aux pourparlers le domaine de la loi choisie pour régir la formation du contrat. La mise en œuvre de la loi applicable à la formation du contrat ne peut donc pas se voir justifiée par le souci de respecter la volonté des parties.

662. Ensuite, une seconde solution, pour résoudre les difficultés liées à l'exercice du dépeçage, consisterait à conclure, en cas de choix plural, à l'impossibilité de déterminer la loi

¹¹²⁵ L'intervention de la loi de la résidence habituelle de la victime prévue par l'article 10, alinéa 2, du Règlement Rome I n'est pas envisagée à ce niveau du raisonnement. Pour son analyse, v. infra nos 771 et s.

choisie par les parties. Il semble effectivement irréalisable de dégager la loi du contrat visée par l'article 12, alinéa 1, parmi l'ensemble des lois désignées. D'autant que la loi du contrat désignée par ce texte devrait désigner un ensemble de règles cohérent¹¹²⁶. Pourtant, une telle proposition ne peut être retenue, car elle conduit à déplacer la difficulté sur le terrain des règles de conflits subsidiaires. Considérer que le principe d'autonomie ne permet pas de déterminer la loi applicable à la *culpa in contrahendo* conduit à l'application des règles subsidiaires, et notamment la *lex loci delicti*¹¹²⁷.

Il est tout d'abord envisageable de mettre en œuvre la règle de conflit objective prévue pour pallier l'absence de choix de loi¹¹²⁸. Cependant, ces règles ont pour vocation de s'appliquer en cas d'absence d'*electio juris*. Or, un tel choix existe bien et est reconnu de surcroît. La loi applicable au contrat peut être déterminée, mais pas identifiée. La présence d'un choix de loi peut être certifiée, mais le contenu du choix, à savoir quelle loi est désignée par les parties, ne peut pas être identifié. Il semble ainsi contraire au principe d'autonomie d'ignorer la volonté des parties. En choisissant d'introduire une clause de choix de loi au sein de leur contrat, ces dernières ont bien exprimé leur volonté de s'affranchir de la loi objectivement applicable. Nier un tel souhait revient à contrarier l'intention des parties.

663. Enfin, il peut être considéré plus largement que la loi du contrat, telle qu'elle est désignée par l'article 12, alinéa 1, du Règlement Rome II ne peut être déterminée. Cette solution admet, de ce fait, l'existence d'un choix de loi par les parties. Cependant, elle déjoue l'objectif de prévisibilité de cette nouvelle règle de conflit puisqu'elle déclenche la mise en œuvre de l'article 12, alinéa 2, qui désigne des lois tierces à la *lex contractus*¹¹²⁹. Cette proposition doit donc être également écartée.

664. En conclusion, à ce jour, il reste impossible de prévoir avec certitude la solution à adopter pour répondre à la difficulté générée par le dépeçage du contrat. Cependant, aux vues des différents arguments analysés, il semble préférable de s'orienter vers une connexion entre la loi applicable à la *culpa in contrahendo* et la loi choisie pour régir la formation du contrat. Bien que contestable, cette solution reste la seule qui conduise à un résultat s'inscrivant dans un objectif similaire à celui qui anime l'article 12, alinéa 1, la création d'une union entre la *lex contractus* et la loi précontractuelle.

665. Pour finir sur la question de l'identification d'un choix exprès, il ne faudrait pas oublier de relever que la faculté de choix de loi ouverte aux parties demeure circonscrite à l'élection d'une loi étatique¹¹³⁰. Réceptifs aux critiques formulées sur cette restriction¹¹³¹, déjà

¹¹²⁶ Comp. critiquant l'inadaptation du dépeçage au fonctionnement de la règle de conflit de loi : A. CURTI-GIARDINO, « L'autonomie de la volonté des parties en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, 1972, III, p. 883.

¹¹²⁷ Art. 12, al. 2, Règlement Rome II.

¹¹²⁸ V. art. 4 Règlement Rome I et art. 3 Convention de La Haye de 1955; Pour un examen de l'application de ces dispositions, v. *infra*, n^{os} 693 et s.

¹¹²⁹ V. *infra*, n^{os} 746 et s.

¹¹³⁰ Même si la règle de conflit de lois actuelle accepte sans ambiguïté le choix d'une loi neutre, ne présentant aucun lien avec le contrat, faculté qui n'a pas été reconnue sans difficulté, v. sur ce point la

présente dans la lettre de la Convention de Rome¹¹³², les rédacteurs du Règlement Rome I avaient amorcé une avancée vers la reconnaissance d'une faculté de choix de loi non étatique¹¹³³. Mais les négociations¹¹³⁴, ponctuées par l'élaboration d'une proposition de règlement communautaire¹¹³⁵, se sont finalement soldées par un net recul sur la question. Le Règlement Rome I conserve donc la même réserve quant à l'accueil de ces règles matérielles anationales, regroupées sous l'appellation de *lex mercatoria*. Devant le juge étatique, un tel choix de loi ne resterait pas forcément totalement neutre. Pour une partie de la doctrine, les principes du commerce international ainsi désignés pourraient trouver à s'appliquer si la loi applicable au contrat l'autorise¹¹³⁶. Ainsi, la difficulté ne se limite pas à la reconnaissance de l'existence d'un choix de loi applicable, mais s'étend à l'examen de ses modalités. Ces obstacles s'amplifient encore davantage lorsque le choix s'exprime de manière tacite.

2. LES DIFFICULTES D'IDENTIFICATION DU CHOIX TACITE

666. Tous les contrats ne comportent pas systématiquement de clause expresse d'*electio juris*. Cette absence ne conduit pas forcément à conclure à une absence de choix de loi. Il est en effet possible de reconnaître, à travers le prisme de certains indices, la volonté des parties de soumettre leur accord à une loi déterminée. Cette lecture, qui nécessite inévitablement l'intervention de l'interprétation du juge, ouvre une brèche favorable à l'imprévisibilité de la solution. Elle réclame de ce fait un encadrement strict. La reconnaissance d'un choix tacite des parties impose que soient clairement identifiés l'existence d'une volonté d'élection de la loi applicable (a), de même que le contenu de ce choix (b).

présentation des discussions sur cette question en droit comparé : A. V. DICEY, J. H. C. MORRIS, L. A. COLLINS, *The Conflict of Laws*, 14^{ème} éd., vol. 2, Sweet and Maxwell, 2006, pp. 1211 et s.

¹¹³¹ J.-P. BERAUDO, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », in *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, 2004, p. 93; C. KESSEDJIAN, « Les normes a-nationales et le futur règlement Rome I – Une occasion manquée (jusqu'à nouvel ordre ?) », *RDC* 2007, p. 1470 ; « Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law : Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization », *RabelsZ Bd.* 68, pp. 1 à 118, spéc. pp. 30 et s.

¹¹³² La Convention fait référence à plusieurs reprises à la « loi d'un pays », écartant la possibilité d'un choix de loi non étatique, v. en ce sens : A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 373 et s., n^{os} 352 et s.; *Adde* : P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991, p. 300.

¹¹³³ V. Livre vert, question 8, COM[2002] 654 final, *RDC* 2003, p. 197, obs. D. BUREAU; Projet Règlement Rome I, COM[2005] 650 final; Comp. la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux du 17 mars 1994 qui autorise le juge à appliquer les « normes, coutumes et principes du droit commercial international ainsi que des usages et pratiques du commerce international généralement acceptées » (art 10), *RCDIP* 1995, p. 173, comm. D. FERNANDEZ ARROYO.

¹¹³⁴ V. le long processus de négociation décrit par P. DEUMIER, « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *RDC*, 01 octobre 2008, n^o 4, p. 1309.

¹¹³⁵ COM[2005] 650 final.

¹¹³⁶ F. RIGAUX, « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Cah. dr. eur.* 1988, p. 318; P. LAGARDE, *op. cit.*, pp. 300 et 301; P. DEUMIER, J.-B. RACINE, *op. cit.*, pp. 1309 et s.; V. aussi, *infra* n^o1101.

a. La reconnaissance de l'existence de la volonté des parties

667. A la lecture des textes, la transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire n'a pas affecté les conditions d'établissement du choix tacite des parties. En effet, le Règlement Rome I, à l'instar de la Convention de Rome, prévoit à son article 3, alinéa 1, que le choix de loi applicable peut résulter « de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Une analyse plus précise montre cependant que les autres versions linguistiques du texte ont subi des modifications¹¹³⁷. Les versions anglaise et allemande notamment, qui retenaient à l'origine une rédaction plus favorable à l'accueil d'un choix incertain, se sont rapprochées de la traduction française. Cette harmonisation est heureuse puisque la souplesse des textes anglais et allemand a souvent conduit à confondre recherche de la volonté des parties et localisation objective du contrat. En effet, il est constaté une tendance des juridictions allemandes à admettre l'existence d'un choix tacite des parties au contrat en s'appuyant sur des éléments identiques à ceux qui permettent d'établir un rattachement objectif¹¹³⁸. De même, en droit anglais, la simple référence dans un contrat à la disposition d'une loi nationale peut emporter choix de loi en faveur de cette dernière puisqu'elle démontrerait une volonté d'intégrer cette disposition au contrat¹¹³⁹. Cette référence ne serait donc pas reconnue comme un des indices permettant d'apprécier l'existence d'un choix de loi tacite, mais comme la véritable manifestation d'un choix exprès des parties en faveur de la loi concernée¹¹⁴⁰.

668. La notion de choix est ainsi appréciée très largement en droit anglais¹¹⁴¹. Dès lors, si les juridictions britanniques acceptent de reconnaître l'existence d'un choix exprès en l'absence d'une clause d'*electio juris* formelle, il est à supposer qu'un choix tacite pourra être relevé à travers l'analyse d'éléments bien moins convaincants que la référence à une loi nationale¹¹⁴². Ainsi, une police d'assurance placée par le courtier d'une compagnie anglaise sous la forme type adoptée pour ces contrats est considérée comme implicitement soumise à la loi anglaise par les parties¹¹⁴³. Une telle jurisprudence ne surprend pas, puisqu'elle revient à assimiler l'acceptation de dispositions contractuelles spécifiques, le contrat-type d'assurance, à la référence d'une loi étatique.

¹¹³⁷ F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, « The Rome I Regulation: Much ado about nothing? », *The European Legal Forum*, 2008, p. 61.

¹¹³⁸ V. N. JOUBERT, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement Rome I ? », in *Le règlement communautaire «Rome I» et le choix de loi dans les contrats internationaux*, S. CORNELOUP, N. JOUBERT (dir.), 2011, Litec, pp. 229 à 252, spéc. p. 235 et les références citées.

¹¹³⁹ A. V. DICEY, J. H. C. MORRIS, L. A. COLLINS, *The Conflict of Laws*, 14^{ème} éd., vol. 2, Sweet and Maxwell, 2006, pp. 1573 à 1576.

¹¹⁴⁰ A. V. DICEY, J. H. C. MORRIS, L. A. COLLINS, *op. cit.*

¹¹⁴¹ En ce sens, v. N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 236.

¹¹⁴² La House of Lords a retenu dans sa décision *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd. v. James Miller and Partners Ltd.*, [1970], A.C. 583, que les éléments entourant la conclusion du contrat pouvaient être pris en compte pour rechercher l'existence d'un choix de loi tacite. Elle a exclu, par contre, l'utilisation d'éléments postérieurs à la formation du contrat, alors que d'autres droits l'acceptent : v. notamment en droit italien, art. 1362 Codice civile.

¹¹⁴³ *Tiernan v Magen Insurance Co Ltd.* [2000] I.L.Pr. 517, cité par N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 236.

Reste par contre plus discutable, la décision acceptant de reconnaître un choix implicite des parties en faveur du droit texan, alors que ces dernières n'ont pas adopté la forme des accords relevant habituellement de ce droit, pour rédiger une police d'assurance¹¹⁴⁴. La solution a été justifiée ici par le fait que le contrat avait été négocié et conclu au Texas entre un assureur texan et un assuré qui avait fait appel à un courtier texan. La juridiction semble s'être appuyée sur un faisceau d'indices s'apparentant plus à une localisation objective du contrat qu'au dévoilement de la volonté masquée des parties. Ce qui permet de conclure, avec Mme Joubert, que l'appréciation britannique du choix de loi tacite consiste à envisager une volonté hypothétique des parties reposant sur une localisation objective opérée par le juge¹¹⁴⁵.

669. Après transformation, le texte anglais du Règlement Rome I impose à présent que le choix soit clairement démontré¹¹⁴⁶, et la version allemande exige qu'il ressorte clairement¹¹⁴⁷ des dispositions du contrat. Ces nouvelles versions¹¹⁴⁸ se rapprochent davantage du degré limité d'imprévisibilité tolérée par le droit français pour reconnaître un choix de loi tacite¹¹⁴⁹. Sur cette question, le droit français apparaît effectivement plus strict¹¹⁵⁰. S'il admet que la volonté des parties puisse s'exprimer en dehors d'une clause d'*electio juris*, il impose une certitude quant à l'existence de ce choix de loi. C'est en ce sens que semble se diriger la jurisprudence française lorsqu'elle exige la présence d'un choix explicite¹¹⁵¹. Marquant une scission nette avec la localisation objective opérée par les règles de conflits subsidiaires, elle prohibe l'interprétation extensive du juge conduisant à dégager un choix hypothétique à travers l'analyse d'éléments objectifs, au profit de la recherche de la volonté réelle et certaine des parties.

670. Ce degré variable dans l'interprétation du silence des parties, selon le droit international privé concerné, conduit à s'interroger sur le sens adopté par la règle de conflit communautaire retenue par le Règlement Rome I. Plus précisément, il s'agit de déterminer si ce texte réduit l'*electio juris* au choix tacite ou s'étend au choix implicite. La question peut surprendre tant ces termes « tacite » et « implicite » paraissent semblables. Pourtant, ils revêtent des significations différentes permettant de les démarquer. Le choix implicite est caractérisé en l'absence de toute volonté exprimée par la nature d'un acte ou d'un

¹¹⁴⁴ *American Motorists Insurance v. Cellstar*, [2002] EWHC 421 et Lloyd's Rep. 2003, IR 295 (Court of appeal), cité par N. JOUBERT, *op. cit.*

¹¹⁴⁵ N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 237.

¹¹⁴⁶ « *clearly demonstrated* ».

¹¹⁴⁷ « *eindeutig* ».

¹¹⁴⁸ Comp. les versions anglaise et allemande du texte retenues par la Convention de Rome et la Proposition de Règlement Rome I de 2005 qui offrait au juge une marge d'appréciation plus large.

¹¹⁴⁹ Favorables à ce rapprochement, v. P. LAGARDE, A. TENENBAUM, « De la Convention de Rome au Règlement Rome I », *RCDIP* 2008, n°4, pp. 728 et s., spéc. p. 736; Comp. le résultat de discussions internes au sein du Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé à propos de l'étude de faisabilité sur l'élaboration d'un instrument relatif au choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux, qui se prononce en faveur d'une appréciation restrictive du choix de loi tacite : *RCDIP* 2010, p. 83.

¹¹⁵⁰ V. notamment la cassation d'un arrêt d'appel qui avait retenu l'existence d'un choix de loi tacite à un contrat de courtage matrimonial, alors le choix par les parties de la loi allemande n'était pas explicite : Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, *Plinert c./M Philippen*, D. 2005, p. 2337, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE.

¹¹⁵¹ V. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, *Plinert c./M Philippen*, précité.

comportement. C'est le fait de cet acte ou de ce comportement qui conduit à en admettre l'existence¹¹⁵². Ainsi, la reconnaissance du choix implicite semble résulter de l'interprétation des événements encadrant la formation du contrat pour que soit déduite la volonté des parties, que celles-ci en aient ou non conscience. Le choix tacite apparaît plus certain. C'est un choix réel mais non formellement exprimé¹¹⁵³. Il démontre ainsi l'existence indubitable d'une volonté et peut être dégagé sans qu'une interprétation d'éléments objectifs ne soit nécessaire.

671. Si l'on revient à la lecture du texte, c'est en ce sens que semble se diriger le Règlement Rome I lorsque son article 3, alinéa 1, dispose que le choix de loi applicable peut résulter « de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Il paraît impossible de rechercher à travers l'examen d'éléments objectifs une volonté hypothétique des parties. La seule admission envisageable reste la révélation d'une volonté qui ne serait pas clairement exprimée. Ainsi, pour être reconnu, le choix tacite doit répondre à trois exigences : il doit être réel, certain et commun aux parties; c'est-à-dire qu'il doit exister d'une manière autonome, sans résulter du produit de la pensée, mais aussi demeurer sans conteste et résulter d'un accord entre les parties. Cette appréhension restrictive de l'*electio juris* tacite semble bien conforme aux objectifs du texte¹¹⁵⁴.

En effet, le principe d'autonomie repose sur la réception de la volonté des parties dans le choix de la loi applicable à leur contrat¹¹⁵⁵. L'existence de cette volonté doit donc constituer la base du principe, sans qu'il ne soit permis de deviner le souhait des parties à travers l'interprétation d'indices¹¹⁵⁶. Déduire l'existence d'un choix, en faveur de la loi d'un Etat, sur la base de la présence d'une pluralité d'éléments localisés sur le territoire de cet Etat, revient finalement à désigner la loi qui présente les liens les plus étroits. Or, un tel raisonnement annihile les rattachements objectifs subsidiaires et le recours à la prestation caractéristique, et se détache ainsi de la notion de volonté des parties. D'autant que le choix des parties ne correspond aucunement à la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat. Désigner, même tacitement, une loi spécifique, qui correspond à l'ordre juridique qui sera retenu par la règle de conflit du *for*, présente peu d'intérêt. Les parties chercheront plutôt à s'affranchir de la loi objectivement applicable par l'élection d'une loi tierce.

De plus, le principe d'autonomie se justifie par la nécessité d'assurer aux parties une certaine prévisibilité de la solution retenue en cas de litige, en élisant elles-mêmes la loi applicable à leur accord. Un tel objectif s'oppose à toute interprétation extérieure fondée sur des éléments objectifs. Enfin, l'analyse d'un choix simplement implicite et non tacite risquerait de

¹¹⁵² *Vocabulaire juridique*, 2^{ème} éd., G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2007, v. implicite.

¹¹⁵³ *Ibid.*, v. tacite.

¹¹⁵⁴ En ce sens, v. J.-M. JACQUET, *Rép. internat. Dalloz*, v^o Contrats et Conventions, D. 1998, n^o114, qui prescrit au juge un usage modéré de ce pouvoir d'interprétation.

¹¹⁵⁵ V. sur ce point : N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 241, qui relève que la recherche de la volonté des parties sur le fondement d'éléments objectifs, sans analyse in concreto, risque de conduire à la prise en compte de la volonté d'une seule des parties puisque certains critères retenus émanent souvent du souhait unilatérale de l'une des parties (ex. langue de rédaction du contrat ou lieu d'exécution).

¹¹⁵⁶ Pour une position favorable à une appréciation restrictive du choix tacite, v. Max Planck Institute for foreign private and private international law, in « Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization », *RebelsZ Bd.* 68 2004, p. 38.

déséquilibrer les relations entre les parties, puisque les éléments de fait convergeront très certainement vers une loi plus favorable à l'une qu'à l'autre. L'ensemble de ces arguments justifie ainsi la restriction de l'accueil du choix de loi non exprès à l'existence d'un choix réel et certain. D'autant qu'en matière de vente d'objets mobiliers corporels, la Convention de La Haye du 15 juin 1955 retient une règle de conflit réduisant encore davantage le champ d'appréciation. A défaut de clause expresse, la Convention impose que le choix de loi résulte « indubitablement des dispositions du contrat »¹¹⁵⁷. L'adverbe « indubitablement » renforce encore l'exigence de certitude du choix. La mention que les éléments du choix figurent dans le contenu du contrat cloisonne le champ d'expression de l'*electio juris* à la lecture du contrat. Elle exclut de ce fait la réception des éléments extérieurs tels que le comportement des parties ou les dispositions des documents précontractuels.

En l'absence d'une telle précision dans le texte du Règlement Rome I, il reste à s'interroger sur la pertinence des éléments permettant de fonder l'existence d'un choix tacite.

b. La reconnaissance du contenu de la volonté des parties

672. Pour dégager un éventuel choix tacite des parties en faveur d'une loi spécifique, il est possible d'interroger le contenu de documents contractuels et précontractuels (i) ou de s'intéresser plutôt au contexte dans lequel se déroulent les pourparlers (ii)¹¹⁵⁸.

i. L'analyse des documents contractuels et précontractuels

673. Cette étude peut se concentrer sur la lecture des éléments du contrat négocié (1) ou s'étendre aux documents précontractuels (2).

1) L'étude du contrat négocié

674. Il semble adéquat d'initier l'étude des différents éléments objectifs susceptibles de fonder un choix de loi tacite par le seul facteur retenu expressément par un texte : une disposition d'un contrat en faveur d'une loi. La Convention de La Haye prévoit en effet la reconnaissance d'un choix de loi tacite lorsqu'il résulte « indubitablement des dispositions du contrat »¹¹⁵⁹. A première vue, l'analyse du contrat semble une base pertinente pour la détection d'un choix de loi. Certes les parties n'ont pas formulé clairement d'*electio juris*,

¹¹⁵⁷ Art. 2 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporel du 15 juin 1955.

¹¹⁵⁸ L'hypothèse du choix implicite résultant du fait que les parties ont plaidé conformément à un même droit national a été volontairement écartée de l'étude, car elle ne constitue pas une situation spécifique aux contentieux précontractuels. Mais il faut cependant relever que dans une telle situation, l'existence du choix tacite sera retenue : V. dans ce sens Sent. CCI n° 10264 en 2000, *JDI* 2004, p. 1256, obs. S. JARVIN; Sent. partielle CCI n° 8113 en 1995, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. IV, ICC Publishing, 2003, p. 385.

¹¹⁵⁹ Art. 2 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporel du 15 juin 1955.

mais certaines dispositions exprimeraient plus maladroitement ce choix. Ce constat n'emporte toutefois qu'un enthousiasme modéré. Tout d'abord, cette étude ne peut se réaliser que lorsque le contrat est effectivement conclu. A défaut, les éléments du contrat en formation, trop lacunaires ou incertains ne permettront sûrement pas de dégager un tel choix de loi. D'autant que, par hypothèse, un contrat en formation reste ouvert à toute addition de disposition supplémentaire ou contraire. Il est donc impossible de figer définitivement le contenu du contrat avant sa conclusion et d'en conclure l'expression de la volonté d'un choix de loi.

La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de rechercher l'existence d'un choix de loi tacite applicable au contrat avant sa formation, puisqu'à ce jour l'article 12 du Règlement Rome II n'a pas trouvé application dans une telle hypothèse. Toutefois, certains arrêts ont analysé ce cas lorsque la conclusion du contrat était avérée. L'observation de la jurisprudence démontre une tendance à la réception d'un choix tacite de loi applicable lorsque le contrat contient une référence expresse à certaines dispositions d'un ordre juridique donné¹¹⁶⁰. Il est déduit de cette référence une volonté des parties de soumettre l'ensemble du contrat aux dispositions de l'ordre juridique concerné si cette référence porte sur un élément important du contrat¹¹⁶¹. Cette traduction du souhait des parties paraît séduisante à première vue, puisque la référence à un ordre juridique donné marque bien une préférence des parties pour la loi désignée.

675. Cependant, étendre le champ de la loi indiquée à la totalité du contrat reste très contestable. En effet, la reconnaissance du choix tacite a pour objectif de ne pas annihiler le souhait des parties sous le seul prétexte qu'il serait mal exprimé. Dès lors, il serait nécessaire de reconnaître ce choix certain mais maladroitement manifesté. Or, si les parties ont été soucieuses de la loi applicable à leur accord au point de soumettre expressément certains points de leur convention à un texte spécifique, il n'est pas convaincant de considérer qu'elles ont souhaité par là exprimer un choix de loi global.

676. Tout d'abord, dans une telle hypothèse, les parties auraient inséré une clause d'*electio juris* plutôt que de désigner, de façon plus fastidieuse, certains textes spécifiques. La référence à un texte pourrait signifier plutôt que les parties ont bien conscience de l'enjeu de la

¹¹⁶⁰ Cass., 5 déc. 1910, *JDI* 1912, p. 1156; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., 2006, n° 11; Plus récemment, CA Paris, 10 nov. 1993, *Sté SPLM c/SA Banque Paribas Belgique*, *JCP G* 1994, II, n° 22314, note B. AUDIT; *JDI* 1994, p. 678, note J.-M. JACQUET; Pour un exemple devant les juridictions allemandes, v. BGH 19 janv. 2000, *IPRspr.* 2000, n°20, cité par Max Planck Institute for foreign private and private international law, in « Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization », *RabelsZ* Bd.68, 2004, p. 35 : la juridiction allemande avait considéré que la référence au droit français présent au contrat constituait un choix tacite en faveur de cette loi.

¹¹⁶¹ En ce sens, v. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P.VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, D., 2007, p. 505; Comp. CA Paris, 10 nov. 1993, *JCP* 1994, II, 22314, note B. AUDIT; *LPA*, n°24, 24 févr. 1995, p. 17, note I. BARRIERE-BROUSSE; *JDI* 1994, p. 678, note J.-M. JACQUET : à partir d'une référence non pertinente et dénuée de sens à certaines dispositions du droit français a été dégagée l'existence d'un choix de loi « quasi-certaine ».

désignation de la loi applicable mais ne sont pas parvenues à un accord sur ce point¹¹⁶². Elles laissent alors à la règle de conflit du for le soin de déterminer l'ordre juridique compétent. Pourtant, elles sont tout de même parvenues à s'accorder sur la soumission de certaines stipulations du contrat à un texte spécifique. Cette pratique s'apparente donc plus à un dépeçage du contrat, opérant une soumission de certaines stipulations spécifiques du contrat à une loi choisie, qu'à un choix de loi tacite. Ainsi, il semble inadéquat de conclure que la seule référence à une disposition légale spécifique suffise à traduire l'existence d'un choix de loi applicable à l'ensemble du contrat.

677. Ensuite, la constatation de l'absence de choix exprès pourrait permettre de démontrer au contraire que les parties n'ont pas conclu d'accord sur la loi applicable¹¹⁶³. L'interprétation de la volonté tacite conduirait alors à déduire de cette absence de choix exprès, la volonté des parties de ne désigner aucune loi et de s'en remettre à la juridiction compétente pour déterminer la loi applicable.

678. Enfin, l'existence d'un choix tacite pourrait être démontrée par le fait que les parties plaident conformément à un même droit national¹¹⁶⁴. Cependant, une telle hypothèse s'apparente plus à un accord non exprimé entre les parties, après la survenance du dommage, sur la loi applicable à la *culpa in contrahendo*, conformément à la faculté que leur reconnaît l'article 14 du Règlement Rome II¹¹⁶⁵. Les parties ne se seraient pas accordées sur la *lex contractus*, mais choisiraient, devant le juge, de soumettre leur litige précontractuel à une même loi déterminée.

679. En conclusion, l'analyse des éléments du contrat ne permet pas une traduction fidèle du souhait des parties, ni une détermination de la loi choisie par les parties. Pour cela, l'étude se double d'une lecture des documents précontractuels.

2) L'étude des documents précontractuels

680. Lorsque la compréhension du contenu d'un contrat est délicate et nécessite quelques éclaircissements, l'observation de la période précontractuelle peut apporter quelques indices

¹¹⁶² En ce sens, v. J.-M. JACQUET, *Rép. internat. Dalloz*, v° Contrats et Conventions, D. 1998, n°114; Aussi. N. JOUBERT, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement Rome I ? », in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, S. CORNELOUP, N. JOUBERT (dir.), 2011, Litec, pp. 229 à 252, spéc. p. 247.

¹¹⁶³ J.-M. JACQUET, *op. cit.*

¹¹⁶⁴ V. dans ce sens Sent. CCI n°10264 en 2000, *JDI* 2004, p. 1256, obs. S. JARVIN; V. aussi Sent. partielle CCI n° 8113 en 1995, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. IV, ICC Publishing, 2003, p. 385.

¹¹⁶⁵ Art. 14 Règlement Rome II : « Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle: a) par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage; ou b) lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage. Ce choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers. »; V. O. BOSKOVIC, « L'autonomie de la volonté dans le Règlement Rome II (1) », *D.* 2009, p. 1639.

permettant d'éclairer le sens du contrat. C'est en effet au cours de cette étape que les parties ont exprimé leurs souhaits respectifs en formulant des propositions et en adaptant des contre-propositions conformes aux attentes de leur partenaire respectif. Analyser la phase des pourparlers permet ainsi de comprendre les ambitions des parties qui sont censées être retranscrites dans le contenu du contrat¹¹⁶⁶. Les juridictions procèdent à cette analyse en cas de nécessité¹¹⁶⁷.

681. Il ne faudrait pas en déduire trop hâtivement cependant que la volonté tacite des parties dans le choix de la loi applicable à leur contrat puisse être clairement et systématiquement identifiée à travers l'étude des pourparlers. En effet, cette phase de discussions ne se réduit pas à un échange limité de documents au contenu homogène. Bien au contraire, elle est souvent marquée par l'intervention d'éléments à la nature et à la teneur très hétérogènes. Certains éléments se présentent sous la forme de documents écrits, tels que des propositions de contrats, mais aussi des conditions générales de convention ou des accords partiels sur certains points de discussion. D'autres peuvent prendre la forme d'accords verbaux ou de comportements adoptés par les parties en adéquation avec une telle acceptation. Concernant la disparité de leur teneur, il faut comprendre ainsi que l'ensemble des éléments composant les pourparlers précontractuels ne s'oriente pas dans un sens unique d'achèvement des discussions. Certaines propositions poursuivant un objectif déterminé seront anéanties par des contre-propositions en sens contraire.

682. La volonté des parties n'est donc pas clairement exprimée dans un nombre restreint de documents. Son déchiffrement nécessite l'analyse du « fatras contradictoire venant émailler les négociations »¹¹⁶⁸. Si, par exemple, les conditions générales de vente d'une partie contiennent une clause d'*electio juris*, alors la juridiction saisie d'un litige sur ce point pourra être tentée de retenir une volonté tacite des parties d'accepter un tel choix de loi applicable. Cependant, si des documents viennent démontrer l'existence de discussions entre les parties sur ce point, alors un doute subsistera quant à l'acceptation d'une telle clause. De même, si le choix de la loi applicable a constitué un point crucial au cœur des négociations, il est difficile de déterminer, à la lecture de documents en sens opposés, quelle a été la volonté définitive des parties, au moment de la finalisation du contrat. Dès lors, si l'analyse des pourparlers ne permet pas une compréhension certaine et évidente du contrat au moment de son exécution, ce constat s'accroît davantage lorsque le contrat n'a pas été conclu. Cette hypothèse se présente lorsque la recherche de l'existence d'un choix de loi tacite est envisagée pour déterminer la loi applicable à la rupture des pourparlers, en tant que loi qui aurait été applicable au contrat s'il avait été formé, conformément à l'article 12 du Règlement Rome II. Dans ces conditions, il est difficile de déterminer l'existence d'une attente des parties sur la

¹¹⁶⁶ V. Sent. partielle CCI n° 7710 en 1995, *JDI* 2001, p. 1157, note Y. DERAÏNS, dans laquelle les arbitres ont considéré les « circonstances entourant la négociation des contrats » pour déterminer qu'elles ont été « l'intention et l'attente raisonnable des parties concernant le droit applicable ».

¹¹⁶⁷ Pour une analyse des conditions générales de contrat dans la détermination de la loi applicable, v. CA Douai, 13 juill. 1988; *JDI* 1990, p. 403, note J.-M. JACQUET.

¹¹⁶⁸ J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010, n° 1850.

loi applicable alors que les pourparlers n'ont pas abouti. D'autant que la clause d'*electio juris* reste un point de discussion qui apparaît tardivement dans les tractations¹¹⁶⁹.

Par conséquent, l'analyse des documents précontractuels ne permet pas de dégager avec certitude l'existence d'un choix de loi. L'analyse du contexte des négociations apportera peut-être, elle, plus de précisions.

ii. L'analyse du contexte des négociations

683. L'observation des pourparlers peut révéler la récurrence de certains éléments permettant de s'interroger sur l'existence d'un possible choix de loi tacite. Les plus significatifs restent la langue adoptée par les parties pour formuler leurs échanges (1), ainsi que les relations préexistant aux pourparlers (2).

1) La langue des négociations

684. Un critère semblerait pertinent, à première vue, pour établir l'existence d'un choix de loi tacite : la langue utilisée par les parties¹¹⁷⁰. Lorsque les négociations se déroulent entre des parties établies dans des Etats différents, il est fréquent que leurs langues maternelles soient distinctes. Dans ce cas, les échanges, que ce soit par des discussions orales ou la rédaction de documents écrits, devront s'effectuer dans une ou plusieurs langues. Si tous les éléments se présentent dans une seule et même langue, alors il semblerait possible de considérer qu'il existe une volonté des parties d'élire une loi applicable, et ce, au profit de la loi de l'Etat dont la langue a été adoptée.

685. Cependant, une seconde analyse met en échec un tel raisonnement. Il est difficile d'établir un choix de loi d'après l'observation de la langue utilisée, et cela essentiellement pour trois raisons.

Tout d'abord, il reste tout à fait envisageable que plusieurs langues différentes soient admises au cours des différentes étapes des négociations : les documents peuvent être transcrits dans la langue de chacune des parties (voire même être traduits), les discussions orales échangées dans une autre langue et, enfin, le contrat rédigé dans une langue tierce¹¹⁷¹. Dans cet exemple, quatre langues au moins ont vocation à intervenir au cours des pourparlers, ce qui trouble évidemment le décryptage d'un quelconque choix de loi applicable.

¹¹⁶⁹ B. BOURDELOIS, « Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Ph. MALAURIE*, Defrénois, 2005, pp.107 et s, spéc. p. 113.

¹¹⁷⁰ Pour un exemple de considération de la langue pour déterminer la loi du contrat, v. Cass. civ., 24 janv. 1978, *JCP* 1978, II, 18821, concl. P. GULPHE; *RCDIP* 1978, p. 689, note V. DELAPORTE; *RTD com.* 1978, p. 201, obs. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL; Comp. dans une hypothèse où la Cour de cassation a sanctionné la Cour d'appel pour avoir déterminé la loi applicable à une promesse de rachat en se bornant à retenir la langue des documents et leur lieu de conclusion comme indices de localisation du contrat en France : Cass. civ. 1^{ère}, 12 janv. 1994, *Soc. Carrefour c./ M. de MARCHI*, *RCDIP* 1994, p. 92, note H. MUIR WATT.

¹¹⁷¹ D'autant que l'utilisation fréquente d'anglicisme conduit à multiplier les langues utilisées dans la rédaction d'un même contrat. V. par ex. l'utilisation de la clause de *earn out*, reconnue par les juridictions françaises : Cass. com., 10 mars 1998, n° 96-10.168, *Bull. Joly* 1998, p. 464, note A. COURET, *RTD civ.* 1998, p. 899, obs. J. MESTRE; *Add. B. FAGES*, « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Dr. & patr.* 1999, p. 72.

Ensuite, il est envisageable que le choix de la langue adoptée évolue au cours des négociations¹¹⁷². Doit-on faire prévaloir la langue du contrat sur celle des pourparlers ? Ou donner la préférence à la langue la plus fréquemment utilisée au cours de cette période ? Aucune solution ne semble satisfaisante et pour cause, il apparaît tout simplement contestable de traduire un choix de langue par un choix de loi applicable.

Enfin et surtout, le choix de la langue adoptée lors de la construction du projet contractuel et le choix de loi applicable au futur contrat constituent deux enjeux différents. En effet, la sélection de la langue des négociations répond à des nécessités pratiques. Il est indispensable d'adopter une langue qui permette d'assurer une compréhension sans ambiguïté entre les parties. La première possibilité est que les parties choisissent d'échanger dans une langue commune¹¹⁷³. L'anglais devient une des langues les plus répandues en matière de commerce international¹¹⁷⁴. Elle permet également d'échapper au risque de dénaturation engendrée par les traductions¹¹⁷⁵. Lorsque les parties souhaitent rédiger leurs conditions générales de contrat, elles choisiront une langue fréquemment parlée pour éviter d'avoir recours à une traduction : d'une part, parce que cette opération est coûteuse, mais surtout parce que plus un acte fait l'objet de traductions, plus son contenu risque d'être dénaturé¹¹⁷⁶.

La seconde possibilité est que les parties choisissent de ne pas adopter une langue neutre, mais au contraire la langue de l'une des parties. Dans ce cas, ce souhait se justifie par un aspect pratique, comme cela vient d'être envisagé, mais peut aussi s'expliquer par une action stratégique. En effet, le choix de la langue peut constituer un effort réalisé par la partie qui

¹¹⁷² D. LAMETHE, « Les langues de l'arbitrage international : liberté raisonnée de choix ou contraintes réglementées ? . - D'autres intérêts économiques sont en jeu : ils sont culturels, moraux et sociaux et ils doivent être préservés. C'est au juriste de dire comment (Philippe FOUCHARD) », *JDI* 2007, p. 9.

¹¹⁷³ Le choix d'une langue commune réduit, sans exclure totalement, les risques d'incompréhension entre les parties, compte tenu de la diversité des versions nationales existante pour une même langue. Sur ce point, v. S. CHATILLON, « Droit et langue », *RIDC* 2002, n°3, p. 687; Comp. la différence de valeur du latin juridique dans les divers pays et le risque de malentendus qu'elle véhicule étudiée par H. E. S. MATTILA, « *De Aequalitate latinitatis jurisperitorum* : Le latin juridique dans les grandes familles de droit contemporaines à la lumière des dictionnaires spécialisés », *RIDC* 2002, n° 3, p.717.

¹¹⁷⁴ F. DE LY, « Law and practice of drafting international contracts : La pratique de la rédaction des contrats internationaux », *RDAI* 2002, n°3/4, pp. 461 et s, spéc. p. 470, où l'auteur remarque la standardisation des contarts internationaux en langue anglaise; Comp. dans le même sens : B. DAUNER LIEB, « Vers un droit européen des obligations », *RIDC* 2004, n°3, p. 568, qui relève avec humour que l'utilisation systématique de l'anglais conduit des partenaires allemands à être confrontés à des différends formulés en anglais; V. cependant : V. STULZ, « Polémique autour de l'usage de l'anglais dans les entreprises », *LPA* 31 oct. 2005, n° 216, p. 3.

¹¹⁷⁵ Pour une étude plus générale des difficultés d'appréhensions des documents rédigés dans une langue étrangère, v. D. LAMETHE, *op. cit*; Adde O.MORETEAU, « L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue », *RIDC* 2006, n°2, p. 327; M. GORE, « La rédaction du contrat », *LPA* 06 mai 1998, n° 54, p. 30.

¹¹⁷⁶ Cass. com., 25 juin 1968, n° 66-14.048 et n° 66-14.047, *Bull. civ.* IV, n° 203, qui relève qu'est toujours susceptible d'interprétation, un contrat rédigé en langue étrangère; Pour des exemples de difficultés de traduction rencontrées par la jurisprudence, v. notamment : Sent. partielle CCI n° 5548 en 1988, *Yearbook commercial Arbitration* 1991, p. 79 (interprétation du terme « rescind » pour la compréhension d'un contrat rédigé en versions italienne et allemande, conformément à la nationalité respective des parties; CA Paris, 2 déc. 1992, *RJDA* 1993, n° 200 (interprétation d'une clause d'arbitrage rédigée en anglais); Cass. it., 11 août 2000, *Gaz. Pal* 29 avr.-3 mai 2001, pan., p. 72, obs. T. TAMPIERI (difficulté de traduction du droit italien); CA Versailles, 8 déc. 2007, *SAS Braun Medical/SA Laboratoires Léo Pharma* (interprétation du terme « leader » présent dans un contrat).

entame les négociations en montrant l'intérêt qu'elle porte à son futur partenaire, ou bien un élément de négociation qui attend une contrepartie¹¹⁷⁷.

686. Pour conclure, dans toutes ces hypothèses, le choix de la langue utilisée lors des négociations ou de la rédaction du contrat ne répond aucunement aux objectifs du choix de loi applicable¹¹⁷⁸. Ces deux éléments concernent des enjeux différents. Il n'est donc pas pertinent de déduire un quelconque choix de loi applicable *via* le choix de la langue adoptée.

A ce stade du raisonnement, il semble qu'aucun élément ne puisse permettre d'établir l'existence d'un choix de loi tacite qui s'appliquerait au contrat et, par extension, aux hypothèses précontractuelles de *culpa in contrahendo*. Il existe pourtant un critère qui, à certaines conditions, serait susceptible d'orienter la juridiction compétente vers la reconnaissance d'un tel choix de loi. Il s'agirait de prendre en considération la relation existante entre les parties.

2) La relation préexistante entre les parties

687. Bien évidemment, la relation préexistante entre les parties ne peut constituer un élément pertinent que si des liens antérieurs aux négociations litigieuses ont été tissés entre les parties ou si le projet de contrat concerné s'inscrit dans un contexte contractuel de plus grande ampleur. Lorsque les parties se rencontrent pour organiser la rédaction de leur premier et unique contrat entre elles, il n'existe aucun élément extérieur de ce type permettant d'aider dans l'interprétation de la volonté des parties. Ce qui n'est pas le cas lorsque le contrat se négocie dans un milieu familial.

688. Deux hypothèses doivent être cependant distinguées. Selon la première hypothèse, il est possible que le contrat discuté ou conclu se situe dans une succession de contrats. Si les parties ont inséré dans la majorité de leurs contrats une clause d'*electio juris* en faveur de la même loi applicable, il semblerait envisageable de considérer que tous les contrats s'inscrivant dans ce même contexte doivent être soumis à cette même loi¹¹⁷⁹. Il faut prendre garde à ne pas considérer que tous les contrats doivent être automatiquement soumis à cette loi de manière homogène, mais, au contraire, à reconnaître l'existence d'une volonté tacite des parties de soumettre tous leurs contrats à cette même loi. L'objectif poursuivi reste ici de placer la volonté des parties au cœur de la recherche de la loi applicable en laissant s'exprimer leur souhait tacite. Pour ce faire, il est évidemment nécessaire que la majorité, voire tous les contrats de même nature, comportent une clause d'*electio juris* identique. Une récurrence ne peut être constituée que si des éléments semblables se répètent. Or, le choix de la loi étant adapté au contrat concerné, si la nature du contrat varie, la loi le peut aussi. Donc, reconnaître l'existence d'un choix tacite au contrat, lorsque d'autres présentent une clause de choix de loi

¹¹⁷⁷ Dans la culture chinoise, l'utilisation de la langue de l'autre partie est perçue comme un abaissement tellement prononcé que cette pratique est déconseillée : J.-M.LONCLE, J.-Y. TROCHON, « La phase de pourparlers dans les contrats internationaux », *RDAI* 1997, pp. 3 et s, spéc. p. 10.

¹¹⁷⁸ Comp. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 10^{ème} éd, Montchrestien, 2010, n° 721.

¹¹⁷⁹ En ce sens, v. le Rapport Giuliano-Lagarde, *JOCE*, n° C. 282 du 31 oct. 1980, p. 14.

identique, ne peut être envisagé que dans des conditions très réduites : lorsqu'un nombre significatif de contrats de même nature, et conclus avec les mêmes parties, comprend une clause d'*electio juris* identique.

Mais, l'absence de clause de choix de loi dans un des contrats négociés ne peut pas se traduire systématiquement par une omission involontaire des parties et être convertie en l'expression d'un choix tacite¹¹⁸⁰. En effet, il pourrait être déduit, à l'inverse, que si les parties, qui avaient pris le soin d'insérer une telle clause auparavant dans tous leurs contrats, ont agi différemment, c'est peut-être qu'elles souhaitaient justement discuter d'un autre choix de loi. Cette absence de clause d'*electio juris* exprimerait bien leur volonté, mais une volonté de s'accorder sur un autre choix de loi et non de s'aligner sur les choix précédents. De même, si le contrat négocié n'est pas encore conclu, il serait prématuré de conclure qu'en cas de réussite des pourparlers, les parties auraient forcément introduit la clause de choix de loi, comme à leur habitude. Un tel raisonnement conduirait à enfermer les parties dans leurs pratiques routinières, en les privant de toute possibilité de revirement, et s'inscrirait en opposition avec les objectifs de respect de la volonté des parties, poursuivis par le Règlement Rome I¹¹⁸¹.

689. La deuxième hypothèse concerne l'intervention d'un contrat dans un ensemble contractuel¹¹⁸². Les parties peuvent avoir prévu une loi applicable à leur contrat sans préciser la loi applicable aux contrats accessoires. Peut-on reconnaître l'existence d'un choix tacite de la loi applicable au contrat principal en faveur de la loi désignée dans le contrat accessoire ? Probablement pas. Ces deux contrats, de nature différente, ne nécessitent pas l'application d'une loi identique. D'autant que certaines conventions spéciales risquent de se trouver applicables. On pense aisément à l'exemple des ventes internationales de marchandises nées en application d'un contrat de distribution et qui peuvent être soumises à la Convention de Vienne¹¹⁸³. Dans ce cas, une assimilation de la loi choisie dans le contrat-cadre et à celle applicable au contrat d'application est contraignante, puisqu'elle conduit à s'interroger sur une exclusion implicite de la convention spéciale en faveur du droit interne désigné dans le contrat principal. En effet, reconnaître que les parties ont souhaité étendre, à leur vente, leur choix de loi applicable au contrat-cadre signifie que les parties ont choisi d'appliquer à la vente une loi nationale déterminée. Or, la vente internationale est régie par une convention de droit matériel, la Convention de Vienne. Ce qui conduit à se demander si cette convention reste applicable si la loi nationale élue est celle d'un Etat contractant, ou bien si le choix de

¹¹⁸⁰ C. KESSEDJIAN, « les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales », *RIDC* 1995, p. 373.

¹¹⁸¹ Considérant 11 Règlement Rome I; V. les commentaires de S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du Règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2157.

¹¹⁸² P. MAYER, V. HEUZE, *op. cit.*, p. 487, n° 721, qui relèvent la possibilité de reconnaître l'existence d'un choix tacite de la loi d'un contrat accessoire en faveur de la loi du contrat principal; V. aussi la jurisprudence citée.

¹¹⁸³ Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-17.752, *D.* 2007, p. 795, obs. E. CHEVRIER; *ibid.* 2008, p. 2620, obs. C. WITZ; *RTD civ.* 2007, p. 302, obs. P. REMY-CORLAY; *RTD com.* 2007, p. 586, obs. B. BOULOC et 2008, p. 208, obs. Ph. DELEBECQUE; *RDC* 2007, p. 1255, obs. J.-B. RACINE; *JCP* 2007, I. 172, Chron. « Droit international et européen », M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), n° 1, obs. M. NADAUD.

cette loi nationale exclut l'application de la Convention de Vienne au profit des dispositions internes de la loi nationale choisie¹¹⁸⁴.

690. Par conséquent, les éléments entourant les négociations ne paraissent pas suffisamment pertinents pour permettre d'établir une volonté tacite des parties en faveur d'un choix de loi. Surtout que cette incertitude est encore plus marquée lorsque le contrat n'a pas été conclu. Déterminer le choix tacite des parties de la loi au contrat conclu est déjà délicat; alors identifier la volonté tacite qui se serait exprimée si le contrat avait été conclu relève de l'impossible. A noter, pour conclure sur ce point, que d'autres éléments ont pu permettre aux juridictions de retenir l'existence d'un choix tacite, à l'instar du lieu de paiement ou de la monnaie utilisée¹¹⁸⁵. Cependant, aucun de ces éléments pris isolément n'est assez opportun pour fonder un tel raisonnement. Il faut ajouter que même en présence d'un faisceau d'indices, constitué par l'ensemble des éléments analysés précédemment, la reconnaissance d'un choix tacite reste très discutable. Cette hypothèse devrait être exclue lorsqu'elle consiste à désigner la loi du contrat virtuel, c'est-à-dire dans le cas où le contrat n'a pas été formé. En l'absence d'un choix clairement exprimé, seule une détermination objective devrait permettre d'établir la loi applicable à la *culpa in contrahendo*.

¹¹⁸⁴ Comp. la question de l'applicabilité de la Convention de Vienne lorsque la loi choisie par les parties pour régir la vente est la loi d'un Etat contractant. Sur ce point, la jurisprudence se prononce largement en faveur de l'applicabilité de la Convention de Vienne. Pour la jurisprudence française, v. CA Paris, 6 nov. 2001, *D.* 2002, p. 2795, obs. C. WITZ; *RTD com.* 2002, p. 210, obs. Ph. DELEBECQUE; Com. 17 déc. 1996, n° 95-20.273, *RCDIP* 1997, p. 72, note J.-P. REMERY; *D.* 1997, p. 337, note C. WITZ; Pour une affaire où la LUVI était applicable : Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, n° 92-13.161, *RCDIP* 1994, p. 545, note D. BUREAU; En matière d'arbitrage : Sent. CCI en 1993, *Aff.* n° 6653, *JDI* 1993, p. 1040, obs. J.-J. ARNALDEZ; Sent. CCI en 1995, n° 8324, *JDI* 1996, p. 1019; Sent. CCI en 2004, n° 12418, *JDI* 2010, p. 1188, obs. J.-J. ARNALDEZ.

¹¹⁸⁵ Civ. 7 juin 1977, *RCDIP* 1978, p. 119, note H. BATIFFOL; *JDI* 1978, p.879, note Kahn ; *RTD com.* 1978, p. 200, obs. LOUSSOUARN, BOUREL.

B. LA DETERMINATION OBJECTIVE DE LA LOI APPLICABLE

691. A défaut de pouvoir retenir un choix de loi par les parties, l'article 4 du Règlement Rome I, à l'instar de la Convention de Rome, désigne la loi du lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique¹¹⁸⁶. En matière de *culpa in contrahendo*, la virtualité des éléments du contrat avant sa formation accentue les difficultés de mise en œuvre de cette disposition. Cette règle conduit à s'interroger sur l'identification non seulement de la prestation caractéristique (1), mais aussi de la résidence habituelle de son débiteur (2).

1. LES DIFFICULTES D'IDENTIFICATION DE LA PRESTATION CARACTERISTIQUE

692. Les rédacteurs du Règlement Rome I ont été conscients du caractère évanescent de la notion de prestation caractéristique qui n'a d'ailleurs pas fait l'objet de définition¹¹⁸⁷. Son interprétation peut conduire à certaines contradictions¹¹⁸⁸. Peut être citée, à titre d'exemple, la détermination de la prestation caractéristique en matière de contrat de distribution, qui a connu plusieurs revirements de jurisprudence avant d'atteindre une solution constante en 2001, qui fût pourtant renversée à nouveau par la rédaction du Règlement Rome I¹¹⁸⁹. Pour pallier cette difficulté, le règlement communautaire a retenu des solutions spéciales applicables aux contrats les plus fréquemment rencontrés¹¹⁹⁰. Il s'agit de désigner la prestation caractéristique de certains contrats nommés (a). Pour les contrats complexes, le Règlement Rome I conserve la solution de principe, en renvoyant à la recherche de la prestation caractéristique (b).

a. La détermination de la prestation caractéristique des contrats nommés négociés

693. L'article 4, alinéa 1, du Règlement Rome I a pour objet de relier certains types de contrat à une prestation caractéristique correspondante. Il permet de soustraire l'étape

¹¹⁸⁶ Art. 4, al. 1, et 4, al. 2, Règlement Rome I.

¹¹⁸⁷ En l'absence de définition par le texte de la Convention de Rome de 1980, il peut être citée la définition proposée par le rapport Giuliano-Lagarde qui retient que la prestation caractéristique correspond à : « la prestation pour laquelle le paiement est dû » : Rapport Giuliano-Lagarde, précité.

¹¹⁸⁸ Sur la complexité de la notion, v. de manière générale M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Recherches juridiques, 2002.

¹¹⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2001, *JCP G* 2001, II, 10634, note J. RAYNARD, *D.* 2002, p. 198, note C. DILOY, *ibid.*, p. 1397, obs. B. AUDIT; *LPA* 30 mai 2002, n° 108, p. 11, note H. CHANTELOUP; Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 2003, *RDC* 2004, p. 770, obs. D. BUREAU, *JCP G* 2004, II, 10046, note J. RAYNARD, *JDI* 2004, p. 1179, note M.-E. ANCEL; Adde H. KENFACK, « L'article 4 de la Convention de Rome et les contrats de distribution », *D.* 2004, p. 494.

¹¹⁹⁰ Art. 4, al. 1, Règlement Rome I; Pour un accueil favorable, v. M.-E. ANCEL, « Le Règlement Rome I, nouvelle pièce du système communautaire de droit international privé », *Rev. Lamy Dt. civil* 2008, p. 53.

d'identification de la prestation caractéristique à l'interprétation des juridictions et uniformiser les résultats tant à l'échelle de la jurisprudence interne qu'à celle de l'ensemble des Etats membres. Ainsi, le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle; le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle; 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; etc. Pour désigner la loi applicable à la *culpa in contrahendo* via la règle de conflit objective, à défaut de choix de loi, il suffit d'identifier la nature du contrat conclu ou à conclure. A chaque contrat de nature différente, sera associée une prestation caractéristique permettant de déterminer la loi applicable.

694. Le passage du principe d'autonomie à l'intervention d'une règle de conflit objective n'écarte cependant pas totalement le rôle de la volonté des parties dans l'identification de la loi applicable. En effet, pour déterminer la loi applicable à la *culpa in contrahendo*, il ne s'agit certes plus de rechercher la volonté des parties dans le cadre de l'*electio juris*, mais dans leur choix de contrat à conclure¹¹⁹¹. Doit ainsi être recherchée la nature du contrat que les parties ont souhaité former. Si la nature du contrat ne peut être déterminée, alors la règle de conflit objective ne permettra pas de désigner la loi applicable.

695. A première vue, la détermination de la nature du contrat semble n'être qu'une formalité. En principe, les parties ont connaissance de la nature du contrat envisagé dès l'initiation des pourparlers. Mais les négociations demeurant un espace sans frontière temporelle, perdure une incertitude jusqu'à la conclusion du contrat¹¹⁹². Il est envisageable que l'objectif contractuel des parties varie au fur et à mesure de l'avancée des tractations. Par exemple, un projet de simple vente ponctuelle pourrait muer en un contrat de distribution, si les parties décident de faire évoluer leur accord. Si les pourparlers sont rompus à mi-parcours, il pourra être délicat de déterminer si le contrat envisagé portait sur une vente ou un contrat de distribution. De même, peut-on considérer que si les parties n'avaient pas encore évoqué la contrepartie souhaitée dans le cadre d'un contrat de vente, celui-ci doit être examiné comme un contrat de donation ? Cette hypothèse extrême, presque irréaliste, démontre la difficulté de l'exercice. La complexité des contrats internationaux ne permet pas toujours de déterminer leur nature, une fois que tous les éléments du contrat formé sont présents. Il est possible d'imaginer alors l'embarras multiplié lorsque le contrat demeure à un stade embryonnaire. Cette hésitation quant à la nature du contrat envisagé entrave ainsi la détermination de la prestation caractéristique visée par le Règlement Rome I. Mais la difficulté ne se réduit pas à l'application du Règlement Rome I.

¹¹⁹¹ V. sur ce point : P. LAGARDE, A. TENENBAUM, « De la Convention de Rome au Règlement Rome I », *RCDIP* 2008, n° 4, p. 728, qui mettent en évidence les difficultés de qualification qui découlent de la nouvelle structure de l'article 4, al. 1, du Règlement Rome I; Pour un exemple de difficulté de qualification, concernant l'application de la Convention de Rome, v. M.-E. ANCEL, « loi applicable à défaut de choix des parties : Rome vue du plateau de Kirchberg », *Rev. Lamy Dt. civil*, 2010, p. 69.

¹¹⁹² R. ARENAS GARCIA, « La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II », *Revista para el análisis del derecho*, 2008, n° 4, p. 15.

696. Plusieurs conventions ont été élaborées afin de permettre la détermination de la loi applicable à un contrat donné. Le Règlement Rome I ne constitue que le droit commun des règles de conflits de lois en matière contractuelle. Il prévoit en son article 25 sa propre éviction face à l'applicabilité d'une convention internationale spéciale, contenant des règles spécifiques au contrat en cause¹¹⁹³. Ainsi, si le litige porte sur une question de nature contractuelle, la loi applicable au contrat sera recherchée en application de la convention internationale la plus adaptée. Si le projet contractuel négocié porte sur une vente internationale, deux conventions sont susceptibles de s'appliquer.

Tout d'abord, la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels¹¹⁹⁴ a vocation à s'appliquer. Elle prévoit, à son article 3, qu'à défaut de choix des parties sur la loi applicable à la vente, le contrat est régi par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. A ce stade du raisonnement, l'intervention de la Convention de La Haye ne trouble pas la détermination de la loi applicable puisqu'en élisant la loi de l'Etat de résidence du vendeur, elle retient la loi de résidence du débiteur de la prestation caractéristique. Sa démonstration s'aligne donc sur celle du Règlement Rome I.

Cependant, l'alinéa 2 de l'article 3 apporte une dérogation, justifiant l'intérêt du concours de la Convention de La Haye. Il prévoit en effet que la vente est régie par la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle, ou dans lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis-voyageur. Transposée à la *culpa in contrahendo*, cette disposition signifie que lorsque les négociations sont initiées sur le territoire de l'acquéreur potentiel, ce dernier ayant transmis sa commande dans cet Etat, alors c'est la loi du pays de résidence de l'acquéreur qui sera applicable au contentieux né des pourparlers. Lorsque les négociations s'étalent sur une longue durée, il pourra être difficile de déterminer si la demande transmise correspond bien à une commande définitive au sens de la Convention de La Haye. Si le document ne contient qu'une proposition intermédiaire, alors que la version définitive a été reçue par le vendeur dans un autre Etat que celui de l'acquéreur, l'alinéa 2 ne trouvera pas à s'appliquer. La loi retenue ne sera pas la loi de l'acquéreur.

697. Ensuite, si le contrat projeté correspond à une vente internationale de marchandises telle que la définit la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises¹¹⁹⁵, alors le droit commun de la vente internationale trouvera à s'appliquer.

¹¹⁹³ Art. 25 Règlement Rome I : « 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. 2. Toutefois, le présent règlement prévaut entre les États membres sur les conventions conclues exclusivement entre deux ou plusieurs d'entre eux dans la mesure où elles concernent des matières réglées par le présent règlement. »

¹¹⁹⁴ Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 juin 1955.

¹¹⁹⁵ Art. 3 CVIM : « 1) Sont réputés ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande celles-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production. 2) La présente Convention ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services ».

Certes, ce texte ne s'intéresse pas directement au contentieux précontractuel. Mais une analyse plus précise montre qu'il contient des dispositions relatives à la formation du contrat susceptibles d'intéresser la période de l'avant-contrat. La Convention de Vienne peut ainsi intervenir dans la gestion des négociations. La détermination de la nature du contrat projeté occupe, de ce fait, une place centrale dans le traitement du contentieux né des pourparlers. Reste à établir si le projet envisagé remplit bien les conditions posées par la Convention de Vienne. L'article 3 a pour objectif de circonscrire la vente en excluant les transactions s'approchant du contrat d'entreprise. Elle exclut de son domaine d'application les conventions dans lesquelles le commanditaire fournit une part essentielle des éléments matériels nécessaires à la fabrication ou la production des marchandises, ainsi que les contrats portant sur une fourniture de main d'œuvre¹¹⁹⁶. Il n'est donc pas évident que la vente négociée puisse être identifiée comme une vente relevant de la Convention de Vienne. Si les discussions des parties au cours des négociations portent sur une possible fourniture de matériels nécessaires à la fabrication des marchandises commandées, alors il sera délicat en cas d'échec des tractations de déterminer quelle était la part réelle des éléments fournis par le commanditaire dans le contrat projeté. Cette difficulté d'établir avec précision l'objet du contrat s'ajoute ainsi à l'identification de la nature du contrat.

698. Pour conclure, il est possible de relever que, dans les différentes hypothèses envisagées, l'hésitation portait sur la correspondance du contrat négocié avec des contrats nommés directement considérés par les textes internationaux. En effet, la Convention de Vienne, comme la Convention de La Haye de 1955, intéressent directement la vente. L'article 4, alinéa 1, du Règlement Rome I relie huit contrats déterminés à la prestation caractéristique correspondante. Pourtant, le contentieux des pourparlers ne se réduit pas à ces cas. Il est en effet possible que le projet négocié concerne un contrat complexe, non visé par le Règlement Rome I.

b. La détermination de la prestation caractéristique des contrats complexes négociés

699. L'hypothèse de la négociation de contrats complexes se présente notamment lorsqu'est discutée la conclusion de contrats de collaboration pour lesquels la prestation caractéristique sera difficile à déterminer. Cette difficulté sera d'autant plus accrue si les pourparlers n'aboutissent pas puisqu'aucune vision du contrat définitif ne pourra être établie de façon certaine. Dans ce cas, soit la prestation caractéristique sera recherchée à travers l'analyse des prestations envisagées par les parties, soit il sera tout simplement conclu à l'impossibilité de déterminer la prestation caractéristique.

700. L'emprunt de chacune de ces deux voies conduit à se heurter à des obstacles. En effet, déterminer la prestation caractéristique en étudiant les obligations projetées par les parties ne sera pas une tâche facile dès lors qu'en l'absence de conclusion du contrat, les obligations des

¹¹⁹⁶ Cf. art. 3 CVIM, précité.

intéressés sont susceptibles de varier. Par exemple, dans le cadre d'un contrat de collaboration portant sur un projet de construction, une première partie pourra chercher à démontrer qu'elle est le débiteur de la prestation caractéristique puisque le contrat prévoit qu'elle serait responsable de la construction de bâtiments, alors que la seconde partie fera valoir en réponse que les négociations envisageaient que celle-ci fournirait les matériaux nécessaires, ce qui conduirait à reconnaître que la seconde partie serait débitrice de la prestation caractéristique. Cependant, conclure à l'impossibilité de déterminer la prestation caractéristique ne facilite pas la désignation de la loi applicable au contentieux précontractuel. L'article 4, alinéa 4 du Règlement Rome I élit, dans cette hypothèse, la loi qui présente les liens les plus étroits. Or, une telle disposition appelle nécessairement à l'interprétation de la juridiction compétente, créant ainsi une insécurité juridique. D'autant qu'un tel raisonnement s'éloigne de l'objectif poursuivi par l'article 12 du Règlement Rome II. La loi du contrat a été retenue comme loi applicable aux négociations du fait qu'elles étaient supposées présenter des liens étroits entre elles¹¹⁹⁷.

Mais si la loi du contrat peine à être établie, cette union perd tout fondement. Il semble ainsi que la loi du contrat ne devrait plus servir de base à la loi applicable à la *culpa in contrahendo* lorsque sa détermination présente un tel niveau d'incertitude¹¹⁹⁸.

701. Les difficultés de mise en œuvre de la règle de conflit objective ne se limitent pas à l'identification de la prestation caractéristique, elles s'étendent également à la reconnaissance de la résidence de son débiteur.

2. LES DIFFICULTES D'IDENTIFICATION DE LA RESIDENCE HABITUELLE DU DEBITEUR

702. Il est envisageable que la résidence du débiteur de la prestation caractéristique soit déplacée d'un Etat à un autre, au cours des négociations. La résidence constituant le facteur de rattachement permettant d'établir la loi applicable¹¹⁹⁹, son déplacement conduit à une situation de conflit mobile¹²⁰⁰. Deux lois auront vocation à s'appliquer : la loi de l'ancienne résidence et celle de la nouvelle résidence après déplacement.

Le Règlement Rome I connaît du conflit mobile. Il anticipe cette difficulté en prévoyant à son article 19, alinéa 3, que la résidence habituelle est déterminée au moment de la conclusion du contrat. Cette précision est adéquate en cas d'application directe du Règlement Rome I pour

¹¹⁹⁷ B. VOLDERS, « *Culpa in contrahendo* in the conflict of laws : a first appraisal of art 12 of the Rome II Regulation », *NIPR* 2008, n°4, p. 464.

¹¹⁹⁸ V. *infra*, n° 735 et s.

¹¹⁹⁹ Le choix du rattachement du contrat au pays dans lequel se trouve la résidence habituelle du débiteur de cette prestation se justifie par la facilité à localiser cet Etat, alors que l'identification du lieu d'exécution de la prestation caractéristique serait moins évidente : P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991, p. 287.

¹²⁰⁰ Par une définition du conflit mobile, v. F. RIGAUX, « Le conflit mobile en droit international privé », *RCADI* 1966, n° 80, p. 393; M. K. FAHMY, *Le conflit mobile de lois en droit international privé*, thèse dactyl., Paris 1951, p. 1; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, t. I, 8^{ème} éd., LGDJ, 1993, n° 318, p. 517; M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, Paris, Dalloz, 2005, n° 3, p. 2.

des questions de nature contractuelle s'inscrivant dans son champ d'application. Mais lorsque le Règlement Rome I n'est appliqué qu'indirectement, par renvoi opéré par l'article 12 du Règlement Rome II, cette disposition n'est plus appropriée. En effet, dans l'hypothèse fréquente de *culpa in contrahendo* où le contrat n'est justement pas formé, comment déterminer la date à laquelle la résidence doit être considérée ?

703. Il est possible d'interroger le Règlement Rome II sur ce point. L'article 12 n'apporte aucune précision. Cependant, l'article 4 du Règlement, qui pose une règle générale en matière de responsabilité délictuelle, apporte un indice. Son alinéa 2 prévoit une exception à la loi du lieu de survenance du dommage lorsque l'auteur et la victime ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage. La résidence est ainsi appréciée au moment de la survenance du dommage, critère de référence plus adapté au contentieux précontractuel, puisqu'il n'impose pas la conclusion du contrat. En cas de conflit mobile venant complexifier le contentieux né des pourparlers, la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique pourrait s'apprécier au même moment. Si cette hypothèse apporte une réponse claire aux difficultés pratiques constatées, elle reste pourtant très contestable. En effet, l'article 12 du Règlement Rome II renvoyant à l'application de l'article 4 du Règlement Rome I, la résidence habituelle du débiteur devrait s'apprécier au regard du contenu du Règlement Rome I. Apprécier le contenu du Règlement Rome I au regard des dispositions du Règlement Rome II risque de conduire à des dénaturations du texte. De plus, ce raisonnement s'oppose aux objectifs poursuivis par l'article 12. Il cherche à établir une relation entre la loi applicable à la *culpa in contrahendo* et la *lex contractus*. Or, la loi du contrat ne correspond pas à la loi de l'Etat de résidence du débiteur de la prestation caractéristique au moment de la survenance du dommage, mais à la date de conclusion du contrat. Par conséquent, trois propositions peuvent être envisagées.

704. Selon une première proposition, pour respecter le sens des règlements communautaires, il faudrait que, dans l'hypothèse où le débiteur aurait prévu que sa résidence serait déplacée au jour de la formation du contrat, mais que les négociations échouent avant une telle mutation, le lieu de la nouvelle résidence soit considérée pour déterminer la loi applicable. La résidence du débiteur de la prestation caractéristique serait localisée dans l'Etat où elle aurait été effectivement établie si le contrat avait été conclu. Il s'agirait donc de prendre en compte un lieu de résidence virtuel, puisque celle-ci n'aura pas encore été déplacée. Ce raisonnement tortueux ne surprendrait qu'à moitié puisque l'article 12 repose lui-même sur un élément virtuel, la conclusion du contrat, lorsqu'il désigne la loi qui aurait été applicable au contrat s'il avait été formé. De même, l'article 10, alinéa 1, du Règlement Rome I reconnaît compétence à la loi du contrat alors que son existence est contestée. Pourtant, cette première proposition doit tout de même être écartée.

705. Une deuxième proposition consiste à considérer la résidence au jour du dommage. Mais cette solution reste également critiquable. En effet, non seulement elle contredirait la rédaction de l'article 12, mais en plus elle ne permettrait pas d'assurer la prévisibilité de la solution puisque le dommage est un événement subi, contrairement à la conclusion du contrat. Lorsque les parties choisissent d'un commun accord de conclure leur contrat, elles prennent

connaissance des éléments de fait, et notamment de la localisation de la résidence de leur partenaire à cet instant. S'il apparaît qu'au cours des négociations, le futur débiteur de la prestation caractéristique a déplacé sa résidence, l'autre partie peut choisir de renoncer au contrat ou d'introduire une clause d'*electio juris* pour soustraire le contrat projeté à l'application de la loi du débiteur. Mais quand survient un fait dommageable, causant préjudice à une partie aux négociations, celle-ci ne peut agir pour évincer la loi du débiteur si ce dernier a déplacé sa résidence.

706. Il serait alors préférable d'envisager une troisième et dernière proposition : considérer le domicile au jour de l'introduction des négociations. Mais ce moment peut également être difficile à déterminer. Si les parties sont en relation depuis une certaine période lorsque sont entamés des pourparlers, il peut s'avérer compliqué d'identifier le moment précis auquel les discussions sont entamées. Cette considération, loin de clarifier la mise en œuvre de l'article 12, apporte des incertitudes supplémentaires à lever.

707. En conclusion, aucune des trois solutions proposées ne permet de résoudre le conflit mobile. Placer virtuellement les parties dans la situation où elles se seraient situées si le contrat avait été conclu constitue déjà une source d'incertitude, qu'il ne faut étendre à l'excès. Ainsi, si des éléments permettent d'établir l'existence d'un risque de conflit mobile, il serait plus approprié de considérer que la loi du contrat ne peut être déterminée¹²⁰¹. Toutes ces difficultés d'application de l'article 12, alinéa 1, font douter de la pertinence du rattachement opéré par le Règlement Rome II de la loi applicable à la *culpa in contrahendo* à la *lex contractus*.

¹²⁰¹ L'article 12, al. 2, trouve alors à s'appliquer.

§2. LA PERTINENCE DISCUTABLE DU RATTACHEMENT A LA *LEX CONTRACTUS*

708. L'article 12 a doté la *culpa in contrahendo* d'un système complet de règles de conflit, puisqu'à la règle générale de l'alinéa 1 en faveur de la loi du contrat conclu ou projeté, sont associées des règles subsidiaires posées par l'alinéa 2. Le rattachement spécial de la *lex contractus* à la *culpa in contrahendo* conduit à unifier la gestion de la période précontractuelle. La question de l'existence et de la validité de l'engagement étant déjà soumise à la loi du contrat putatif, l'article 12, alinéa 1, étend cette compétence, afin qu'elle recouvre l'ensemble des contentieux. Cependant, dès lors que la formation du contrat apparaît incertaine, l'application de la loi du contrat semble douteuse. Une telle extension présente ainsi une pertinence discutabile (A). Les règles subsidiaires établies par l'article 12, alinéa 2, ne restent pas exemptes de critiques. En effet, pour qu'elles puissent trouver à s'appliquer, il est nécessaire qu'aucun élément ne permette de déterminer la loi applicable au contrat. Or, la présence de règles extensives de détermination de la *lex contractus* transforme cette hypothèse en fiction dès lors que ces règles permettent une identification quasi-systématique de la *lex contractus*¹²⁰². Il apparaît ainsi nécessaire de s'interroger sur le champ d'application des règles subsidiaires de l'article 12, alinéa 2, lorsque la loi du contrat n'est pas déterminable (B).

A. LA CONFORMITE INCERTAINE DE LA *LEX CONTRACTUS* A LA *CULPA IN CONTRAHENDO*

709. En reconnaissant la *lex contractus* applicable à la *culpa in contrahendo*, l'article 12 du Règlement Rome II a homogénéisé en partie le raisonnement conflictualiste en matière de pourparlers. A présent, les hypothèses de *culpa in contrahendo* visées par l'article 12 du Règlement Rome II, de même que les litiges portant sur l'existence incertaine du contrat, soumis à la règle de l'article 10, alinéa 1, du Règlement Rome I, relèvent de la *lex contractus*. Cette solution innovante en droit français n'est pas inconnue des droits européens. La jurisprudence allemande avait déjà établi un tel lien entre les négociations et le contrat projeté, bien avant l'édiction du Règlement Rome II¹²⁰³. Retenant une nature contractuelle des pourparlers¹²⁰⁴, le tribunal de Hambourg avait déterminé le juge compétent pour traiter d'un cas de rupture des pourparlers sur le fondement de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles de 1968¹²⁰⁵. La juridiction allemande avait recherché la loi applicable au contrat envisagé.

¹²⁰² V. *infra*, nos 741 et s.

¹²⁰³ Le droit allemand des pourparlers s'est construit sur la base de la théorie de R. VON JHERING, *De la culpa in contrahendo. Œuvres choisies*, t. II, trad. Meulenaere, 1893.

¹²⁰⁴ Sur la qualification contractuelle des pourparlers retenue par le droit allemand, v. nos 338 et s.

¹²⁰⁵ T. Hambourg, 29 oct. 1975, *Rép. de jur. dr. comm.*, série D, I-5-1.1, B2; V. aussi J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht – Kommentar zum EuGVÜ*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1991, p. 118.

Elle s'était fondée sur le lieu d'exécution du contrat projeté, comme si le contrat avait été conclu. Le but était de déterminer, grâce à la loi désignée, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande. Elle avait ainsi retenu la compétence de la loi allemande du lieu d'exécution du contrat d'agence commercial litigieux.

710. Le choix de l'extension de la *lex contractus* à la période précontractuelle se justifie essentiellement de manière négative : pour échapper à la difficile détermination du lieu du dommage exigée par la *lex loci delicti*¹²⁰⁶. L'argument positif qui militerait en faveur de cette solution serait de considérer que la loi du contrat est la plus adaptée au contentieux né des pourparlers parce qu'elle conduirait à respecter la volonté des parties. Cette position semble contestable et ce, à double titre : non seulement il n'est pas démontré que l'application de la loi du contrat aux pourparlers corresponde au souhait des parties qui expriment leur liberté contractuelle (1), mais encore cette application de la *lex contractus* mène à la reconnaissance d'une certaine autonomie à l'*electio juris* par rapport au contrat (2).

1. *ELECTIO JURIS* ET PRINCIPE DE LIBERTE CONTRACTUELLE

711. Le choix de la *lex contractus* avait déjà été anticipé par la doctrine qui relevait que cette extension de la loi du contrat aux pourparlers précontractuels permettait d'assurer la prévisibilité de la solution¹²⁰⁷. En effet, pour respecter la volonté des parties, il faudrait idéalement appliquer la loi que celles-ci ont expressément choisie pour régir leurs négociations. Cependant, cette hypothèse reste particulièrement rare¹²⁰⁸ : il est délicat pour les parties qui cherchent à établir une relation de confiance avec leurs partenaires, avec beaucoup de difficultés parfois, de réclamer une gestion anticipée du contentieux qui pourrait découler des tractations. Discuter ouvertement de possibles agissements contraires à la bonne foi lors des pourparlers laisse supposer, soit que l'initiateur du débat envisage d'adopter lui-même un tel comportement, soit que la faible confiance qu'il entretient avec son partenaire lui permet de douter de sa bonne foi. Dans un climat aussi tendu, il est donc risqué d'aborder l'hypothèse de l'échec des tractations. Aussi, l'existence d'un choix de loi des parties pour régir les pourparlers reste-t-elle exceptionnelle. La volonté des parties ne pourra pas, le plus souvent, être prise en compte pour déterminer la loi applicable aux pourparlers.

712. Cependant, la volonté des parties quant à la loi applicable ne sera pas totalement absente. En effet, celles-ci restent soucieuses d'assurer la bonne exécution de leur contrat. C'est pourquoi, un choix de loi applicable au contrat projeté sera envisagé dans la majorité des cas. Les rédacteurs du Règlement Rome II ont donc prévu que le choix de la *lex contractus* soit pris en compte, en l'absence de choix de loi applicable aux pourparlers. La loi applicable aux négociations est donc devenue la loi désignée par les parties pour régir leur

¹²⁰⁶ V. *infra*, 784 et s.

¹²⁰⁷ P.-Y. GAUTIER, « Les aspects internationaux de la négociation », *RTD Com.* 1998, p. 493.

¹²⁰⁸ B. BOURDELOIS, « Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Ph. MALAURIE*, Defrénois, 2005, pp. 107 et s., spéc. p. 113.

contrat. Ce choix traduit bien en effet la volonté des parties. Mais ce choix correspond-t-il au souhait des parties quant à la gestion de leurs négociations ? Rien n'est moins sûr. En effet, dès lors que l'avant-contrat reste une période décloisonnée, aucune existence d'un choix définitif ne peut être établie avec certitude (a). D'autant que la correspondance entre la loi choisie pour régir le contrat et les pourparlers n'est pas avérée (b).

a. L'existence incertaine du choix de loi applicable au contrat

713. La phase des négociations précontractuelles s'ouvre dès l'initiation des tractations et se clôt positivement à la conclusion du contrat, ou négativement, par l'échec des pourparlers. Le contrat correspond au rassemblement de tous les points d'accord obtenus entre les parties. Sa formation intervient ainsi au moment où les pourparlers ont atteint leur forme complète. Au contraire, lorsque les discussions se rompent, les négociations s'achèvent par anticipation, de façon incomplète. Il n'est donc pas possible de déterminer avec certitude la volonté des parties au cours des pourparlers, et cela pour trois raisons.

714. En premier lieu, les parties sont susceptibles, par hypothèse, de faire évoluer leurs souhaits jusqu'à la conclusion du contrat. Le principe de liberté contractuelle prévoit que les parties restent libres d'échanger entre elles sur divers points d'accord jusqu'à la formation du contrat¹²⁰⁹. Or, le contentieux précontractuel porte sur des hypothèses dans lesquelles le contrat n'est pas formé ou sa formation reste douteuse. Retenir la volonté des parties sur un choix de loi exprimé au cours des pourparlers revient à figer un accord des parties à un instant T des négociations, alors que les parties sont restées libres de modifier ce choix¹²¹⁰. Il est impossible de conclure avec certitude que les parties n'auraient pas exprimé un choix différent si les tractations s'étaient poursuivies¹²¹¹. Tant que le contrat n'est pas formé, aucune de ses stipulations n'a adopté de forme définitive. Considérer le choix des parties exprimé au cours des pourparlers conduit ainsi à rendre immuable un accord non définitif entre les parties et s'oppose alors au principe de liberté contractuelle¹²¹².

715. En deuxième lieu, il est également surprenant que l'existence même du contrat puisse être appréciée au regard de la loi choisie par les parties pour le régir. Si les juridictions

¹²⁰⁹ N. COHEN, « Pre-contractual duties: Two freedoms and the contract to negotiate », in *Good faith and fault contract law*, J. Beatson and D. Freidman, Oxford, Clarendon, 1995, p. 25.

¹²¹⁰ Comp. le refus des juridictions britanniques de fonder l'existence d'un choix de loi tacite sur un évènement incertain au moment de la conclusion du contrat in *Armar Shipping Co. Ltd. v. Caisse Algérienne d'Assurance*, [1981] 1 W. L. R. 207 (C.A.). Les parties avaient décidé au moment de la formation du contrat que l'ajustement du barème annuel se tiendrait à Londres. La Cour a refusé de prendre en cause cet élément pour retenir la compétence de la loi anglaise, au motif que cet évènement était encore incertain au jour de la conclusion du contrat. Appliquer à la *culpa in contrahendo*, cette position justifierait que soit refusée toute considération d'éléments du contrat pour régir la phase précontractuelle, alors que ces éléments restent incertains au stade des pourparlers.

¹²¹¹ V. P. LAGARDE, « *Culpa in contrahendo* à la croisée des règlements communautaires », *Mélanges offerts à L. FAUSTO POCAR*, Giuffrè, pp. 583 à 598, spéc. p. 592, qui s'interroge sur la réalité d'un choix de loi alors que la conclusion du contrat est inexistente ou incertaine.

¹²¹² V. P. MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD Com.* 1998 p. 243, qui relève que la liberté contractuelle dont jouissent les parties leur permet de ne pas conclure le contrat définitif.

acceptent d'apprécier l'existence du contrat, c'est bien qu'elles admettent que la formation du contrat est douteuse¹²¹³. Il s'agit ici de reconnaître l'existence d'une stipulation du contrat, l'*electio juris*, tout en considérant le contrat inexistant. Cette situation paradoxale s'explique par le souhait de ne pas ouvrir une voie à la mauvaise foi d'une des parties qui pourrait chercher à se soustraire à l'exécution du contrat en se prévalant de son inexistence. Reste que ce choix de loi douteux devrait être écarté du raisonnement conflictualiste.

716. Enfin, en troisième lieu, si l'objectif principal des règlements communautaires, en étendant le choix de loi applicable au contrat aux négociations précontractuelles, était de respecter la volonté des parties, il aurait suffi de limiter la considération du souhait des parties à celui qui s'exprime pour régir les négociations. Certes, comme il a été vu, le choix de loi applicable aux pourparlers reste rare au cours de cette période¹²¹⁴. Cependant, grâce aux nouvelles dispositions du Règlement Rome II, les parties peuvent à présent s'accorder sur la loi applicable au contentieux délictuel né des pourparlers. En effet, l'article 14 du Règlement Rome II prévoit que les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage; ou lorsqu'elles exercent toute une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage¹²¹⁵. Ainsi, la question de la loi applicable aux pourparlers ne sera soulevée que si les parties ne se sont pas accordées sur la loi applicable aux négociations avant leur échec ou la survenance du dommage, et qu'elles ne parviennent pas non plus à convenir d'un accord d'*electio juris* au moment du contentieux. Les parties ne reconnaissent donc pas l'applicabilité de la loi du contrat. Il apparaît alors contraire à leur volonté actuelle, à l'instant où survient le contentieux, de retenir la loi du contrat, les parties ne souhaitant pas qu'elle soit appliquée à la gestion des pourparlers.

717. Ainsi, non seulement l'extension de la loi du contrat ne correspond pas à la volonté des parties au moment de la survenance du contentieux, mais la détermination de l'objet du choix de loi, avant la formation du contrat, reste douteuse et contrarie le principe de liberté contractuelle. De plus, même si l'existence d'un choix de loi applicable au contrat était avérée, il n'est pas établi que ce choix corresponde au souhait des parties quant à la gestion des négociations.

¹²¹³ Cf en matière de compétence juridictionnelle, l'attendu n°7 de CJCE, arrêt *Effer SpA c/Hans-Joachim Kantner*, 4 mars 1982, *Aff.* 38/81 : « les dispositions de l'article 5 de la Convention [de Bruxelles] risqueraient d'être privées de leur portée juridique, puisqu'on admettrait qu'il suffit à l'une des parties d'alléguer que le contrat n'existe pas pour déjouer la règle contenue dans ces dispositions. »

¹²¹⁴ B. BOURDELOIS, *op. cit.*

¹²¹⁵ En Autriche le choix explicite ou implicite des parties est admis (art. 48 de la Loi de 1978) avec les mêmes modalités prévues pour toutes les obligations (art. 11 de la loi). En Italie, un choix restreint est offert à la partie lésée qui, dans un contexte général privilégiant la loi du lieu où les dommages se sont produits, peut opter pour l'application de la loi du lieu de l'action illicite (art. 62, al. 1, 2^e phrase de la Loi de 1995). En Suisse, l'article 132 LDIP limite le choix à la seule loi du for. A une telle possibilité de choix s'ajoute celle d'une référence des parties à la loi du for, qui sera appliquée si les parties ne plaident pas l'application d'une loi étrangère.

b. La correspondance incertaine entre le choix de loi applicable au contrat et aux négociations précontractuelles

718. Il reste douteux que le choix de la *lex contractus* corresponde au choix de loi des négociations. Premièrement, lorsque les parties s'accordent pour élire la loi applicable à leur futur contrat, leur choix est dicté par la volonté de désigner une loi qui régira leur contrat, et non la phase précontractuelle. A défaut, elles auraient conclu un accord sur la loi applicable aux pourparlers, indépendamment de la clause de choix de la *lex contractus* ou en élargissant tout simplement le domaine de cette clause. L'argument de la prévisibilité sur lequel s'était appuyée la doctrine¹²¹⁶ pour étendre le champ de la *lex contractus* aux négociations précontractuelles n'est pas fondé. En choisissant la loi applicable au contrat, les parties n'ont pas exprimé de choix quant à la gestion des pourparlers.

719. Deuxièmement, le caractère adapté de la loi du contrat aux négociations demeure non démontré. La faculté des parties de choisir la loi applicable leur permet de désigner une loi appropriée au contrat¹²¹⁷. Mais ce choix a été déterminé pour régir la formation et l'exécution du contrat, et non la phase précontractuelle. Ainsi, si la loi du contrat désignée par les parties est en principe adaptée au contenu du contrat pour lui assurer une effectivité maximale, elle ne présente aucune pertinence quant à la phase des pourparlers. En élisant la loi du contrat, les parties n'ont pas envisagé l'adéquation de cette loi avec les nécessités des négociations. La *lex contractus* choisie pourra valider ce type d'accord mais exclure toute obligation de négocier de bonne foi pendant les tractations. Il ne serait pas conforme à la liberté contractuelle de considérer que les parties, en choisissant cette loi applicable, aient souhaité se soustraire à ce devoir de bonne foi précontractuel. Les parties n'avaient pour dessein que de préserver leur contrat, sans s'intéresser à la gestion des pourparlers. Il n'est donc pas possible de justifier l'application de la *lex contractus* aux pourparlers par l'objectif de respecter la volonté des parties.

De plus, la loi du contrat ne sera pas forcément la plus pertinente pour préserver les intérêts des parties lors des tractations. Le choix de la loi du contrat s'est opéré dans le souci de désigner une loi validant le contenu du contrat et garantissant son exécution. Les besoins des tractations précontractuelles n'ont pas été pris en compte. Les parties n'ont donc pas choisi de loi plus adaptée aux pourparlers. Le second argument, selon lequel la *lex contractus* choisie par les parties serait plus adaptée aux négociations, n'est pas plus fondé que ne l'est le premier.

720. Troisièmement, appliquer la loi du contrat à la *culpa in contrahendo*, lorsqu'elle est de nature contractuelle conduit à apprécier l'existence même du contrat à travers les dispositions de cette loi. Cette hypothèse couvre les cas où la formation du contrat serait pathologique :

¹²¹⁶ P.-Y. GAUTIER, « Les aspects internationaux de la négociation », *RTD Com.* 1998, p. 493.

¹²¹⁷ Elles peuvent ainsi élire une loi neutre, sans aucun lien avec le contrat, sans avoir à justifier des raisons de leur choix, v. P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991, p. 287.

rétractation inefficace d'une offre, acceptation ambiguë¹²¹⁸ ou tardive d'une offre, etc. Si la loi du contrat désignée par les parties ne reconnaît pas la formation du contrat, alors tout accord sera déclaré inexistant. Mais si les parties se sont soucies de la loi applicable à leur contrat, au point de conclure un accord d'*electio juris*, il semble alors surprenant qu'elles n'aient pas considéré les modalités de formation du contrat. Soit les parties ne se sont pas inquiétées du conflit de lois, et aucune clause de choix de loi ne devrait alors être constatée, soit elles ont été prévoyantes et ont rédigé une telle clause. Dans ce cas, elles devraient s'être intéressées à la garantie de la formation de leur contrat, puisque la loi choisie peut invalider leur accord¹²¹⁹. Il est donc peu probable que les parties aient choisi une loi qui ne reconnaisse pas l'existence de leur contrat¹²²⁰.

Ainsi, si le choix de loi est ambigu, parce qu'il est exprimé tacitement par exemple, il serait préférable de considérer qu'aucun accord sur ce point ne peut permettre de déterminer la loi applicable à la *culpa in contrahendo*. En l'absence de certitude sur l'existence d'un choix de loi, mieux vaut ne pas considérer l'éventuelle élection d'une loi qui ne reconnaîtrait pas de contrat.

Si, par contre, le choix de loi est certain, parce qu'il a été expressément manifesté, il sera plus difficile de ne pas le relever. Mais les parties seraient bien maladroites si elles avaient choisi une loi qui rejette leur accord. Considérer que l'extension de la loi du contrat à la *culpa in contrahendo* permet de prendre en considération la volonté des parties reste donc très contestable dans cette hypothèse, puisque cela conduit à établir un souhait des parties en faveur d'une loi invalidant leur contrat. Cependant, compte tenu de la difficulté à distinguer la formation de l'exécution du contrat, si la règle de l'article 10 du Règlement Rome I perdurait, il serait alors préférable d'appliquer la loi du contrat à l'ensemble des questions de nature contractuelle ainsi qu'aux hypothèses de *culpa in contrahendo* contractuelle. Mais cette règle devrait se justifier par la nécessité de reconnaître une pleine effectivité à l'accord d'*electio juris* en lui conférant la faculté d'annuler le contrat qui le contient, et non de respecter la volonté des parties qui, en toute logique, n'auraient pas cherché à établir un choix en faveur d'une loi qui fait disparaître leur accord.

721. Quatrièmement, et pour finir, reste à s'interroger sur la pertinence de la reconnaissance d'un choix de loi tacite pour déterminer la loi applicable à la responsabilité précontractuelle. L'extension de la *lex contractus* à la *culpa in contrahendo*, sans autre précision, opérée par l'article 12 du Règlement Rome II, ouvre la voie à cette faculté. L'article 12, alinéa 1, renvoie à l'article 3 du Règlement Rome I qui accueille un tel choix de loi. Les juridictions qui constatent l'absence d'un choix de loi exprès, vont rechercher, sur le fondement de ce texte, l'existence d'un choix de loi tacite. Ce qui suscite deux remarques.

Tout d'abord, l'absence de choix exprès ne constitue-t-il pas déjà la manifestation d'un souhait des parties en faveur de l'absence d'*electio juris*? En effet, une telle clause est

¹²¹⁸ V. notamment l'application de la *lex contractus* pour apprécier la validité d'une acceptation tacite du contrat : CA Paris, 14 déc. 1993, *Soc. Bachmann c./Soc. Kettner*, RCDIP 1995 p. 300, note H. MUIR WATT.

¹²¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 1989, *Soc. Promocomex c/Soc. Barron*, RCDIP 1990, p. 732, note P. COURBE.

¹²²⁰ V. cependant les critiques formulées à propos de l'applicabilité de la loi choisie par les parties pour annuler le contrat par V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes*, Paris, 1990, p. 139; Comp. P. COURBE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 1989, cité *supra*.

présente dans la majorité des contrats du commerce international. Son absence représente une exception à la règle. Ainsi, elle peut être traduite par l'impossibilité des parties de parvenir à un accord sur ce point. Après plusieurs échanges, faute d'accord, les parties, en s'abstenant de rédiger une telle clause, ont choisi de soumettre leur contrat à la loi désignée par la règle de conflit de la juridiction compétente.

Ensuite, il est également possible, bien que plus surprenant, que les parties n'aient tout simplement pas songé à la question de la loi applicable au contrat. Reconnaître l'existence d'un choix de loi tacite, dans cette hypothèse, reviendrait à prêter aux parties une intention qu'elles n'avaient pas, et s'opposerait ainsi au respect de la liberté contractuelle¹²²¹. De plus, comme il vient d'être constaté, il semble difficile de déterminer l'existence d'un choix tacite lorsque le contrat a déjà été conclu. Comment établir avec certitude la conclusion d'un accord tacite sur un quelconque choix de loi alors que le contrat n'a pas été conclu, ou que sa formation reste douteuse ? Cette interprétation extensive de la volonté des parties risque de conduire à la reconnaissance d'un choix de loi tacite des parties lorsque ces dernières auront simplement échangé sur un éventuel choix de loi au cours des pourparlers, alors que les tractations auront échoué.

722. Par conséquent, l'existence d'un choix tacite de la *lex contractus*, pour déterminer la loi applicable à la *culpa in contrahendo*, doit être réservée à l'hypothèse dans laquelle les parties ont exprimé clairement leur souhait au cours des négociations, mais n'ont simplement pas formalisé leur souhait dans un accord. En effet, il reste essentiel de respecter la volonté des parties, sans la forcer de façon inappropriée. Dans ce cas, l'existence de la clause d'*electio juris* ne serait pas contestée sur le fond, mais uniquement sur la forme. Les parties se sont bien accordées sur un choix de loi déterminé, les tractations ont échoué avant leur formalisation. Reste que cette hypothèse renvoie la difficulté sur le terrain de la preuve. Il s'agira pour le demandeur de démontrer l'existence d'un accord, alors que les documents échangés lors des pourparlers sont souvent remplis de propositions contradictoires¹²²². La démonstration reste alors très délicate. L'échec du projet contractuel devrait en principe priver de tout effet l'ensemble de ses clauses. Accepter l'effectivité de la clause d'*electio juris* tout en admettant l'échec des pourparlers semble donc contradictoire. A moins que ne soit reconnue une certaine autonomie au choix de loi applicable.

2. *ELECTIO JURIS* ET PRINCIPE D'AUTONOMIE DE LA CLAUSE

723. La phase précontractuelle donne naissance à de multiples accords qui, une fois regroupés, constitueront le contrat lors de sa formation. Avant cette formation, ces points

¹²²¹ V. N. COHEN, « Pre-contractual duties: Two freedoms and the contract to negotiate », in *Good faith and fault contract law*, J. BEATSON and D. FREIDMAN, Oxford, Clarendon, 1995, p. 25, qui expose que le principe de liberté contractuelle permet aux parties de choisir librement le contenu de leur contrat et ne peuvent donc se voir imposer de clauses contractuelles.

¹²²² J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010, n°1850.

d'accord ne pourront générer d'obligations exigibles. En effet, si les parties parviennent à s'accorder sur la nature et la quantité de marchandises à fournir, avant de discuter du prix, il ne pourra être exigé la livraison desdites marchandises sur le fondement d'un tel accord. De la même façon, un accord fixant le lieu de la livraison reste insuffisant pour présenter une effectivité de lui-même et ne peut que s'inscrire dans le cadre d'un contrat établissant les obligations principales des parties. Ainsi, non seulement les points d'accord obtenus lors des pourparlers restent pour beaucoup sans effet jusqu'à la formation du contrat, mais l'échec des pourparlers marque leur disparition.

Pourtant, l'article 12 du Règlement Rome II, en donnant indirectement compétence à la loi choisie par les parties pour régir leur contrat, reconnaît une effectivité à l'accord d'*electio juris* conclu lors des pourparlers. Au cours des tractations, les parties se sont accordées sur la loi qui serait applicable, non pas aux négociations, mais au contrat projeté. Si un dommage survient pendant les tractations, sa réparation sera déterminée par la loi choisie par les parties pour régir le contrat. Or, ce choix a été déterminé alors que, par hypothèse, le contrat n'a pas été formé¹²²³. Il apparaît donc contradictoire de reconnaître l'absence de formation du contrat, en cas de rupture dommageable des pourparlers par exemple, mais d'admettre l'application d'une des clauses de ce contrat, l'*electio juris*¹²²⁴. Il semble ainsi que soit reconnue une certaine autonomie à la clause d'*electio juris* par rapport au contrat projeté qui la contient. Même si le projet contractuel disparaît, l'accord de choix de loi lui survit pour venir gérer les conséquences des négociations avortées.

724. Certes, si l'on compare ce raisonnement au comportement adopté face aux autres clauses d'expression du choix des parties, l'autonomie de la clause de choix de la *lex contractus* ne surprend pas. En effet, lorsque les parties souhaitent organiser préventivement la gestion de leurs éventuels contentieux futurs, elles peuvent élire la juridiction compétente, à l'instar de la loi applicable. Pour ce faire, un accord spécifique est conclu : une clause attributive de juridiction désignant une juridiction étatique compétente ou une clause compromissoire renvoyant les éventuels litiges devant l'arbitre. L'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat qui la contient a été reconnue depuis longtemps¹²²⁵, et ce principe rappelé avec constance¹²²⁶. Quant à la clause attributive de juridiction, son autonomie a été bien plus récemment reconnue, en des termes similaires à la clause d'arbitrage¹²²⁷. Il ne restait plus qu'à étendre cette harmonisation de régime à la clause

¹²²³ Ou en cas de dol, lorsque le contrat a déjà été formé, le dommage est survenu alors que le contrat n'existait pas encore.

¹²²⁴ Comp. les critiques formulées par H. BATIFFOL concernant l'application de la clause d'*electio juris* pour déterminer l'existence du contrat, alors que la clause nécessiterait que le contrat qui la contient existe pour qu'elle puisse produire ses effets : *Rep. internat. Dalloz*, 1^{ère} éd., v° Contrats et Conventions, nos 97 et s.

¹²²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 1972, *Hecht*, *RCDIP* 1974, p. 82, note P. LEVEL; *JDI* 1972, p. 843, note B. OPPETIT; Comp. CA Paris, 19 juin 1970; *JCP* 1971, II, 16927, note B. GOLDMAN; *JDI* 1971, p. 833, note B. OPPETIT; *RCDIP* 1971, p. 692, note P. Level; *Rev. arb.* 1972, note Ph. FOUCHARD.

¹²²⁶ Sur ce point, v. Ch. SERAGLINI, « L'arbitrage commercial international », in *Droit du commerce international*, J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), Litec, 2005, p. 871 et les références citées.

¹²²⁷ CJCE, 3 juill. 1997, *Francesco Benincasa c/Dentalkit Srl.*, *Aff. C-269/95*, J.-M. BISCHOFF, *Chron. de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes*. Convention de

d'*electio juris*. Elle avait déjà été amorcée avec la Convention de Rome qui autorisait la *lex contractus* à invalider le contrat ou à reconnaître son inexistence. Elle s'est étendue au-delà de la *culpa in contrahendo* contractuelle pour intéresser les questions précontractuelles de nature délictuelle avec l'intervention de l'article 12 du Règlement Rome II.

Pourtant, une différence remarquable perdure entre la clause d'*electio juris* et la clause d'élection de juridiction, qu'elle soit arbitrale ou étatique. En effet, le domaine de la clause de choix du juge compétent dépend de la volonté des parties qui s'exprime à travers la rédaction de la clause. L'accord doit définir le champ de compétence de la juridiction ainsi désignée¹²²⁸. Si la clause limite son champ d'application à l'exécution du contrat, alors la juridiction nommée par l'accord ne pourra pas statuer sur l'existence du contrat et encore moins sur la réparation des dommages précontractuels. Au contraire, la clause d'*electio juris* trouve à s'appliquer par l'extension de son domaine opérée par le Règlement Rome II, indépendamment de la volonté des parties. Dès lors qu'un choix de loi est constaté, il sera déclaré applicable à la *culpa in contrahendo* sans que les parties n'aient besoin de l'étendre. Le raisonnement s'inscrit d'ailleurs en totale opposition puisque c'est justement l'intervention de la volonté des parties qui entravera cette application. En effet, alors que la compétence de la juridiction désignée ne peut être étirée à la *culpa in contrahendo* qu'en cas de souhait exprimé en ce sens par les parties, la clause de choix de loi sera directement étendue au contentieux précontractuel. Cependant, si les parties marquent une volonté contraire, en désignant la loi applicable à la *culpa in contrahendo*, alors la *lex contractus* sera écartée. C'est donc l'intervention de la volonté des parties qui permet de déroger au principe d'extension de la loi du contrat.

725. Enfin, l'autonomie de la clause d'*electio juris* conduit à conférer une valeur particulière aux accords obtenus lors des pourparlers. Lorsque le contrat présente de nombreux points nécessitant une discussion spécifique, il se construit grâce à une succession d'accords sur des éléments déterminés. Par le biais de la méthode de *punctatio*¹²²⁹, les parties échangeront au fur et à mesure de l'avancée des pourparlers sur des points précis pour parvenir à des accords partiels¹²³⁰. C'est ensuite le regroupement de ces accords qui formera le contrat. Si un accord est obtenu sur les éléments essentiels du contrat, alors celui-ci sera déclaré formé¹²³¹. A défaut, ces accords resteront enfermés dans la phase précontractuelle et ne présenteront aucune effectivité. Le choix de la loi applicable constitue l'un de ces multiples accords partiels. Il ne devrait donc pas pouvoir revêtir de caractère obligatoire en cas d'échec des pourparlers. Pourtant, en permettant à la loi du contrat de régir le contentieux des pourparlers, alors même que l'inexistence de ce contrat est incontestable, le Règlement Rome II a attribué à l'accord d'*electio juris* précontractuel une valeur exceptionnelle. C'est la seule

Bruxelles du 27 septembre 1968, *JDI* 1998 p. 581; J. HARRIS, « Jurisdiction Clauses and Void Contracts », *European Law Review* 1998, p. 279.

¹²²⁸ V. *infra*, nos 852 et s.; 911 et s.

¹²²⁹ A. RIEG, « La *punctatio*, contribution à l'étude de la formation successive des contrats », in *Mélanges P. JAUFFRET*, éd. PUAM 1974, p. 593.

¹²³⁰ V. *infra*, nos 290 et s.

¹²³¹ J. SCHMIDT, « La période précontractuelle en droit français », *RIDC* 1990, pp. 545-566, spéc. p. 562.

clause du contrat principal qui survivra à l'échec des pourparlers¹²³², exception faite, bien sûr, de la clause attributive de juridiction et de la clause compromissoire. Or, les parties en négociation n'ont peut-être pas encore conscience, au moment des tractations, qu'un tel accord n'aura pas besoin d'être entériné par la conclusion du contrat principal et qu'il s'appliquera automatiquement même si les négociations échouent. Est-ce ainsi respecter les attentes des parties que d'appliquer la loi du contrat, alors que ce dernier n'a pas été conclu ? Rien n'est moins sûr puisque, si les parties avaient souhaité que la *lex contractus* s'étende à la gestion des litiges précontractuels, elles auraient étendu contractuellement son application au moment de la formation de l'accord sur le choix de loi du contrat. Le choix de loi applicable aux négociations aurait donc fait l'objet d'un contrat spécifique qui s'appliquerait indépendamment de la conclusion du contrat principal négocié.

726. Par conséquent, pour assurer le respect de la volonté des parties, il serait préférable de retenir une présomption en faveur de la loi choisie par les parties pour régir leur contrat. En cas d'incertitude ou de contestation de l'existence d'un tel choix par une ou plusieurs parties, alors l'accord d'*electio juris* ne devrait pas trouver à s'appliquer. Si les parties n'objectent pas à la mise en œuvre étendue de la loi du contrat, alors il sera possible de considérer qu'elles ont tacitement consenti à un choix de loi postérieur au litige, comme elles en disposent de la faculté¹²³³.

727. L'autonomie reconnue à l'*electio juris* autorise l'application de la loi choisie par les parties pour régir leur contrat au contentieux précontractuel. En l'absence d'une telle clause, cette désignation est relayée par des règles de conflit objectives. En renvoyant à la loi du contrat la gestion de la *culpa in contrahendo*, le Règlement Rome II se dote d'un système complet de localisation. Pourtant, le texte prévoit au second alinéa de l'article 12 des règles supplétives de désignation de loi applicable. Elles ont pour vocation de pallier l'impossibilité d'établir la loi du contrat. Or, la réception extensive de la *lex contractus* conduit à transformer ces règles supplétives en des règles superflues, tant elles risquent de ne jamais trouver à s'appliquer. Reste alors à s'interroger sur le domaine d'application du second alinéa, à savoir les hypothèses dans lesquelles la loi du contrat ne pourra être établie.

¹²³² Ne sont bien sûr pas visées ici les obligations précontractuelles de négocier de bonne foi de nature contractuelle qui ont fait l'objet d'un avant-contrat et échappent de ce fait au régime du Règlement Rome II.

¹²³³ Selon les dispositions de l'art. 14 Règlement Rome II.

B. LE CHAMP D'APPLICATION DOUTEUX DES REGLES DE CONFLIT OBJECTIVES

728. L'étendue de la compétence des règles de conflit subsidiaires apparaît des plus restreintes dès lors que la loi du contrat peut être facilement déterminée par l'analyse de la volonté des parties et de la localisation des éléments du contrat¹²³⁴. Il est cependant essentiel de relever qu'en l'absence de certitude quant à la formation du contrat, la détermination de la *lex contractus* se fera inévitablement dans un contexte de doute. Reste à déterminer quel est le degré d'incertitude maximal requis pour qu'il soit conclu à l'impossibilité de déterminer la loi du contrat. Pour identifier les hypothèses dans lesquelles l'alinéa second de l'article 12 s'applique, il est donc nécessaire de déterminer les cas dans lesquels non seulement le choix de la loi applicable est absent (1), mais les règles objectives ne parviennent pas non plus à désigner la *lex contractus* (2).

1. L'IMPOSSIBILITE DE DETERMINER LA *LEX CONTRACTUS* VIA LA REGLE DE CONFLIT SUBJECTIVE

729. Lorsque le contrat conclu ne comporte pas de clause de choix de loi applicable, il paraît assez conforme à la volonté des parties que de considérer que ces dernières ne se sont pas accordées sur ce point. Il peut être facilement déduit de l'absence de clause d'*electio juris*, l'absence de choix de loi des parties. Reste bien évidemment la possibilité pour une partie de chercher à démontrer qu'un accord a bien été obtenu sur cette question, mais qu'il n'a pas été formalisé clairement dans le texte du contrat. La difficulté se place ici essentiellement sur le terrain de la preuve. Il sera nécessaire, pour le demandeur, de prouver l'existence d'un tel choix de loi.

730. Dans l'hypothèse de *culpa in contrahendo* où le contrat n'a pas été formé, cette question adopte une complexité notable. L'exemple de la rupture abusive des pourparlers en constitue une illustration significative. Dès lors que les négociations avortent brutalement, il perdure un degré d'incertitude entravant toute possibilité de conclure avec évidence à l'absence d'accord d'*electio juris*. Les parties ont peut-être rompu les pourparlers avant de s'accorder sur la loi applicable, alors qu'elles souhaitaient choisir l'ordre juridique compétent pour régir leur contrat. Dans ce cas, deux voies sont envisageables : soit l'absence d'accord d'*electio juris* est simplement notée et la détermination de la loi applicable est réalisée au regard des règles de conflit objectives de détermination de la loi du contrat; soit il est considéré que, malgré l'absence d'accord, il perdure une volonté des parties d'élire la loi applicable et qu'il existe donc bien un choix de loi mais que l'objet de ce choix reste encore indéterminé. Selon cette seconde interprétation, la loi du contrat ne peut être déterminée ni au regard des règles de conflit subjectives, puisque le contenu du choix n'est pas établi, ni à

¹²³⁴ En ce sens, v. B. VOLDERS, « *Culpa in contrahendo* in the conflict of laws : a first appraisal of art. 12 of the Rome II Regulation », *NIPR* 2008, n°4, p. 464.

travers les règles de conflit objectives, car leur application est subordonnée à la condition d'une absence de choix de loi. Or, dès lors que les parties ont exprimé leur volonté de conclure un accord d'*electio juris*, non seulement un choix de loi existe, mais surtout est manifesté le souhait de soustraire le contrat au jeu normal de la règle de conflit objective du for. Cette hypothèse semble conforme aux objectifs du droit réglementaire puisqu'elle permet de considérer la volonté des parties et donne compétence aux règles de conflit subsidiaires de l'article 12, alinéa 2, du Règlement Rome II¹²³⁵. Par conséquent, il faudrait, dans ce cas, conclure à l'impossibilité de déterminer la *lex contractus* et appliquer l'article 12, alinéa 2.

731. La difficulté est enfin poussée à l'extrême lorsque le litige porte effectivement sur la loi applicable au contrat¹²³⁶. Les deux parties reconnaissent une volonté commune d'échapper à l'application des règles de conflit objectives et de soumettre leur contrat à une loi tierce. Cependant, leurs prétentions divergent quant à l'objet de ce choix. Il est possible qu'une partie aux négociations se prévale de l'application d'une loi A, alors que l'autre partie lui oppose l'existence d'un choix en faveur d'une loi B. Or, la clause d'*electio juris* est régie par la loi applicable au contrat qui la contient. Il faudrait ainsi déterminer de façon objective la loi du contrat pour établir quelle est la loi désignée par les parties entre les deux lois invoquées. Puis, après cette désignation, la loi objectivement désignée sera écartée pour que ne soit appliquée au contrat et à la phase précontractuelle que la loi choisie par les parties. Cette solution a pour objectif de conserver la place de la volonté dans la détermination de la loi applicable¹²³⁷.

732. Il est également envisageable qu'une partie cherche à démontrer l'existence d'un accord sur une loi déterminée, alors que l'autre objecte son absence d'acceptation de ce choix de loi. Cette hypothèse diverge de la précédente puisque ce n'est pas simplement l'objet du choix qui est remis en cause, mais l'existence même de ce choix et, par extension, de la volonté commune des parties de faire échapper leur contrat à l'application normale des règles de conflit de lois.

Si le litige précontractuel est de nature contractuelle, parce que le contrat a été conclu ou que le doute porte justement sur sa formation¹²³⁸, alors l'article 3, alinéa 5, du Règlement Rome I soumet la question aux dispositions de l'article 10, alinéa 2, du même texte. Une partie peut démontrer qu'elle n'a pas consenti en application de la loi de son domicile. C'est donc la loi du domicile de la partie qui prétend ne pas avoir accepté de choix de loi qui va déterminer l'existence de la clause d'*electio juris*. Si le contentieux concerne une hypothèse de *culpa in contrahendo* délictuelle, la question se pose de savoir si l'article 12, alinéa 1, permet une telle analyse. Trois voies sont envisageables.

¹²³⁵ V. dans le même sens, B. HAFTEL, « Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I », *JDI* 2010, n° 3, p. 11. L'auteur retient qu'en l'absence de conclusion du contrat, aucun élément ne permet d'exclure avec certitude que les parties n'auraient pas usé de leur faculté de choix de loi.

¹²³⁶ S. BOLLEE, « A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », *D.* 2008, pp. 2161 et s., spéc. p. 2164.

¹²³⁷ Considérant 11 Règlement Rome I ; v. les commentaires de S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du Règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2157.

¹²³⁸ V. *supra*, nos 495 et s.

La première consiste à calquer le raisonnement sur celui adopté en matière de *culpa in contrahendo* contractuelle et permettre à la loi du domicile de la partie qui prétend ne pas avoir consenti au choix de loi de déterminer l'existence de la clause d'*electio juris*.

La deuxième conduit à conclure que la loi du contrat ne peut pas être déterminée *via* la règle de conflit subjective et appliquer les règles de conflit objectives en recherchant la prestation caractéristique du contrat projeté.

Enfin, la troisième possibilité est de déduire tout simplement que la loi du contrat ne peut pas être déterminée dès lors qu'il existe un doute quant à l'existence d'un choix de loi et de mettre directement en œuvre les dispositions de l'article 12, alinéa 2.

Cette dernière proposition peut être immédiatement écartée essentiellement pour deux raisons. Tout d'abord, elle offre la possibilité à une partie de mauvaise foi de contester l'existence d'un accord d'*electio juris* pour écarter automatiquement la loi désignée d'un commun accord. Ensuite, elle s'oppose aux objectifs de l'article 12, alinéa 1, en réduisant le champ d'application de la loi du contrat. Quant au choix entre les deux premières voies exposées, il semble qu'en l'absence de précision, il est nécessaire de faire prévaloir l'harmonisation de régime entre les *culpa in contrahendo* contractuelle et délictuelle en retenant la première solution et permettre à la loi du domicile d'établir le consentement des parties à la clause de choix de loi. Ainsi, même lorsque les parties ne contestent pas l'absence de formation du contrat, dans une hypothèse de responsabilité précontractuelle de nature délictuelle, elles peuvent se prévaloir de la loi de leur domicile pour établir qu'elles n'ont pas consenti au choix de loi applicable au contrat. Cette faculté présente une importance car c'est la loi du contrat qui régira le contentieux de leurs négociations.

733. Il faut noter cependant qu'aucun texte communautaire ne permet de conclure avec certitude à la disqualification de la loi du contrat dans les hypothèses étudiées. Ainsi, la compétence des règles de conflits complémentaires ne pourront trouver à s'appliquer avec certitude qu'en surmontant un second obstacle : l'absence de détermination objective de la loi du contrat.

2. L'IMPOSSIBILITE DE DETERMINER LA *LEX CONTRACTUS* VIA LA REGLE DE CONFLIT OBJECTIVE

734. L'applicabilité de l'alinéa 2 de l'article 12 du Règlement Rome est subordonnée à la constatation que la loi du contrat n'est pas déterminable. Pour ce faire, deux conditions cumulatives doivent être remplies : Il faut tout d'abord que le contrat ne soit pas conclu. En effet, dès lors que le contrat est formé sans ambiguïté, soit la nature du contrat peut être déterminée et par extension sa prestation caractéristique; soit sa forme complexe nécessite le recours à la recherche des liens les plus étroits, qui s'effectue sans difficulté du moment que les éléments du contrat sont connus. Il est ensuite nécessaire qu'aucun élément de la période précontractuelle ne permette de déterminer la loi applicable au contrat. Non seulement aucun choix de loi applicable ne doit pouvoir être démontré, mais la prestation caractéristique du contrat envisagé ne doit pas être définissable.

Cependant, la détermination de la loi du contrat, alors que la formation même du contrat reste hypothétique, évolue dans un contexte d'incertitude. Envisager les hypothèses dans lesquelles la loi du contrat ne peut être déterminée conduit à s'interroger sur le degré maximal d'incertitude requis pour conclure à l'impossibilité de déterminer la *lex contractus*¹²³⁹. Sur la détermination objective de la loi du contrat, ce sont essentiellement deux difficultés qui surgissent : la première concerne l'appréciation du caractère identifiable de la prestation caractéristique (a), la seconde intéresse l'éventuelle recherche des liens les plus étroits avec le contrat (b).

a. La détermination du caractère identifiable de la prestation caractéristique

735. Lorsque le contrat a bien été conclu et qu'il s'agit simplement d'étendre la loi du contrat à la phase précontractuelle, la détermination de la loi applicable se réalise dans les conditions optimales. Si la nature du contrat peut être facilement identifiée et qu'elle correspond à un contrat visé par un texte spécifique¹²⁴⁰ ou par l'article 4, alinéa 1, du Règlement Rome I, alors la loi du contrat sera facilement déterminée. En effet, l'article 4, alinéa 1, du règlement communautaire offre une liste des contrats fréquemment rencontrés dans le commerce international en y associant la prestation caractéristique correspondante. Il suffit donc de relier le contrat conclu à la prestation caractéristique désignée pour établir la loi applicable aux pourparlers.

736. Cependant, lorsque le contrat n'a pas été formé, du fait de l'échec des négociations, la détermination de la prestation caractéristique est plus problématique.

Il est tout d'abord envisageable que cette prestation ne soit tout simplement pas déterminable au moment où survient le contentieux. Si les parties ne se sont pas accordées sur leurs obligations essentielles, alors la nature même du contrat risque de ne pas pouvoir être identifiée. Ce cas se présenterait, par exemple, si les parties n'avaient pas encore tranché entre organiser un contrat de distribution de produits ou une simple vente. Dans une telle hypothèse, le Règlement Rome I donnerait compétence à la loi du distributeur et du vendeur. Or, les rôles de distributeur et de vendeur ne seront pas tenus par les mêmes parties. Il sera donc conclu sans surprise à une impossibilité de déterminer la prestation caractéristique.

Ensuite, il est également possible que la prestation caractéristique du contrat négocié puisse être identifiée parce que les éléments distinctifs du contrat ont déjà été établis pendant les tractations. Cependant, il reste contestable de déduire la prestation caractéristique des éléments existant au moment du contentieux, alors qu'en l'absence de formation du contrat, ces éléments sont susceptibles d'évoluer. En effet, tant que la phase des négociations ne s'est pas achevée par la conclusion du contrat principal, les parties restent libres de poursuivre leurs échanges et de faire varier les caractéristiques du contrat projeté. Dès lors, seule peut être

¹²³⁹ R. ARENAS GARCIA, « La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II », *Revista para el análisis del derecho*, 2008, n°4, p. 18.

¹²⁴⁰ Par exemple, la vente d'objets mobiliers corporels qui sera soumise aux dispositions de la Convention de La Haye du 15 juin 1955.

déterminée la prestation caractéristique du contrat envisagé au moment de la survenance du contentieux et non celle qui aurait été retenue si le contrat avait effectivement été formé. Or, le Règlement Rome II ne désigne pas la loi qui aurait été applicable au contrat en cours de négociation, mais la loi qui aurait été applicable au contrat s'il avait été conclu. Ce constat conforte notre position de rejeter l'extension de la loi du contrat au traitement dès lors qu'une seule ou les deux parties contestent la réalité de la loi du contrat en démontrant que la prestation caractéristique était susceptible d'évoluer si les négociations s'étaient poursuivies. L'apport d'une telle preuve devrait être facilité pour qu'un simple doute quant à la nature du contrat envisagé puisse permettre d'écarter la loi du contrat. Une partie pourrait établir, par exemple, que des propositions d'engagement à l'égard des parties étaient envisagées avant la survenance du contentieux.

737. Mais la difficulté ne se réduit pas à l'identification de la prestation caractéristique, il est possible qu'une fois celle-ci déterminée, surviennent des difficultés de localisation de la résidence de son débiteur. La lettre du Règlement Rome II semble se prononcer en faveur de la résidence du débiteur au jour de la formation virtuelle du contrat. En effet, l'article 12 désigne la loi qui aurait été applicable au contrat s'il avait été conclu. Ce qui conduit à envisager que le débiteur puisse démontrer, au moment du litige, qu'il avait l'intention de déplacer son lieu de résidence. Or, cette solution entraîne une insécurité juridique pour l'autre partie qui n'aurait pas connaissance de ce changement. La question qui se pose est de savoir, si en cas de doute quant à la localisation de la résidence du débiteur de la prestation caractéristique, celle-ci doit être recherchée ou s'il est préférable de conclure à l'impossibilité de la déterminer. L'incertitude dans laquelle évolue l'application du texte de l'article 12 est d'autant plus marquée dans cette hypothèse. Il est effectivement impossible de prédire avec certitude le lieu où résiderait le débiteur si le contrat avait été conclu, car rien ne permet d'écrire le futur. Cependant, cette hypothèse risque de se présenter dans des cas particulièrement isolés. Ecarter la loi du débiteur de la prestation caractéristique dès lors qu'est constatée une éventualité que sa résidence soit déplacée risque d'ouvrir une faculté de *law shopping* au débiteur de mauvaise foi. Il pourrait opposer l'existence d'un projet de modification de la résidence. C'est pourquoi, il est nécessaire que le projet de déplacement soit démontré par des éléments pertinents pour que soit apportée une véritable incertitude quant à la localisation de la résidence à retenir dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 12. Ce n'est donc que dans une telle hypothèse que la loi de la résidence du débiteur de la prestation caractéristique devra être déclarée impossible à déterminer. Reste à s'interroger sur les conséquences d'un tel constat.

b. La recherche incertaine des liens les plus étroits avec le contrat

738. La question de la recherche des liens étroits avec le contrat se pose dans deux hypothèses qui intéressent respectivement l'article 4, alinéas 4 et 3, du Règlement Rome I : la première concerne la situation dans laquelle la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique ne peut être identifiée (i), la seconde, lorsque cette loi peut être reconnue mais qu'une autre loi présente des liens manifestement plus étroits (ii).

i. L'applicabilité de l'article 4, alinéa 4 à la *culpa in contrahendo*

739. Lorsque la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique ne peut être déterminée, l'article 4, alinéa 4, du Règlement Rome I prévoit la compétence de la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat, ultime méthode de détermination de la *lex contractus*. Si un tel rattachement ne peut être identifié, le Règlement Rome I ne propose plus aucune alternative.

L'article 12 du Règlement Rome II ne précise pas si cette recherche peut être réalisée pour déterminer la loi applicable à la *culpa in contrahendo*. En d'autres termes, lorsque la loi du contrat ne peut pas être objectivement déterminable, soit parce que la prestation caractéristique n'est pas identifiable, soit parce la résidence du débiteur n'est pas localisable, faut-il rechercher la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat ou faut-il conclure à l'impossibilité de déterminer la *lex contractus* et appliquer les règles subsidiaires de l'alinéa 2 de l'article 12 ?

En l'absence de précision, l'application de l'article 4, alinéa 4, du Règlement Rome I ne peut être exclue de façon catégorique. Cette règle permet en effet de déterminer la loi du contrat comme le prescrit l'article 12, alinéa 1. A la lecture du texte, la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat peut donc être appliquée à la *culpa in contrahendo*.

740. Cependant, une telle application de l'article 4, alinéa 4, peut se révéler inappropriée. En effet, cette appréciation extensive de la loi du contrat conduit à annihiler totalement les règles subsidiaires prévues par l'article 12, alinéa 2, applicables en cas d'indétermination de la *lex contractus*. Il sera assurément toujours possible d'identifier la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat¹²⁴¹. Certes, deux complications peuvent se présenter.

La première a été relevée par le Professeur Paul Lagarde qui a retenu que la loi du contrat serait écartée dans le cas où le manquement à l'obligation contractuelle interviendrait « à un moment où le contrat n'a pas encore été envisagé »¹²⁴². Toutefois, cette hypothèse sera *a priori* si peu retenue, qu'elle restera à l'état virtuel. En effet, non seulement rares seront les cas dans lesquelles l'absence de liens étroits sera admise, mais dans cette hypothèse, le droit applicable au fond ne reconnaîtra probablement aucune responsabilité de l'auteur du fait dommageable. A l'orée des négociations, les parties ne sont en général pas encore soumises à des obligations susceptibles d'engager leur responsabilité. La recherche de réparation sera donc peu fréquente dans ce cas. Il est donc peu probable que l'absence de liens avec le contrat soit reconnue.

La seconde complication survient lorsque le contrat présente des liens d'intensité identique avec plusieurs lois. Il appartient alors à la juridiction compétente d'arbitrer entre les différentes lois susceptibles de s'appliquer pour en élire une. Ainsi, cet embarras n'entrave pas la détermination de la loi la plus proche du contrat.

¹²⁴¹ *Contra* : S. BOLLEE, *op. cit.* p. 2164, qui considère que l'hypothèse dans laquelle la loi du pays présentant les liens les plus étroits avec le contrat ne peut pas être déterminée est envisageable, mais relève néanmoins qu'elle reste particulièrement rare.

¹²⁴² P. LAGARDE, « *Culpa in Contrahendo* à la croisée des règlements communautaires », *Mélanges offerts à L. FAUSTO POCAR*, Giuffrè, pp. 583 à 598, spéc. p. 593.

Par conséquent, en pratique, il n'est pas envisageable que la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat ne soit pas déterminable.

741. Or, priver d'effectivité les règles subsidiaires de l'article 12, alinéa 2, par une application à la *culpa in contrahendo* de la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat, détonne des objectifs poursuivis par le droit communautaire.

Tout d'abord, si les rédacteurs avaient prévu que la *lex contractus* puisse systématiquement être identifiée, ils n'auraient certainement pas ajouté au système de détermination de la loi applicable à la *culpa in contrahendo* de règles subsidiaires. Il faut donc considérer que cette rédaction maladroite signifie soit que la *culpa in contrahendo* sera constamment soumise à la loi du contrat, soit que la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat ne sera jamais appliquée à cette hypothèse.

Ensuite, le choix de la *lex contractus* pour régir les pourparlers précontractuels se justifie par le souhait du droit communautaire de contourner le risque d'imprévisibilité en s'appuyant sur un critère stable. Or, permettre aux juridictions d'interpréter les éléments encadrant la formation virtuelle du contrat pour rechercher la loi qui présente les liens les plus étroits, réintroduit la part subjective de détermination de la loi applicable et l'insécurité juridique qui en découle. En effet, plus la loi du contrat sera difficile à déterminer, plus sa pertinence à représenter la loi la plus proche de la *culpa in contrahendo* sera contestable.

Par conséquent, l'application à la *culpa in contrahendo* de la loi qui présente les liens les plus étroits s'inscrit en opposition avec les deux objectifs majeurs du droit communautaire actuel : proposer un système effectif (avec une garantie d'applicabilité de l'ensemble des dispositions prévues) et garantir aux parties la prévisibilité de la solution retenue. L'application de l'article 4, alinéa 4, doit donc être écartée en faveur des dispositions de l'alinéa second de l'article 12.

ii. L'applicabilité de l'article 4, alinéa 3 à la *culpa in contrahendo*

742. La question de l'applicabilité de la clause d'exception prévue à l'article 4, alinéa 3, du Règlement Rome I suscite également des commentaires critiques. Le Règlement prévoit à son article 4, alinéa 3, que la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique pourra être écartée s'il est démontré qu'une loi présente des liens manifestement plus étroits¹²⁴³. Cette clause d'exception appliquée à la *culpa in contrahendo* consisterait à rechercher la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, soit directement, soit à travers des solutions établies par l'article 4, alinéa 1; puis, à écarter cette loi ainsi désignée, pour appliquer à l'action en responsabilité précontractuelle une loi qui présenterait des liens manifestement plus étroits.

En pratique, l'application de cette clause d'exception à la *culpa in contrahendo* conduirait à écarter le seul lien empreint d'une certaine stabilité et objectivité au système de détermination

¹²⁴³ Comp. en droit suisse : Art. 24 de la Loi fédérale sur le droit international privé « Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit ».

de la loi applicable à la responsabilité précontractuelle délictuelle. L'article 4, alinéa 3, ne devrait donc pas pouvoir intervenir dans la mise en œuvre de l'article 12, alinéa 1.

D'autant que l'article 12, alinéa 2 c), a expressément prévu une clause d'exception en matière de *culpa in contrahendo*. Il prévoit en effet l'éviction de la loi désignée par les articles 12, alinéa 2 a) et b), lorsqu'une loi présente des liens manifestement plus étroits. Cependant, non seulement il désigne les liens étroits avec les négociations et non avec le contrat, mais il place cet examen en bas de la hiérarchie en l'affectant au titre de dernière alternative possible. Ce qui semble démontrer d'une part, que la *culpa in contrahendo* n'a pas vocation à être régie par la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat, mais plutôt avec les négociations¹²⁴⁴, la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat n'étant pas forcément la plus proche des négociations précontractuelles; et, d'autre part, que ce recours à la recherche des liens étroits doit être aussi modéré que possible.

743. En conclusion, l'article 12, alinéa 1, devrait se lire comme désignant la loi choisie par les parties pour régir leur contrat ou, à défaut, la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. En l'absence de choix de loi du contrat ou d'indétermination de la loi du lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique, alors les règles subsidiaires prévues par l'alinéa second de l'article 12 trouveront à s'appliquer. Cette solution semble plus conforme à la logique du texte du Règlement Rome II puisqu'elle permet la mise en œuvre de l'intégralité de l'article 12.

L'extension de la *lex contractus* à la *culpa in contrahendo* ne permet donc pas de simplifier totalement la recherche de la loi applicable à la responsabilité précontractuelle. D'autres lois ont vocation à intervenir dans la gestion des pourparlers dès lors que les conditions de l'article 12, alinéa 1, ne sont pas remplies. Ainsi, dès lors que le litige revêt une nature contractuelle ou ne permet pas la détermination de la loi applicable de manière subjective ou objective, une loi tierce sera susceptible de trouver application.

¹²⁴⁴ V. *infra*, nos 832 et s.

SECTION 2. LA SCISSION OPEREE PAR L'INTERVENTION D'UNE LOI TIERCE

744. En optant pour le rattachement de la *lex contractus* à la *culpa in contrahendo* délictuelle, le Règlement Rome II a marqué sa volonté d'uniformiser la gestion du contentieux précontractuel. Selon cette règle, la responsabilité précontractuelle de nature délictuelle pourra être placée sous l'égide de la loi du contrat, au même titre que la responsabilité précontractuelle de nature contractuelle. Cependant, cette harmonisation reste partielle ¹²⁴⁵. Non seulement les règles de conflit contractuelles permettent encore l'intervention d'une loi contractuelle tierce (§1), mais l'article 12, alinéa 2, prévoit expressément un retour à la compétence de la loi délictuelle (§2).

§1. L'INTERVENTION D'UNE LOI CONTRACTUELLE TIERCE

745. En s'intéressant au traitement de la *culpa in contrahendo*, le nouveau droit communautaire ne s'est pas inquiété du sort des négociations formelles. Pourtant, pour assurer aux échanges une certaine sécurité, les parties n'hésitent plus à recourir à la conclusion d'avant-contrats, organisant les pourparlers. Leur présence conduit à conférer une nature contractuelle au contentieux né des pourparlers, puisque le dommage résultera d'un manquement à une obligation imposée par un avant-contrat. Dans cette hypothèse, les négociations relèveront de la compétence d'une loi contractuelle distincte de la loi du contrat principal, la loi de l'avant-contrat (A). Mais l'ingérence d'une autre loi applicable ne se réduit pas aux négociations formelles. Le Règlement Rome I admet, dans tous les cas où le consentement de l'une des parties est contesté, la possibilité pour cette dernière de se prévaloir d'une autre loi que la *lex contractus* : la loi de sa résidence habituelle (B).

A. LA LOI DE L'AVANT-CONTRAT

746. La phase de négociation représente une phase d'échanges entre les parties. Son encadrement par la conclusion d'avant-contrats complexifie la gestion des pourparlers qui présentent une dimension internationale. En effet, l'absence de considération de ces documents précontractuels dans la réception de la *culpa in contrahendo* par le droit

¹²⁴⁵ V. les critiques quant à l'intervention de l'art., 8 al. 2, Convention de Rome (ex. art. 10, al. 2, Règlement Rome I) formulée par F. GUERCHOUN et S. PIEDELIERE, « Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) », *Gaz. Pal.*, 30 oct. 2007, n° 303, pp. 9 et s, spéc. n°63.

communautaire conduit à les traiter indépendamment des pourparlers. Ils interviennent ainsi dans la gestion des négociations sous l'égide de leur propre loi, distincte de la loi du contrat principal. Un auteur a proposé de considérer les avant-contrats « ayant pour but exclusif la conclusion d'un contrat », non pas comme « un contrat autonome en droit international privé, mais uniquement une excroissance du contrat qu'il a pour objet »¹²⁴⁶. Ces accords seraient ainsi soumis à la *lex contractus*. Cette proposition est assez séduisante, mais elle ne prend pas en compte l'inégalité des liens qu'entretiennent les avant-contrats avec le contrat principal. En effet, certains avant-contrats ne présentent pas une autonomie absolue par rapport au contrat négocié. Leur traitement est de ce fait susceptible de relever non seulement de leur propre loi, mais également de la loi du contrat principal. Pour ces avant-contrats, cette thèse se justifie pleinement¹²⁴⁷. La difficulté majeure rencontrée par ces accords porte sur la délimitation entre le domaine de leur loi propre et celui de la loi du contrat négocié (1). Mais une seconde catégorie d'avant-contrats ne rencontre pas cette difficulté, puisqu'elle démontre une entière autonomie par rapport au contrat principal. Dans cette hypothèse, la distinction plus marquée entre l'avant-contrat et le contrat négocié ne permet plus d'adhérer à la thèse du morcellement du contrat¹²⁴⁸. Pour ces documents précontractuels, l'enjeu se place au niveau de la détermination de leur propre loi applicable qui peut se révéler délicate (2).

1. LES AVANT-CONTRATS DONT L'AUTONOMIE DE LA LOI APPLICABLE EST INCERTAINE

747. Qu'ils aient pour objet d'obliger une ou plusieurs parties à promettre la conclusion du contrat négocié (a) ou de formaliser certains éléments d'accord qui formeront, une fois rassemblés, le contrat définitif (b), ces avant-contrats présentent une autonomie incertaine par rapport au contrat projeté.

a. *Les promesses de contrat*

748. La promesse de contrat¹²⁴⁹ peut engager les deux parties et revêtir un caractère synallagmatique (i) ou n'obliger qu'une seule partie et rester unilatérale (ii).

¹²⁴⁶ B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé. Étude dans le domaine du conflit de lois, thèse*, Paris, 2008, n° 699.

¹²⁴⁷ En ce sens, v. S. BOLLEE, « A la croisée des règlements Rome I et Rome II: la rupture des négociations contractuelles », *D.* 2008 pp. 2161 et s., spéc. p. 2164.

¹²⁴⁸ V. S. BOLLÉE, *op. cit.*

¹²⁴⁹ Appelées également « *contract to contract* » ou « *agreement to agree* ».

i. Les promesses synallagmatiques

749. A travers la conclusion d'une promesse synallagmatique, les deux parties s'engagent à conclure le contrat définitif mais en subordonnant sa formation à une formalité supplémentaire¹²⁵⁰. Le contrat ne peut donc se former tant que cette condition ne s'est pas réalisée. La promesse synallagmatique est un contrat mais qui ne se distingue pas nettement du contrat principal. Sur le terrain du conflit de lois, la promesse synallagmatique présente bien une nature contractuelle, puisqu'elle constitue un engagement librement assumé par une partie envers une autre¹²⁵¹.

Un auteur a cependant considéré que les avant-contrats ne pouvaient relever de la compétence du Règlement Rome I puisque ce texte exclut de son champ d'application « les obligations découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat »¹²⁵². Selon ce raisonnement, les avant-contrats génèrent des obligations découlant des négociations et sont ainsi écartés du domaine du Règlement Rome I¹²⁵³. Cette thèse ne nous convainc pas totalement. En effet, si l'objet de l'avant-contrat concerne bien l'organisation des négociations, cet accord présente une nature contractuelle au sens du règlement Rome I. Les obligations précontractuelles qui découlent de ces accords adoptent une nature contractuelle. Tous les avant-contrats relèvent ainsi de l'application du Règlement Rome I et sont soumis à leur loi propre. La promesse synallagmatique répond à cette règle. Cependant, elle présente une particularité : certains droits ne distinguent pas la promesse synallagmatique du contrat principal, ce qui conduit parfois à écarter la loi de la promesse au profit de la loi du contrat. Cette proximité de la promesse synallagmatique avec le contrat génère des difficultés dans la détermination de la loi applicable à la promesse (1) et permet de douter de la pertinence de l'application à la promesse de sa loi propre (2).

1) La détermination de la loi applicable à la promesse

750. La promesse synallagmatique ne dispose pas d'une totale autonomie par rapport au contrat principal. En effet, si la loi applicable à la promesse prévoit qu'elle ne se distingue pas

¹²⁵⁰ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD Civ.* 2000, p. 25.

¹²⁵¹ Selon la définition de la matière contractuelle retenue par le droit communautaire, v. arrêt *Jacob Handte*, 17 juin 1992, *Aff. C-26/91* et *supra* n^{os} 428 et s.

¹²⁵² P. LAGARDE, « *Culpa in contrahendo* à la croisée des règlements communautaires », *Mélanges offerts à L. FAUSTO POCAR*, Giuffrè, pp. 583 à 598, spéc. p. 598; *Comp. le droit international privé italien* avant l'introduction du Règlement Rome II, qui distingue la promesse unilatérale des obligations contractuelles et du champ d'application de la Convention de Rome et retient une règle spécifique à l'art. 58 de la Loi sur la réforme du système italien de droit international privé, L. 31 mai 1995, n^o 218, *Gazzetta Ufficiale*, suppl. n^o 68 au n^o 128 du 3 juin 1995 : « la promesse unilatérale est régie par la loi de l'État dans lequel elle est rendue manifeste »; *Adde.* les commentaires de cette loi, L. FAUSTO POCAR, *Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien*, *RCDIP* 1996, p. 41.

¹²⁵³ Cependant, P. LAGARDE admet l'application du Règlement Rome I par analogie et soumet les avant-contrats à la loi choisie par les parties, *op. cit.*

du contrat définitif, alors la promesse sera soumise à la loi du contrat définitif. La promesse synallagmatique comporte ainsi deux difficultés relatives à la résolution du conflit de lois.

751. La première difficulté porte sur la détermination de la loi applicable à la promesse. Le Règlement Rome I prévoit la soumission du contrat à la loi choisie par les parties.

Tout d'abord, il est envisageable que les parties aient déjà déterminé un choix de loi. Se pose alors la question de la portée de ce choix. Il semblerait logique de considérer que la loi expressément choisie pour régir la promesse s'étende au traitement du contrat principal. De même, si les parties ont déjà choisi la loi du contrat principal, pourrait être constatée l'expression d'un choix tacite de la loi applicable à la promesse synallagmatique en faveur de la loi du contrat. Cette harmonisation entre la loi choisie pour régir tant le contrat que la promesse permet de contourner toutes les difficultés liées aux incompatibilités entre ces deux lois applicables. Un tel raisonnement ne peut, semble-t-il, être écarté que dans l'hypothèse où les parties ont exprimé un choix de loi différent pour régler leur promesse et le contrat projeté. Dans ce cas, chacun de ces actes devra rester soumis à sa propre loi.

Ensuite, il est possible que les parties n'aient pas établi de choix de loi. En l'absence de choix de loi, le Règlement Rome I désigne la loi du lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Compte tenu de la réciprocité des obligations générées par la promesse synallagmatique, cet avant-contrat rend les deux parties débitrices d'engagements réciproques. Il est donc indispensable d'identifier la prestation caractéristique¹²⁵⁴. Puisque la promesse engage les parties à conclure le contrat principal sous condition, le débiteur de la prestation caractéristique de la promesse synallagmatique est également le débiteur de la prestation caractéristique du contrat principal. Lorsque les parties souhaitent conditionner leur contrat de vente à l'obtention d'un prêt, elles peuvent conclure une promesse synallagmatique de vente engageant les parties à conclure la vente définitive dès que le financement prévu est accordé. Dans ce cas, la promesse a engagé une partie à vendre et l'autre à acquérir dès la réalisation de la condition stipulée. L'engagement de vendre sous condition constitue ainsi la prestation caractéristique. Son débiteur, le futur vendeur, est également débiteur de la prestation caractéristique du contrat principal, la vente. La localisation objective de la promesse synallagmatique permet ainsi de garantir une uniformisation entre la loi de la promesse et la loi du contrat qui permet de contrer la seconde difficulté générée par le conflit de lois.

752. La seconde difficulté porte sur le risque de renvoi à la loi du contrat principal opéré par la loi applicable à la promesse une fois déterminée. Si les dispositions de la loi désignée applicable à la promesse synallagmatique reconnaissent son autonomie par rapport au contrat définitif, alors cette loi pourra être mise en œuvre sans difficulté. Mais si, au contraire, la loi de la promesse ne la différencie pas du contrat envisagé, elle renverra à la loi du contrat. La promesse et le contrat étant confondus, la loi du contrat s'étendra aux deux actes. On assistera ainsi à un renvoi opéré par la loi de la promesse synallagmatique vers la loi du contrat principal.

¹²⁵⁴ Contrairement à la promesse unilatérale, v. *infra* nos 757 et s.

A noter cependant que ce renvoi sera exclu si la loi premièrement désignée résulte de l'expression de la volonté des parties, en application du principe d'autonomie. Si les parties s'accordent sur la loi applicable à la promesse synallagmatique, alors cette dernière restera applicable à la promesse à exclusion de tout renvoi, et cela pour ne pas ruiner les attentes des parties.

Par conséquent, la loi du contrat définitif sera susceptible d'écarter l'application de la loi de la promesse synallagmatique si aucun choix de loi applicable à la promesse n'a été formulé par les parties et que la loi de la promesse désignée par la règle de conflit de loi objective du for ne lui reconnaît pas d'autonomie par rapport au contrat définitif. *A contrario*, la loi du contrat peut être exclue de la gestion de la promesse, soit parce que les parties ont choisi une loi applicable à la promesse différente de la loi du contrat principal, soit parce que la loi de la promesse désignée par la règle de conflit objective du for reconnaît l'autonomie de la promesse par rapport au contrat.

Cette autonomie de la loi applicable à la promesse par rapport au contrat principal suscite quelques critiques qui conduisent à douter de sa pertinence.

2) La pertinence contestable de l'application à la promesse de sa loi propre

753. Sur l'appréciation de l'opportunité de l'autonomie de la loi applicable à la promesse par rapport au contrat, il est nécessaire de distinguer deux hypothèses.

La première hypothèse concerne la présence d'un choix de loi de la promesse. La loi désignée par les parties s'applique à la promesse et exclut ainsi la loi du contrat principal. Une telle solution ne surprend pas. En effet, elle s'inscrit dans la logique du nouveau droit communautaire, puisqu'elle assure la prise en compte de la volonté des parties. Si les parties ont choisi la loi applicable à leur avant-contrat, cette dernière doit alors s'appliquer pour respecter leurs prévisions. Certes, un tel raisonnement complique le traitement de leurs relations, mais en élisant une loi différente, les parties ont choisi librement d'assumer cette situation complexe.

La seconde hypothèse concerne, cette fois, l'absence d'un choix de loi. La loi applicable à la promesse synallagmatique est déterminée à travers le critère objectif de la prestation caractéristique. Dans ce cas, la reconnaissance d'une autonomie à la loi de la promesse est plus contestable. En effet, le Règlement Rome II prévoit l'extension de la loi du contrat à la gestion des pourparlers, et ce alors même que les pourparlers ne sont guère très avancés. Mais lorsque les négociations sont suffisamment abouties pour que soit conclue entre les parties une véritable promesse synallagmatique, et que les négociations se rapprochent jusqu'à frôler la fusion avec le contrat définitif, alors paradoxalement la loi du contrat perd son principe d'application. L'extension de la loi du contrat à la promesse synallagmatique devient une exception et non un principe. Son application ne sera possible que sous certaines conditions. Or, la reconnaissance d'une autonomie de la loi de la promesse par rapport au contrat principal conduit à des difficultés de mise en œuvre lorsque les dispositions de la loi ainsi désignée fusionnent ces deux actes.

754. Pour conclure sur la question de la pertinence de l'autonomie de la loi applicable à la promesse, pour éviter les difficultés exposées, il serait donc préférable d'appliquer systématiquement la loi du contrat à la promesse synallagmatique, sauf lorsque les parties se sont accordées autrement en élisant une loi différente à leur promesse. Ce choix devra en pratique être exprimé de manière expresse puisqu'il reste difficile de constater un choix tacite de se soustraire à la loi du contrat, surtout lorsque la *lex contractus* a déjà fait l'objet d'un choix. La tendance serait de considérer que le choix de la loi du contrat définitif vaut également choix de loi tacite de la loi de la promesse. Cette solution permettrait de contourner tous les risques de renvoi et d'interprétation erronée du souhait des parties. D'autant qu'elle conduirait tout simplement à étendre la nouvelle règle établie par le Règlement Rome II en matière de *culpa in contrahendo* à l'hypothèse de négociations contractuellement organisées et en phase d'aboutissement. L'application de la loi du contrat à une hypothèse qui présente un lien si marqué avec le contrat que son autonomie en est douteuse ne surprendrait pas. Cette difficile distinction entre l'avant-contrat et le contrat principal se retrouve également lorsque la promesse repose sur l'engagement d'une seule des parties.

ii. Les promesses unilatérales

755. Lors des négociations, une partie peut accepter de s'engager unilatéralement vis-à-vis d'une autre à conclure un contrat. Si l'auteur de cette promesse est définitivement engagé, le bénéficiaire, lui, dispose simplement d'un droit d'option¹²⁵⁵. Il peut choisir de ne pas lever l'option et de laisser la promesse atteindre sa caducité, ou faire valoir ce droit en levant l'option, déclenchant ainsi la formation du contrat principal. A la levée de l'option, la promesse unilatérale prendra automatiquement la forme du contrat définitif, sans que la conclusion d'un autre contrat ne soit nécessaire. Ce constat rend ainsi délicate la distinction de la promesse et du contrat, difficulté qui s'exprime également sur le terrain du conflit de lois. Pour déterminer la loi applicable au traitement de la promesse unilatérale, les questions posées doivent être clairement identifiées puisqu'elles seront réparties entre la loi de la promesse et la loi du contrat. Il faut donc opérer une distinction entre deux hypothèses : lorsque le bénéficiaire a levé l'option, de façon certaine ou douteuse, et lorsqu'il n'a pas fait valoir ce droit.

756. Selon la première hypothèse, lorsque la levée de l'option est reconnue ou qu'il se présente justement une incertitude à soulever quant à son effectivité, alors la question revient à s'intéresser à la formation du contrat principal. En effet, si la levée de l'option est établie, alors le raisonnement ne portera plus sur la promesse, qui a déjà disparu à la levée de l'option, mais sur le contrat principal qui vient de se former, grâce à l'intervention du bénéficiaire. Si la levée de l'option est incertaine, il existe un doute sur la formation du contrat définitif. Il est en effet possible de s'interroger, par exemple, sur l'efficacité d'une levée d'option tardive

¹²⁵⁵ J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, coll. Droit usuel, 1982, n° 487, p. 265; I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967.

ou tacite, si le droit applicable reconnaît au silence la valeur d'acceptation¹²⁵⁶. Dans une telle situation, soit la levée de l'option n'a pas abouti et le contrat n'a pu se former, soit elle a bien été exprimée et a entraîné, de ce fait, la formation du contrat principal. Ainsi, la question de l'efficacité de la promesse conduit finalement à s'interroger sur la formation du contrat principal. C'est ainsi à la loi applicable à la formation du contrat principal qu'il revient de répondre à cette interrogation.

L'article 1, alinéa 1, du Règlement Rome I confie à la loi du contrat la détermination de l'existence du contrat. Il appartient donc à la loi choisie par les parties pour régir le contrat négocié, de déterminer l'effectivité de la levée d'option. A défaut de choix exprès, il est envisageable d'établir un choix tacite de la loi applicable à la promesse. Il est probable qu'en choisissant la loi applicable à la promesse unilatérale, les parties aient souhaité étendre ce choix au contrat définitif. En l'absence de choix de loi applicable tant au contrat qu'à la promesse, c'est la prestation caractéristique du contrat négocié qui devra être déterminée. Cependant, pour ne pas faire supporter au bénéficiaire le risque de s'engager involontairement, si la *lex contractus* reconnaît l'acceptation silencieuse¹²⁵⁷, l'article 10, alinéa 2, du Règlement Rome I lui permet d'établir son absence de consentement sur le fondement de la loi de son domicile. La loi de la résidence habituelle du bénéficiaire pourra ainsi intervenir pour apprécier l'efficacité de la levée d'option et la transformation de la promesse en contrat définitif.

757. Selon la deuxième hypothèse, si le bénéficiaire n'a pas levé l'option, alors la question n'intéresse plus la formation du contrat principal, mais le traitement de la promesse. Elle concerne le domaine de la loi de la promesse et non plus celle du contrat. C'est à la loi de la promesse de déterminer notamment les formalités de validité de la promesse, le régime de l'indemnité d'immobilisation versée par le bénéficiaire, la faculté du promettant de se dédire ou celle du bénéficiaire de se substituer un tiers, ou même les effets de la promesse en cas de décès des parties.

Pour déterminer la loi applicable à la promesse, il est nécessaire de s'intéresser dans un premier temps au choix des parties. Il est possible que les parties aient choisi la loi applicable à leur promesse. Elles peuvent même avoir élu une loi différente pour régir le contrat définitif. A défaut de choix de loi exprès, il est possible de reconnaître un choix tacite en faveur de la loi du contrat si cette dernière a déjà fait l'objet d'une désignation par les parties. D'autant que l'article 3, alinéa 1, du Règlement Rome I admet une *electio juris* tardive, après la conclusion du contrat. Ce qui pourrait permettre de considérer qu'en choisissant la loi applicable au contrat définitif, les parties aient exprimé leur souhait de soumettre leur promesse à la loi ainsi désignée, après la conclusion de cet avant-contrat.

¹²⁵⁶ V. notamment le droit allemand : C. WITZ, *Droit privé allemand I, Actes juridiques, Droits subjectifs*, Litec, 1992, pp. 148 et s., nos 164 et s., spéc. nos 166 et s.; D. BEN ABDERRAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, LGDJ, 1985, nos 90 et s.; V. aussi CA Paris, 14 déc. 1993, *Soc. Bachmann c./Soc. Kettner*, RCDIP 1995 p. 300, note H. MUIR WATT, recherchant la loi applicable à l'acceptation tacite d'un contrat négocié entre des parties établies en France et en Allemagne, alors que la Convention de Rome n'était pas encore applicable.

¹²⁵⁷ Pour le droit allemand, v. *supra* la note 1255.

A défaut de choix de loi, le recours à la prestation caractéristique permet de déterminer la loi de la promesse. Il est alors possible de relever que, contrairement à la promesse synallagmatique, le débiteur de la prestation caractéristique de la promesse unilatérale pourra différer de celle du contrat principal. Si l'on raisonne sur l'hypothèse du contrat de vente, la démonstration est claire. Les parties envisagent la conclusion d'une vente. La prestation caractéristique du contrat définitif, la vente, est celle du vendeur. Si les parties choisissent de conclure une promesse de vente, par laquelle, c'est le futur vendeur qui tient le rôle de promettant en s'engageant à vendre. Le débiteur de la promesse de vente correspond bien à celui du contrat projeté. Mais si les parties optent pour la conclusion d'une promesse d'achat, c'est alors le futur acquéreur qui s'engage à acheter le bien négocié et devient ainsi le débiteur de la prestation caractéristique. Par conséquent, le débiteur de la prestation caractéristique de la promesse d'achat se distingue de celui de la vente.

758. En conclusion, tant la recherche subjective de la loi applicable à la promesse unilatérale, par la considération du choix de loi des parties, que sa recherche objective, par la détermination de la prestation caractéristique, peuvent conduire à l'intervention d'une loi différente de celle du contrat principale. Ce qui implique la mise en œuvre d'une loi tierce dans le traitement du contentieux précontractuel. Cette complexification de la gestion des négociations, générée par la présence de promesses, se rencontre de nouveau lorsque sont conclus des accords partiels.

b. Les accords partiels

759. Les négociations ont pour objectif la formation d'un contrat constitué par un ensemble de clauses. Chacune a fait l'objet d'une discussion pour parvenir à un accord entre les parties. Compte tenu de la complexité et souvent la longueur des contrats négociés, il semble difficile d'obtenir une acceptation unique de toutes les clauses simultanément. En pratique, il est fréquent de discuter chacun des points du contrat pour obtenir une entente intermédiaire. Toutes ces ententes seront ensuite regroupées pour former le contrat définitif. Le contrat se structure donc par étapes, selon la méthode de la *punctatio*¹²⁵⁸. La construction contractuelle est rythmée par la formation de ces accords partiels. Ils constituent des avant-contrats, participant à l'encadrement des négociations précontractuelles. A ce titre, leur présence peut faire survenir des litiges dont la résolution dépendra de la loi qui leur est applicable. Deux problématiques peuvent nécessiter la résolution du conflit de lois.

760. La première problématique concerne la portée de l'accord partiel. En effet, le contrat définitif se forme dès qu'un accord sur ses éléments essentiels est constaté. Si les parties s'accordent sur ces éléments dans un accord partiel, alors ce dernier perdra son caractère partiel puisqu'il constituera le contrat définitif. Or, les droits nationaux ne retiennent pas pour essentiels les mêmes éléments. Ainsi, le droit français de la vente impose que le contrat

¹²⁵⁸ A. RIEG, « La *punctatio*, contribution à l'étude de la formation successive des contrats », in *Mélanges P. Jauffret*, éd. PUAM 1974, p. 593.

définitif détermine le prix¹²⁵⁹, alors que le droit anglais reconnaît la formation de la vente même en l'absence de prix. Selon la loi applicable, le contrat partiel sera reconnu en tant que tel ou le contrat définitif sera déclaré formé. Ainsi, il s'agit finalement d'établir si le contrat principal a été formé. Cette question relève de la loi du contrat principal, en vertu des dispositions de l'article 10, alinéa 1, du Règlement Rome I.

761. La seconde problématique intéresse la faculté du juge de compléter l'accord. Si le caractère partiel de l'accord est reconnu, se pose la question de savoir si la juridiction saisie peut compléter cet accord partiel afin qu'il puisse constituer le contrat définitif. Pour y répondre, il faut interroger, cette fois, la loi applicable à l'accord partiel. Il s'agit donc à présent de la déterminer. L'accord partiel est un contrat qui relève des dispositions du Règlement Rome I qui le soumettent à la loi choisie par les parties, ou à défaut, à la loi du lieu de résidence habituelle de la prestation caractéristique. Pour déterminer la loi applicable à l'accord partiel, trois hypothèses doivent être distinguées.

Selon la première hypothèse, les parties ont expressément choisi la loi applicable à l'accord partiel, ce qui simplifie considérablement la résolution du conflit de lois. Par ailleurs, il sera certainement considéré que ce choix s'étend au contrat définitif, en tant que choix tacite. Dès lors que les parties se sont accordées sur une loi applicable à un élément de leur contrat, il est possible d'envisager que cette loi régira l'ensemble du contrat projeté. Les parties conservent cependant la faculté d'élire une autre loi applicable à leur contrat. De plus, la possibilité de réaliser un dépeçage¹²⁶⁰ du contrat leur ouvre le droit de choisir une loi différente pour chacun des éléments composant le contrat définitif et, de ce fait, à chacun des accords partiels.

Une deuxième hypothèse se présente lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable à leur accord partiel, mais se sont déjà entendues sur la loi applicable au contrat définitif. Cet *electio juris* reste en principe indépendant de l'accord partiel et ne s'étend donc pas automatiquement. Mais il est possible également de considérer que ce choix constitue une désignation tacite de la loi applicable à l'accord partiel qui interviendrait postérieurement à sa conclusion, comme le prévoit l'article 3, alinéa 2, du Règlement Rome I¹²⁶¹. Un tel raisonnement ne surprend pas puisque les dispositions de l'accord partiel correspondent à celles du contrat définitif, mais en plus réduites. Cette extension doit donc être favorisée, sous réserve de l'utilisation de leur faculté de dépeçage du contrat par les parties.

Enfin, selon une troisième hypothèse, il est envisageable que les parties soient restées muettes quant au choix de la loi applicable tant à l'accord partiel, qu'au contrat définitif. Dans ce cas, il appartient à la loi du lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique de venir assurer la gestion de cet accord. Cette loi correspondra très certainement à la loi du contrat principal car, pour qu'il fasse l'objet d'un contentieux, l'accord partiel doit contenir un

¹²⁵⁹ Art. 1591 C. civil.

¹²⁶⁰ V. P. LAGARDE, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Rivista di diritto internazionale e processuale* 1975, p. 649; M. EKELMANS, « Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Mélanges Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, p. 243.

¹²⁶¹ La possibilité de conclure une clause d'*electio juris* après la conclusion du contrat est prévue par le Règlement Rome I à l'art. 3, al.2.

nombre d'éléments essentiels du contrat définitif¹²⁶². Ce nombre doit être suffisant pour que l'accord partiel soit susceptible d'entraîner la formation du contrat définitif, soit par reconnaissance immédiate de la loi applicable, soit par les compléments apportés par le juge. Ainsi, il pourra être parvenu à une uniformisation entre la loi applicable au contrat définitif et à l'accord partiel, dans cette hypothèse où avant-contrat et contrat sont à la limite de la fusion. Tous les avant-contrats ne connaissent pas cette problématique. Certains présentent une autonomie suffisante qui leur permet de ne pas être confondus avec le contrat négocié. Pourtant, ils n'échappent pas aux difficultés de résolution du conflit de lois.

2. LES AVANT-CONTRATS DONT L'AUTONOMIE DE LA LOI APPLICABLE EST CERTAINE

762. Ces avant-contrats peuvent revêtir des formes diverses (a), ce qui ne facilite pas la détermination de la loi qui leur est applicable (b).

a. Les modèles d'avant-contrats autonomes

763. Avant de s'intéresser à la résolution du conflit de lois en présence d'avant-contrats, il est nécessaire de préciser que la reconnaissance juridique de ces engagements doit avoir été établie. On écarte à ce titre l'hypothèse particulière des engagements fondés uniquement sur l'honneur ou *gentlemen's agreements*. La rédaction ambiguë de ces promesses qui reposent sur l'honneur engendre des difficultés d'interprétation. Ces documents feront donc l'objet d'une analyse minutieuse pour appréhender au mieux le degré d'engagement souscrit. A travers ces lignes de rédaction qui forment l'engagement sur l'honneur, les parties ont pu souhaiter se soustraire à toute forme d'engagement et ce document n'aura qu'une valeur de promesse formelle totalement dépourvue de force contraignante.

764. D'autres avant-contrats ne présentent pas une telle ambiguïté dans l'appréhension du degré d'engagement. Ils constituent de véritables contrats faisant naître des obligations à la charge des parties qui en sont les auteurs. Les parties peuvent ainsi s'obliger à négocier ou poursuivre les négociations conformément aux règles de la bonne foi. C'est l'objet d'un accord de principe qui n'engage pas les parties à conclure le contrat définitif, mais simplement à le négocier. Cet avant-contrat peut donner lieu à des contentieux précontractuels lorsque les obligations qui y sont stipulées ne sont pas respectées.

Tout d'abord, les parties peuvent refuser d'entamer les discussions, ou même, rompre les négociations dans des circonstances contraires à la bonne foi : en se retirant des tractations

¹²⁶² La correspondance entre la loi applicable à l'accord partiel et la loi du contrat négocié doit être favorisée pour éviter la survenance du cas épineux dans lequel ces deux lois apportent des réponses contradictoires à la question de la rupture des pourparlers : une des lois reconnaîtrait son efficacité, alors que la seconde déclarait le contrat formé : sur ce point, v. S. BOLLEE, « A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », *D.* 2008 pp. 2161 et s., spéc. p. 2163.

sans motif justifié ou pour contracter avec un tiers, ou en avertissant brutalement son partenaire, alors qu'il avait pu légitimement croire à la réussite des pourparlers.

765. Ensuite, il est également envisageable que les négociations soient effectivement initiées et poursuivies, mais en violation des règles de la bonne foi. Par exemple, agira de mauvaise foi la partie qui prolonge les pourparlers alors qu'elle a perdu son intention de contracter¹²⁶³, ou celle qui entretient des négociations parallèles en faisant croire à l'autre partie qu'elle bénéficie d'une exclusivité. Dans cette hypothèse, ce n'est pas la rupture des pourparlers qui sera sanctionnée, mais son déroulement. Ainsi, la responsabilité de la partie qui aura agi en violation des obligations stipulées dans l'accord de principe pourra être engagée même si les négociations ne sont pas rompues.

766. Enfin, l'utilisation des avant-contrats ne se réduit pas à la volonté d'imposer une obligation de bonne foi. Certains ont pour objectif d'organiser les négociations. La dimension internationale complexifie encore davantage les tractations commerciales. Elles nécessitent parfois la traduction de documents techniques ou obligent les parties à se déplacer géographiquement pour limiter les discussions à distance. Ce qui conduit à ralentir les pourparlers qui ont tendance à s'étendre dans le temps. Aussi, les négociations internationales commandent un encadrement spécial pour assurer une évolution cohérente des pourparlers. Interviennent alors les accords de négociations, souvent présentés sous l'appellation de contrats temporaires ou provisoires. Ils peuvent prévoir des dispositions aussi diverses que le sont les besoins des parties. Les plus fréquents ont pour objet de garantir le bon déroulement de l'échange des informations nécessaires au consentement des parties en désignant la nature des documents à transmettre ainsi que le calendrier de remise. Mais surtout, l'accord de négociation peut imposer une obligation de confidentialité des informations dévoilées lors des pourparlers. La garantie du secret des échanges est essentielle pour assurer aux pourparlers un aboutissement favorable¹²⁶⁴. En effet, pour assurer un consentement éclairé des parties au contrat, il est indispensable qu'elles disposent des renseignements nécessaires à fonder leur acceptation. Or, si ces informations ne sont pas protégées par un devoir de confidentialité, alors aucune des parties ne se risquera à les dévoiler tant qu'elle ne sera pas suffisamment assurée des chances de conclusion du contrat projeté. Les négociations en seront ainsi nettement ralenties, voire même enrayées.

D'autres accords de négociation ont pour objectif de préserver les parties de l'interférence des tiers en prévoyant un devoir d'exclusivité. Les parties liées par un tel accord ne pourront entamer de pourparlers sur un projet identique, et ce, durant une durée limitée, avec des tiers. Enfin, l'accord de négociation peut établir un calendrier pour rythmer les pourparlers afin d'éviter qu'elles ne s'enlisent. Il peut fixer des dates auxquelles des accords devront être discutés ou obtenus, ou organiser des lieux de réunions entre les différents protagonistes. Ainsi, quelles que soient les obligations qu'ils imposent, les accords de négociation ont tous pour commun objectif d'organiser et d'encadrer les pourparlers.

¹²⁶³ V. par exemple l'art. 2.1.15, al. 3, Principes UNIDROIT : « 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. »

¹²⁶⁴ J. HUET, F. DUPUIS-TOUBOUL, « Violation de la confidentialité des négociations », *LPA* 1990, n° 41, p. 4.

Un contentieux peut surgir entre les parties lorsque ces engagements ne sont pas respectés. Il est par exemple envisageable qu'une partie divulgue ou utilise à son profit et sans autorisation les secrets de fabrication dévoilés par l'autre partie au cours des discussions, en violant un accord de négociation imposant le respect de la confidentialité des renseignements échangés lors des pourparlers. Il est également possible qu'une partie ne respecte pas son obligation de procéder à des expertises préliminaires à la conclusion du contrat alors qu'une date limite d'obtention de ces informations était fixée dans un accord de négociation.

Les accords de négociations imposent des obligations directement liées à l'existence des pourparlers, mais totalement indépendantes du contrat projeté. De ce fait, quel que soit l'aboutissement des négociations, la violation des engagements prévus par l'accord de négociations peut donner lieu à réparation. En effet, que les négociations soient rompues ou que le contrat définitif soit finalement conclu, la divulgation des secrets délivrés lors des tractations pourra faire l'objet d'une action en justice à l'encontre de son auteur.

Reste à déterminer la loi applicable à une telle action fondée sur la violation des obligations nées d'un accord de négociation.

b. La loi applicable aux avant-contrats autonomes

767. Pour tous ces avant-contrats qui présentent une autonomie certaine par rapport au contrat négocié, la difficulté porte essentiellement sur la détermination de la loi applicable. L'avant-contrat relevant du domaine du Règlement Rome I, la loi applicable sera la loi choisie par les parties ou, à défaut, la loi du lieu de résidence habituelle de la prestation caractéristique.

Tout d'abord, si les parties se sont entendues sur la loi applicable à leur avant-contrat, celle-ci pourra s'appliquer. Il faut donc inciter les parties à prévoir la désignation de la loi applicable dans leur accord de négociation pour ne pas se voir confrontées à une incertitude. Cependant, la présence d'un choix de loi au sein d'un accord de principe reste une éventualité particulièrement rare. Cet accord a pour objet d'organiser l'initiation ou la poursuite des négociations. Il doit ainsi naître dans un contexte de confiance. Or, discuter de la loi applicable à l'accord conduit à envisager les risques de contentieux qui pourraient en émerger, soit en anticipant le comportement de mauvaise foi de son partenaire, soit en se ménageant la possibilité d'adopter soi-même une telle attitude.

Concernant l'engagement d'honneur, la présence d'*electio juris* reste une hypothèse encore plus rare, quasi-virtuelle, puisqu'elle détonne du choix même de se fonder sur l'honneur. Si les parties souhaitent échapper à la reconnaissance d'un accord contraignant, elles ne se risqueront pas à désigner de loi applicable alors que cette clause pourrait démontrer le fait qu'elles aient bien conscience de la force juridique de la promesse souscrite.

768. Ensuite, malgré une absence de choix exprès de la loi applicable à l'avant-contrat, les parties peuvent avoir déjà déterminé la loi de leur contrat négocié. Cette hypothèse se présente dans le cas où une action en violation des obligations nées de l'avant-contrat est introduite alors que le contrat a déjà été conclu, ou que les pourparlers sont suffisamment avancés pour que les parties se soient déjà entendues sur la loi du contrat. Il n'existe pas d'extension de principe de la loi du contrat à la gestion de l'avant-contrat, puisqu'ils constituent deux actes autonomes. Il est pourtant possible de considérer l'existence d'un choix tacite de la loi

applicable à l'avant-contrat en faveur de la loi choisie pour régir le contrat. D'autant que l'article 3 du Règlement Rome I permet à l'*electio juris* d'intervenir à tout moment de la vie contractuelle. Il est donc possible de considérer que le choix de la loi applicable à l'avant-contrat a été formulé au jour où la loi du contrat a été élue. De plus, cette solution harmonise le régime de la *culpa in contrahendo* puisqu'en matière de responsabilité précontractuelle de nature délictuelle, le Règlement Rome II prévoit l'extension de la loi du contrat aux négociations. Ainsi, que les pourparlers soient libres ou encadrés par des avant-contrats, la loi applicable sera identique : la loi du contrat définitif conclu ou projeté.

769. Pour continuer, si les parties ne se sont pas exprimées sur un quelconque choix de loi, hypothèse fréquente lorsque les négociations ne sont pas suffisamment avancées pour que les parties aient pu s'accorder sur la désignation de la loi applicable, la prestation caractéristique doit être identifiée. Or, pour ces avant-contrats, cette tâche s'avère des plus délicates. L'accord de principe repose sur l'obligation de négocier de bonne foi, qui constitue une obligation commune aux deux parties. Il ne peut dans ce cas être déterminé de prestation caractéristique¹²⁶⁵. De même, l'accord de négociation prévoit essentiellement un devoir de confidentialité ou de respect d'un calendrier. Or, ces obligations ne peuvent s'imposer exclusivement à une seule des parties. Il n'est pas envisageable qu'un accord impose un devoir de secret des informations confidentielles à une partie, alors que l'autre pourrait librement divulguer les renseignements transmis par son partenaire. Les obligations nées de l'accord de négociation sont ainsi réciproques en général, elles contraignent les deux parties selon une même intensité. Ainsi, il ne peut donc pas être déterminé de prestation caractéristique.

770. Enfin, dès lors, la loi applicable à ces avant-contrats, en l'absence de choix de lois ne peut être établie qu'au regard des liens les plus étroits qu'entretient cette loi avec l'accord conclu. Cependant, il sera difficile d'analyser les liens les plus étroits avec l'avant-contrat, sans considérer les liens étroits avec le contrat négocié. Si tous les éléments du contrat négocié sont localisés dans un Etat, alors que l'avant-contrat présente plus de liens avec un autre Etat, quelle loi faudra-t-il retenir ? Prenons l'exemple de la négociation d'un contrat dont l'exécution est prévue aux Etats-Unis, lieu d'établissement de l'une des parties. Dans ce cadre, un accord de confidentialité a été conclu en France. Une action en responsabilité est introduite pour violation de l'obligation contractuelle de confidentialité, alors qu'il est établi que les informations litigieuses ont été transmises et divulguées en France. Le respect de la lettre du Règlement Rome I milite en faveur de la loi française qui présente vraisemblablement des liens plus étroits avec l'accord de confidentialité. Cependant, dans un souci de cohérence, et pour éviter la multiplication des lois applicables à une même relation, il reste assez tentant de retenir la loi américaine, loi qui présente des liens étroits avec le contrat négocié. Il est envisageable que la juridiction saisie se laisse convaincre par ce second choix. Mais pour respecter les dispositions du Règlement Rome I, la loi présentant des liens étroits

¹²⁶⁵ B. BOURDELOIS, « Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Ph. MALAURIE, Deffrénois*, 2005, pp. 107 et s., spéc. p. 114.

avec le contrat ne sera pas appliquée en tant que telle, mais en tant que choix tacite des parties de la loi de l'avant-contrat en faveur de la loi du contrat.

Ainsi, non seulement l'hypothèse de coexistence de lois applicables différentes sera écartée, mais il ne pourra pas être reproché à la juridiction compétente d'avoir confondu la loi présentant les liens les plus étroits avec l'avant-contrat, avec la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat définitif. Pourtant, ce commentaire s'achève sur une pensée critique puisque, bien que le résultat pratique doive être salué, il faut noter que l'appréciation de la volonté des parties sera forcée. En localisant les éléments du contrat négocié dans un même Etat, ces dernières n'ont certainement pas eu pour objectif d'élire la loi applicable à leur relation.

Par conséquent, il serait préférable de maintenir l'application de la loi du contrat à l'avant-contrat, mais en excluant le fondement de la loi tacite. Il est alors envisageable de proposer que les dispositions de l'article 12, alinéa 1, soient transposées aux avant-contrats pour que soit appliquée, aux avant-contrats, la loi du contrat négocié, sans qu'il soit nécessaire de forcer l'interprétation de la volonté des parties.

B. LA LOI DE LA RESIDENCE HABITUELLE DE LA PARTIE QUI N'A PAS CONSENTI

771. La lecture des nouvelles dispositions établies par le Règlement Rome II en matière de *culpa in contrahendo* fait apparaître une prise en considération de la résidence habituelle des parties (1). On aurait pu y entrevoir une volonté d'étendre la réserve de l'article 10, alinéa 2, de la *culpa in contrahendo* contractuelle à la *culpa in contrahendo* délictuelle. Une telle disposition n'aurait pas surpris puisqu'elle avait déjà été proposée auparavant par la doctrine¹²⁶⁶. Pourtant, une seconde lecture, plus attentive, démontre que la référence à la résidence habituelle des parties, en matière de *culpa in contrahendo* délictuelle, ne poursuit pas un même objectif qu'en matière de *culpa in contrahendo* contractuelle (2).

1. LA RECEPTION EN MATIERE DE *CULPA IN CONTRAHENDO* CONTRACTUELLE

772. L'article 10, alinéa 2, du Règlement Rome I, qui reprend à l'identique les dispositions de l'article 8, alinéa 2, de la Convention de Rome, ouvre à la partie qui cherche à établir qu'elle n'a pas consenti, la faculté de se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence

¹²⁶⁶ V. les commentaires de l'Institut Max Planck : « Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization », *RebelsZ Bd.* 68, 2004, pp. 2 et s., spéc. pp. 86 et s.

habituelle, s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable¹²⁶⁷ de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la *lex contractus*. Cette disposition permet de traiter les difficultés générées par la conclusion d'accords verbaux¹²⁶⁸ et essentiellement de contourner l'application de certains droits qui reconnaissent au silence la valeur d'acceptation¹²⁶⁹.

773. Néanmoins, cette réserve présente une portée limitée, puisque non seulement elle ne fait pas échec au contrat, mais en plus, elle exige que deux conditions soient remplies.

Tout d'abord, la réserve de l'article 10, alinéa 2, n'annihile pas l'application de la *lex contractus*. La loi du contrat conserve son application de principe. Ce ne sont que certaines dispositions de la loi de la résidence habituelle de la partie qui n'a pas consenti, qui sont susceptibles d'appuyer sa requête, qui seront appliquées. L'intervention de la loi de la résidence d'une des parties reste donc très limitée. Il faut rappeler pour commencer que seules certaines dispositions de cette loi, et non la loi dans son intégralité, sont susceptibles de s'appliquer.

774. Ensuite, l'application de l'article 10, alinéa 2, est subordonnée à la réunion de deux conditions cumulatives. Selon la première condition, il faut que les dispositions de la loi de la résidence soutiennent la prétention de la partie qui s'en prévaut. Ainsi, si une partie cherche à démontrer que son silence face à la réception d'une offre ne permet pas d'établir son acceptation, il faudra que la loi de sa résidence ne reconnaisse pas au silence la valeur d'acceptation. A défaut, l'invocation des dispositions de cette loi ne permettront pas de contester l'existence du contrat.

De plus, chaque partie ne peut bénéficier que de l'application de la loi de sa propre résidence, et non de celle de son cocontractant. En effet, cet article offre un moyen de défense à la partie qui souhaite démontrer son absence de consentement. Il ne peut donc qu'être utilisé par cette dernière et en sa faveur. En d'autres termes, une partie qui chercherait à échapper à l'exécution du contrat, ne peut pas démontrer qu'elle n'a pas consenti sur le fondement de la loi de la résidence de son cocontractant. De même, une partie ne peut pas se prévaloir de la loi de sa propre résidence pour établir, au contraire, que c'est son cocontractant qui n'a pas consenti.

¹²⁶⁷ Sur l'appréhension du caractère raisonnable de l'application de la *lex contractus* à la question du consentement, v. G. WEISZBERG, *Le raisonnable en droit du commerce international*, Thèse, Paris II, 2003, nos 131 et s.

¹²⁶⁸ Sur ce point, v. les difficultés rencontrées par la conclusion d'accords verbaux à travers la jurisprudence de la CJCE, et notamment la question de la validité de la clause attributive de juridiction, dont l'acceptation est douteuse, au regard des dispositions du droit communautaire : 14 déc. 1976, C-24/76, *Estasis Salotti c./Rueva Postereimaschinen GmbH* et C-25/76, *Segoura c./Bonakdarian*; 19 juin 1984, C-71/83, *Tilly Russ e a c/ Nova*; 11 juill. 1985, C-313/85, *Iveco Fiat spa c./van Hool SA*; 20 févr. 1997, C-106/95, *Gravières Rhénanes SARL*; 16 mars 1999, C-159/97, *Trasporti Castelletti*.

¹²⁶⁹ CA Paris, 14 déc. 1993, *Soc. Bachmann c./Soc. Kettner*, RCDIP 1995, p. 300, note H. MUIR WATT : Pour une détermination de la loi applicable à l'acceptation tacite d'un contrat négocié entre des parties établies en France et en Allemagne, alors que la Convention de Rome n'était pas encore applicable; V. aussi P.-Y. GAUTIER, « Les aspects internationaux de la négociation », *RTD Com.* 1998, pp. 493 et s., spéc. p. 497.

775. La seconde condition concerne les circonstances dans lesquelles la loi de la résidence est susceptible d'être consultée. Selon l'article 10, alinéa 2, déterminer l'effet du comportement d'une partie en application de la *lex contractus* ne doit pas être raisonnable. Ce qui réduit la portée de cette réserve. Le texte ne prévoit aucune précision éclaircissant la définition du caractère « raisonnable » recherché. Il est possible de considérer que la solution dépendra des modalités d'identification de la *lex contractus*. Deux hypothèses doivent être distinguées.

Si les parties ont choisi la loi applicable, il paraît raisonnable de leur appliquer l'ensemble des dispositions de la loi ainsi désignée. Elles ont pleinement connaissance du contenu de l'ordre juridique compétent et l'ont d'ailleurs volontairement accepté. Il ne semble donc pas possible, dans cette hypothèse, de faire intervenir la loi de la résidence pour écarter la *lex contractus*.

Par contre, en l'absence de choix de la loi applicable, les parties risquent d'être surprises par l'application des dispositions d'une loi dont elles n'ont pas prévu l'application. La réserve de l'article 10, alinéa 2, trouve une terre d'élection dans cette hypothèse, puisqu'une partie se verrait, à défaut, imposer des conditions d'acceptation du contrat dont elle peut ignorer le contenu. Ainsi, cette exception s'apparente à l'ignorance légitime de la loi étrangère¹²⁷⁰.

Il semblerait alors raisonnable d'autoriser une partie à se prévaloir des dispositions de la loi de sa résidence lorsque la *lex contractus* est objectivement déterminée. Cependant, cette règle apparaît quelque peu injustifiée en matière de commerce international. Quand les relations contractuelles concernent des professionnels, un encadrement particulièrement attentif leur est généralement réservé. Les acteurs du commerce international ont connaissance de l'importance de la *lex contractus*. C'est pourquoi la majorité de ces contrats contiennent une clause d'*electio juris*. En l'absence d'un tel choix de loi, les parties se sont inquiétées de la loi qui serait susceptible de s'appliquer et ont cherché à connaître son contenu. Le risque de reconnaissance de la formation d'un contrat par une acceptation silencieuse est devenu un danger notoire. Les parties peuvent anticiper cette difficulté.

Par conséquent, dans le cadre de ces relations entre professionnels, il semble finalement plus opportun de laisser à la *lex contractus* un libre champ pour établir l'existence du consentement des deux parties.

776. En conclusion, l'applicabilité de la réserve de l'article 10, alinéa 2, semble donc assez compromise en matière de commerce international. D'autant que son domaine, lui aussi, reste particulièrement réduit. Cette exception ne concerne en effet que les modalités d'expression du consentement des parties. Elle ne s'étend ni aux autres conditions de formation, ni aux conditions de validité. Ainsi, seule la manifestation de l'acceptation d'une partie pourra faire l'objet de cette exception. L'article 10, alinéa 2, intéresse donc bien une hypothèse de *culpa in contrahendo* contractuelle, puisqu'il concerne le passage des négociations précontractuelles au constat de la formation du contrat projeté. Un auteur a pourtant proposé que la question de l'acceptation tacite du contrat soit traitée comme une question de forme et non de fond¹²⁷¹.

¹²⁷⁰ M. SANTA-CROCE, *J.-Cl. Droit internat.*, Fasc. 552-60, n° 35.

¹²⁷¹ B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé – étude dans le domaine du conflit de lois*, Thèse, Paris II, 2008, p. 354, n° 714.

Elle relèverait alors de la compétence de l'article 11 du Règlement Rome I et échapperait à l'application de l'article 10, alinéa 2. Cette analyse n'empêche pas une totale conviction dans la mesure où il s'agit moins de déterminer si le silence peut valablement exprimer un consentement, que d'établir l'existence de ce consentement.

Avant l'édiction du Règlement Rome II, il avait été suggéré que le domaine de cet article puisse être étendu pour accueillir les hypothèses de *culpa in contrahendo* délictuelle. Mais, puisque le Règlement Rome II contient une disposition qui s'apparente à première vue à cette réserve, aucune extension n'a été réalisée.

2. LE REFUS D'EXTENSION À LA *CULPA IN CONTRAHENDO* DÉLICTEUELLE

777. L'Institut Max Planck s'est intéressé aux problèmes posés par la résolution du conflit de lois en matière de négociations précontractuelles¹²⁷². Ses membres sont partis du constat que la Convention de Rome, remplacée depuis par le Règlement Rome I, disposait déjà d'un texte consacré à l'analyse du défaut de formation du contrat, qui conduit finalement à considérer que les parties sont restées bloquées dans cette phase de pourparlers. Dès lors, l'article 8 de la Convention de Rome, devenu l'article 10, pouvait recevoir des dispositions dédiées au contentieux précontractuel. Deux propositions ont été formulées.

778. La première proposait que les conséquences résultant de la rupture des pourparlers soient soumises à la loi du contrat négocié. Cette disposition aurait constitué un article 8, alinéa 2, qui aurait suivi l'article 8, alinéa 1, confiant à la *lex contractus* le soin d'apprécier l'existence du contrat. Cette proposition ne surprend pas puisqu'elle correspond à la solution retenue par l'article 12, alinéa 1, du Règlement Rome II. Néanmoins, la proposition de l'Institut Max Planck limitait le domaine de la *lex contractus* à l'hypothèse de rupture des pourparlers¹²⁷³, alors que le nouveau droit communautaire l'étend à l'ensemble de la *culpa in contrahendo* délictuelle.

779. Plus intéressante, une seconde proposition de l'Institut consistait à introduire une mention spécialement réservée aux pourparlers au sein de l'article 8, alinéa 2, de la Convention de Rome (article 8, alinéa 3, de la proposition de convention de l'Institut). Cet article prévoit déjà qu'une partie peut démontrer qu'elle n'a pas consenti en se référant 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 de son comportement d'après la *lex contractus*. La proposition étendait cette réserve à la démonstration qu'aucune obligation née des pourparlers ne pesait sur la partie concernée. En d'autres termes, une partie aurait pu démontrer qu'elle

¹²⁷² V. la proposition de révision de la Convention de Rome de l'Institut Max Planck : « Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization », *RebelsZ Bd.* 68, 2004, pp. 2 et s., spéc. pp. 86

¹²⁷³ Cf. note précédente.

n'était pas soumise au respect d'obligation précontractuelle au cours des négociations, en se fondant sur les dispositions internes de la loi de sa résidence. Ce qui conduirait, aujourd'hui, à étendre la règle de l'article 10, alinéa 2, du Règlement Rome I à la *culpa in contrahendo* délictuelle soumise au Règlement Rome II. Cette seconde proposition de l'Institut Max Planck mérite une attention particulière.

780. Tout d'abord, il semble contestable que le Règlement Rome II n'envisage pas une telle extension. En effet, ce règlement étend l'application de la loi du contrat à l'ensemble de la responsabilité précontractuelle délictuelle, sans qu'une telle exception ne soit permise. Il semble ainsi être considéré qu'en s'intéressant à la loi applicable à leur contrat, les parties aux négociations sont sensées s'être inquiétées des dispositions retenues par cette loi en matière précontractuelle. Mais, ces dispositions portent sur des objets différents. En élisant la loi applicable à leur contrat, les parties ont cherché à garantir la formation et la validité de leur contrat mais aussi à assurer son exécution. Or, la loi applicable à la responsabilité précontractuelle concerne la nature et l'étendue des devoirs à respecter lors des pourparlers. Il sera difficile, pour les parties, d'élire une loi qui pourra à la fois les protéger au cours des négociations et assurer l'effectivité du contrat projeté¹²⁷⁴. C'est pourquoi, en l'absence de choix de loi applicable aux pourparlers, il est contestable d'étendre aux négociations la loi du contrat choisi par les parties. De même, lorsque la loi du contrat n'a pas été choisie, les parties se voient contraintes à l'application d'une loi à leurs négociations, sans l'avoir prévue. Les parties n'ont donc pas conscience de la loi au regard de laquelle seront examinées les obligations précontractuelles qui leur sont imposées, qu'elles aient ou non déterminé la loi du contrat négocié.

781. Ensuite, le droit communautaire permet déjà à une partie de démontrer, sur le fondement de sa propre loi, qu'elle n'a pas consenti à la conclusion d'un contrat. Il serait donc envisageable qu'elle puisse prouver également qu'elle n'a pas consenti aux obligations nées des pourparlers. En effet, c'est la loi du contrat qui impose les modalités de formation du contrat et, depuis l'entrée en vigueur du Règlement Rome II, les obligations précontractuelles nées des pourparlers. Puisqu'une partie peut se prévaloir de la loi de sa résidence pour démontrer qu'elle n'avait pas connaissance des modalités d'acceptation retenues par la *lex contractus*, il semble cohérent de lui étendre cette faculté pour qu'elle prouve qu'elle ignorait l'engagement généré par l'entrée en pourparlers. Envisageons l'hypothèse d'un britannique qui poursuivrait des négociations informelles. Ce dernier ne souscrirait donc à aucun engagement formel. S'il décidait de les rompre, conformément au principe de liberté contractuelle, il pourrait voir engagé à son encontre une action en responsabilité, si la loi du contrat projeté admet une telle action, alors même que sa propre loi ne reconnaît pas cette possibilité¹²⁷⁵. Ce qui suppose que les parties doivent anticiper de manière systématique la loi susceptible de s'appliquer aux négociations pour contourner le risque de se voir reprocher de ne pas avoir respecté les obligations précontractuelles prévues par la *lex contractus* et dont elles ignoraient peut-être l'existence.

¹²⁷⁴ Cf. *supra*, n^{os} 419 et s.

¹²⁷⁵ Cf. *supra*, n^{os} 214 et s.

782. Enfin, cette réserve pourrait être étendue sans crainte aux obligations précontractuelles puisqu'elle reste particulièrement bien encadrée. En effet, il pourrait être craint que des parties, de mauvaise foi, cherchent à se soustraire à l'application d'obligations de bonne foi, dont elles ont connaissance, par l'invocation de la loi de leur résidence. Une partie pourrait prolonger de façon injustifiée les tractations, en ayant conscience que la loi de sa résidence lui permet de ne pas engager sa responsabilité. Mais, l'article 10, alinéa 2, du Règlement Rome I prévoit des conditions nécessaires au déclenchement de l'exception. Il faut démontrer que, d'après les circonstances, il ne serait pas raisonnable de déterminer les effets de la conduite de l'intéressé au regard de la *lex contractus*. Or, en matière de commerce international, l'ignorance invoquée des parties professionnelles sera analysée avec beaucoup de prudence. Ainsi, si la partie était susceptible de connaître les risques inhérents aux négociations poursuivies, cette réserve serait très certainement écartée. Cette sévérité se justifie tant pour sanctionner la mauvaise foi d'une partie qui a pleinement connaissance des risques encourus, que pour condamner la négligence de celle qui ne s'en serait pas inquiétée. Aussi, cette réserve pourrait permettre de corriger certaines situations déséquilibrées, lorsqu'une partie se voit sanctionnée par une loi dont elle ignore la compétence, alors qu'elle n'avait pas connaissance de ces dispositions¹²⁷⁶. A noter également que l'extension de cette exception à la *culpa in contrahendo* se justifie pleinement lorsque le contrat ne concerne pas des professionnels, même si cette hypothèse n'est pas concernée par notre étude.

783. Malgré ce constat, les deux règlements communautaires n'ont pas introduit la proposition de l'Institut Max Planck. Il est pourtant possible de militer aujourd'hui en faveur de la compétence de la loi de la résidence habituelle pour démontrer l'absence d'obligation précontractuelle qui pèse sur une partie à la négociation. Reste à relever que la résidence habituelle des parties est prise en compte par les nouvelles dispositions du Règlement Rome II, mais il ne faudrait pas s'y méprendre, elles ne poursuivent pas le même objectif¹²⁷⁷.

§2. LE RETOUR A LA COMPETENCE DE LA LOI DELICTUELLE

784. La réapparition de la loi du délit est consacrée par l'article 12, alinéa 2 a), du Règlement Rome II qui s'inscrit en faveur de la loi du lieu du dommage. Ce qui signifie que le choix de principe de la *lex contractus* n'a pas totalement annihilé la compétence de la *lex loci delicti*. Elle est susceptible de retrouver son empire dès lors que la loi du contrat ne peut être déterminée (A). Cependant, ce constat doit être doublement nuancé. Tout d'abord, il a été relevé que la rédaction large de l'article 12, alinéa 1, conduit à ce que la *lex contractus* puisse être systématiquement identifiable, ce qui rend inopérant le recours à la loi du délit¹²⁷⁸. Mais

¹²⁷⁶ Contra B. VOLDERS, « *Culpa in contrahendo* in the conflict of laws : a first appraisal of art. 12 of the Rome II Regulation », *NIPR* 2008, n°4, pp. 464 et s.

¹²⁷⁷ V. *infra*, n°s 809 et s.

¹²⁷⁸ Sur ce point, v. n°s 741 et s.

encore, l'article 12, alinéa 2 c), qui introduit une clause d'exception, prévoit l'exclusion de la loi délictuelle lorsqu'une autre loi présente des liens manifestement plus étroits (B).

A. LA LOI DU LIEU DU DOMMAGE

785. En conservant la compétence de la loi du dommage, le Règlement Rome II semble opérer une marche arrière puisque l'objectif de la création de l'article 12 reposait sur la volonté de s'affranchir de la loi du fait dommageable qui s'avère difficile à déterminer. Ce but a partiellement été atteint, la loi du dommage n'apparaissant qu'à titre subsidiaire. Elle a donc simplement été déclassée au profit de la *lex contractus*. Cette critique doit cependant être nuancée. En effet, en substituant le lieu du dommage au lieu du fait dommageable, le droit communautaire a adopté un critère de rattachement unique, simplifiant le traitement du conflit de lois (1). Mais cet apport reste le seul que l'article 12, alinéa 2 a), puisse décompter, alors que des éléments de détermination de la loi du dommage en matière de *culpa in contrahendo* auraient été bienvenus. Cette lacune fait ainsi perdurer les difficultés d'identification du lieu du dommage (2).

1. LA DIFFICULTE RESOLUE: UN CHOIX UNIQUE EN FAVEUR DE LA LOI DU DOMMAGE

786. La nature du contentieux précontractuel permet de s'interroger sur une possible distinction entre le lieu de commission du fait générateur et le lieu de survenance du dommage. Dans une telle hypothèse, le délit présente un caractère complexe (a) qui conduit à une dualité de compétence entre la loi du fait générateur et la loi du dommage. Cette difficulté a été considérée par le Règlement Rome II, qui a tranché définitivement en faveur d'un critère de rattachement unique (b).

a. La détection d'un délit complexe

787. Pour apprécier pleinement les apports du nouveau droit communautaire, il est nécessaire de comprendre l'état du droit antérieur. En effet, avant que le Règlement Rome II ne confère à la *lex contractus* une compétence en matière de *culpa in contrahendo*, la responsabilité précontractuelle de nature délictuelle présentait une nature délictuelle, selon la qualification retenue par le droit français, et était dès lors soumise à la *lex loci delicti*¹²⁷⁹. Appliquée au contentieux délictuel des pourparlers, cette règle conduisait à désigner la loi du lieu où s'était exprimé l'échec des négociations, dans le cas d'une rupture des pourparlers ou d'un refus de vente, ou la loi du lieu où avait été violé le devoir d'information ou de confidentialité dans l'hypothèse d'un dol ou de l'utilisation non consentie de données

¹²⁷⁹ Cass. civ., 25 mai 1948, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5^{ème} éd., 2006, n° 19.

confidentielles. Lorsque le comportement à l'origine du contentieux était adopté alors que les parties se situaient dans un même lieu, le lieu du fait dommageable pouvait être plus aisément localisé. C'était le cas lorsque les parties se réunissaient physiquement dans un même Etat pour négocier leur projet contractuel. Ainsi, si les parties s'informaient de leur volonté de ne pas contracter au lieu où se déroulent les négociations, il était possible de considérer que c'est en ce lieu que se localisait le fait dommageable¹²⁸⁰ ; de même si l'information erronée y était transmise.

788. Cependant, cette constatation suscite deux remarques. Tout d'abord, il est devenu de plus en plus fréquent que les négociations soient conduites à distance, ce qui raréfie l'hypothèse de discussions en un même lieu. Ainsi, lorsque la décision de rupture est transmise à distance, deux lieux interviennent dans la relation et sont susceptibles d'être retenus pour représenter le lieu du fait dommageable : l'Etat d'émission de la décision de rupture et celui de sa réception. Dans cette hypothèse, la jurisprudence constate une dissociation entre le lieu du fait générateur et le lieu du dommage¹²⁸¹ et fait appel aux modalités de résolution des délits complexes.

Ensuite, il faut relever que la localisation du fait dommageable dépend essentiellement de l'interprétation que l'on retient de cette expression. En effet, en localisant le fait dommageable au lieu où se déroulent les négociations menées en présence des deux partenaires, une interprétation factuelle de la notion de fait dommageable est adoptée. Si c'est effectivement bien la décision de rupture qui constitue le fait générateur à l'origine du préjudice, il est cependant possible d'hésiter quant à sa localisation, entre le lieu où la décision s'exprime, l'Etat des négociations, et celui où la décision litigieuse a été adoptée. Ce qui conduirait à placer le fait générateur au siège de la partie qui souhaite rompre les pourparlers. Serait alors constatée l'existence d'un délit complexe, présentant une dissociation entre le lieu du fait générateur, la prise de décision de rupture, et le lieu du dommage, la réception de la rupture.

Suivant un tel raisonnement, la localisation du dommage peut apparaître moins évidente. En effet, le lieu des négociations ne constitue pas la seule localisation envisageable du dommage. Si l'Etat où se déroulent les négociations représente bien le lieu de réception de la décision litigieuse de rupture, à l'origine du préjudice, il n'est pas certain que le dommage s'exprime à cet endroit. Le dommage sera *a priori* ressenti dans l'Etat de résidence de la partie lésée, où se situent ses intérêts. Apparaît alors une dissociation entre le lieu de survenance du fait générateur, la prise de connaissance de la décision de rupture, et le lieu d'expression du dommage, l'Etat de résidence de la victime.

¹²⁸⁰ En ce sens, v. *Lamy, Droit du contrat*, Etude 150, n° 23.

¹²⁸¹ V. en matière de compétence juridictionnelle : CJCE, 30 nov. 1976, *Handelskwekerij Bier c/Mines de potasse d'Alsace*, Aff. 21/76, Rec. 1735, concl. F. CAPOTORTI; *RCDIP* 1977, p. 563, note P. BOUREL; *JDI* 1977, p. 728, obs. A. HUET; *D.* 1977, p. 613, note G.A.L. DROZ ; CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill E.A. c/Presse Alliance*, Aff. C-68/93, Rec. I. 415, concl. Ph. LEGER; *D.* 1996, p. 61, note G. PARLEANI; *RCDIP* 1996, p. 487, note P. LAGARDE; *RTD eur.* 1995, p.605, note M. GARDEÑES SANTIAGO; *JDI* 1996, p. 543, obs. A. HUET.

789. Ainsi, selon l'appréhension retenue de la notion de fait dommageable, un fait délictuel, commis à l'occasion des négociations, peut aussi bien être considéré comme constitutif d'un délit simple que d'un délit complexe. Or, avant l'édiction du Règlement Rome II, aucune définition ne permettait de distinguer entre ces deux catégories de délit. Ce qui conduisait à devoir prendre en considération les modalités particulières de traitement des délits complexes pour résoudre les contentieux précontractuels. Mais le Règlement Rome II a abandonné la désignation du fait dommageable, à l'origine des délits complexes, pour s'intéresser uniquement au lieu du dommage, facilitant la gestion du conflit de lois.

b. L'adoption d'un critère de rattachement unique

790. Lorsque les négociations sont menées à distance, la jurisprudence a tendance à reconnaître l'existence d'un délit complexe, marqué par une dissociation entre le lieu du fait générateur et le lieu du dommage¹²⁸². C'est le cas notamment de la rupture de pourparlers avancés pour laquelle se distingue le lieu d'émission de la lettre de rupture du lieu de sa réception¹²⁸³. Avant que le Règlement Rome II ne vienne harmoniser les règles de conflit de lois délictuelles dans l'espace européen, le droit international privé français appliquait à la *culpa in contrahendo* délictuelle la *lex loci delicti*. Interrogée à l'occasion d'une affaire *Gordon and Breach*, la Première chambre civile a considéré, le 14 janvier 1997, que les lois du fait générateur et du dommage avaient *a priori* une vocation égale à s'appliquer¹²⁸⁴. Dans cette affaire, une société subissait un dommage en France du fait de la publication aux Etats-Unis d'écrits litigieux. La Cour d'appel s'est prononcée en faveur de l'application de la loi américaine du lieu de publication. La Cour de cassation n'a pas été convaincue par cette interprétation et a cassé la décision d'appel en retenant la compétence de la loi française. Mais elle a surtout retenu que la loi délictuelle pouvait aussi bien intéresser la loi du lieu du fait générateur que celle du lieu du dommage. Elle a ainsi harmonisé sa jurisprudence au regard des règles de conflit de juridictions qui acceptent également de reconnaître cette compétence égale¹²⁸⁵.

791. Cependant, si le demandeur dispose d'un libre choix entre le juge du lieu du fait générateur et celui du dommage¹²⁸⁶, une telle option ne peut se retrouver en matière de loi applicable. A défaut, la victime pourrait influencer librement sur le dénouement du litige en élisant entre les lois compétentes celle qui lui apporterait le résultat le plus favorable. La sélection entre les lois désignée doit donc intervenir de façon totalement indépendante des parties. La doctrine avait avancé quelques propositions pour réaliser ce choix. Le Professeur Bischoff avait émis l'idée d'une application cumulative des deux lois désignées

¹²⁸² CA Rennes, 29 avr. 1992, n°297/92, *SA Vedette industrie et autre c/Epoux Renault et autres*, *Bull. Joly*. 1^{er} avr. 1993, n° 4, p. 463, note J.-J. DAIGRE.

¹²⁸³ V. par exemple en matière de compétence juridictionnelle, CA Rennes, 29 avr. 1992, n°297/92, cité note précédente.

¹²⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, n° 94-16.861, *Bull. civ. I*, n°14, *RCDIP* 1997, p. 504, note J.-M. BISCHOFF; *D.* 1997. Jur. 177, note M. SANTA-CROCE; *JCP G* 1997, II, 22903, note H. MUIR WATT.

¹²⁸⁵ CJCE, 30 nov. 1976, *Handelskwekerij Bier c/Mines de potasse d'Alsace*, *Aff.* 21/76 et 7 mars 1995, *Fiona Shevill E.A. c/Presse Alliance*, *Aff.* C-68/93, cités *supra*.

¹²⁸⁶ Cf. *supra*, n°s 589 et s.

compétentes¹²⁸⁷. Mais cette solution ne peut être retenue car elle représente la négation de l'objet de la règle de rattachement, qui est de choisir parmi les lois en présence, celle présentant le rattachement le plus pertinent. Or, cette solution conduit non seulement à appliquer toutes les lois sans sélection, mais surtout à faire prévaloir la loi la plus restrictive et non la plus pertinente. Pour ces mêmes raisons, la suggestion du Professeur Bourel doit également être écartée. Elle consistait à réaliser une application distributive des deux lois, en soumettant les conditions de la responsabilité à la loi du fait générateur et les autres éléments de la relation à la loi du préjudice. Mais ce raisonnement s'éloigne encore de la volonté d'unité de rattachement exprimée par la règle de conflit.

792. L'affaire *Gordon and Breach*¹²⁸⁸ a bénéficié de l'existence d'une coïncidence entre le lieu du dommage et le lieu de réalisation d'un élément du fait générateur, puisque c'était en France, Etat de résidence de la victime, que certaines revues avaient été diffusées. Les modalités de sélection entre les deux lois désignées compétentes n'ont donc pas été déterminées. Il a fallu attendre quelques deux années plus tard pour que la Cour de cassation entérine sa jurisprudence et y apporte les précisions requises¹²⁸⁹. A l'occasion de l'arrêt *Mobil North Sea*, la Première chambre civile a exposé qu'en cas de dispersion des éléments du fait générateur, la localisation de certains de ces éléments ne suffit pas à justifier l'application de la loi d'un Etat pour réparer un dommage subi dans un autre Etat. La sélection doit s'effectuer au profit de la loi jugée présenter les liens les plus étroits avec le fait dommageable. Pour ce faire, la jurisprudence a recours à une utilisation négative du principe de proximité. En effet, l'exception d'éloignement permet d'écarter l'application des lois désignées compétentes par la règle de conflit délictuelle. Ce raisonnement a été confirmé ultérieurement par la Cour de cassation¹²⁹⁰ qui a rappelé que « la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit, ce lieu s'entendant en cas de délit complexe aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier », et que « le lieu de réalisation du dommage étant fortuit, il convient de rechercher le lieu du fait générateur afin de faire application de la loi présentant les liens les plus étroits avec le fait dommageable ».

793. Par conséquent, avant l'entrée en vigueur du Règlement Rome II, pour déterminer la loi applicable à la responsabilité précontractuelle de nature délictuelle lorsque les négociations ne se déroulaient pas dans un même Etat, il était donc nécessaire d'identifier les lieux du fait dommageable, à savoir le lieu de commission du fait générateur et le lieu d'expression du dommage. Puis, toutes les lois qui présentaient des liens moins étroits avec le dommage étaient écartées jusqu'à ce qu'une seule perdure. Ce système était particulièrement complexe. Tout

¹²⁸⁷ J.-M. BISCHOFF, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, précitée.

¹²⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, n° 94-16.861, précité.

¹²⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999, *Société Mobil North Sea*, RCDIP 2000, p. 199, note J.-M. BISCHOFF, JDI 1999, 1048, note G. LEGIER, JCP éd. G, 1999, II, 10183, note H. MUIR WATT, D. 1999, somm. p. 295, obs. B. AUDIT.

¹²⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *Bureau Veritas*, RCDIP 2007, p. 405, note D. BUREAU; JDI 2007, p. 949, note G. LEGIER; D. 2007, p. 1074, obs. I. GALLMEISTER; V. également auparavant : 5 mars 2002, *Sisro*, JCP G, 2002, II, 10082, note H. MUIR WATT; D. 2002, p. 2999, note N. BOUCHE; D. 2003, p. 58, note M. JOSSELINE-GALL, RCDIP 2002, p. 438, note J.-M. BISCHOFF.

d'abord parce qu'il fallait pouvoir apprécier si une dissociation entre le lieu du fait générateur et celui du dommage existait. Ensuite, toutes les lois potentiellement applicables étaient mises en concurrence pour qu'une seule ne reste compétente.

C'est pourquoi la nouvelle solution proposée par le Règlement Rome II doit être favorablement accueillie. Elle abandonne le fait dommageable pour ne désigner que la loi du dommage. Elle tranche ainsi définitivement en faveur de la loi du dommage et écarte la mise en œuvre du principe de proximité. Le système apparaît nettement simplifié puisqu'à présent, pour résoudre le conflit de lois, seul le lieu du dommage doit être identifié. Reste cependant à regretter que le Règlement Rome II n'apporte pas de définition du dommage susceptible d'orienter la juridiction saisie dans sa recherche du lieu du dommage¹²⁹¹. Ainsi, et malgré ce nouvel apport, la difficulté d'identification du lieu du dommage précontractuel perdure.

2. LA DIFFICULTE PERSISTANTE : LA LOCALISATION DU DOMMAGE

794. L'article 12, alinéa 2 a), du Règlement Rome II désigne la loi du « pays dans lequel le dommage survient ». Il précise que cette localisation s'effectue « quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit ». Ce qui signifie que la nouvelle règle de conflit de lois communautaire s'affranchit de toute considération pour le lieu du fait générateur lorsqu'il se dissocie du lieu du dommage. Ce choix permet, non seulement de contourner la difficulté de savoir si le contentieux précontractuel constitue un délit complexe, mais aussi de simplifier la détermination de la loi applicable. Cet article ajoute également que la loi du dommage doit être identifiée « quels que soient le ou les pays dans le(s)quel(s) des conséquences indirectes de ce fait surviennent ». Bien que le dommage précontractuel ne soit pas défini par le droit communautaire, cette disposition apporte des précisions importantes puisqu'elle exclut les préjudices patrimoniaux générés par un dommage initial du champ de la *culpa in contrahendo* délictuelle (a). Cette aide reste pourtant assez succincte, puisque la définition du lieu de survenance du dommage manque toujours à l'appel (b).

a. Une précision : l'éviction des conséquences indirectes

795. Cette disposition du Règlement Rome II ne surprend pas. La jurisprudence communautaire s'était déjà prononcée en ce sens pour établir la compétence juridictionnelle, dans un arrêt *Marinari*¹²⁹². La Cour de justice des Communautés européennes avait retenu que la notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit » devait être interprétée « en ce sens qu'elle ne vise pas le lieu où la victime prétend avoir subi un préjudice patrimonial consécutif

¹²⁹¹ R. ARENAS GARCIA, « La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II », *Revista para el análisis del derecho*, 2008, n°4, p. 18.

¹²⁹² CJCE, 19 sept. 1995, *Antonio Marinari contre Lloyd's Bank plc et Zubaidi Trading Company*, Aff. C-364/93; *JDI* 1996, p. 562, note J.-M. BISCHOFF; Europe 1995, comm. n° 11, p.19, note L. IDOT; *Revue des affaires européennes* 1995, n° 4, p.93, note J.-B. BLAISE, C. ROBIN-DELAINE; J.-G. COLLIER, « The Surprised Bank Clerk and the Italian Customer - Competing Jurisdictions », *The Cambridge Law Journal* 1996, p. 216.

à un dommage initial survenu et subi par elle dans un autre État contractant »¹²⁹³. Transposée à la question de la loi applicable au contentieux précontractuel, cette jurisprudence correspond bien à la lettre de l'article 12, alinéa 2 a), du Règlement Rome II. En effet, dans le cadre de la localisation de la loi du dommage, seul le préjudice directement généré par la faute précontractuelle sera considéré. Le nouveau droit communautaire unifie sur ce point le dispositif de détermination de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable. Reste à comprendre ce que le droit communautaire entend par la notion de « conséquences indirectes ».

796. Les conséquences indirectes en matière de *culpa in contrahendo* délictuelle visent les pertes qui ne concernent pas le projet contractuel envisagé ou conclu. En matière de commerce international, les contrats s'intègrent en général dans un projet de plus grande ampleur, constitué de liens contractuels multiples. L'imbrication des projets contractuels entre eux conduit à générer un enchaînement de préjudices au départ d'un seul agissement précontractuel dommageable. Dès lors, l'échec d'un projet de contrat est susceptible d'atteindre les autres relations. Par exemple, l'utilisation de données confidentielles dévoilées lors des pourparlers peut nuire non seulement à la partie aux négociations directement concernée, mais également aux autres partenaires contractuels de la victime. Si, lors de négociations engagées avec un constructeur automobile, des procédés de fabrication sont exploités à des fins personnelles et sans autorisation par l'autre partie à la négociation, alors des produits concurrents, dotés de performances similaires, seront mis sur le marché. Ces agissements vont créer un dommage non seulement au constructeur lui-même, mais également à tous les distributeurs de la marque automobile qui subiront cette concurrence. De même, la disparition d'un projet de construction d'une usine affectera les contrats de distribution qui auront été envisagés pour distribuer les produits qui auraient pu y être manufacturés. Ces contrats ont bien été envisagés dans l'objectif de réussite des négociations avortées, mais portent sur un autre contrat que celui sur lequel se fonde l'action en responsabilité précontractuelle.

Les dommages qui résultent de l'échec collatéral de ces conventions présentent ainsi un caractère indirect. Il semble donc conforme à la lettre du Règlement Rome II de ne pas prendre en compte ces préjudices pour localiser le dommage résultant de la *culpa in contrahendo*. En effet, plus le dommage considéré sera éloigné de l'atteinte précontractuelle à sanctionner, plus la loi applicable présentera peu de pertinence quant à la relation envisagée. En d'autres termes, et si l'on se fonde sur l'exemple proposé, le lieu d'exécution des contrats de distribution qui n'ont pu se former du fait de l'échec des négociations portant sur le projet de construction, ne peut être pris en compte pour déterminer la loi applicable à la rupture des pourparlers. Cette hypothèse peut être assez aisément écartée.

¹²⁹³ V. note précédente.

797. Bien que la lecture *a contrario* du Règlement Rome II permette de limiter la localisation du dommage précontractuel au préjudice direct¹²⁹⁴, elle reste très lacunaire quant à la détermination du lieu du dommage en matière de *culpa in contrahendo*.

b. Une lacune : l'absence de définition du lieu de survenance du dommage

798. Sur le fondement de ce texte, deux interprétations de la notion de lieu du dommage peuvent être retenues. La première se prononce en faveur du lieu de réception de la décision litigieuse (i), la deuxième opte pour le lieu de perception des effets du manquement précontractuel litigieux (ii).

i. Première interprétation du lieu de survenance du dommage : le lieu de réception de la décision litigieuse

799. Il est tout d'abord possible de considérer que le dommage se réalise au lieu où est effectivement reçue la communication litigieuse. Dans le cadre d'une rupture des pourparlers, c'est le lieu de réception de la décision de rupture des négociations qui serait retenu, dans le cas d'un dol, l'Etat dans lequel seront réceptionnées les informations erronées ou incomplètes. En pratique, cette interprétation conduit à retenir la loi du lieu d'établissement de la victime ou, celle du lieu des négociations, si les informations sont perçues à cet endroit. Cette première appréhension de la notion de dommage est critiquable à un double titre.

En premier lieu, elle conduit à retenir la loi de résidence de la victime¹²⁹⁵. Elle oblige, de ce fait, chacune des parties à adapter son comportement aux dispositions de la loi de l'autre partie. Cette position ne permettait pas d'assurer la prévisibilité de la solution car les parties peuvent rester ignorantes des devoirs imposés par la loi de leur futur partenaire¹²⁹⁶. De plus, cette compréhension s'oppose au but du Règlement Rome II, puisque ce dernier prévoit justement, à l'article 12, alinéa 2 b), une dérogation en faveur de la loi de la victime lorsque la victime et l'auteur du dommage sont établis dans un même Etat au moment du dommage. Si l'alinéa 2 a), qui retient la loi du dommage, désigne finalement la loi de la résidence de la victime, alors la dérogation de l'alinéa 2 b), en faveur de la loi de la résidence de la victime n'a plus aucune consistance ; que les parties soient situées dans un même Etat lors de la survenance du dommage ou dans deux Etats différents, la loi de la résidence de la victime serait toujours compétente. Il semble donc cohérent de considérer que les rédacteurs du

¹²⁹⁴ L'article 12, alinéa 2 a), du Règlement Rome II écarte la considération des « conséquences directes », conduisant à ne retenir que les conséquences directes pour localiser le lieu du dommage.

¹²⁹⁵ C. BRIERE, « Le Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) », *JDI* 2008, p. 52, qui retient l'inadaptation de l'application de la loi du dommage à la *culpa in contrahendo*; omp. B. BOURDELOIS, « Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Ph. MALAURIE*, Defrénois, 2005, pp. 107 et s., spéc. p. 115.

¹²⁹⁶ R. ARENAS GARCIA, *op. cit.*, p. 15.

Règlement Rome II avaient eu pour objectif de désigner sous le vocable du lieu de survenance du dommage, un autre lieu que celui de la résidence de la victime. Il ne faudrait pas en déduire que la loi de la victime est exclue, mais simplement qu'elle ne peut être retenue de façon systématique. Elle trouvera à s'appliquer si elle correspond au lieu de réception de la communication litigieuse.

800. En second lieu, s'il n'existe pas de concordance entre le lieu de réception de l'information à l'origine du préjudice et le domicile de la victime, alors ce lieu peut être totalement fortuit¹²⁹⁷. Si l'on envisage l'hypothèse dans laquelle la décision de rupture est dévoilée au lieu d'une des réunions organisées entre les négociateurs, dans un Etat choisi pour des raisons d'accessibilité purement géographique¹²⁹⁸, alors sera retenue la loi d'un Etat sans aucune pertinence quant à la situation litigieuse. Considérer le lieu de réception de la décision litigieuse, en dehors du cas où il correspond au lieu de résidence de la victime, ne présente une opportunité que lorsque ce lieu constitue une place récurrente de négociation entre les parties. En effet, lorsque les parties choisissent un lieu spécifique où se dérouleront toutes les étapes essentielles des négociations, ce lieu perd son caractère fortuit. Pour retenir cet Etat afin de localiser la loi applicable à la *culpa in contrahendo*, il est possible de considérer que cette interprétation ne nuit pas à la prévisibilité de la solution.

Ainsi, pour apprécier fidèlement le texte du Règlement Rome II, c'est dans cette unique hypothèse qu'aurait pu être considéré le lieu des négociations pour localiser le dommage précontractuel. Cependant, cette interprétation ne parvient toujours pas à nous convaincre.

Tout d'abord, le choix du lieu des négociations répond essentiellement à des intérêts pratiques, souvent géographiques, totalement indépendants de toute considération quant à la loi applicable au contentieux précontractuel. Il est donc peu convainquant d'envisager qu'en choisissant de se rencontrer dans un Etat, les parties aient songé à la loi applicable à un éventuel litige.

De plus, si l'on souhaitait tout de même reconnaître une telle valeur à ce choix, alors serait plutôt admise l'existence d'un choix tacite de la loi applicable par les parties en faveur de la loi du lieu de déroulement des négociations¹²⁹⁹.

Enfin, il faut reconnaître que le lieu des négociations peut présenter un intérêt lorsqu'il représente le seul lieu présentant le plus de points de rattachement avec le litige. Mais dans ce cas, il ne doit pas être considéré comme le lieu du dommage, mais comme un élément permettant d'identifier la loi présentant des liens manifestement plus étroits avec le litige, en vertu de la clause d'exception prévue l'article 12, alinéa 2 c), du Règlement Rome II. Si les éléments de la relation précontractuelle sont tellement épars dans divers Etats que seul le lieu

¹²⁹⁷ R. ARENAS GARCIA, *op. cit.*

¹²⁹⁸ En ce sens, B. BOURDELOIS, *op. cit.*, p. 118.

¹²⁹⁹ En vertu des dispositions de l'article 14 alinéa 1 b), du Règlement Rome II qui dispose que « les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle [...] lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage. Ce choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers ».

des négociations présente une cohérence suffisante pour établir la loi applicable, alors cette loi ne pourra trouver sa compétence qu'au titre de l'application de la clause d'exception.

801. Par conséquent, en vertu des arguments exposés ci-dessus, le lieu de réception de la décision litigieuse ne devrait pas être retenu pour représenter le lieu de survenance du dommage désigné par l'article 2, alinéa 2 a), du règlement Rome II. Il nous faut donc envisager une seconde interprétation possible.

ii. Deuxième interprétation du lieu de survenance du dommage : le lieu de perception des effets du manquement précontractuel litigieux

802. Si l'on cherche à retenir la localisation du dommage la plus proche de la réalité, alors le lieu de résidence de la victime n'apparaît plus comme une hypothèse évidente. En effet, si c'est bien au lieu de situation de la victime qu'est ressentie la déception de voir le projet contractuel échouer, c'est plutôt au lieu d'exécution du contrat envisagé que sont subies les conséquences néfastes des manquements précontractuels. Le dommage supporté par la victime est essentiellement financier. Il est constitué par la perte des frais engagés mais aussi des gains espérés. Pour permettre la mise en place d'un projet contractuel viable et initier les négociations sur des informations solides, les parties ont fréquemment recours à des expertises. Les sommes investies dans la préparation des négociations seront perdues en cas d'échec des pourparlers. Et les profits qui étaient convoités grâce à l'exécution du contrat négocié ne se réaliseront pas. Certes, ils n'ont jamais existé matériellement, mais sont tout de même apparus sous forme d'espoirs. La cessation des négociations a ainsi entraîné corrélativement la disparition des profits attendus par la réussite du projet contractuel. Il semble donc envisageable de localiser le dommage au lieu d'exécution du contrat, puisque c'est à cet endroit que s'expriment notamment les conséquences de l'échec des pourparlers.

803. Ce choix est d'autant plus convaincant lorsque l'on se place dans l'hypothèse d'une violation de l'obligation précontractuelle d'information. Une partie qui, au cours des tractations, fournit des informations erronées ou incomplètes, crée un dommage au niveau de leur destinataire. Si la donnée litigieuse revêt un caractère essentiel pour établir le consentement de l'autre partie, alors cet agissement conduit à l'échec du contrat envisagé. Ce dernier sera frappé de nullité pour vice de consentement généré par un dol. Dans le cadre de la détermination de la loi du dommage visée par l'article 12, alinéa 2 a), du Règlement Rome II, cette hypothèse se traduit par la localisation du préjudice au lieu où le contrat qui s'est exécuté a été annulé. Dans l'hypothèse où le dol serait découvert après la mise en œuvre des stipulations contractuelles négociées, alors un dommage sera bien constaté au lieu où le contrat disparaît. Si les informations incomplètes ou erronées ne présentent pas de caractère essentiel, le contrat ne sera pas annulé. Mais il semble évident que même en cas de survie du contrat, son exécution sera tout de même perturbée, dès lors qu'est découvert un agissement dolosif de la part d'un partenaire contractuel. Si le dol n'atteint pas la validité du contrat, il troublera son exécution. Ce constat permet une fois encore d'orienter le choix du lieu du dommage vers le lieu d'exécution du contrat.

804. Il faut néanmoins relever qu'une telle proposition présente des contraintes non négligeables. La plus évidente concerne les difficultés de localisation du lieu d'exécution du contrat lorsque celui-ci n'a pas été conclu et est resté au stade embryonnaire. Mais surtout, ce choix creuse les divergences d'appréhensions des éléments de la période précontractuelle entre le droit communautaire et les droits internes nationaux. En effet, en localisant le dommage au lieu d'exécution du contrat, sont considérés les préjudices générés par la perte des gains qui auraient pu être obtenus si les pourparlers n'avaient pas échoué et le contrat avait été conclu sans vice. Or, une grande partie des droits nationaux limitent le dommage précontractuel réparable aux pertes subies, en excluant les gains manqués¹³⁰⁰. Une telle localisation du dommage conduit à examiner les gains manqués, ce qui dénote déjà avec la conception des droits nationaux, mais surtout entraîne des incohérences lorsque sera mise en œuvre la loi interne désignée par la règle de conflit. Les gains manqués seront considérés dans un premier temps pour déterminer la loi applicable à travers la mise en œuvre de la règle de conflit, pour ensuite être disqualifiées par la loi interne ainsi désignée, qui les exclut des préjudices précontractuels réparables. Certes, le droit communautaire milite en faveur de l'accueil de notions autonomes¹³⁰¹, affranchies du joug des conceptions nationales au sein de l'Union européenne. L'absence de correspondance entre les deux acceptions du dommage précontractuel ne doit pas discréditer catégoriquement cette hypothèse. Pourtant, il semble peu pertinent de retenir une conception communautaire qui s'oppose à celle majoritairement admise par les droits nationaux des Etats de l'Union européenne. Non seulement ce choix sera difficilement justifiable, mais il entraînera des contradictions entre la notion de dommage retenue par la règle de conflit et celle retenue par le droit interne désigné applicable.

805. Pour conclure sur ces deux interprétations envisageables du lieu de survenance du dommage, ce constat conduit à conclure qu'aucune des hypothèses envisagées pour déterminer la loi du lieu de réalisation du dommage ne peut être automatiquement admise ou disqualifiée. Selon les cas d'espèce, chacun de ces choix présentera une certaine pertinence qui permettra de le retenir ou, au contraire, une totale incohérence qui justifiera son exclusion. Il ne semble donc ni possible, ni opportun, de chercher à déterminer un critère fixe pour localiser le lieu du dommage. Ce qui explique l'évanescence de la rédaction de l'article 12, alinéa 2 a), qui se contente de désigner la loi du lieu du dommage sans en préciser les modalités de détermination. Il aurait alors certainement été plus simple de désigner la loi qui présente les liens les plus étroits avec la relation précontractuelle en cause. En effet, le choix d'un critère rigide, tel que le lieu du dommage, est animé par la volonté de pouvoir déterminer objectivement la loi applicable et ainsi, d'assurer la prévisibilité de la solution. Cependant, en l'absence de précision quant à l'interprétation à retenir du lieu du dommage, une appréciation au cas par cas de la part de la juridiction compétente devient indispensable pour la mise en œuvre du texte. Ce qui conduit à ouvrir une brèche à l'entrée d'un regard subjectif dans la détermination de la loi applicable. Contrairement aux dispositions du texte du Règlement Rome II, la désignation de la loi compétente n'est pas imperméable aux interprétations

¹³⁰⁰ V. *supra*, nos 243 et s.

¹³⁰¹ V. *supra*, nos 410 et s.

subjectives. Le Règlement n'a d'ailleurs pas condamné toute subjectivité puisque l'article 12, alinéa 2 c), marque la présence de la clause d'exception dans la recherche de la loi applicable.

B. LA LOI PRESENTANT LES LIENS LES PLUS ETROITS

806. L'article 12, alinéa 2, vise la loi de l'Etat présentant des liens étroits avec la relation précontractuelle concernée. Les dispositions de cet article, au champ d'application étroit, ne sont pas exemptes de critiques. Pourtant, le recours aux liens étroits paraît plutôt opportun en matière de *culpa in contrahendo*. Ce qui conduit à envisager de conserver cette initiative mais en la présentant sous la forme d'une autre règle de conflit. Il est ainsi nécessaire de comprendre l'actuel recours à la loi présentant les liens les plus étroits, présent dans la rédaction du Règlement Rome II (1), avant d'examiner la proposition d'une nouvelle rédaction de l'article 12 (2).

1. DE LEGE LATA : L'ACTUELLE CLAUSE D'EXCEPTION

807. L'article 12, alinéa 2 c), reprend à l'identique les termes de la clause d'exception retenue par le Règlement Rome I¹³⁰² en écartant la loi normalement applicable lorsque l'obligation précontractuelle non respectée présente des « liens manifestement plus étroits » avec la loi d'un autre Etat. Cette disposition intègre ainsi sans ambiguïté une clause d'exception en matière de *culpa in contrahendo* délictuelle¹³⁰³. Mais elle s'accompagne également d'une autre disposition dérogatoire à la règle générale, qui se présente sous une forme moins perceptible, l'article 12, alinéa 2 b). Celui-ci écarte la loi du dommage lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment où le fait générateur du dommage se produit. Cette règle conduit bien à déroger à l'application de la loi normalement applicable dans une hypothèse spécifique et peut ainsi être admise au sein des clauses d'exception.

808. Il est possible de relever que ces exceptions à l'application de la loi du délit sont reliées par la préposition « ou », contrairement à l'article 4 du même texte qui prévoit des règles en cascade. Ce lien laisse supposer que la loi de l'Etat commun de résidence des parties, comme la loi présentant des liens plus étroits, ne constituent pas des exceptions, mais des alternatives à la *lex loci damni*¹³⁰⁴. Or, l'applicabilité de ces lois reste subordonnée à la

¹³⁰² Art. 4, al. 3, Règlement Rome I.

¹³⁰³ En Autriche aussi, l'article 48, paragraphe 1, de La loi de 1978 prévoit une clause d'exception en faveur de la loi du pays avec lequel les liens sont les plus étroits, principe que l'on retrouve également en droit suisse (article 15 LDIP). Une solution analogue prévaut, en principe, au Royaume-Uni en application de l'article 12 de l'Acte de 1995, sauf une série d'exceptions dans différentes hypothèses particulières.

¹³⁰⁴ F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, « The Rome II Regulation : On the way towards a European Private International Law Code? », *The European Legal Forum*, 2007, p. 77, nos 68; Dans le même sens, T. JAN VON HEIN, « Of Older Siblings and Distant Cousins : the Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law », *RebelsZ Bd.* 2009, pp. 461 et s, spéc. p. 501; R. ARENAS

présence de certaines conditions : la résidence des deux parties dans un même Etat au moment de la survenance du fait générateur pour l'article 12, alinéa 2 b), et l'existence d'un Etat présentant des liens manifestement plus étroits avec l'obligation non contractuelle découlant de tractations précontractuelles, pour l'article 12, alinéa 2 c). Ce qui semble justifier qu'en présence de ces conditions, la compétence de la loi ainsi désignée soit déclenchée automatiquement et non de façon optionnelle¹³⁰⁵. Il serait ainsi préférable de substituer un « sauf » au « ou » proposé par l'article 12 du Règlement Rome II.

L'analyse peut se poursuivre, suivant l'ordre établi par la lecture du Règlement Rome II, par l'étude de l'intervention de la loi de l'Etat de résidence commun aux parties (a), puis du concours apporté par la loi de l'Etat présentant des liens manifestement plus étroits avec l'obligation précontractuelle en cause (b).

a. L'intervention de la loi de l'Etat de résidence commun aux parties

809. L'analyse de la signification de cette disposition (i) permettra de mettre en évidence le caractère discutable de la pertinence de son intégration au sein de l'article 12 du Règlement Rome II (ii).

i. La compréhension de l'article 12, alinéa 2 b)

810. L'article 12, alinéa 2 b), permet de désigner la loi de l'Etat commun dans lequel résident les deux parties aux négociations au moment où se produit le fait générateur à l'origine du dommage. Il vise ainsi l'hypothèse dans laquelle les deux parties sont établies dans un même Etat et se prononce en faveur de la loi de cet Etat. Dans ce cas, la majorité des éléments pertinents de la relation se situent dans un même Etat. En effet, la liste des facteurs de rattachement en matière de *culpa in contrahendo* délictuelle comprend le lieu de résidence de chacune des parties intéressées, de survenance du dommage et du fait générateur, ainsi que le lieu d'exécution du contrat projeté et celui où se déroulent les négociations.

Ces facteurs présentent une pertinence hétérogène en matière de responsabilité précontractuelle. Tout d'abord, le lieu d'exécution du contrat, lorsque ce dernier n'a pas été conclu, conserve un caractère trop hypothétique pour pouvoir déterminer avec certitude la loi applicable au contentieux. Ensuite, la localisation de l'Etat où se déroulent les pourparlers est également un critère peu fiable, non seulement parce que le choix de lieu répond à des besoins pratiques, indépendants de toute considération quant à la loi applicable, mais aussi parce que ce lieu peut être multiple lorsque des réunions sont organisées dans plusieurs Etats différents.

GARCIA, « La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II », *Revista para el análisis del derecho*, 2008, n° 4, p. 18.

¹³⁰⁵ Comp. l'interprétation de l'articulation entre les articles 4, alinéa 2, et 4, alinéa 5, de la Convention de Rome retenue par la doctrine majoritaire, qui considère que ces dispositions entretiennent un rapport de principe à exception : P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *RCDIP* 2003, pp. 37 et s ; v. sur cette question, les remarques des auteurs sous Cass. com., 19 déc. 2006, Com. 19 déc. 2006: *Bull. civ. IV*, n° 255; *D.* 2007, p.1755, obs. P. COURBE, et p. 2566, obs. S. BOLLEE; *LPA* 30 juill. 2007, obs. F. JAULT-SESEKE; *RDC* 2007, p. 467, obs. P. Deumier; *RCDIP* 2007, p. 592, note P. LAGARDE; *RTD com.* 2007, p. 628, obs. Ph. DELEBECQUE.

Enfin, quant aux lieux de survenance du dommage et du fait générateur, ces derniers sont souvent localisés au lieu de résidence de leurs auteurs¹³⁰⁶. Ce qui conduit finalement à confondre le lieu de survenance du dommage et du fait générateur avec le lieu de résidence des parties.

En conclusion, les résidences respectives des parties aux pourparlers se présentent comme des facteurs majeurs d'établissement de la loi applicable. Si tous les autres éléments du contentieux sont localisés dans des Etats différents, alors seul l'Etat de résidence des parties présentera des liens aussi significatifs. Ainsi, l'article 12, alinéa 2 b), qui désigne la loi de l'Etat commun de résidence des parties, lorsque celles-ci sont établies dans un même Etat, conduit à désigner la loi qui présente des liens très étroits avec la situation litigieuse, voire les plus étroits.

811. Les dispositions de cet article comportent une précision temporelle : cette exception ne pourra se déclencher qu'à la condition que les parties résident dans un même Etat au jour de la commission du fait générateur du dommage. Les rédacteurs démontrent ici leur volonté d'anticiper les complications générées par la survenance d'un conflit mobile¹³⁰⁷. Il intervient lorsque le facteur de rattachement de la règle de conflit concerné est modifié de façon à déclencher la compétence de deux lois différentes : la loi du lieu de la situation d'origine du critère de rattachement et la loi du nouveau lieu de situation de cet élément après son déplacement. Cette hypothèse n'est envisageable que si le facteur de rattachement ne présente aucun caractère immuable et ne résulte pas d'un fait instantané. L'élément de rattachement concerné par les dispositions de l'article 12 alinéa 2 b), la résidence habituelle des parties, peut être déplacé de par son aspect mobile. Il est donc susceptible de générer un conflit mobile. En cas de changement de domicile des parties au cours des tractations, se pose la question du choix du lieu de résidence à retenir pour déterminer la loi applicable, à laquelle répond le critère choisi par l'article 12, alinéa 2 b). Ainsi, l'initiative du Règlement Rome II d'intégrer un critère temporel afin de fixer la date d'appréciation de la résidence doit être soulignée puisqu'elle permet de pallier toutes les difficultés liées au conflit mobile.

812. Le choix du critère temporel doit également être favorablement accueilli. L'article 12, alinéa 2 b), prévoit que l'Etat commun de résidence doit être constaté au jour de la production du fait générateur du dommage. Il aurait pu être fait référence à la date de survenance du dommage, plutôt qu'à celle du fait générateur. Il peut être relevé sur ce point que l'article 4, alinéa 2, du Règlement Rome II, qui pose une règle générale assez similaire à l'article 12, alinéa 2 b), retient la date de la survenance du dommage, et non du fait générateur comme l'article 12¹³⁰⁸. Cette différence se justifie très certainement par la difficulté d'identification du dommage précontractuel.

En effet, la notion de dommage précontractuel peut faire l'objet de plusieurs acceptions qui conduisent à dater différemment la survenance du dommage qui a tendance à se diffuser. Ce

¹³⁰⁶ V. *supra*, nos 637 et s.

¹³⁰⁷ V. *infra*, note n° 1499.

¹³⁰⁸ B. VOLDERS, « Culpa in contrahendo in the conflict of laws : a first appraisal of art 12 of the Rome II Regulation », *NIPR* 2008, n°4, pp. 464 et s.

qui justifie que la date du dommage ne soit pas retenue par l'article 2, alinéa 2 b). Par exemple, en cas de rupture brutale des pourparlers, pour dater le dommage, il est possible d'hésiter entre le jour de la prise de décision effective de rupture et le jour où la volonté de retrait a été signifiée à l'autre partie. De même, en cas de manquement au devoir précontractuel d'information, lorsqu'une partie délivre volontairement des données erronées, il se présente un doute entre la datation du dommage au jour de la réception de l'information litigieuse, puisque c'est à ce moment que le consentement est atteint, ou au jour de la conclusion du contrat, car c'est à cette date que le vice s'exprime effectivement. Enfin, le manquement à une obligation précontractuelle qui entraîne la nullité du contrat conclu suscite non seulement le préjudice résultant de la disparition du contrat, mais aussi tous les dommages découlant des conséquences de cette nullité. Le choix du fait générateur au titre de critère temporel permet ainsi de contourner ces difficultés de datation du dommage.

813. Il ne faudrait cependant pas conclure à l'absence totale de complication. En effet, dans certaines hypothèses de contentieux précontractuel, la survenance du fait générateur restera délicate à dater. Ce cas se présente lorsque le manquement précontractuel s'étale sur une certaine durée. Par exemple, quand le préjudice est généré par la poursuite des négociations par une partie sans réelle intention de contracter, il apparaît difficile de déterminer à quel moment survient le fait générateur, alors que la prolongation stérile des pourparlers n'est pas un fait instantané, mais s'étend dans le temps. Si un changement de résidence devait être constaté dans cette hypothèse, il serait difficile de mettre en œuvre l'article 12 alinéa 2 (b). En toute hypothèse, l'analyse de cet article permet de douter de l'intérêt de sa présence au sein des dispositions relatives à la *culpa in contrahendo*, voire d'envisager sa suppression.

ii. La pertinence contestable de l'article 12, alinéa 2 b)

814. Avant d'entamer une analyse très critique de l'opportunité de l'article 12, alinéa 2 b), il faut tout de même relever que son introduction présente certains aspects positifs. Elle permet d'homogénéiser non seulement les dispositions de l'article 12 en matière de *culpa in contrahendo*, mais aussi, plus largement, d'uniformiser l'ensemble des dispositions du Règlement Rome II. Comme il a déjà été observé, la jurisprudence a tendance à localiser le dommage au lieu de situation de la victime¹³⁰⁹. Elle place ainsi le dommage dans l'Etat de résidence habituelle de la partie lésée. L'article 12, alinéa 2 b), n'apporte donc pas une solution dénotant avec les dispositions de l'article 12, alinéa 2 a), en faveur de la loi de survenance du dommage. Dans ces deux hypothèses, la résidence habituelle de la victime sera très certainement retenue pour déterminer la loi applicable. Ainsi, l'article 12, alinéa 2 b), ne crée pas véritablement une nouvelle compétence en faveur d'une loi tierce qui complexifierait encore davantage la résolution du conflit de lois.

¹³⁰⁹ CA Rennes, 29 avr. 1992, n°297/92, *SA Vedette industrie et autre c/Epoux Renault et autres*, Bull. Joly 1^{er} avr. 1993, n°4, p. 463, note J.-J. Daigre : la Cour d'appel a localisé le dommage le lieu de réception de la lettre de rupture des pourparlers. Cependant, en l'espèce, ce lieu était confondu avec lieu de résidence de la victime. Cette confusion a certainement encouragé cette localisation.

Il faut également noter que la rédaction de l'article 12, alinéa 2 b), ne présente pas de grande originalité puisqu'elle se retrouve sous des termes similaires à l'article 4, alinéa 2¹³¹⁰. Cet article pose une règle générale en matière de délit. Il prévoit, par dérogation à la compétence générale de la loi du lieu de survenance du dommage, que lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique. La réitération de cette exception identique en matière de *culpa in contrahendo* apporte donc une certaine cohérence au sein du Règlement Rome II.

815. Cependant, une telle homogénéité ne se retrouve pas entre les dispositions relatives aux *culpa in contrahendo* délictuelle et contractuelle. En effet, une lecture rapide des articles 12, alinéa 2 b), du Règlement Rome II et 10, alinéa 2, du Règlement Rome I aurait pu laisser supposer une similitude entre ces deux dispositions. Elle n'aurait d'ailleurs pas suscité de surprise puisque l'extension de l'article 10, alinéa 2, à la *culpa in contrahendo* délictuelle a déjà été proposée par la doctrine¹³¹¹. Pourtant, une analyse plus attentive démontre que ces deux dispositions répondent à des objectifs distincts. En effet, l'article 10, alinéa 2, prévoit 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 *lex contractus*. Il donne ainsi compétence à la loi du domicile de la victime, à l'instar de l'article 12, alinéa 2 b), du Règlement Rome II. Mais les conditions de déclenchement de cette applicabilité divergent. L'article 10, alinéa 2, subordonne la compétence de cette loi au caractère déraisonnable de l'appréciation du consentement de la victime au regard de la loi du contrat. Il est motivé par le souci de préserver la prévisibilité de la solution par la partie qui n'a pas consenti. Au contraire, l'article 12, alinéa 2 b), poursuit un objectif de proximité de la solution avec le contentieux, en écartant la loi du dommage lorsque des éléments majeurs du litige sont situés dans un même Etat. La victime ne pourra donc se prévaloir des dispositions de sa propre loi, en matière délictuelle, que dans l'hypothèse assez réduite où son partenaire sera établi dans un même Etat.

816. Reste finalement à s'interroger sur l'intérêt de la présence d'une telle disposition au sein des dispositions relatives à la *culpa in contrahendo* délictuelle. En effet, lorsque les parties aux négociations sont établies dans un même Etat, peut-on encore parler de négociations internationales ? Le Règlement Rome II, comme le Règlement Rome I, ne propose aucune définition permettant de déterminer le caractère international de la situation et

¹³¹⁰ V. en droit comparé : En droit suisse, l'article 133, alinéa 1 LDIP prévoit l'application de la loi du pays où l'auteur et le lésé ont leur résidence commune, et dont ils ont aussi la nationalité, solution également consacrée en Italie (article 62, § 2) ; art. 3621 al. 2 Code civil québécois « Dans tous les cas, si l'auteur et la victime ont leur domicile ou leur résidence dans le même État, c'est la loi de cet État qui s'applique. »

¹³¹¹ V. les commentaires de l'Institut Max Planck : « Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization », *RebelsZ Bd.* 68, 2004, pp. 2 et s, spéc. pp. 86; *Adde. supra* n^{os} 771 et s.

de justifier l'intervention des règles de conflit communautaires. La présence de cet article ne s'explique que dans deux hypothèses.

Selon une première hypothèse, les parties peuvent avoir déplacé leur domicile au cours des négociations, d'un Etat tiers à l'Etat de l'autre partie. Ce cas reste relativement isolé, puisqu'il est assez peu fréquent que les pourparlers se singularisent par le déplacement du siège de l'une des parties. Ensuite, il faudra distinguer parmi ces cas, ceux qui résultent d'une opération frauduleuse motivée par la volonté de se soustraire à la loi désignée par la règle de conflit¹³¹². Dans une telle hypothèse, la manipulation de la règle de conflit sera tout simplement neutralisée en appliquant au cas d'espèce la loi normalement applicable¹³¹³. Cet article ne se justifie donc ici en aucune façon.

Mais, selon une seconde hypothèse, il est également possible que les négociations évoluent entre des parties établies dans un même Etat. Pour que le droit international soit concerné, la relation doit comporter un élément d'extranéité. Il se présentera sous la forme soit du lieu de déroulement des négociations à l'étranger, soit du lieu d'exécution du contrat négocié. Dans le premier cas, le lieu des négociations présente un caractère artificiel puisqu'il peut être fixé indépendamment de tout autre élément du litige. Rien n'empêche les parties de se rencontrer dans un Etat tiers pour échanger sur leur projet contractuel. Ces rencontres à l'étranger n'atteignent pas les éléments essentiels de la relation précontractuelle de façon suffisamment significative pour conférer aux négociations un caractère international. Dans le second cas, l'élément d'extranéité repose sur l'exécution du contrat à l'étranger. Lorsque ce dernier a bien été conclu et que son exécution a été entamée, la relation contractuelle présente bien une dimension internationale. Cependant, l'extension de cette internationalité à la relation précontractuelle semble plus contestable, puisque à ce stade, les parties n'ont échangé que sur un projet de contrat à l'étranger. L'élément d'extranéité est donc resté hypothétique. Surtout que, dans certaines situations de *culpa in contrahendo*, le contrat ne sera même pas conclu¹³¹⁴. En conclusion, il serait préférable de supprimer l'article 12, alinéa 2 b). En contrepartie, devrait être insérée dans le préambule du texte communautaire une définition négative des négociations internationales, en excluant l'applicabilité du Règlement Rome II lorsque les parties sont établies dans un même Etat.

817. Enfin, s'il est fait abstraction du caractère douteux de la compétence du Règlement Rome II dans cette hypothèse, il peut être relevé que retenir la loi de l'Etat commun de résidence des parties revient finalement à appliquer la loi présentant des liens plus étroits avec la situation que la loi du dommage. Or, l'article 12, alinéa 2 c), prévoit justement la compétence dérogatoire de la loi qui présente des liens manifestement plus étroits. Ainsi, même en l'absence des dispositions de l'article 12, alinéa 2 b), l'article 12, alinéa 2 c), conduit au même résultat. Ce qui milite une fois de plus en faveur de l'abrogation de cette disposition superflue. D'autant que le recours à la clause d'exception des liens les plus étroits permet une plus grande flexibilité.

¹³¹² V. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 10^{ème} éd, Montchrestien, 2010, pp. 175 et s., spéc. n° 267.

¹³¹³ P. MAYER et V. HEUZE, *op. cit.*, pp. 178 et s.

¹³¹⁴ En cas de rupture des pourparlers ou de vice de consentement notamment.

b. L'intervention de la loi de l'Etat présentant les liens les plus étroits

818. L'article 12, alinéa 2 c), du Règlement Rome II prévoit l'exclusion de la loi désignée par les dispositions prévues aux points a), et b) lorsqu'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 pays¹³¹⁵, et fonde la compétence de la loi ainsi reconnue¹³¹⁶. Une telle référence à la loi la plus proche du litige aurait pu être accueillie avec plus d'enthousiasme si elle n'avait pas été doublement limitée, dans son champ d'application (i) et dans son domaine d'appréciation (ii).

i. Un champ d'application limité

819. Le champ d'application de l'article 12, alinéa 2 c), est doublement limité. Premièrement, il réserve son application au titre de dérogation des autres dispositions du même alinéa. Il ne trouve à s'appliquer que lorsqu'une autre loi présente des liens manifestement plus étroits que celles visées par les règles de conflit posées par les articles 12, alinéa 2 a) et b), à savoir respectivement, la loi du dommage et la loi de l'Etat commun de résidence des parties. Cette exception, réservée à l'alinéa 2, n'atteint donc pas l'alinéa 1¹³¹⁷. Il ne pourra pas être dérogé à la loi du contrat, quant bien même un Etat présenterait des liens manifestement plus étroits que l'ordre juridique visé par la *lex contractus*. Cette restriction est surprenante car cette loi ne présente pas forcément d'attache pertinente avec les négociations précontractuelles. Dans l'hypothèse où les parties sont établies dans un même Etat et qu'elles ont prévu de soumettre leur contrat futur à la loi d'un Etat tiers, c'est cette loi qui sera applicable en cas de rupture des pourparlers, alors même que le contrat n'a jamais existé¹³¹⁸. La relation précontractuelle présentera manifestement des liens très étroits avec la loi de la résidence commune des parties, mais il suffira que les parties aient projeté la compétence d'une loi tierce pour que soit appliquée au contentieux précontractuel une loi totalement neutre¹³¹⁹.

¹³¹⁵ V. *supra*, n° 808.

¹³¹⁶ La loi ainsi désignée est alors supposée correspondre « au centre de gravité de la situation » : cf. l'exposé des motifs de la proposition de Règlement Rome II de la Commission du 22 juillet 2003, COM(2006) 83 final, p. 13.

¹³¹⁷ Pour une analyse critique de cette absence d'extension, v. P. LAGARDE, « *Culpa in contrahendo* à la croisée des règlements communautaires », *Mélanges offerts à L. FAUSTO POCAR*, Giuffrè, pp. 583 à 598, spéc. p. 593.

¹³¹⁸ Sauf si la relation est considérée comme purement interne et que ce constat exclut la compétence du Règlement Rome II. Cependant, en l'absence de définition du caractère international nécessaire à fonder l'applicabilité de ce texte, il est permis d'en douter. D'autant que l'article 12 alinéa 2 (b) reconnaît tacitement la compétence du Règlement Rome II lorsque les parties résident dans un même Etat.

¹³¹⁹ Le choix d'une loi neutre par les parties pour régir leur contrat est autorisé par le Règlement Rome I (à l'instar de la Convention de Rome) qui n'exige pas de lien entre la loi choisie et le contrat ; comp. en ce sens, les propos de Lord Wright, à l'occasion de la décision *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*, [1969] A.C. at 290 : Lord Wright a reconnu que des liens n'étaient pas nécessaires, alors qu'il était soutenu que le choix de la loi anglaise était invalide en l'absence de lien entre le contrat et l'Angleterre ; En ce sens,

Le refus d'extension de la clause d'exception à la loi choisie par les parties pour régir leur contrat conclu ou projeté s'explique par la volonté de préserver la prévisibilité de la solution et de respecter le souhait des parties. En élisant la loi applicable au contrat, les parties auraient démontré leur volonté de se soumettre aux obligations prévues par cette loi. Cependant, l'article 12, alinéa 1, du Règlement Rome II étend le champ de détermination de la loi applicable à la *culpa in contrahendo* à la désignation tacite de la *lex contractus*. Dans ce cas, la révélation du souhait des parties résulte de l'interprétation des éléments de la relation par la juridiction compétente. Sa réalité est donc empreinte d'incertitude¹³²⁰. L'argument de la prévisibilité apparaît donc ici peu convainquant. On s'étonne dès lors que la clause d'exception ne couvre que les règles de conflit établies par l'alinéa 2 de l'article 12.

Certes, en matière de *culpa in contrahendo* contractuelle, la clause d'exception n'atteint pas non plus le principe d'autonomie. Mais, si la loi du contrat présente une vocation évidente à régir la relation contractuelle concernée, son extension à un contexte extracontractuel semble plus contestable. Si le choix de la nouvelle règle de conflit de l'article 12, alinéa 1, est justifié par la volonté de donner compétence à la *lex contractus* en tant que loi présentant des liens étroits avec la relation précontractuelle, il est nécessaire alors de permettre son éviction si une autre loi remplit cette condition de proximité avec le litige en étendant la clause d'exception à l'ensemble de l'article 12.

820. Deuxièmement, il faut enfin noter qu'il ne suffit pas qu'un Etat présente des liens plus étroits pour que la loi désignée soit écartée. « Réponse européenne occidentale au défi américain »¹³²¹, le recours au principe de proximité reste limité à l'existence d'un Etat présentant des liens manifestement plus étroits. Cette rédaction ne surprend pas puisque la transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire, sous les traits du Règlement Rome I, a été marquée par l'ajout de l'adverbe « manifestement » à la rédaction de la clause d'exception¹³²², et ce pour répondre aux excès commis par la jurisprudence dans son application¹³²³. Cette adjonction a marginalisé davantage la loi de l'Etat présentant des liens

v. le résultat de discussions internes au sein du Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé à propos de l'étude de faisabilité sur l'élaboration d'un instrument relatif au choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux, qui se prononce en faveur de l'acceptation d'un choix de loi neutre : *RCDIP* 2010 p. 83.

¹³²⁰ V. dans le même sens : N. JOUBERT, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement Rome I ? », in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, S. CORNELOUP, N. JOUBERT (dir.), 2011, Litec, pp. 229 à 252, spéc. p. 241.

¹³²¹ P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986, p. 25.

¹³²² Comp. en droit suisse l'art. 24 de la Loi fédérale sur le droit international privé qui retient des termes similaires : « Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit ».

¹³²³ Cass. com., 4 mars 2003, *RCDIP* 2003, p. 285, note crit. P. LAGARDE, *LPA* 28 oct. 2003, n° 215, p. 8, note C. LEGROS; *DMF* 2003, p. 566, note Ph. DELEBECQUE; *JDI* 2004, p. 197, obs. A. HUET; CA Versailles, 6 févr. 1991, *RCDIP* 1991, p. 745, note P. LAGARDE; *JDI* 1992, p. 125, note J. Foyer; TGI Poitiers, 22 déc. 1999, *RCDIP* 2001, p. 670, note P. REMY-CORLAY; CA Paris, 12 oct. 2000, *D.* 2002, somm., p. 1394, obs. B. AUDIT; V. aussi de manière générale, P. REMY-CORLAY, *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de*

étroits avec le contentieux puisque la mise en œuvre de la clause d'exception sera extrêmement réduite¹³²⁴. Il n'apparaît déjà pas évident d'apprécier si un Etat présente des liens plus étroits que celui désigné par la règle de conflit ; alors évaluer si celui-ci démontre des attaches manifestement plus étroites devient une tâche quasi-impossible.

Aussi, la clause d'exception évolue-t-elle dans un champ d'application particulièrement restreint, auquel répond un champ d'appréciation tout aussi réduit.

ii. Un champ d'appréciation limité

821. L'article 12, alinéa 2 c), retient la compétence de la loi du pays qui présente des liens manifestement plus étroits avec l'obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion du contrat. L'entrée en pourparlers soumet les parties au respect de diverses obligations précontractuelles parmi lesquelles, le devoir de poursuivre les négociations avec une véritable intention de contracter, de transmettre des informations complètes et correctes et de conserver secrètes les données confidentielles. Les obligations précontractuelles sont donc multiples. Quelle est alors l'obligation non contractuelle visée par l'article 12, alinéa 2 c) ? Le Règlement Rome II ne le précise pas.

Tout d'abord, la logique voudrait que soit considérée l'obligation à l'origine du contentieux, soit celle qui a effectivement été violée par l'auteur du préjudice. En effet, en premier lieu, cette solution trouverait sa cohérence dans le fait que la règle de conflit cherche à déterminer la loi applicable à la responsabilité précontractuelle. Puisque c'est la réparation du dommage généré par le manquement à une obligation précontractuelle, c'est cette obligation qui devrait fonder la compétence de la loi applicable. Ensuite, si l'on s'intéresse aux autres dispositions du droit communautaire, et notamment à l'article 5-1 du Règlement Bruxelles en matière de compétence juridictionnelle, il se prononce en faveur de l'obligation qui sert de base à la demande. Retenir une solution similaire en matière de *culpa in contrahendo* délictuelle conduit bien à considérer l'obligation à l'origine du préjudice, sur laquelle repose la demande en réparation du dommage. Cette obligation correspond bien à celle qui sert de base à la demande.

822. Ensuite, l'article 12, alinéa 2 c), exige l'existence de liens étroits avec l'obligation non contractuelle découlant de tractations, et non avec la relation précontractuelle entière. Ce qui signifie que la proximité de la loi de l'Etat désignée s'apprécie de façon restrictive. Non seulement les éléments contractuels ne sont pas considérés, mais sont également exclus les

lois, thèse, Poitiers, 1997; Pour la jurisprudence étrangère, v. M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, thèse, Economica, Recherches juridiques, 2002, n^{os} 416 et s. et les références citées.

¹³²⁴ F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, « The Rome I Regulation: Much ado about nothing? », *The European Legal Forum*, 2008, p. 61, n^{os} 48 et 49; Dans le même sens, G. LEGIER, « Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo* », in *Le Règlement Rome II, acte de colloque*, S. CHANTELOUP (dir.), 2008, pp. 145 et s, spéc. p. 179; Adde. C. BRIERE, « Le Règlement (CE) n^o864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) », *JDI* 2008, p. 53; Pour un exemple récent de refus d'une application large de la clause d'exception, Cass. Com., 8 mars 2011, 09-11.751, Inédit : la Cour de cassation a sanctionné les juges du fond pour avoir écarté la loi désignée par la présomption de l'art. 4, al. 2, en application de l'art. 4, al. 5, « par des motifs impropres à établir le défaut de pertinence de l'élément de rattachement ordinaire ».

éléments non contractuels sans liens avec l'obligation précontractuelle violée. En pratique, ce constat signifie que la loi désignée par l'article 12, alinéa 2 c), du Règlement Rome II ne sera pas la même que celle visée à l'article 4, alinéa 3, du Règlement Rome I. En d'autres termes, la loi applicable à la *culpa in contrahendo* délictuelle différera de celle désignée compétente en matière de *culpa in contrahendo* contractuelle, alors que l'objectif du Règlement Rome II visait justement à gommer ces divergences. En effet, en étendant à la *culpa in contrahendo* délictuelle la compétence de la *lex contractus*, déjà applicable à la *culpa in contrahendo* contractuelle, le nouveau droit communautaire tend à harmoniser la gestion du contentieux précontractuel. Concernant la recherche de la loi présentant les liens manifestement les plus étroits, c'est une occasion manquée.

823. Enfin, certains auteurs ont également prédit la compétence de la loi choisie dans un avant-contrat au titre de l'application de l'article 12, alinéa 2 c)¹³²⁵. Cette prédiction nous laisse sceptique une fois encore, puisque l'avant-contrat se rapporte à une obligation précontractuelle distincte du manquement à l'origine du dommage délictuel. En effet, si le dommage résultait de la violation d'une obligation précontractuelle imposée par un avant-contrat, alors l'action en responsabilité présenterait une nature contractuelle. L'action de nature délictuelle ne peut donc reposer que sur une obligation distincte. La loi de l'Etat choisie par les parties pour régir leur avant-contrat ne présente pas les liens manifestement les plus étroits avec l'obligation non contractuelle violée, mais avec la situation précontractuelle dans son ensemble. Si l'on souhaite uniformiser le traitement du contentieux précontractuel, alors la loi de l'avant-contrat ne pourra être étendue à la *culpa in contrahendo* délictuelle qu'au titre de loi tacitement choisie par les parties pour régir le contrat principal conclu ou projeté, en vertu des dispositions de l'article 12, alinéa 1. Mais, comme il a été démontré plus tôt, une telle supposition exige une interprétation de la volonté incertaine des parties qui risque de conférer un caractère très artificiel au souhait des parties¹³²⁶.

824. Par conséquent, en réduisant l'appréciation de l'existence de liens étroits à l'obligation précontractuelle à l'origine du dommage, le Règlement Rome II ne permet pas de retenir une loi présentant une véritable proximité avec le litige et d'assurer une homogénéité du traitement du contentieux né des pourparlers. Plutôt que de multiplier les règles de conflit, comme opère l'article 12, peut-être aurait-il été préférable d'ouvrir directement la compétence à la loi présentant les liens les plus étroits avec la relation précontractuelle et ce, en application d'une nouvelle règle de conflit reposant sur le principe de proximité.

¹³²⁵ S. BOLLEE, « A la croisée des règlements Rome I et Rome II: la rupture des négociations contractuelles », *D.* 2008 p. 2161.

¹³²⁶ V. *supra*, nos 669 et s.

2. DE LEGE FERENDA : LA SOLUTION ALTERNATIVE PROPOSEE

825. La règle retenue par le Règlement Rome II ne présente pas la souplesse nécessaire pour s'adapter à la polymorphie du contentieux précontractuel. Elle érige la *lex contractus* en solution de principe, alors que celle-ci n'est pas systématiquement la plus pertinente pour régir la situation. Il semble ainsi plus opportun de distinguer entre les hypothèses de *culpa in contrahendo* pour exclure certaines du champ de compétence du Règlement Rome II (a) et de retenir pour chacune une règle plus conforme (b).

a. La nouvelle délimitation de la culpa in contrahendo délictuelle

826. En retenant l'application de la *lex contractus* à la *culpa in contrahendo* délictuelle, le Règlement Rome II a cherché à uniformiser le traitement des négociations en retenant une règle similaire à celle imposée par le Règlement Rome I en matière de *culpa in contrahendo* contractuelle. Cependant, tous les cas ne justifient pas la compétence de la loi du contrat. Il est donc nécessaire d'opérer une distinction entre les manquements précontractuels suivant la ténacité des liens qu'ils entretiennent avec le contrat négocié¹³²⁷. Suivant ce critère de différenciation, le manquement au devoir d'informer (i) se démarque visiblement des autres hypothèse de *culpa in contrahendo* délictuelle (ii).

i. Le manquement au devoir d'informer

827. Le rattachement du manquement au devoir d'informer à la *lex contractus* s'explique essentiellement pour deux raisons.

Tout d'abord, la recherche de la responsabilité de l'auteur du manquement se justifie lorsque la violation porte sur une information essentielle pour assurer l'intégrité du consentement. En effet, dans le cas contraire, si la donnée qui n'a pas été communiquée ou a été transmise de façon incomplète ou erronée ne présente pas de caractère essentiel, alors il sera peu probable que le droit applicable sanctionne le manquement de manière significative. Il sera difficile de démontrer que la violation du devoir d'informer a été motivée par une intention de vicier le consentement du cocontractant lorsque le renseignement litigieux ne présente pas une influence suffisante sur le consentement au contrat. De plus, lorsque le dommage résulte de l'absence de transmission d'une information conforme non déterminante du consentement, celui-ci reste assez minime. En d'autres termes, une telle action restera vraisemblablement assez rare. Ainsi, la recherche de la responsabilité de l'auteur du manquement au devoir d'informer ne présentera une pertinence suffisante que lorsque l'information concernée est essentielle.

Ensuite, dans cette hypothèse, le consentement même de la partie victime de la violation est atteint. Cette dernière peut donc non seulement rechercher la responsabilité de l'auteur du

¹³²⁷ R. ARENAS GARCIA, « La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II », *Revista para el análisis del derecho*, 2008, n°4, p. 23.

manquement, mais agir également en nullité du contrat conclu. Il ne serait pas opportun que ces deux actions relèvent de l'application de deux lois différentes, surtout si la loi applicable à la demande en nullité du contrat reconnaît sa disparition, alors que la loi applicable au manquement précontractuel valide la formation du contrat. Il semble donc opportun de les soumettre toutes deux à la loi du contrat. Dans l'hypothèse où le manquement serait découvert avant la conclusion du contrat, il faudrait appliquer la loi du contrat négocié qui n'a pas encore été formé. Cependant, pour qu'un dommage significatif soit caractérisé, il est nécessaire que les pourparlers soient particulièrement avancés. A défaut, l'échec des négociations récentes engendré par la transmission d'informations erronées, ne produit qu'un préjudice dérisoire. Il sera donc assez aisé de déterminer la loi applicable au contrat avant sa formation.

Pour assurer la cohérence de traitement du manquement au devoir d'information, il semble donc opportun de soumettre cette hypothèse à la *lex contractus*. C'est bien à ce résultat que mène la règle de l'article 12, alinéa 1, du Règlement Rome II. Cependant, conserver cette règle, alors que les autres hypothèses de *culpa in contrahendo* délictuelle doivent être écartées de la *lex contractus*, conduit à opérer des distinctions au sein du Règlement Rome II entre les différents contentieux précontractuels. Cette multiplication des règles de conflit dans un même règlement n'est pas envisageable. Elle complexifierait la résolution du conflit de lois.

828. Par conséquent, la solution la plus intéressante à retenir serait d'étendre la compétence du Règlement Rome I pour connaître des manquements à l'obligation de transmettre des informations lors des pourparlers et ainsi les soumettre à la *lex contractus*.

ii. Les autres hypothèses de *culpa in contrahendo* délictuelle

829. Pour les autres hypothèses de *culpa in contrahendo* délictuelle, la *lex contractus* n'apparaît pas comme la loi systématiquement la plus adaptée. Il ne s'agit pas de disqualifier la loi du contrat négocié, mais de remarquer qu'elle ne présente de pertinence que dans certaines hypothèses et non de façon absolue. En effet, la violation du devoir de confidentialité des informations dévoilées lors des pourparlers crée un dommage totalement indépendant du contrat négocié. En d'autres termes, l'utilisation frauduleuse de secrets obtenus au cours des négociations cause un préjudice dont l'existence ne dépend pas de la réussite ou l'échec des tractations. Si le contrat est finalement conclu, la victime souffrira toujours de ce dommage. De même, le dommage n'est pas généré par l'échec des pourparlers mais par un manquement commis au cours de la période précontractuelle. Il n'existe donc aucun lien particulièrement significatif entre la *lex contractus* et la violation du devoir de confidentialité.

830. Concernant la rupture des pourparlers, un constat similaire peut être effectué. Tout d'abord, il est difficile de déterminer la loi du contrat, dès lors que ce dernier n'est pas formé. Les rédacteurs du Règlement Rome II l'ont eux-mêmes reconnu puisqu'ils ont prévu des règles subsidiaires à l'article 12, alinéa 2. Ensuite, cette règle présente un défaut de cohérence. L'ouverture d'une action en rupture des pourparlers suppose que les parties reconnaissent

l'échec des négociations et, de ce fait, l'inexistence du contrat. Il semble donc paradoxal de reconnaître l'inexistence du contrat négocié, tout en raisonnant sur un contrat virtuel pour déterminer la loi applicable. Enfin, d'autres lois qui interviennent au cours des pourparlers présentent plus de légitimité pour résoudre le contentieux précontractuel. En effet, les négociations sont fréquemment marquées par la conclusion d'avant-contrats qui ont pour objet d'encadrer les tractations en permettant aux parties de s'imposer mutuellement le respect d'obligations précontractuelles. La loi applicable à ces avant-contrats, souvent choisie par les parties, peut être raisonnablement considérée pour régir l'action en rupture des pourparlers.

Un seul argument militerait, cependant, en faveur de l'application systématique de la loi du contrat négocié : la nécessité de cohérence entre la loi compétente pour apprécier l'existence du contrat et la loi applicable à la rupture des pourparlers. La loi du contrat, qui est compétente pour apprécier l'existence du contrat, pourrait conclure à l'absence de formation du contrat, alors que la loi applicable en matière de responsabilité précontractuelle pour rupture des pourparlers reconnaîtrait la conclusion du contrat. Cette hypothèse se rapproche de celle précédemment envisagée, qui a trait à la nullité du contrat pour manquement au devoir d'information¹³²⁸. Cependant, l'hypothèse du dol se distingue de la rupture des pourparlers. En effet, dans l'hypothèse d'un manquement au devoir d'information, les deux actions reposent sur un même fondement : la reconnaissance du manquement. Qu'il s'agisse de dénoncer la nullité du contrat ou de retenir la responsabilité de l'auteur de la violation, un manquement au devoir précontractuel d'information doit être reconnu. Deux lois différentes vont simplement être interrogées pour statuer sur deux catégories de conséquences à relever pour une même violation.

En matière de rupture des pourparlers, l'hypothèse est différente puisque les actions reposent sur deux fondements contradictoires. Soit une partie cherche à faire reconnaître la formation du contrat en retenant pour manquement le refus d'exécuter le contrat conclu, soit elle admet l'échec des négociations et réclame la mise en cause de la responsabilité de l'auteur de la rupture pour manquement au devoir de conduite des pourparlers de bonne foi. Si la loi du contrat se prononce en faveur de l'absence de formation du contrat, alors la loi applicable à la rupture des pourparlers ne devra être interrogée que sur la possibilité d'engager la responsabilité de son auteur et non sur la formation du contrat. En d'autres termes, la partie demanderesse devra choisir entre rechercher la formation du contrat en application de la *lex contractus* et engager la responsabilité de l'auteur de la rupture, sur le fondement de la loi applicable à la *culpa in contrahendo* délictuelle, compétente en matière de rupture des pourparlers.

Ainsi, soumettre ces deux questions à des lois différentes ne présente aucune incohérence. Il n'est donc pas nécessaire d'étendre la *lex contractus* à la question de la rupture des pourparlers.

¹³²⁸ V. *supra*, n° 827.

831. Pour conclure, mise à part l'action en responsabilité pour manquement au devoir d'information, toutes les hypothèses précontractuelles de nature délictuelle doivent donc rester soumises à la loi applicable à la *culpa in contrahendo* délictuelle. La réduction du champ d'application de la règle de conflit proposée en la matière ne suffit pas. Il faut également s'interroger sur une nouvelle réécriture du texte.

b. La nouvelle règle applicable à la *culpa in contrahendo* délictuelle

832. Au stade de cette analyse, il est possible de relever que la loi du contrat négocié ne doit pas être totalement disqualifiée, mais simplement déclassée, puisque d'autres lois sont susceptibles de présenter plus de pertinence à s'appliquer : la loi des avant-contrats conclus pour organiser les négociations concernées et la loi choisie avec récurrence par les parties pour régir leurs contrats antérieurs. Comme il a été préalablement noté¹³²⁹, le texte de la clause d'exception prévue par l'article 12, alinéa 2 c), du Règlement Rome II ne permet pas de prendre en considération ces différentes lois. Pourtant, une solution beaucoup plus opportune existe déjà au sein du Règlement. L'article 4, alinéa 3, qui pose la règle générale en matière de délit, prévoit également une clause d'exception. Elle se prononce en faveur d'un lien manifestement plus étroit qui pourrait se fonder sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat¹³³⁰. C'est d'ailleurs cette relation existante entre les parties qui est retenue en matière d'enrichissement sans cause pour déterminer la loi applicable¹³³¹.

833. Il est possible de s'étonner que l'article 12 ne reprenne pas une telle formule en matière de *culpa in contrahendo*. Trois interprétations de cette absence sont envisageables. En premier lieu, une lecture littérale du texte de l'article 12 conduit à retenir que cette hypothèse est tout simplement exclue. Ce qui entraîne des conséquences fâcheuses puisque les lois applicables aux avant-contrats ou aux contrats antérieurs ne pourront pas être considérées, même si leur application aux pourparlers est pertinente. En deuxième lieu, il est également possible de considérer que cette hypothèse est implicite et que cette lacune ne résulte que d'un simple oubli de la part des rédacteurs du Règlement Rome II. La loi applicable à la relation préexistante entre les parties serait applicable au titre de la clause d'exception de l'article 12, alinéa 2 c). Cette appréhension du texte est envisageable puisqu'elle permet une interprétation uniforme du Règlement Rome II, en retenant une compréhension similaire de la clause d'exception de l'article 4, alinéa 3, et 12, alinéa 2 c). Reste alors que ce défaut de précision demeure très critiquable. Enfin, en troisième lieu, la loi applicable à la relation préexistante entre les parties peut correspondre à une hypothèse de choix tacite de la *lex contractus* en

¹³²⁹ V. *supra*, n° 823.

¹³³⁰ « S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question. »

¹³³¹ Art. 10 al. 1, Rome II : « Lorsqu'une obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause, y compris un paiement indu, se rattache à une relation existante entre les parties, telle qu'une obligation découlant d'un contrat ou d'un fait dommageable présentant un lien étroit avec cet enrichissement sans cause, la loi applicable est celle qui régit cette relation. »

vertu de l'article 12, alinéa 1. Mais, comme il a été relevé, la recherche de la volonté tacite des parties, dans un contexte aussi douteux que celui des négociations précontractuelles doit être évitée¹³³².

834. La relativité des points de rattachement envisageables ne permet donc pas de retenir de critère fixe permettant d'établir une règle rigide, applicable au contentieux précontractuel. Il n'existe pas de loi « prédestinée » aux négociations précontractuelles, comme il n'en n'existe pas pour le contrat¹³³³. Pour contourner ces difficultés, une nouvelle règle de conflit pourrait être proposée. Elle désignerait la loi du pays qui présente les liens les plus étroits avec les négociations précontractuelles¹³³⁴. Pour faciliter la détermination de cette loi, à cette règle pourrait être associée une présomption simple en faveur de la loi de la relation existante entre les parties.

835. Cette nouvelle règle générale permettrait de remplacer l'article 12 en entier, alinéa 1 et 2 compris. Le recours à la proximité apporterait la souplesse nécessaire pour répondre à toutes les hypothèses de contentieux précontractuel¹³³⁵. Ce choix présente quatre intérêts essentiellement.

Premièrement, il permet de conserver l'application de la loi du contrat conclu ou négocié, conformément à l'article 12, alinéa 1. En effet, lorsque le contrat a déjà été conclu, sa détermination ne pose pas de difficulté particulière. La loi applicable à la relation préexistante entre les parties correspond bien à la loi du contrat conclu.

Deuxièmement, lorsque le contrat n'a pas encore été formé, la présomption permet d'apporter plus de souplesse dans la détermination de la loi applicable. Si cette loi ne peut pas être déterminée de façon évidente ou si elle ne présente aucune cohérence avec le contentieux précontractuel, alors la *lex contractus* sera écartée pour retenir la loi de l'Etat qui présente les liens les plus étroits avec les pourparlers. S'appliquerait alors une loi plus cohérente, alors que l'article 12, alinéa 2 c), ne permet de contrôler cette cohérence que si la loi du contrat n'est pas applicable. Ainsi, cette nouvelle règle permettrait d'écarter la loi du contrat lorsqu'elle ne présente pas de liens suffisants avec la situation et inviterait la juridiction saisie à s'intéresser aux autres ordres juridiques impliqués.

Troisièmement, cette proposition conduit à pouvoir substituer la loi de l'avant-contrat à la loi du contrat lorsqu'elle présente plus de liens avec le contentieux précontractuel. En effet, la loi de l'avant-contrat correspond bien à la loi de la relation préexistante entre les parties. Cette solution permet alors d'uniformiser ainsi le traitement du contentieux précontractuel¹³³⁶, sans

¹³³² V. *supra*, nos 669 et s.; 715 et s.

¹³³³ Selon l'expression de E. RABEL, *The Conflict of laws*, t.II, Chicago, 1960, pp. 427 et s.

¹³³⁴ Dans le même sens: B. BOURDELOIS, « Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Ph. MALAURIE, Deffrénois*, 2005, pp. 107 et s., spéc. p. 119 et s.

¹³³⁵ Le principe de proximité peut « servir de fondement principal ou subsidiaire à un très grand nombre de règles de conflit, et de correction à la quasi-totalité d'entre elles »: P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986, p. 126.

¹³³⁶ En ce sens, v. P.-Y. GAUTIER, « Les aspects internationaux de la négociation », *RTD Com.* 1998, p. 493, qui retient qu'appliquer à la rupture des pourparlers la loi de l'accord de négociation constitue un « énorme gain pour la sécurité précontractuelle »; B. BOURDELOIS, *op. cit.*, spéc. 119 et s.

passer par une interprétation artificielle de la volonté tacite des parties¹³³⁷. Certes, le choix de loi établi par les parties pour régir leur avant-contrat ne répond pas aux mêmes objectifs que la loi applicable à la *culpa in contrahendo* délictuelle en général. La loi a été choisie pour son adaptation à l'exécution de l'avant-contrat concerné et non pour sa pertinence à régir toute la phase des pourparlers. Cependant, en élisant la loi de l'avant-contrat, les parties se sont très certainement intéressées au traitement retenu par ladite loi pour l'ensemble de la période précontractuelle, et non simplement pour l'obligation concernée. En d'autres termes, le choix réalisé pour gérer une des obligations précontractuelles peut raisonnablement correspondre au choix retenu pour traiter de l'ensemble des obligations nées des pourparlers. De plus, il est possible de considérer qu'en se prononçant en faveur d'une loi applicable, les parties aient déjà entendu soumettre leur futur contrat à ladite loi¹³³⁸. Mais, s'il semble envisageable de considérer que la loi de l'avant-contrat puisse être raisonnablement étendue à l'ensemble du contentieux précontractuel pour assurer une cohérence au traitement des pourparlers, il reste infondé de justifier cette règle par une interprétation douteuse de la volonté des parties¹³³⁹. Ainsi, retenir la loi qui présente les liens les plus étroits avec une présomption en faveur de la loi de la relation préexistante permet donc d'étendre la loi de l'avant-contrat pour uniformiser le traitement de la *culpa in contrahendo* et d'éviter l'artificialité du choix tacite en faveur de la loi du contrat puisqu'est simplement retenu que cette loi présente des liens plus étroits, sans considérer la volonté des parties.

Enfin, quatrièmement, le recours à la relation préexistante permet de retenir la loi régulièrement choisie par les parties pour régir leurs contrats antérieurs, sans passer, une fois encore, par l'interprétation de la volonté tacite des parties. Même si l'on peut raisonnablement penser que les parties auraient effectué un choix de loi identique à celui auquel elles ont recours avec récurrence, le doute persiste. Tant que le contrat n'a pas été formé, les parties restent susceptibles de changer d'avis¹³⁴⁰. Si la loi de la relation préexistante est étendue au contrat en formation, elle le sera au titre de loi présentant les liens les plus étroits, en s'affranchissant du forçage de l'interprétation de la volonté des parties. Cette solution ne surprendra pas puisqu'elle a déjà été envisagée par la doctrine, de façon directe, pour appliquer le principe de proximité à la *culpa in contrahendo*¹³⁴¹ et, de façon indirecte, en considérant la phase précontractuelle pour déterminer la *lex contractus*. En effet, le Groupe européen de droit international privé, dans sa proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles de 1998, avait prévu à l'article 3, alinéa 5, que « lors de l'appréciation des liens les plus étroits, il pourra être tenu compte d'une relation préexistante ou envisagée entre les parties »¹³⁴². Il envisageait que la recherche de la loi

¹³³⁷ Comp. Cass. civ. 1^{ère}, 12 janv. 1994, *Soc. Carrefour c. M. de Marchi*, RCDIP 1994, p. 92, note H. MUIR WATT : où la Cour de cassation a sanctionné la Cour d'appel pour ne pas avoir considéré les liens existant entre la promesse de rachat et le contrat de travail pour déterminer la loi applicable à la promesse. Cette localisation du contrat à travers l'analyse des éléments tirés d'un autre contrat conclu entre les parties permet d'uniformiser les relations entre les mêmes parties sur le terrain du conflit de lois.

¹³³⁸ *Lamy contrat*, étude n° 150, n° 150-35.

¹³³⁹ V. *supra*, nos 669 et s.; 715 et s.

¹³⁴⁰ V. *supra*, n° 716.

¹³⁴¹ B. BOURDELOIS, *op. cit.*

¹³⁴² Le texte dans son intégralité est disponible à l'adresse suivante : <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-8pf.html>.

applicable au contrat prene en considération non seulement les contrats antérieurs, mais aussi les avant-contrats précédant la formation du contrat litigieux.

836. En conclusion, la présomption en faveur de la loi de la relation préexistante entre les parties permettra de retenir la loi du contrat négocié si elle peut être déterminée sans hésitation, la loi de l'avant-contrat ou celle des contrats antérieurs. Si aucune de ces trois lois ne peut être déterminée avec certitude ou ne présente pas de pertinence, alors la présomption sera renversée. Il sera procédé à la recherche de la loi présentant les liens les plus étroits. Les juridictions ne seront pas tenues par un critère de rattachement imposé, comme l'exige le Règlement Rome II en désignant la loi du dommage ou de la résidence des parties. Elles pourront retenir une loi présentant une véritable cohérence avec la situation.

Certes, il pourra être objecté qu'une telle solution ne permet pas d'assurer aux parties une prévisibilité de la solution, puisqu'elles seront livrées à la libre appréciation du juge. Cependant, il pourra être rétorqué que, sous couvert d'une solution plus rigide, l'article 12 du règlement Rome II confère aux juridictions une faculté d'interprétation aussi large. Tout d'abord, il permet de justifier de façon très artificielle la compétence d'une loi à travers la découverte de la volonté non exprimée des parties ou de la prestation caractéristique d'un contrat embryonnaire. Ensuite, à défaut de définition du dommage précontractuel par le Règlement Rome II, la localisation du lieu du dommage, dictée par l'article 12, alinéa 2 a), reste soumise à l'interprétation de la juridiction compétente. Finalement, la part conférée à l'appréciation des juridictions dans la recherche des liens étroits ne sera pas plus importante que celle qui est déjà prévue par le Règlement Rome II, lorsque le dommage précontractuel doit être localisé.

837. Par conséquent, il est préférable d'accueillir une règle ouvertement fondée sur l'interprétation des juridictions. Elle suscitera la vigilance de la juridiction saisie qui tâchera de justifier au mieux sa décision. Mais surtout, elle motivera les parties, conscientes à présent des difficultés, à chercher à déterminer au plus tôt la loi applicable, ou en cas de litige précoce, s'accorder sur la loi applicable à la *culpa in contrahendo* postérieurement à la survenance du dommage, et ce, pour échapper au risque d'imprévision de la loi applicable dégagée par la juridiction compétente. Il faut en effet rappeler, à ce stade du raisonnement, que le caractère insaisissable des négociations précontractuelles ne permet pas d'édicter de règle parfaitement adaptée. La solution idéale réside entre les mains des parties qui sont donc appelées à s'intéresser au plus tôt à la gestion de leur contentieux précontractuel en fixant elles-mêmes la loi applicable¹³⁴³.

¹³⁴³ B. BOURDELOIS, *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

838. Si l'initiative du Règlement Rome II d'introduire une nouvelle règle de conflit, spécialement dédiée à la *culpa in contrahendo*, doit recevoir un accueil favorable, le contenu de cette règle mérite un accueil plus réservé. En effet, non seulement sa mise en œuvre risque de se heurter à des difficultés d'ordre pratique, mais le lien entre la loi du contrat et la *culpa in contrahendo* n'est pas systématiquement justifié. Aux lacunes du texte, ont donc été proposés certains correctifs pour tenter de perfectionner les règles de conflit applicables aux litiges précontractuels.

839. Opérer un renvoi de la loi applicable aux négociations vers la loi applicable au contrat conclu ou négocié peut s'avérer complexe. Premièrement, il faut relever que l'existence d'un choix exprès de la loi applicable au contrat reste une hypothèse rare, puisqu'elle implique que le contrat soit formé ou que les négociations soient suffisamment avancées pour que les parties se soient inquiétées du choix de la *lex contractus*. La détermination de la loi du contrat se heurte également au problème du dépeçage, puisque plusieurs lois sont alors susceptibles de s'appliquer aux pourparlers. Il a été proposé, dans la présente étude, que la désignation de la loi applicable à la *culpa in contrahendo* se réalise prioritairement en faveur de la loi choisie par les parties pour régir la formation de leur contrat.

Quant à l'existence d'un choix tacite, cette étude s'est montrée favorable à la suppression de cette hypothèse. En effet, il a été démontré qu'aucun élément ne présentait suffisamment de pertinence pour établir, avec certitude, l'existence d'une volonté tacite des parties en faveur de l'adoption d'une loi déterminée : ni l'analyse du contenu du contrat ou de tous autres documents précontractuels, ni l'examen du contexte des négociations n'apporte d'indices révélateurs. Il existe donc un risque important de forcer l'interprétation de la volonté des parties.

840. Deuxièmement, les règles de conflit objectives ne sont pas non plus exemptes de critiques. Le passage par la notion de prestation caractéristique est encore délicat lorsque le contrat n'a pas encore été formé. D'une part, la nature d'un contrat bloqué à un stade embryonnaire peut être difficile à identifier, de même que la prestation caractéristique lorsque toutes les obligations des parties ne sont encore pas clairement définies. D'autre part, la résidence du débiteur de la prestation caractéristique peut se révéler impossible à localiser en cas de déplacement, puisque l'article 12 du Règlement Rome II ne contient aucune précision temporelle venant régler la question du conflit mobile. Il a ainsi été estimé préférable de répondre au risque de conflit mobile par l'application des règles de conflit subsidiaires, en concluant que la *lex contractus* n'est pas identifiable dans une telle hypothèse.

841. Troisièmement, il a été établi que la difficulté n'était pas réglée, mais se déplaçait alors sur un autre terrain : celui de l'applicabilité des règles subsidiaires, dont le champ d'application n'est pas délimité par le Règlement Rome II. En effet, l'article 12, alinéa 2, prévoit des règles de conflit dont l'application est subordonnée à l'impossibilité d'identifier la *lex contractus*. Or, l'exhaustivité du système de détermination de la loi du contrat permet

justement de toujours pouvoir désigner la *lex contractus*. Par conséquent, suivant la lettre de l'article 12, les dispositions prévues par son alinéa 2 ne peuvent s'appliquer que si trois conditions cumulatives sont réunies : il faut établir l'inexistence de choix exprès ou tacite de la loi du contrat par les parties, l'impossibilité de localiser la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, et l'absence d'une loi présentant des liens étroits avec le contrat. Ce qui conduit à douter fortement de l'effectivité des règles de conflit subsidiaires prévues par l'article 12, alinéa 2. Pour assurer la mise en œuvre de l'article, la présente étude a démontré la nécessité d'écarter la recherche de la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat pour déterminer la loi applicable à la *culpa in contrahendo* délictuelle.

842. Quatrièmement, il a été établi que la question de l'applicabilité des dispositions subsidiaires se double du problème de leur application. L'article 12, alinéa 2 a), désigne la loi du lieu du dommage. Cette solution permet de régler la difficulté du délit complexe, mais laisse perdurer les difficultés de localisation du dommage. Il a été démontré ici que cette localisation pouvait notamment conduire à retenir la loi d'un lieu fortuit ou la loi de l'une des parties, de façon injustifiée. Elle devrait donc être supprimée.

L'article 12, alinéa 2 b), devrait subir le même sort. En effet, il semble contestable de considérer que les négociations présentent une dimension internationale lorsque les deux parties sont établies dans un même Etat. Il est donc préférable de remplacer l'article 12, alinéa 2 b) par une exclusion du champ d'application des dispositions internationales, au sein du considérant du Règlement Rome II. Les pourparlers seraient alors considérés comme une relation purement interne, soumise au droit en vigueur dans l'Etat de résidence des parties. En pratique, la solution serait finalement identique à celle retenue par le Règlement, mais elle ne reposerait pas sur un caractère international très artificiel.

Enfin, l'article 12, alinéa 2 c) présente une clause d'exception dont le champ de compétence reste bien trop limité, puisque la clause se réduit à l'existence de liens avec l'obligation précontractuelle à l'origine du dommage. Elle ne permet donc pas de considérer la loi qui présente les liens les plus étroits avec les négociations dans leur globalité.

Pour finir, il a été relevé qu'aucune disposition n'établit actuellement de lien direct entre l'existence d'un avant-contrat et la loi applicable à la *culpa in contrahendo* ou au contrat principal. Ce qui conduit à l'intervention d'une loi contractuelle tierce dans le traitement des négociations. Pour ce faire, cette étude a cherché à dégager une solution permettant d'assurer une cohérence de la loi applicable à la *culpa in contrahendo* en présence d'avant-contrat.

843. Pour pallier ces lacunes, il a donc été proposé de réécrire l'article 12. Tout d'abord, il serait souhaitable d'opérer une distinction parmi les manquements précontractuels actuellement soumis à l'article 12 du Règlement Rome II. La violation des obligations qui découlent du devoir d'informer devrait relever de l'application de la *lex contractus* pour unifier la loi applicable à la nullité du contrat et à l'action en responsabilité. Par contre, les autres hypothèses de *culpa in contrahendo* devraient rester soumises à l'article 12. Ensuite, la règle de conflit de l'article 12 devrait désigner la loi présentant les liens les plus étroits avec les négociations, avec une présomption en faveur de la loi de la relation préexistante entre les parties. Cette loi pourrait ainsi désigner, selon les cas : la loi du contrat négocié, si elle peut

être aisément identifiée, ou la loi de l'avant-contrat, ou encore, la loi des contrats antérieurs si les parties entretiennent déjà des relations contractuelles entre elles.

Cette solution permettrait de contourner les difficultés liées à l'identification douteuse de la *lex contractus*, lorsque le contrat n'est pas encore formé, tout en prenant en compte le choix des parties exprimé dans la rédaction de leur avant-contrat.

CONCLUSION DU TITRE 1

844. Le droit positif comporte un corps de règles complet en matière de traitement des négociations précontractuelles, qu'il s'agisse de déterminer la loi applicable ou la juridiction compétente. Cependant, ces règles se révèlent inadaptées aux spécificités du contentieux né des pourparlers. Elles comportent effectivement des lacunes qui entravent leur application. Ces règles de conflit doivent donc impérativement être complétées pour garantir leur effectivité et assurer la prévisibilité de la solution. Il peut être notamment relevé que le système conflictualiste repose sur la localisation du dommage, alors que ni le Règlement Bruxelles I en matière de conflit de juridictions, ni le Règlement Rome II relatif au conflit de lois, ne propose de définition du dommage précontractuel permettant de le localiser.

845. Pour conclure sur le régime général du traitement des négociations, deux propositions peuvent être formulées. En matière de conflit de juridictions, la difficulté repose essentiellement sur la localisation du fait dommageable. Sur ce point, il semble pertinent de localiser le fait générateur au lieu d'extériorisation de la décision litigieuse, à l'origine du préjudice. Quant au dommage, il est préférable de le situer dans l'Etat d'enregistrement des pertes.

En matière de conflit de lois, l'enjeu est différent. La règle de conflit a pour objectif de désigner une loi présentant un lien significatif avec le litige. Or, la *lex contractus* ne présente pas forcément une telle proximité avec le contentieux précontractuel. Aussi, est-il nécessaire d'adopter une règle plus souple, susceptible de s'adapter aux pluralités de situations litigieuses générées par des négociations précontractuelles. Il a ainsi été proposé de retenir la loi présentant les liens les plus étroits avec les négociations, et d'assortir cette règle d'une présomption en faveur de la loi de la relation préexistante entre les parties.

Face aux imperfections du système conflictualiste, les acteurs du commerce international cherchent à organiser d'avantage leurs négociations et échapper ainsi à l'application des règles de conflit. Interviennent alors des clauses attributives de juridiction en faveur d'un tribunal étatique ou arbitral. On assiste, de même, à l'émergence de certaines règles anationales, issues de la doctrine et de la pratique, qui intéressent directement la gestion des pourparlers. Tous ces facteurs, susceptibles d'enrayer la mise en œuvre des règles de conflit, constituent des éléments de perturbation du traitement des négociations.

TITRE 2. LES FACTEURS PERTURBATEURS DU TRAITEMENT DES NEGOCIATIONS

846. La méthode conflictualiste empruntée par le nouveau droit communautaire n'est pas la voie unique du traitement du contentieux précontractuel. Le commerce international reste la terre d'élection de l'expression de la volonté des parties qui se voient ouvrir une large liberté de choix dans la gestion des négociations. Grâce à cette latitude qui leur est reconnue, les parties s'engagent largement dans la gestion autonome de leur conflit. Pour ce faire, elles disposent de la faculté d'élire la juridiction compétente. Cette option de choix est décuplée en matière de compétence juridictionnelle, puisque les parties peuvent non seulement désigner le juge étatique compétent parmi les juridictions existantes, mais aussi se tourner vers une juridiction arbitrale. L'exercice de ce libre choix génère alors une compétence concurrente de la juridiction désignée par les règles de conflit pour traiter du litige précontractuel (Chapitre 1).

847. L'expression du libre choix des parties ne reste pas le seul élément troublant la mise en œuvre du système conflictualiste. Des règles matérielles peuvent également intervenir au cours de la période de l'avant-contrat. Certaines émanent de sources internationales et imposent des règles uniformes, à travers les conventions qui les contiennent ou la pratique qui les perpétue. D'autres, d'origine interne, interviennent sur le plan international grâce au caractère impératif qui leur est reconnu. Toutes ces règles matérielles ont vocation à supplanter la loi désignée applicable. Elles constituent ainsi un second facteur de bouleversement du jeu de la règle de conflit, intéressant le droit applicable (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LES COMPETENCES CONCURRENTES EN MATIERE DE CONFLIT DE JURIDICTIONS

848. Les parties à la négociation disposent de la liberté de désigner la juridiction¹³⁴⁴ qu'elles souhaitent compétente en cas de survenance d'un litige. Ce choix, qui peut librement s'exprimer en faveur d'une juridiction étatique ou arbitrale, influence directement la compétence juridictionnelle puisque seule la juridiction désignée aura vocation à statuer sur le fond du litige (Section 1). Cet effet direct de la clause d'élection de juridiction sur la compétence du juge se double d'un effet indirect sur la loi applicable, puisqu'il appartiendra à la juridiction saisie de reconnaître l'ordre juridique compétent (Section 2).

SECTION 1. L'EFFICACITE DE LA CLAUSE SUR LA COMPETENCE JURIDICTIONNELLE EN MATIERE DE *CULPA IN CONTRAHENDO*

849. Le choix de la juridiction compétente doit s'exprimer contractuellement. Il se retrouve ainsi le plus généralement inclus au sein même de la convention négociée, puisque l'existence même de la clause d'élection du juge compétent se justifie par celle du contrat négocié. Sans lui, le choix du juge compétent n'aurait plus lieu d'être. Cette clause prévoit alors la soumission au juge désigné de tous les litiges intéressants le contrat conclu. Il semble, dans ce cas, que le contentieux intéressant la période précontractuelle échappe à la compétence du juge élu. Pourtant la juridiction compétente peut connaître de la *culpa in contrahendo*. Outre l'hypothèse d'une soumission expresse du contentieux précontractuel à la compétence d'un juge désigné dans la rédaction d'un avant-contrat encadrant les pourparlers, les négociations informelles peuvent aussi intéresser les accords de compétence juridictionnelle. En effet, l'autonomie reconnue à cet accord permet au juge désigné de connaître du contentieux intéressant directement l'existence et la validité du contrat (§1). De plus, une interprétation extensive du domaine de la clause rédigée par les parties peut conduire à étendre la compétence de la juridiction choisie à la responsabilité précontractuelle de nature extracontractuelle (§2).

¹³⁴⁴ A ce stade du raisonnement, il ne sera pas encore distingué entre juridiction arbitrale et étatique, les accords de compétence ou clause d'élection de juridiction désignant indifféremment les clauses d'*electio fori* et les conventions d'arbitrage.

§1. L'EXPRESSION DU PRINCIPE D'AUTONOMIE EN MATIERE DE *CULPA IN CONTRAHENDO CONTRACTUELLE*

850. Le principe d'autonomie permet la survie de la clause d'élection de juridiction en cas de disparition du contrat qui la contient. Sa reconnaissance en matière de *culpa in contrahendo* (A) permet d'appliquer le choix du tribunal par les parties au contentieux précontractuel de nature contractuelle (B).

A. LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE D'AUTONOMIE EN MATIERE DE *CULPA IN CONTRAHENDO*

851. L'autonomie de la clause compromissoire a été reconnue (1) et étendue par la suite à la clause attributive de juridiction étatique (2).

1. L'AUTONOMIE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

852. La jurisprudence française s'est longtemps montrée réticente à accepter de reconnaître l'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat qui la contient. La première impulsion a été donnée à l'occasion de l'arrêt *Gosset* du 7 mai 1963¹³⁴⁵. Interrogée sur la question de la validité d'une sentence prononcée alors que la validité de la convention qui la contenait était contestée, la Cour de cassation a retenu qu'« en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles [...], une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ». Ce principe a été repris en des termes quasi-identiques par les arrêts de la Cour d'appel de Paris du 21 février 1964¹³⁴⁶ et du 19 juin 1970¹³⁴⁷ et de la Cour d'appel d'Orléans du 15 février 1966¹³⁴⁸. Il a été depuis réaffirmé par une jurisprudence constante, sous une forme plus réduite puisque sa rédaction est marquée par l'abandon de la réserve des « circonstances exceptionnelles »¹³⁴⁹. Aujourd'hui, ce principe a été introduit par le décret n°

¹³⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Gosset*, *JCP G* 1963, II, 13405, note B. GOLDMAN; *JDI* 1964, p. 82, 1^{ère} esp., note J.-D. BREDIN; *RCDIP* 1963, p. 615, note H. MOTULSKY; *D.* 1963, p. 545, note J. ROBERT.

¹³⁴⁶ CA Paris, 21 févr. 1964, *JDI* 1965, p. 113, note B. GOLDMAN; *RCDIP* 1964, p. 543, note E. MEZGER.

¹³⁴⁷ CA Paris, 19 juin 1970, *JCP G* 1971, II, 16927, note B. GOLDMAN; *JDI* 1971, p. 833, note B. OPPETIT; *RCDIP* 1971, p. 692, note P. LEVEL; *Rev. arb.* 1972, p. 62, note Ph. FOUCHARD.

¹³⁴⁸ CA Orléans, 15 févr. 1966, *D.* 1966, p. 340, note J. ROBERT.

¹³⁴⁹ V. Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 1971, *Impex*, *Rev. arb.* 1972, p. 2, 1^{er} arrêt, note Ph. KAHN; *JDI* 1972, p. 62, note B. OPPETIT; *RCDIP* 1972, p. 124, note E. MEZGER; *D.* 1972, p. 37, note D. ALEXANDRE; 4 juill. 1972, *Hecht*, *JDI* 1972, p. 843, note B. OPPETIT; *RCDIP* 1974, p. 82, note P. LEVEL; CA Paris, 19 juin 1970, *JCP G* 1971, II, 16927, note B. GOLDMAN; *JDI* 1971, p. 833, note B. OPPETIT; *RCDIP* 1971, p. 692, note P. LEVEL; *Rev. arb.* 1972, p. 62, note Ph. FOUCHARD; CA Paris, 13 déc. 1975, S. MENICUCCI, *JDI* 1977, p. 107, note E. LOQUIN;

2011-48 du 13 janvier 2011¹³⁵⁰, entré en vigueur le 1^{er} mai 2011, qui a réformé le droit français de l'arbitrage interne et international.

853. Ce principe d'autonomie de la clause compromissoire signifie que l'arbitre peut statuer sur la validité du contrat qui contient l'accord qui fonde sa propre compétence. Le simple fait que la validité du contrat soit contestée ne suffit pas à écarter la clause compromissoire. De plus, l'arbitre ne perd pas sa compétence dans l'hypothèse où la nullité du contrat est reconnue¹³⁵¹. La nullité du contrat principale n'affecte pas la validité de la clause compromissoire. L'arbitre peut ainsi prononcer la nullité du contrat mais statuer également sur les conséquences de la disparition du contrat. Ainsi, la convention d'arbitrage présente une totale indépendance par rapport au contrat même si elle est formellement intégrée à celui-ci.

Cette indépendance permet à l'arbitre d'être également institué dès lors que le contentieux relève de la conclusion du contrat, quand bien même l'existence dudit contrat serait discutée. Cette solution a été posée par la Première chambre civile de la Cour de cassation, à l'occasion de l'affaire *Navimpex*¹³⁵². Un contrat de vente de navires avait été conclu entre une société de droit roumain et une société de droit allemand. Il était reproché à la venderesse de ne pas avoir délivré de lettre de garantie dans le délai convenu. Ce manquement avait entravé l'entrée en vigueur de la vente qui était dès lors demeurée inexistante. Le contrat litigieux comprenant une clause compromissoire, c'est devant le tribunal arbitral que le cas fut présenté. Un recours en annulation de la sentence arbitrale rendue a par la suite été introduit. Il a alors été demandé à la Cour de cassation de se prononcer sur la compétence de l'arbitre alors que le contrat était inexistant *ab initio*. En fondant sa décision sur le principe d'autonomie, la Cour a pu retenir la validité de la clause compromissoire, et de ce fait la

Rev. arb. 1977, p. 147, note Ph. FOUCHARD; *RCDIP* 1976, p. 506, note B. OPPETIT; Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 1983, *Rev. arb.* 1984, p. 483, note M.-C. RONDEAU-RIVIER; *JCP G* 1984, IV, n° 60; CA Toulouse, 26 oct. 1982, *JDI* 1984, p. 603, note H. SYNDET; CA Paris, 4 mars 1986, *Rev. arb.* 1987, p. 167, note Ch. JARROSSON.

¹³⁵⁰ V. notamment les commentaires de E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, p. 175; E. KLEIMAN, J. SPINELLI, « La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *Gaz. Pal.* 27 janv. 2011, p. 9; B. MOREAU, « Le décret du 13 janvier 2011 relatif à l'arbitrage interne et international », *Revue de jurisprudence commerciale*, Mars/Avril 2011, n° 2; Ch. JARROSSON, J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5; E. GAILLARD, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Cah. Arb.* 2011, p. 263; B. LE BARS, « La réforme du droit de l'arbitrage, un nouveau pas vers un pragmatisme en marche »; E. LOQUIN, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage », *RTD com.* 2011, p. 255; A. MOURRE, V. CHESSA, « The new French arbitration law : innovation and consolidation », *Dispute Resolution Journal*, May/July 2011, p. 80; B. CASTELLANE, « The new French law on international arbitration », *J. Int. Arb.* 2011, p. 371; T. CLAY, « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cah. Arb.* 2011, p. 331; E. SCHWARTZ, « The new French arbitration decree : the arbitral procedure », *ibid.*, p. 349; Ch. SERAGLINI, « L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 », *Cah. Arb.* 2011, p. 375.

¹³⁵¹ L. CRAIG, W. PARK et J. PAULSSON, *International Chamber of Commercial Arbitration*, ICC Publishing, 1990, p. 65.

¹³⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1988, *Navimpex*, *Rev. arb.* 1989, p. 641, note B. GOLDMAN; *JDI* 1990, p. 134, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

compétence de l'arbitre, dès lors que le différend était lié à la conclusion du contrat litigieux¹³⁵³. Cette solution conduit donc à reconnaître à l'arbitre la faculté de déclarer l'existence du contrat. Elle ne surprend pas puisqu'il s'agit finalement d'une simple extension de la jurisprudence Gosset : la portée de la clause compromissoire recouvre la question de la validité et l'existence du contrat. La position de la jurisprudence arbitrale reste toutefois inattendue puisqu'elle permet à la clause compromissoire de s'exprimer pleinement en l'absence de contrat, alors qu'elle ne présenterait pas de raison d'être sans lui¹³⁵⁴. Ce principe d'autonomie a pourtant été étendu au régime des clauses attributives de juridiction.

2. L'AUTONOMIE DE LA CLAUSE ATTRIBUTIVE DE JURIDICTION

854. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a très tôt conféré une certaine indépendance aux clauses attributives de juridiction en considérant que la clause resterait applicable même en cas de nullité du contrat qui la contient. Cette solution a dans un premier temps été déduite de l'arrêt *Elefanten Schuh GmbH c/Pierre Jacqmain*¹³⁵⁵. En l'espèce, il était demandé à la Cour si la clause attributive de juridiction contenue dans un contrat de travail rédigé en allemand était nulle du fait que la loi belge applicable au contrat imposait à peine de nullité la rédaction en néerlandais. De la réponse positive de la Cour, la doctrine en a déduit un principe plus général de neutralité de la nullité du contrat sur la clause attributive de juridiction¹³⁵⁶.

855. Restait alors à déterminer la portée de la clause attributive de juridiction. Ce point a été résolu en application de la Convention de Bruxelles de 1968 dans une affaire *Benincasa*¹³⁵⁷. La solution retenue par la jurisprudence, constante sur ce point, peut être conservée et étendue au Règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000. Dans cette espèce, les juridictions allemandes avaient été saisies d'une demande en nullité d'un contrat de franchise conclu entre deux professionnels établis en Italie. Le franchiseur contestait la compétence de la juridiction allemande en se prévalant de la clause attributive de juridiction en faveur des juridictions de Florence stipulée au contrat de franchise. Le franchisé arguait du fait que la nullité du contrat alléguée entraînait la disparition de l'intégralité de son contenu, y compris la clause d'*electio fori*. Cette nullité fondait la compétence des juridictions allemandes, lieu d'exécution de l'obligation contractuelle, au titre de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles. Les juridictions allemandes ont alors saisi la Cour de justice des Communautés européennes pour lui formuler une question préjudicielle. Il s'agissait de déterminer si le juge désigné par une clause d'élection de for conservait sa compétence s'il était saisi d'une demande en nullité du contrat qui fondait sa compétence. Sur ce point, la Cour de justice a

¹³⁵³ Comp. dans le même sens, CA Paris, 8 mars 1990, *Rev. arb.* 1990, p. 675, 2^{ème} esp., note P. MAYER.

¹³⁵⁴ V. Ch. SERAGLINI, « L'arbitrage commercial international », in *Droit du commerce international*, J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), Litec, 2005, pp. 878 et s, n^{os} 2477 et s.

¹³⁵⁵ CJCE, arrêt *Elefanten Schuh GmbH c/Pierre Jacqmain*, 24 juin 1981, *Aff.* 150/80.

¹³⁵⁶ H. GAUDEMET-TALLON, note ss l'arrêt *Elefanten Schuh GmbH c/Pierre Jacqmain*, *RCDIP* 1982, p. 143.

¹³⁵⁷ CJCE, 3 juill. 1997, *Aff.* C-269/95, J.-M. BISCHOFF, *Chron. de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, *JDI* 1998, p. 581; J. HARRIS, « Jurisdiction Clauses and Void Contracts », *European Law Review* 1998, p. 279.

reconnu que « la juridiction d'un État contractant, désignée dans une clause attributive de juridiction valablement conclue au regard de l'article 17, premier alinéa, de la convention du 27 septembre 1968, est également exclusivement compétente lorsque l'action vise notamment à faire constater la nullité du contrat qui contient ladite clause ».

A partir de cette jurisprudence *Benincasa*, il peut donc être affirmé que le juge désigné par une clause attributive de juridiction pourra statuer sur la nullité de la convention¹³⁵⁸. Reste à savoir si cette compétence s'étend à la question de l'existence du contrat. Aucune décision n'est venue s'exprimer spécifiquement sur cette question. Il est pourtant possible d'étendre le principe posé par la décision *Effer* à la question des clauses d'élection de for. La Cour de justice des Communautés européennes avait en effet retenu que la question de l'existence du contrat relevait de la matière contractuelle et fondait la compétence de la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande, conformément aux dispositions de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles de 1968. Transposée à l'hypothèse de la présence d'une clause d'*electio fori*, cette jurisprudence conduit à donner compétence à la juridiction ainsi désignée par les parties pour se prononcer sur l'existence même du contrat.

856. Une telle interprétation extensive de la portée de la clause attributive de juridiction a été confirmée par la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 8 juillet 2010¹³⁵⁹. Dans une importante décision *Bluebell Trading Company*, la Chambre civile a énoncé qu'« une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée par l'inefficacité de cet acte ». La jurisprudence a ainsi consacré, dans un véritable attendu de principe, l'autonomie de la clause attributive de juridiction par rapport au contrat. En matière de négociations précontractuelles, trois apports peuvent être dégagés de cette solution.

Premièrement, la consécration de l'autonomie de la clause attributive de juridiction confirme la jurisprudence *Benincasa*¹³⁶⁰ et l'extension de la décision *Effer*¹³⁶¹. En effet, l'indépendance de la clause d'élection du for permet de la prévenir de toute atteinte portée au contrat principal. Ainsi la nullité, comme l'inexistence du contrat, ne peut atteindre la clause attributive de juridiction. La juridiction désignée par les parties est donc compétente pour se prononcer sur la validité et l'existence du contrat qui la contient. Deuxièmement, l'arrêt *Bluebell Trading Company* apporte certaines nouveautés. Si la décision *Benincasa* donnait compétence à la juridiction désignée pour se prononcer sur la nullité de la convention qui contenait la clause attributive de juridiction, il ne précisait pas si cette juridiction restait

¹³⁵⁸ Pour une application de cette jurisprudence, v. Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, 2 espèces : *Rouchette et SCI Clanik c./Sté Fortis banque et Les Fondettes et Le Gouellec c./Sté Fortis banque*, *JDI* 2003, I, p. 145, chron. A. HUET : la clause attributive de compétence insérée dans les contrats de prêt donne compétence exclusive aux juridictions respectivement désignées « même pour les actions tendant à contester la validité du contrat qui la stipule » (1^{er} arrêt) ou « y compris lorsque l'action tendait à la nullité du contrat qui la stipulait » (2^{ème} arrêt).

¹³⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 07-17.788, *D.* 2010, p. 1869, obs. X. DELPECH; *ibid.* p. 2323, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLEE ; *RTD Civ.* 2010, p. 780, obs. B. FAGES.

¹³⁶⁰ CJCE, 3 juill. 1997, *Aff. C-269/95, op. cit.*

¹³⁶¹ CJCE, arrêt *Effer SpA c/ Hans-Joachim Kantner*, 4 mars 1982, *Aff. 38/81*, H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP* 1982, p. 573; T. TREVOR, « Article 5(1): Place of Performance of the Obligation in Question », *European Law Review* 1982, p. 235; A. HUET, *JDI* 1982, p. 473; Pour une analyse de cet arrêt, v. *supra*, n° 418.

compétente en cas de nullité avérée pour statuer sur les conséquences de la disparition du contrat. La reconnaissance de l'autonomie de la clause d'*electio fori* permet au juge de rester compétent quel que soit le sort du contrat. Ainsi, non seulement la juridiction désignée pourra statuer sur l'existence et la validité du contrat, mais elle sera également compétente pour déclarer sa nullité ou son inexistence et se prononcer sur les conséquences de la disparition du contrat. Troisièmement, à travers l'arrêt *Bluebell Trading Company*, la Première chambre civile a transposé à la clause attributive de juridiction le principe de séparabilité matérielle depuis longtemps reconnu à la clause d'arbitrage.

Par conséquent, cette solution permet une harmonisation du régime des clauses de choix de juridiction, qu'elles aient pour objet de désigner une juridiction arbitrale ou étatique¹³⁶². Elle a vocation à perdurer puisque la Convention de La Haye sur l'élection de for du 30 juin 2005 reconnaît expressément l'autonomie matérielle de l'accord d'*electio fori* par rapport au contrat principal dans lequel il est inséré (article 3, d))¹³⁶³. Ce principe d'autonomie, ainsi consacré pour l'ensemble des clauses d'élection de juridiction, s'exprime largement en matière précontractuelle.

B. L'APPLICATION DU PRINCIPE D'AUTONOMIE EN MATIERE DE *CULPA IN CONTRAHENDO*

857. La question litigieuse, susceptible de survenir dans le cadre des négociations, est capable d'atteindre la validité du contrat. Elle soulève ainsi l'interrogation de la survie de la clause de choix de juridiction contenue dans la convention négociée. Le principe d'autonomie trouve dès lors amplement sa place au sein du contentieux précontractuel (1). Son application est entièrement justifiée puisqu'elle assure la cohérence de la résolution du litige (2).

1. LA SIGNIFICATION DU PRINCIPE D'AUTONOMIE EN MATIERE DE *CULPA IN CONTRAHENDO*

858. La séparabilité matérielle de la clause attributive de compétence conduit à faire survivre le choix de juridiction quelles que soient les atteintes portées au contrat qui le contient. La juridiction désignée par les parties est ainsi non seulement compétente pour se prononcer sur l'existence et la validité du contrat qui comporte la clause d'élection de juridiction, mais conserve sa compétence pour statuer sur les conséquences de la disparition du contrat lorsque ce dernier est reconnu nul ou inexistant¹³⁶⁴. Le choix de la juridiction n'est pas affecté par la disparition du contrat principal. Dans le cadre des pourparlers précontractuels, ce principe va

¹³⁶² L. D'AVOUT, S. BOLLEE, *op. cit.*

¹³⁶³ Texte de la Convention disponible à l'adresse : <http://www.hcch.net/upload/exp137f.pdf>; Pour une présentation générale, v. L. USUNIER, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for : Beaucoup de bruit pour rien ? », *RCDIP* 2010, p. 37.

¹³⁶⁴ V. cependant Sent. CCI, n° 5832 en 1988, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. , 1990, p. 533 : la clause d'arbitrage contenue dans une offre qui n'a pas été acceptée est également déclarée inapplicable pour défaut d'acceptation.

s'exprimer dans plusieurs hypothèses distinctes qui soulèvent la question de l'existence ou de la nullité du contrat.

859. Tout d'abord, le principe d'autonomie de la clause de choix de juridiction est largement sollicité lorsque la formation pathologique du contrat négocié permet de douter de son existence même. Cette situation se présente quand la volonté de contracter disparaît ou s'exprime de manière incertaine. Tel est notamment le cas lorsque l'offrant souhaite rétracter sa proposition de contracter. Certains droits acceptent de reconnaître indirectement à l'offrant un droit de retrait en ne sanctionnant son attitude que par l'allocation de dommages-intérêts¹³⁶⁵. D'autres, au contraire, considèrent que l'offrant ne peut plus retirer sa proposition et le condamne au maintien forcée de son offre. La question de la rétractation de la proposition de contracter en droit international est donc particulièrement délicate, puisque selon la loi applicable, l'efficacité du retrait pourra être reconnue ou ses effets seront au contraire neutralisés. Or, dès lors que l'offre est maintenue, elle est susceptible d'être acceptée. Ce qui conduit finalement à reconnaître la formation du contrat négocié. Dans cette hypothèse, il appartiendra à la juridiction désignée d'apprécier si les parties sont restées au stade des pourparlers ou si le contrat a bel et bien été formé.

L'acceptation n'est pas non plus préservée du risque de volte-face du destinataire de l'offre. Le bénéficiaire de la proposition peut chercher à se rétracter après avoir accepté l'offre soumise. Cette faculté de rétractation dépendra de l'effectivité de la rencontre de l'acceptation litigieuse et de l'offre. Suivant que la loi reconnue applicable retient la théorie de l'émission ou de la réception de l'acceptation, le contrat pourra être déclaré formé ou non. La juridiction désignée sera encore compétente pour se prononcer sur l'efficacité de l'acceptation.

De plus, la question de la formation du contrat est également subordonnée à l'interprétation de la volonté des parties exprimée, tant dans l'offre que dans l'acceptation. Pour qu'une proposition soit considérée comme une offre pouvant engager définitivement son auteur en cas d'acceptation, la présence des certains éléments est exigée. L'offre doit non seulement contenir les éléments essentiels du contrat envisagé, mais elle doit également exprimer la volonté non équivoque de son auteur de contracter. Or, tous les droits reconnaissent la validité d'une offre même en l'absence d'éléments considérables, tels que le prix. Ce qui implique qu'une simple proposition avancée au cours des pourparlers puisse être interprétée comme une véritable offre engageant son auteur, et cela à son insu¹³⁶⁶. Il appartiendra alors au juge compétent de rechercher l'existence d'une intention de contracter, à travers les termes de la proposition. Les parties usent également de leur faculté d'associer des conditions à leur acceptation afin de freiner la formation du contrat. Mais toutes les stipulations ne permettent pas de différer la formation du contrat. Il appartient encore à la juridiction désignée d'apprécier si l'acceptation conditionnelle entraîne la conclusion définitive du contrat ou laisse perdurer la phase précontractuelle.

¹³⁶⁵ V. *supra*, nos 245 et s.

¹³⁶⁶ J.-A. ALBERTINI, « Les mots qui vous engagent... », *D.* 2004, p. 230.

860. Ensuite, l'indépendance de la clause de choix de juridiction permet au tribunal ainsi désigné de connaître des litiges précontractuels liés à la nullité du contrat¹³⁶⁷. Sont ainsi concernés tous les manquements aux obligations précontractuelles qui atteignent la validité du contrat. Deux conditions doivent ainsi être remplies : il faut que le litige concerne un manquement à une obligation précontractuelle et qu'il soit susceptible d'invalider le contrat. La première condition ne présente pas d'importance sur la question de la compétence juridictionnelle. En effet, que le litige concerne la violation d'une obligation contractuelle ou précontractuelle, la juridiction désignée sera susceptible d'être compétente dès lors que le manquement invoqué peut conduire à la nullité du contrat. La compétence de la juridiction choisie sera donc subordonnée à la deuxième condition, la possibilité d'invalider le contrat, sauf si les parties prévoient l'éviction de cette question du domaine de compétence de la juridiction élue.

Sont ainsi concernées les fautes relatives à l'obligation précontractuelle d'information. Elles doivent cependant justifier une demande en nullité du contrat. Si la seule responsabilité précontractuelle est engagée et que la validité du contrat n'est pas atteinte, alors la compétence de la juridiction désignée répond à une problématique différente. Il s'agit de reconnaître une extension de compétence en matière de *culpa in contrahendo* délictuelle¹³⁶⁸. Sur la question de la compétence de la juridiction élue pour traiter des litiges précontractuels de nature contractuelle, il est donc indispensable que la validité du contrat soit remise en cause. Cette hypothèse se présente lorsqu'une partie aux négociations a révélé des informations erronées ou incomplètes, ou a omis de les dévoiler à son futur cocontractant, alors que la connaissance de ces données était essentielle pour fonder son consentement intègre. Il faut également relever que les manquements précontractuels concernés ne se réduisent pas à la violation du devoir d'information, mais intéressent toute obligation imposée au cours des pourparlers dont la bonne exécution subordonne la validité du contrat. Peuvent être citées à titre d'exemple les obtentions d'autorisation préalables à la conclusion du contrat dont l'absence altère l'objet du contrat négocié. Toutes les actions fondées sur la constatation de la nullité du contrat suscitée par le manquement à une obligation précontractuelle pourront être présentées devant la juridiction désignée *via* une clause attributive d'élection de for ou clause compromissoire¹³⁶⁹, même si l'action conduit à invalider le contrat, et ce grâce à l'application du principe d'autonomie de la clause de choix du juge compétent.

861. La consécration de l'autonomie de la clause d'élection de juridiction n'affranchit cependant pas totalement la juridiction désignée de toute considération du contrat principal. En effet, la convention d'attribution de compétence n'aurait aucune raison d'exister en l'absence du contrat principal. L'existence d'un doute sur la formation du contrat se répercute sur l'acceptation incertaine de la clause d'élection de juridiction. Dans l'hypothèse où la

¹³⁶⁷ V. par ex. Pour une application du principe à la clause d'élection de for, Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, 2 espèces : *Rouchette et SCI Clanic c./Sté Fortis banque* et *Les Fondettes et Le Gouellec c./Sté Fortis banque*, précités; Comp. pour une application à la clause compromissoire, Sent. CCI n° 12827 en 2005, *JDI* 2009, n° 4, p. 8, chron. E. SILVA-ROMERO.

¹³⁶⁸ Sur ce point, v. *infra*, n°s 865 et s.

¹³⁶⁹ V. par exemple, Sent. CCI n°6320 en 1992, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. III, ICC Publishing, 1997, p. 336, Compétence de l'arbitre pour statuer sur la nullité du contrat pour dol.

juridiction désignée relèverait non seulement l'inexistence du contrat principal, mais également l'absence d'acceptation de sa compétence par les parties, alors sa compétence ne serait plus fondée. De même, si le vice qui atteint la validité du contrat principal lèse également la convention de choix de juridiction, la compétence sera remise en cause. Le manquement à l'obligation d'information qui altère l'intégrité du consentement d'une partie peut vicier également le choix de juridiction. La nullité de la convention d'élection de juridiction trouvera alors son écho dans la nullité du contrat principal¹³⁷⁰. Le principe d'autonomie de la convention de compétence juridictionnelle ne présente ainsi qu'une autonomie relative. Bien que contestable, ce principe se justifie pourtant amplement en matière de *culpa in contrahendo*.

2. LA JUSTIFICATION DU PRINCIPE D'AUTONOMIE EN MATIERE DE *CULPA IN CONTRAHENDO*

862. Le principe d'autonomie de la clause d'élection de juridiction ne relève pas de l'évidence. Il apparaît paradoxal, en effet, de donner compétence à une juridiction désignée pour traiter du contentieux né d'un contrat qui n'existe pas ou plus. La convention d'attribution de compétence trouve sa raison d'exister qu'au travers du contrat principal. Sa disparition devrait logiquement atteindre le choix de juridiction. Pourtant, la mise à l'écart de la juridiction ainsi désignée dans ces hypothèses conduit à des difficultés pratiques qui justifient la reconnaissance de l'indépendance du choix de juge compétent.

Tout d'abord, la levée de compétence en cas de simple doute soulevé sur l'existence ou la validité du contrat conduit à ouvrir une voie aisément accessible de contestation de la compétence aux parties de mauvaise foi. Pour la partie qui souhaiterait soustraire le contentieux à la compétence de la juridiction désignée, il suffirait de faire valoir que l'existence ou la validité du contrat négocié est incertaine. Sa volonté dilatoire pourrait largement être entendue. D'autant qu'en cas de contentieux, les parties sont moins disposées à respecter l'accord sur la compétence juridictionnelle obtenue lors d'une période d'entente cordiale. Il n'est donc pas opportun de prévoir une exclusion aussi évidente de la compétence de la juridiction désignée. En outre, les causes d'invalidité du contrat n'atteignent pas, en général, les clauses attributives de compétence¹³⁷¹. Le vice du consentement susceptible d'annuler le contrat porte sur son objet, sans considération aucune pour la désignation de la juridiction compétente¹³⁷². Ce qui justifie une fois encore l'autonomie de la clause attributive de compétence.

863. Ensuite, le principe d'indépendance permet également de pallier les risques de situations marquées d'incohérence. En effet, si le tribunal choisi par les parties déclare le

¹³⁷⁰ Ch. SERAGLINI, « L'arbitrage commercial international », in *Droit du commerce international*, J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), Litec, 2005, n° 2480, p. 880.

¹³⁷¹ En ce sens pour une application du principe en droit commun, v. H. GAUDEMET-TALLON, note ss Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1990, *Broca et autre c. Anjot*, *RCDIP* 1991, p. 135; Du même auteur, note ss TGI Paris, 10 juillet 1991, *Consorts Paoletti c./Privat Kredit Bank et J. Borghetti*, *RCDIP* 1993 p. 54.

¹³⁷² V. les faits d'espèce de Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1990, précité.

contrat inexistant ou nul, alors sa décision même pourrait être susceptible d'être remise en cause. Si la convention de compétence était accessoire au contrat principal, alors la disparition du contrat entraînerait l'abandon de la clause de choix de juridiction. Le tribunal ainsi désigné verrait sa compétence rétroactivement disqualifiée. Le juge n'aurait jamais dû statuer puisqu'il ne jouissait d'aucune compétence. La décision rendue ne pourrait survivre en l'absence d'une telle compétence. Il est donc indispensable de dissocier le choix de juridiction du contrat principal pour le préserver de toute atteinte.

A noter également que le principe d'autonomie permet non seulement au juge désigné de statuer sur l'existence et la nullité du contrat, mais surtout de conserver sa compétence même si le contrat disparaît. Ce qui permet une fois encore de contourner des difficultés d'ordre pratique qui consistent à obliger une partie à saisir une autre juridiction pour qu'elle se prononce sur les conséquences de la disparition du contrat.

864. Enfin, l'autonomie de la convention attributive de compétence, qui concerne aussi bien les clauses d'élection de for que les clauses compromissoires, conduit à assurer une cohérence dans le traitement du contentieux précontractuel de nature contractuelle. Ce principe s'inscrit également dans une perspective d'harmonisation entre le traitement de la question relative à la compétence juridictionnelle et à la loi applicable. En effet, en matière de conflit de lois, l'article 10, alinéa 1, du Règlement Rome I prévoit l'applicabilité de la *lex contractus* pour apprécier la nullité ou l'existence du contrat, de même que le juge contractuellement désigné sera compétent pour statuer sur ces questions. En matière de *culpa in contrahendo* délictuelle, lorsque l'existence et la validité du contrat ne sont pas concernées, l'article 12, alinéa 1, du Règlement Rome II renvoie à la mise en œuvre de la loi du contrat. Il unifie ainsi le régime de la responsabilité précontractuelle en ne dissociant pas la loi applicable suivant que l'action revêt une nature contractuelle ou délictuelle. Aucune disposition légale ou réglementaire ne s'intéresse à une telle hypothèse en matière de compétence juridictionnelle. Pourtant, l'orientation du droit communautaire récent en faveur de la survie du choix de loi des parties, indépendamment de l'existence du contrat principal sur lequel porte ce choix, soulève l'interrogation de l'extension de la compétence de la juridiction désignée par les parties au contentieux précontractuel de nature extracontractuelle.

§2. L'EXTENSION DE LA COMPETENCE A LA *CULPA IN CONTRAHENDO* EXTRACONTRACTUELLE

865. Lorsque la convention d'arbitrage est rédigée dans des termes très généraux, tels que l'utilisation de la formule « des litiges né à l'occasion du contrat »¹³⁷³, « par la présente, les parties conviennent que tous les conflits découlant ou en connexité avec ce contrat relèveront de la compétence du tribunal arbitral », se pose la question de la présence dans le domaine de compétence de l'arbitre du contentieux précontractuel qui n'atteint ni la nullité, ni l'existence

¹³⁷³ E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD Com.* 2006, p. 764.

du contrat. Le manquement à une obligation précontractuelle peut-il être sanctionné par l'arbitre dès lors qu'est constatée la présence d'une clause compromissoire ? De même, la violation d'une obligation imposée dans un avant-contrat peut-elle relever de la compétence de l'arbitre, alors que la clause compromissoire ne vise que le contrat principal ?

866. La réponse à ces interrogations est elle-même subordonnée à la réponse à deux questions distinctes qui répondent à des problématiques différentes. La première question concerne la faculté de l'arbitre à se prononcer sur sa propre compétence en matière de contentieux extracontractuel. A ce stade du raisonnement, il s'agit simplement de déterminer s'il revient à l'arbitre de statuer sur sa compétence ou si une juridiction étatique peut elle-même vérifier l'applicabilité de la clause d'arbitrage au litige précontractuel. Cette question préalable à la compétence de l'arbitre repose sur l'application du principe de compétence-compétence à la *culpa in contrahendo*. En vertu de ce principe, seule la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire est de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage¹³⁷⁴.

La seconde question intéresse, au contraire, la compétence de l'arbitre pour statuer sur le fond. Elle consiste à établir si la convention d'arbitrage étend la compétence du tribunal arbitral aux questions de nature précontractuelle. La compétence de l'arbitre étant fondée sur la seule volonté des parties, c'est l'analyse du contenu de la convention d'arbitrage qui permettra de constater le champ de compétence conféré par les parties à l'arbitre. Si les parties ont été soucieuses de ce risque d'incertitude, elles auront choisi de rédiger leur clause d'arbitrage de manière extensive¹³⁷⁵, en précisant que l'arbitre pourra répondre des actions en responsabilité précontractuelle. En l'absence d'une telle stipulation, le doute perdure.

867. En présence d'une clause attributive de compétence, en faveur d'une juridiction étatique, cette dualité de questions est maintenue. En effet, dans un premier temps, il est nécessaire de déterminer si le for élu par les parties dispose d'une compétence exclusive pour apprécier si son investiture est étendue aux questions précontractuelles, pour ensuite, dans un second temps, s'inquiéter de la compétence effective de cette juridiction pour statuer sur le fond du litige.

En d'autres termes, la compétence de la juridiction désignée, tant arbitrale qu'étatique, ne présume pas de sa compétence pour trancher le contentieux précontractuel.

868. Par conséquent, la question de la compétence juridictionnelle intervient à deux étapes essentielles de l'instance qui observent un ordre chronologique : lorsque la juridiction statue préalablement sur sa propre compétence (A) et quand elle se prononce sur le fond du litige (B).

¹³⁷⁴ V. notamment, Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 719, D. COHEN; Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-17.800, *Juris-Data* n° 2004-023082; *Bull. civ.* 2004, I, n° 96; Cass. civ. 2^{ème}, 8 avr. 2004, n° 02-16.163, *Juris-Data* n° 2004-023219; *Bull. civ.* 2004, II, n° 162; *RTD civ.* 2004, p. 770, obs. Ph. THERY.

¹³⁷⁵ V. par exemple, Sent. partielle CCI, n° 5073 en 1986, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. I, ICC Publishing, 1990, p. 85.

A. LA QUESTION PREALABLE A LA COMPETENCE

869. Sur la question de la juridiction compétente pour apprécier la validité de la clause d'élection de juridiction, les voies empruntées par les règles applicables à l'arbitrage et aux juridictions étatiques divergent. Si la présence d'une clause compromissoire ouvre une compétence de principe au tribunal arbitral désigné (1), c'est à la juridiction étatique saisie, et non au juge désigné par la clause attributive de juridiction, qu'il revient de statuer sur l'applicabilité de la clause d'*electio fori* (2).

1. UNE COMPETENCE DE PRINCIPE DE LA JURIDICTION ARBITRALE DESIGNEE

870. La faculté de l'arbitre de se prononcer sur sa compétence en matière de contentieux extracontractuel est fondée sur l'application du principe de compétence-compétence à la *culpa in contrahendo*. En vertu de ce principe, seule la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire est de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage. Cette exception, particulièrement restrictive, permet à l'arbitre de conserver une compétence de principe particulièrement étendue pour statuer sur sa compétence.

Sur la question de l'appréciation de la compétence de l'arbitre, le contentieux précontractuel peut revêtir deux formes différentes, soulevant la question de l'applicabilité manifeste de la clause compromissoire : la première concerne la compétence de l'arbitre pour se prononcer sur une action en responsabilité précontractuelle de nature délictuelle (a), la seconde intéresse l'appréciation de la clause compromissoire contenue dans un avant-contrat (b).

a. Inapplicabilité manifeste et responsabilité délictuelle

871. La chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcée, le 25 avril 2006, en faveur de la compétence de l'arbitre pour apprécier sa compétence en matière de responsabilité précontractuelle, dans un arrêt *Sté DMN Machinefabrick BV c/Sté Tripette et Renaud*¹³⁷⁶. Dans cette affaire, une société française et une société néerlandaise avaient conclu un contrat de distribution prévoyant l'obligation pour la première de distribuer en France les produits de la seconde. Les parties ont par la suite envisagé de constituer une filiale commune et ont entamé des négociations à ce sujet. Ces dernières n'ont finalement pas abouti, la société néerlandaise ayant interrompu les discussions. La société française de distribution l'a alors assignée devant les juridictions françaises en paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive pour pourparlers. Or, le contrat de distribution qui unissait les parties aux négociations comportait une clause compromissoire. La juridiction de première instance,

¹³⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 25 avr. 2006, n° 05-15.528, *Sté DMN Machinefabrick BV c/Sté Tripette et Renaud*, CCC n° 8, Août 2006, comm. p. 151, note L. LEVENEUR; *RTD Com.* 2006, p. 764, note E. LOQUIN; *RCDIP* 2007, p. 128, note F. JAULT-SESEKE; *Rev. arb.* 2008, p. 299, note L. KIFFER.

suivie de la Cour d'appel¹³⁷⁷, s'est déclarée compétente. Le juge d'appel a retenu que l'action intentée sur un fondement délictuel ne se rattachait pas au contrat de distribution, avec lequel les pourparlers litigieux ne constituaient pas un ensemble unique. La Cour de cassation s'est appuyée sur le principe de compétence-compétence, prévoyant la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence, pour casser l'arrêt d'appel. Elle a ainsi retenu que les motifs invoqués étaient « impropres à établir le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage, seule de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage ».

La Cour de cassation a ainsi considéré que la nature délictuelle de l'action engagée ne suffisait pas à caractériser l'exception permettant de renverser le principe de compétence de l'arbitre. Dans cette espèce, cette solution était largement justifiée puisqu'elle présentait deux spécificités. Tout d'abord, les négociations avaient pour objet de faire évoluer la relation contractuelle déjà construite entre les parties. Le lien particulièrement étroit qui unissait les pourparlers au contrat conduisait finalement à envisager les discussions litigieuses comme une renégociation du contrat de distribution existant¹³⁷⁸. Finalement, il s'agissait de se demander si la clause compromissoire était manifestement inapplicable aux évolutions que les parties cherchaient à appliquer à leur contrat. Ensuite, la relation précontractuelle litigieuse s'inscrivait en aval du contrat conclu. En d'autres termes, le manquement aux obligations précontractuelles a été non seulement constaté, mais également réalisé, après la conclusion du contrat de distribution sur lequel se fondait la convention d'arbitrage.

872. Pourtant, l'arrêt du 25 avril 2006 semble poser un principe général de compétence de l'arbitre pour statuer sur sa compétence en matière de *culpa in contrahendo* délictuelle. Cette interprétation est d'ailleurs corroborée par la jurisprudence postérieure qui retient effectivement une appréciation extensive du principe de compétence-compétence appliqué à la responsabilité précontractuelle. La Cour de cassation s'est de nouveau prononcée le 4 juillet 2006¹³⁷⁹ sur la question de la compétence de l'arbitre en matière de *culpa in contrahendo*, dans une espèce plus habituelle puisque le manquement précontractuel était cette fois commis avant la conclusion du contrat. Était recherchée la responsabilité du franchiseur pour manquement à l'obligation précontractuelle d'information prévue par l'article L 330-2 du Code de commerce. Pour retenir la compétence des juridictions étatiques, la Cour d'appel avait relevé que l'action se fondait sur un fait générateur antérieur à la relation contractuelle entre les parties. Cet argument n'a pas convaincu la Cour de cassation qui a rappelé que ces motifs étaient insuffisants pour caractériser une nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire. En reprenant des termes identiques à ceux qui avaient déjà été empruntés le 25 avril 2006, la Cour de cassation étend largement sa jurisprudence à tous les litiges délictuels nés de pourparlers¹³⁸⁰, quelle que soit la date d'acceptation de la clause

¹³⁷⁷ CA Versailles, 31 mars 2005, *JCP G* 2005, I, 179, Chron. J. BÉGUIN, J. ORTSCHIEDT, Ch. SERAGLINI.

¹³⁷⁸ En ce sens, v. L. LEVENEUR, *op. cit.*

¹³⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, n° 05-17.460, *D.* 2006, p. 1985.

¹³⁸⁰ La jurisprudence étend très largement le domaine de la clause compromissoire au litige né à l'occasion du contrat, même en dehors de l'hypothèse de pourparlers, v. notamment en matière de concurrence déloyale : Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, n° 02-18.512; *D.* 2005, p. 2896.

compromissoire¹³⁸¹. L'arbitre est ainsi reconnu compétent pour statuer sur sa compétence en matière de responsabilité précontractuelle que le manquement à l'origine du litige ait été commis en aval ou en amont de la conclusion du contrat sur lequel repose la clause compromissoire.

873. Sans contester l'importance de la jurisprudence établie en 2006, il est tout de même nécessaire de nuancer l'ampleur de l'intervention de la Cour de cassation. En effet, la Deuxième Chambre civile s'était elle-même prononcée sur une question similaire quelque dix ans plus tôt, dans un arrêt du 26 novembre 1997¹³⁸². Les faits étaient assez similaires à ceux de l'espèce présentée à la Cour le 4 juillet 2006 puisqu'était recherchée la responsabilité délictuelle du contractant au contrat de franchise pour manquement à ses obligations précontractuelles.

Pourtant, cet arrêt ne revêt pas l'importance reconnue à la jurisprudence de 2006. Ce constat s'explique essentiellement pour deux raisons. Tout d'abord, il faut relever que l'arrêt de 1997 est un arrêt de rejet, contrairement aux arrêts de 2006 qui illustrent tous deux une opposition remarquable entre la Cour suprême et la juridiction d'appel. Ensuite et surtout, c'est le laconisme de la Cour qui explique la discrétion de l'arrêt rendu en 1997. Non seulement la Cour n'a pas expressément appuyé sa décision sur le principe de compétence-compétence en le rappelant, mais elle n'a pas non plus profité de l'occasion pour poser une règle générale. La Cour s'est contentée de rejeter le pourvoi en retenant que le demandeur n'avait pas indiqué en quoi la clause compromissoire insérée dans le contrat était manifestement nulle. Cette formule semble indiquer que la prétention du demandeur a été écartée pour des raisons probatoires. La Cour laisse ainsi au demandeur la faculté de démontrer le caractère manifestement nul ou inapplicable de la clause compromissoire dès lors que l'action concerne la responsabilité précontractuelle. D'autant que l'arrêt retient également que le litige « était principalement relatif aux conditions de souscription et d'exécution du contrat de franchise ». Ce qui signifie que la Cour justifie la compétence de l'arbitre par l'existence d'un lien entre le litige et le contrat, alors que, depuis l'intervention des arrêts de 2006, il n'appartient qu'à l'arbitre d'établir l'existence d'une telle relation.

874. La position de la jurisprudence est donc désormais constante sur ce point : le simple fait que le contentieux présente une nature précontractuelle n'est pas un élément suffisant à lui seul pour justifier l'incompétence de l'arbitre pour statuer sur sa compétence. Il est difficile d'imaginer quels éléments permettraient d'écarter alors la compétence de l'arbitre lorsque la responsabilité précontractuelle engagée se fonde sur une action délictuelle. A défaut de clause pathologique, le seul fait qui pourrait être démontré serait que la clause d'arbitrage ne prévoit pas le traitement des relations précontractuelles. Or, la position de la jurisprudence reste limpide sur ce point : cet élément demeure insuffisant pour déclarer la clause compromissoire manifestement inapplicable. Cette solution marque ainsi l'adoption d'une conception extensive du principe de compétence-compétence. Elle a pour cible de ne pas amputer les

¹³⁸¹ V. également : réitération dans une espèce similaire à 4 juillet 2006 : CA Colmar, 9 oct. 2008, n°06/04294.

¹³⁸² Cass. civ. 2^{ème}, 26 nov. 1997, n° 95-12686, non publié.

pouvoirs de l'arbitre. Pourtant, cette solution conduit à retarder le déroulement du procès, de façon parfois injustifiée¹³⁸³. Pour apprécier la compétence de l'arbitre, il serait donc tentant dans un premier élan de pondérer l'exclusion systématique de l'intervention du juge étatique, pour lui autoriser un champ d'investigation plus large. La juridiction premièrement saisie pourrait apprécier l'existence de liens entre l'action entamée et le contrat conclu, avec une présomption simple en faveur de la compétence de l'arbitre. En d'autres termes, il n'appartiendrait pas au juge étatique d'assurer la ventilation entre les actions relevant de la compétence de l'arbitre et de sa propre compétence, mais d'effectuer une sélection préalable en ne renvoyant pas à l'arbitrage les actions ne présentant aucun lien avec le contrat.

Pourtant, une telle solution ne peut pas être retenue en pratique. En effet, comme l'a relevé la jurisprudence, la nature précontractuelle d'une action ne permet pas à elle seule d'établir que la clause compromissoire est manifestement inapplicable. Ce constat s'explique par l'ambiguïté des relations entretenues par le contrat avec les pourparlers. Certes, les manquements aux obligations précontractuelles ont été générés avant l'existence du contrat, ce qui conduit à militer en faveur d'une dissociation entre le domaine de l'arbitrage et l'action précontractuelle. Cependant, la simple « proximité du contrat »¹³⁸⁴ suffit à susciter un doute sur l'étendue de la compétence de l'arbitre. En effet, l'existence de l'obligation précontractuelle d'information repose bien sur le contrat négocié. Sa violation sera même établie au moment de l'exécution dudit contrat. De même, comme le faisait valoir le pourvoi dans l'arrêt du 25 avril 2006, les pourparlers engagés ont parfois pour objectif de faire évoluer la relation contractuelle déjà existante entre les parties. Les contentieux précontractuels présentent donc des attaches particulièrement équivoques avec le contrat. Ce qui justifie que l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ne puisse être assurément reconnue et qu'il appartienne à l'arbitre de pratiquer une analyse exhaustive¹³⁸⁵. Mais les difficultés d'appréhension du contentieux précontractuel par le droit de l'arbitrage ne se réduisent pas aux actions en responsabilité, elles s'étendent aux hypothèses dans lesquels interviennent des avant-contrats.

b. Inapplicabilité manifeste et avant-contrats

875. La présence d'un avant-contrat peut soulever deux catégories de questions quant à la compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence : lorsque la clause compromissoire est stipulée au sein d'un avant-contrat, il s'agit de s'interroger sur le point de savoir si la clause est manifestement inapplicable aux litiges liés au contrat principal. Mais si, au contraire, la clause compromissoire est insérée dans le contrat principal, il faudra déterminer si la clause est manifestement inapplicable au traitement des avant-contrats précédemment conclus. Si la réponse est négative, alors l'arbitre sera reconnu compétent

¹³⁸³ V. les critiques formulées à l'encontre de la conception extensive du principe de compétence-compétence par F. JAULT-SESEKE, « Du contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RCDIP* 2007, p. 128, et les références citées.

¹³⁸⁴ E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD Com.* 2006, p. 764.

¹³⁸⁵ V. en ce sens : J.BEGUIN, J.ORTSCHEIDT et C.SERAGLINI, *Chron. Droit de l'arbitrage*, *JCP E* 2006, p. 2784; *JCP G* 2006, I, p. 187.

uniquement pour se prononcer sur la question de sa compétence. Par conséquent, l'absence de reconnaissance du caractère manifestement inapplicable ne présume pas de la compétence de l'arbitre pour statuer sur le fond. Ces figures conduisent essentiellement à s'interroger sur la portée de la clause compromissoire, aussi bien en aval (application de la clause de l'avant-contrat au contrat principal) (i), qu'en amont (extension de la clause du contrat principal à l'avant-contrat) (ii). Ces deux hypothèses répondent à des problématiques différentes qu'il faut analyser distinctement.

i. L'extension au contrat principal de la clause compromissoire insérée dans un avant-contrat

876. Au cours des négociations, les parties ont pu émettre le souhait de formaliser l'avancée de leurs discussions par la conclusion d'un avant-contrat reprenant les points d'accord déjà obtenus. Ce projet de contrat est susceptible de valoir contrat définitif. C'est pourquoi les parties expriment généralement dans cet acte leur volonté de subordonner l'effectivité des engagements stipulés à la conclusion d'un contrat définitif, seul créateur d'obligations. Si cet avant-contrat comporte une clause compromissoire, se pose la question de savoir si le juge étatique peut écarter la compétence de l'arbitre, en reconnaissant le caractère manifestement nul ou inapplicable de la clause, du seul fait de l'absence de valeur juridique de l'acte.

La question s'est présentée devant la Cour de cassation le 28 novembre 2006¹³⁸⁶. Dans le cadre de la négociation d'un contrat de partenariat entre deux sociétés anglaise et française, un protocole d'accord avait été conclu. Cet acte prévoyait déjà une clause d'*electio juris* en faveur de la loi anglaise, ainsi qu'une clause compromissoire. Les pourparlers ont finalement échoué après l'investissement de dépenses non négligeables, sans qu'aucun contrat définitif ne soit conclu. Le tribunal de commerce français a été saisi d'une demande d'indemnisation. Une exception d'incompétence, fondée sur la présence de la clause compromissoire, a alors été soulevée. Cette exception a été dans un premier temps favorablement accueillie par les juges du fond, en application du principe de compétence-compétence¹³⁸⁷. La Cour d'appel a retenu que la clause compromissoire qui était stipulée dans un protocole d'accord rédigé au futur avec l'intention de faire progresser les parties vers un contrat, ne créant aucune obligation immédiate, réciproque et impérative entre les parties, n'avait jamais été acceptée dans un contrat d'accord définitif. La Cour d'appel en a déduit l'inexistence manifeste de la clause d'arbitrage. Cette argumentation n'a pas convaincu la Cour de cassation qui, censurant les juges d'appel, a qualifié ces motifs d'impropres à établir le caractère manifeste de la nullité ou l'inapplicabilité de la clause compromissoire.

Par conséquent, les arbitres sont seuls compétents pour apprécier la validité et la portée de la clause d'arbitrage contenu dans un protocole d'accord, non créateur d'obligations. Cette solution ne surprend pas puisqu'elle découle de l'acception extensive du principe de compétence-compétence reconnue par la jurisprudence depuis 2006¹³⁸⁸. Il peut être cependant

¹³⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *Sté So Good International Ltd c/ Sté Laiterie de Saint-Denis de l'Hôtel*, n° 05-10.464, *JDI* 2007, p. 24, comm. O. DIALLO.

¹³⁸⁷ CA Bourges, 9 nov. 2004, n° 04/01055, *Juris Data* 2004, n° 276811.

¹³⁸⁸ Sur ce point, v. *infra*, nos 869 et s.

relevé que cette compétence se justifie moins par ce principe, que par l'autonomie de la clause compromissoire. En effet, la clause d'arbitrage n'est pas affectée par le sort connu de l'acte qui la contient. Si bien que le fait que le protocole d'accord ne constitue pas un contrat n'atteint pas l'existence de la clause d'arbitrage. Ce qui conduit à maintenir la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa compétence. Il appartient donc aux arbitres, statuant sur leur compétence, d'apprécier l'existence de la clause d'arbitrage, indépendamment de celle du contrat.

877. Le caractère particulièrement restrictif de l'exception au principe de compétence-compétence permet de constater la large étendue de la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa compétence. Il semblerait que l'arbitre soit toujours reconnu compétent pour se prononcer sur la question préalable de sa compétence en matière de *culpa in contrahendo*, tant le caractère manifestement nul ou inapplicable de la clause d'arbitrage paraît difficile à établir. Cependant, il ne faudrait pas conclure trop rapidement à une application pratique illimitée du principe de compétence-compétence en matière de contentieux précontractuel. La jurisprudence a accepté, dans une espèce particulière, de reconnaître le caractère manifestement inapplicable d'une clause compromissoire et refusé de renvoyer l'affaire devant le tribunal arbitral pour qu'il apprécie lui-même sa compétence.

Cette figure s'est illustrée dans une affaire soumise à la Cour de cassation, le 11 juillet 2006. Une société américaine avait confié le transport maritime de lots de caoutchouc à deux sociétés indonésiennes. Les réservations de fret, ou « *booking-notes* », contenaient une clause compromissoire ainsi qu'une clause selon laquelle ces documents seraient annulés et remplacés par les stipulations des connaissements qui comportaient une clause attributive de juridiction. La clause d'élection de juridiction insérée dans les avant-contrats et celle du contrat définitif étaient donc contradictoires. Les assureurs de la société américaine ont formé une action en dommages-intérêts pour avarie devant le Tribunal de commerce de Paris. Les juges se sont déclarés compétents en retenant que la clause d'arbitrage était devenue manifestement inapplicable. En effet, en convenant expressément dans les réservations de fret que les contrats définitifs devaient remplacer les avant-contrats, les parties avaient remplacé la clause d'arbitrage par la clause attributive de juridiction. Seul le document définitif devait être pris en considération, quand bien même les parties n'avaient jamais contesté la clause d'arbitrage au cours des négociations précontractuelles.

Cette décision intervient dans un contexte présentant des conditions dans lesquelles l'interprétation de la volonté des parties est largement facilitée. D'une part, les parties ont prévu que l'avant-contrat serait remplacé par le contrat définitif. Ce qui permet déjà de douter de la survie de la clause compromissoire. D'autre part, en prévoyant une clause attributive de juridiction, les parties ont définitivement levé toute incertitude sur la persistance de la clause d'arbitrage. Il ne faudrait donc pas conclure, à la lecture de cet arrêt, que le seul fait que les parties aient décidé de substituer un contrat définitif à l'avant-contrat contenant une convention d'arbitrage, confère à la clause compromissoire un caractère manifestement inapplicable. C'est la présence de la clause attributive de juridiction qui, en l'espèce, a accru considérablement l'incertitude portant sur l'applicabilité de la clause compromissoire. Par conséquent, il semble que cette solution se justifie essentiellement par la présence non seulement de la clause attributive de juridiction, qui venait contrarier la clause

compromissoire, mais aussi et surtout, de la clause exprimant expressément la volonté des parties de substituer les dispositions du contrat définitif aux dispositions de l'avant-contrat. Il est donc possible de considérer que cette décision, qui a été rendue dans une espèce particulière, restera isolée. En l'absence de tels éléments, un doute persistera en faveur de la compétence des arbitres.

878. En conclusion, l'appréhension extensive du principe de compétence-compétence conduit à reconnaître largement la compétence de l'arbitre pour apprécier sa compétence en matière de *culpa in contrahendo*. D'autant que la jurisprudence admet avec souplesse l'acceptation des clauses d'arbitrage¹³⁸⁹, ce qui rend vraisemblable la volonté des parties de ne pas réserver leur choix à l'avant-contrat, mais de l'étendre à l'ensemble de la relation contractuelle comprenant le contrat définitif.

ii. La rétroaction sur l'avant-contrat de la clause compromissoire insérée dans le contrat principal

879. La question de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire peut également être soulevée lorsqu'un contentieux survient en application d'un avant-contrat, alors que c'est le contrat principal qui contient une clause d'arbitrage. L'existence de cette clause n'étant pas remise en cause, la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa compétence ne pourra être écartée au motif que celle-ci serait manifestement inexistante. Seule l'inapplicabilité manifeste permettrait d'écarter la compétence de l'arbitre pour apprécier sa compétence. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si la clause contenue dans le contrat principal est manifestement inapplicable au contentieux né de l'avant-contrat. A la lumière de la jurisprudence actuelle, il semble vraisemblable de conclure par la négative. En effet, l'exclusion du principe de compétence-compétence repose sur un critère restrictif, puisqu'il réclame l'inapplicabilité manifeste, qui reste très difficile à démontrer. De plus, sur la question de la compétence sur le fond, la jurisprudence est extensive. Donc, elle le sera d'autant plus lorsque la question ne portera que sur la question préalable de sa compétence.

880. Bien qu'il ne soit pas ici question de raisonner sur la compétence de l'arbitre pour se prononcer sur le fond, il est néanmoins possible de déduire de la tendance jurisprudentielle à reconnaître largement la compétence de l'arbitre pour statuer sur le fond, une orientation favorable de la jurisprudence à approuver la compétence de l'arbitre lorsqu'il ne s'agit que d'établir sa compétence. En effet, lorsqu'une juridiction admet la compétence de l'arbitre pour trancher un litige précontractuel, elle reconnaît implicitement que la clause d'arbitrage n'est pas manifestement nulle ou inapplicable. L'acceptation de la compétence de l'arbitre sur le fond s'explique d'une part par la réception par la jurisprudence de l'extension de la clause compromissoire dans les groupes de contrats¹³⁹⁰, et, d'autre part, par le traitement de la compétence de l'arbitre en matière de négociations informelles. Il est en effet envisageable

¹³⁸⁹ V. P. MAYER, note ss Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, *Sté Prodexport c./Sté FMT productions*, RCDIP 1999, p. 92 et les références citées.

¹³⁹⁰ Sur ce point, v. *infra*, n° 899.

que la clause compromissoire s'inscrive dans un groupe de contrats. Cette hypothèse se présente lorsque l'opération économique envisagée nécessite la conclusion de plusieurs contrats. Dès lors que l'un des contrats comporte une clause d'arbitrage, se pose la question de savoir si sa portée peut être étendue aux autres contrats du groupe. Sur ce point, la jurisprudence arbitrale admet l'extension de la compétence de l'arbitre à l'ensemble des contrats du groupe dès lors que ces conventions présentent un caractère complémentaire ou contribuent à la réalisation d'une même opération économique¹³⁹¹. Si ce raisonnement est transposé sur le terrain de la question préalable à la compétence, il doit être conclu que la clause d'arbitrage contenue dans le contrat principal n'est pas manifestement inapplicable au contentieux généré par les avant-contrats. Ce qui conduit donc à admettre la compétence de l'arbitre pour apprécier l'applicabilité de la clause compromissoire aux avant-contrats.

881. De plus, la jurisprudence a clairement exprimé sa position sur l'application du principe de compétence-compétence en matière de négociation informelle. Elle a retenu, sur ce fondement, que l'arbitre était bien compétent pour statuer sur l'extension de sa compétence au contentieux précontractuel dès lors que le contrat principal contenait une clause compromissoire. La seule spécificité de cette jurisprudence se rapporte au caractère informel des pourparlers puisque le litige ne portait pas sur l'exécution d'un avant-contrat. Pour imposer à la phase précontractuelle un régime uniforme et cohérent, il semble nécessaire de confondre les solutions retenues en matière de négociations formelles et informelles. En effet, si la conclusion d'avant-contrat confère une nature contractuelle au contentieux né des pourparlers, il en conserve néanmoins sa nature précontractuelle dans l'opération globale envisagée. Or, la jurisprudence a bien établi que le seul fait que le litige présente une nature précontractuelle ne suffit pas à conférer à la clause compromissoire un caractère manifestement inapplicable. L'intervention d'un avant-contrat ne devrait donc pas produire cet effet non plus dès lors que le contentieux reste de nature précontractuelle. Il faut donc en conclure que l'arbitre devrait rester seul compétent pour statuer sur sa compétence pour connaître d'un litige précontractuel lorsque le contrat principal contient une clause compromissoire.

882. En conclusion, le tribunal arbitral désigné par la clause compromissoire devrait disposer d'une compétence de principe pour se prononcer sur sa compétence aussi bien lorsqu'il s'agit d'apprécier l'extension au contrat principal de la clause d'arbitrage prévue par un avant-contrat, que pour statuer sur l'applicabilité de cette clause au contrat principal lorsqu'elle est insérée dans un avant-contrat. La seule exception raisonnable qui pourrait faire échec à cette compétence serait que les parties aient expressément rendu inapplicable la clause compromissoire, notamment en prévoyant son remplacement par une clause attributive de juridiction. Malgré une tendance marquée pour l'harmonisation des régimes applicables à la clause compromissoire et à la clause d'élection de for, cette compétence de principe reconnue à l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence n'est pas reconnue au juge étatique.

¹³⁹¹ Sent. CIRDI des 4 et 9 févr. 1988, *Soabi c/Rép. du Sénégal*, JDI 1990, p. 193, obs. E. GAILLARD.

2. UNE COMPETENCE DE PRINCIPE DE LA JURIDICTION ETATIQUE SAISIE

883. Bien que la compétence de la juridiction saisie pour apprécier l'applicabilité de la clause d'élection de for suscite de multiples critiques, c'est en ce sens qu'a choisi de se prononcer le droit positif (a). Pourtant, l'intervention attendue de la Convention de La Haye sur l'élection de for du 30 juin 2005, accompagnée de la tendance jurisprudentielle à confondre le régime des clauses attributives de juridiction et celui des conventions d'arbitrage, laisse présager un abandon de cette solution (b).

a. De lege lata : la compétence de la juridiction saisie en matière de question préalable à la compétence

884. La question de la juridiction compétente pour statuer sur la question préalable à la compétence, soulevée en présence d'une clause attributive de juridiction, a été tranchée par la Cour de justice des Communautés Européennes, le 9 décembre 2003 à l'occasion de l'arrêt *Gasser*¹³⁹². Dans une espèce dans laquelle le juge italien avait été saisi alors qu'une clause attributive de juridiction donnait compétence au juge autrichien, l'*Oberlandesgericht* d'Innsbruck (Autriche) s'est interrogée sur la question de savoir si, en sa qualité de juge élu, il pouvait échapper à l'obligation de surseoir à statuer en attendant que le juge italien, premier saisi, se prononce sur sa propre compétence. Cette question revient finalement à demander à la Cour si le juge d'un Etat contractant saisi a compétence pour apprécier l'applicabilité de la clause *d'electio fori* ou si cette faculté est exclusivement réservée au juge élu. Dans sa décision, la Cour a jugé, en matière de litispendance, que la juridiction saisie en second lieu, sur le fondement d'une clause attributive de juridiction, n'était nullement mieux placée que la juridiction première saisie pour apprécier la compétence de celle-ci.

Appliquée à l'hypothèse de la *culpa in contrahendo* extracontractuelle, cette décision revient à conférer à la juridiction saisie la faculté non seulement d'apprécier la validité de la clause attributive de juridiction, mais encore de statuer sur la compétence de la juridiction désignée par ladite clause. Cette solution s'oppose ainsi au régime de son homologue en matière d'arbitrage : la clause compromissoire. En effet, alors qu'en présence d'une clause compromissoire, le droit français de l'arbitrage ordonne à la juridiction étatique saisie de se désister au profit du tribunal arbitral¹³⁹³, la jurisprudence communautaire ne reconnaît pas une telle obligation en présence d'une clause *d'electio fori*, le juge saisi ne doit pas se dessaisir. L'arbitre jouit d'une compétence de principe pour statuer sur la compétence que la clause d'arbitrage lui a conférée¹³⁹⁴, contrairement à la désignation conventionnelle d'une juridiction étatique qui s'apprécie par la juridiction saisie et non par la juridiction élue.

¹³⁹² CJCE, 9 déc. 2003, *Erich Gasser GmbH c./MISAT Srl*; D. 2004, p. 1046, note C. BRUNEAU; RCDIP 2004, p. 444, note H. MUIR-WATT.

¹³⁹³ Ch. SERAGLINI, « L'arbitrage commercial international », in *Droit du commerce international*, J. BEGUIN, M. Menjucq (dir.), Litec, 2005, nos 2544 et s., pp. 937 et s.

¹³⁹⁴ Ph. FOUCHARD, B. GOLDMAN, E. GAILLARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, § 660.

885. L'opposition de la solution établie par l'arrêt *Gasser* au principe bien assis en matière d'arbitrage peut surprendre. Pour la comprendre, il faut s'intéresser aux motifs retenus par la décision. La Cour justifie sa solution en exposant que les règles de la Convention de Bruxelles, communes aux deux juges, peuvent être interprétées et appliquées avec la même autorité par chacun d'entre eux (point 48). De plus, la validité de la clause doit être appréciée au regard des conditions strictes fixées par l'article 17 dans le cadre de son interprétation autonome (point 51). En d'autres termes, le caractère commun des règles de compétence établies par le droit communautaire permet qu'elles soient appliquées de façon uniforme quel que soit le juge saisi, dès lors qu'il s'agit d'un juge d'un Etat contractant. Cette justification, pas plus que cette décision, ne parviennent à convaincre. Tout d'abord, l'argumentation de la Cour de justice repose sur le caractère commun des critères européens de validité des clauses attributives de juridiction, alors qu'ils n'interviennent qu'une fois reconnu le consentement des parties à la clause au fond. L'article 17 de la Convention de Bruxelles (devenu l'article 23 du Règlement Bruxelles I) n'impose effectivement que le respect de règles de forme, indépendamment de toute considération pour le consentement des parties. Or, l'établissement de ce consentement est susceptible de répondre à des critères juridiques divergents¹³⁹⁵. Les dispositions du Règlement Bruxelles I ne peuvent donc pas, à elles-seules, pallier les risques de divergences de solutions en matière de clauses attributives de juridictions.

Ensuite, toute règle implique, pour sa mise en œuvre, une interprétation de la juridiction saisie. Certes, le droit communautaire milite en faveur d'une harmonisation des compréhensions des textes européens au sein de la Communauté européenne. Il est ainsi possible de reconnaître, avec la Cour de justice, que l'ensemble des juridictions des Etats membres adopteront une application assez similaire du texte de l'article 23 (ancien article 17). Mais, contrairement à ce qu'affirme la Cour dans l'affaire *Gasser*, il reste utopique d'envisager que toutes les juridictions européennes retiendront de façon systématique la même interprétation d'un texte.

En conclusion, l'argumentation avancée par la Cour ne semble pas avoir permis de fonder sa décision.

886. Il est possible d'envisager que la solution retenue répond à des justifications autres que celles avancées par la Cour. Peut en effet être décelée, à travers cette solution, l'expression de la méfiance de la jurisprudence communautaire à l'égard du juge désigné par les parties. Le choix d'accorder au juge premièrement saisi la faculté d'apprécier sa compétence, au détriment du juge élu, permettrait de garantir la réalité du consentement des parties à la clause. La Cour retient explicitement que les règles de l'article 17 (devenu l'article 23) ont pour objectif de protéger le consentement de la partie contractante la plus faible, en évitant que des clauses attributives de juridiction, insérées dans un contrat par une seule partie, ne passent inaperçues (point 50). Cet argument ne parvient toujours pas à emporter la conviction.

¹³⁹⁵ H. MUIR WATT, Litispendance européenne et clause attributive de juridiction, *RCDIP* 2004, p. 444; V. aussi par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1998, *RCDIP* 1999, p. 122, note H. MUIR WATT, B. ANCEL, appréciation distincte de la clause attributive de juridiction suivant que sa conclusion est appréciée en application ou non de la Convention de Vienne.

887. D'une part, aucun élément ne permet de démontrer en quoi le juge premièrement saisi serait plus qualifié pour préserver les parties de potentiels abus. D'autant que, dans un système contractuel, régi par la confiance mutuelle, et dans lequel l'élection de for est expressément autorisée par le droit communautaire, les choix de juge imposés restent relativement isolés.

D'autre part, en choisissant de fonder le système d'appréciation de l'*electio fori* sur un critère chronologique, la Cour risque d'obtenir tous les effets pervers de cette solution qu'elle essayait justement de contourner. Il n'est pas nécessaire de faire preuve d'une grande imagination pour le constater, dès lors que les faits de l'affaire *Gasser* illustrent déjà cet écueil. Dans cette espèce, face au risque imminent que son adversaire ne saisisse le juge autrichien, compétent au titre de la clause d'élection de for, pour rechercher sa responsabilité contractuelle, une des parties a choisi de le devancer en saisissant le juge italien de son établissement, afin d'obtenir une déclaration de non-imputabilité de la rupture du contrat. Cette manœuvre ne semble avoir été motivée que par son effet dilatoire sur la procédure et par la volonté de neutraliser la clause attributive de juridiction stipulée en faveur d'une juridiction probablement moins clémente à son égard. Ce qui conforte les craintes d'une utilisation détournée de la jurisprudence *Gasser* par d'autres parties pour annihiler les effets des clauses d'élection de for.

Enfin, il faut noter que la jurisprudence communautaire a justement reconnu l'autonomie de la clause attributive de juridiction par rapport au contrat qui la contient, en donnant compétence exclusive au juge élu pour statuer sur la nullité du contrat, et a fondé cette décision sur le besoin de garantir la sécurité juridique. Or, c'est sur cette même justification de sécurité juridique que la Cour de justice refuse d'étendre cette compétence exclusive en matière de litispendance. En somme, la jurisprudence européenne fonde deux décisions contradictoires sur une justification identique. En pratique, la dualité de la position communautaire à l'égard des clauses attributives de juridiction conduit à traiter différemment une partie suivant qu'elle conteste la validité de la clause pour des raisons tirées du contrat ou qu'elle saisisse par anticipation un autre for que celui désigné par la clause. Dans le premier cas, le for élu conserve sa compétence pour statuer sur sa propre compétence, alors que dans le second, la situation de litispendance établie oblige le juge élu à patienter jusqu'à ce que la juridiction antérieurement saisie statue sur sa compétence. Finalement, loin d'être annihilées, les mesures dilatoires semblent facilitées¹³⁹⁶.

888. C'est pourquoi il semble plus pertinent, à l'instar de la doctrine¹³⁹⁷, de réserver l'appréciation de l'applicabilité de la clause attributive de juridiction exclusivement au juge élu¹³⁹⁸. Cette solution ne surprendrait pas puisqu'elle ne consisterait finalement qu'à appliquer

¹³⁹⁶ En ce sens, v. H. MUIR WATT, note précitée.

¹³⁹⁷ H. GAUDEMONT TALLON, note ss CJCE, 27 juin 1991, *Overseas Union*, RCDIP 1991, p. 764 ; H. MUIR WATT, note précitée; V. aussi, dans le même sens, les conclusions de l'avocat général Ph. LEGER présentées le 9 sept. 2003, REC. I-14693.

¹³⁹⁸ V. également les injonctions anti-suit émises par les juridictions anglaises pour réserver une compétence exclusive au juge désigné par la clause attributive de juridiction en cas de litispendance : A. V. DICEY, J. H. C. MORRIS, L. A. COLLINS, *The Conflict of Laws*, 14^{ème} éd., vol. 2, Sweet and Maxwell, 2006, §12-128.

aux clauses d'*electio fori* le même statut dérogatoire que la jurisprudence *Overseas Union* a déjà reconnu aux compétences exclusives¹³⁹⁹ et à aligner le régime des clauses attributives de juridiction sur celui des clauses d'arbitrage. Les critiques pressantes de la doctrine semblent d'ailleurs avoir reçu écho au niveau européen, puisque le droit prospectif accepte de revoir entièrement la solution *Gasser*.

b. *De lege ferenda : La compétence de principe de la juridiction élue en matière de question préalable à la compétence*

889. L'analyse du droit prospectif sur cette question s'effectue à travers l'étude de la Convention de La Haye sur l'élection de for du 30 juin 2005 (i) et le projet de refonte du Règlement Bruxelles I (ii).

i. La Convention de La Haye sur l'élection de for

890. A mi-chemin entre le droit positif et le droit prospectif, se situe la Convention de La Haye sur l'élection de for du 30 juin 2005. Déjà signée¹⁴⁰⁰, mais pas encore ratifiée par l'Union européenne, la Convention trouve une place certaine, mais future, au sein du droit positif français. Adoptant une position opposée à la jurisprudence *Gasser*, l'article 6 de la Convention oblige la juridiction saisie en violation d'une clause attributive de juridiction à se dessaisir ou à surseoir à statuer¹⁴⁰¹. En vertu de ce texte, la juridiction élue serait exclusivement compétente au détriment de toutes autres juridictions. Cette nouvelle position conduit alors à rapprocher le traitement des clauses d'élection de for du régime des clauses compromissaires. D'autant qu'à l'instar du principe de compétence-compétence qui prévoit l'exclusion de la compétence de l'arbitre uniquement lorsque la clause s'avère manifestement nulle ou inapplicable, la Convention de La Haye réserve également certaines exceptions à la compétence exclusive du juge élu. Elles sont au nombre de six.

Trois d'entre elles peuvent être rapprochées du caractère manifestement nul ou inapplicable retenu en matière d'arbitrage pour exclure la compétence de l'arbitre. La Convention prévoit respectivement aux points a), b), et d), que la juridiction saisie est libérée de son obligation de surseoir à statuer ou de se dessaisir lorsque l'accord est nul en vertu du droit de l'Etat du tribunal élu, si l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'Etat du tribunal saisi, et si l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties.

¹³⁹⁹ CJCE, 27 juin 1991, *Overseas Union*, Aff. C-351/89, Rec. I-3317, *JDI* 1992, p. 493, obs. A. HUET; Cahiers dr. eur. 1992, p.769, note H. TAGARAS; H. GAUDEMONT TALLON, note précitée, le juge second saisi peut statuer directement sur sa compétence lorsqu'elle est exclusive, et ce, malgré la litispendance existante.

¹⁴⁰⁰ La signature de la Convention de La Haye de 2005 par l'Union européenne est intervenue le 1^{er} avril 2009.

¹⁴⁰¹ C. KESSEDJIAN, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI* 2005, p. 813; P. SCHLOSSER, « Jurisdiction and international judicial and administrative coopération », *RCADI* 2000, p. 254.

891. La première exception citée peut être rapprochée du caractère manifestement nul de la clause compromissaire. A noter que l'exception de nullité de la clause d'*electio fori* présente une certaine souplesse puisque la Convention vise la nullité au regard du droit du tribunal élu, contrairement au droit de l'arbitrage qui impose que cette nullité soit manifeste. Ainsi, la Convention permet au juge saisi d'apprécier la validité de la clause en application de la loi du for élu, alors qu'en présence d'une clause compromissaire la juridiction étatique ne peut que constater une nullité criante, sans qu'aucune recherche ne soit nécessaire. Dès lors, si la Convention de La Haye, en retenant une solution divergente de la jurisprudence européenne¹⁴⁰², a bien accepté de renforcer l'effectivité de la clause attributive de juridiction, elle se dirige néanmoins sur cette voie avec beaucoup de prudence en réservant un champ de compétence à la juridiction saisie.

A bien y réfléchir aucun argument particulièrement convaincant ne peut appuyer une telle solution. En effet, il semble contraire au respect de la volonté des parties que d'accorder à un juge tiers la faculté d'apprécier la validité de la clause attributive de juridiction. D'autant que la Convention impose, à juste titre, que cette appréciation se réalise au regard de la loi du for conventionnellement désigné. Or, le juge élu sera bien plus qualifié pour examiner la validité de l'accord d'*electio fori* au regard de son propre droit que ne le sera une autre juridiction en application d'un droit étranger qu'elle ne maîtrise certainement pas avec autant d'aisance. Seul un avantage de célérité pourrait venir justifier la position de la Convention de La Haye : elle permet, lorsque l'accord est nul, de ne pas obliger les parties à présenter de nouveau leur requête devant la juridiction désignée, alors que celle-ci se déclarera inévitablement incompétente.

Cependant, cet argument ne semble pas pertinent, et cela pour trois raisons. Tout d'abord, rien ne laisse supposer que l'accord sera déclaré nul. Donc, dans cette hypothèse, les parties seront de toutes les façons obligées de se présenter à nouveau devant une seconde juridiction : la juridiction élue par la clause. Ensuite, cette célérité est relative puisque les dispositions de l'article 6 de la Convention reviennent à imposer un contrôle de validité de la clause au regard de la loi du for élu, alors que ce même examen se serait inévitablement réalisé si la Convention avait donné compétence exclusive au juge désigné. En d'autres termes, que le juge premièrement saisi reste compétent ou que l'affaire soit directement transmise au juge élu, un même contrôle sera réalisé. Le seul gain de temps réside alors dans l'absence de transfert de l'affaire dans le cas unique où l'accord serait effectivement nul. Enfin, il existe bien évidemment un risque qu'une partie saisisse un juge par anticipation, en violation de l'accord d'*electio fori*, en se prévalant de la nullité de la clause, à des fins purement dilatoires. Dans une telle hypothèse, l'argument de célérité sur lequel semble reposer l'exception de l'article 6, point a), tombe lourdement.

892. La deuxième exception, exposée au point b), suscite moins de commentaire. Elle prévoit la compétence du juge saisi lorsque toutes les parties ne disposent pas de la capacité de conclure ce type d'accord. Ce qui, au final, correspond à une hypothèse particulière de nullité. La seule différence qui la distingue de la première exception visée au point a), réside

¹⁴⁰² CJCE, 9 déc. 2003, *Erich Gasser GmbH c./MISAT Srl.*, D. 2004, p. 1046, note C. BRUNEAU; RCDIP 2004, p. 444, note H. MUIR-WATT.

dans l'origine de la loi en vertu de laquelle cette nullité sera appréciée. Si la première exception cible les nullités reconnues par la loi du for élu, la seconde, en matière de capacité, implique la mise en œuvre de la loi personnelle de chacune des parties¹⁴⁰³. Ici encore, aucun argument particulièrement solide ne vient justifier l'éviction de la compétence du for désigné par les parties. Tout au plus, il serait possible d'envisager l'hypothèse justement visée par la Cour de justice dans l'affaire *Gasser* : lorsqu'une partie faible se voit imposer une clause attributive de juridiction à son insu¹⁴⁰⁴. Il est vrai, dans un tel cas, qu'il ne semble pas de bonne justice que d'obliger la partie qui ignorait la clause à faire valoir son défaut d'acceptation devant le juge désigné unilatéralement par son cocontractant.

Cependant, cet argument s'écarte devant deux constats. D'une part, la Convention de La Haye exclut expressément de son champ d'application les accords d'élection de for « auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique est partie »¹⁴⁰⁵. Cette solution ne trouve donc pas à s'appliquer en cas d'accord conclu avec un consommateur, ce qui repousse l'argument de protection des parties faibles. D'autre part, il faut relever que préserver l'hypothèse d'une clause imposée revient à garantir le consentement des parties à l'*accord d'electio fori*. Or, l'exception visée au point b), de l'article 6 de la Convention de La Haye n'intéresse que la capacité des parties et non leur consentement. La question de la réalité de l'adhésion des parties à la clause attributive de for sera certes analysée, mais au regard de la loi du for élu, en vertu des dispositions du point a), de l'article 6. En somme, si la justification de l'introduction de l'exception du point b), qui consiste à préserver la compétence du for saisi en violation de l'accord d'*electio fori* lorsqu'une partie n'avait pas la capacité de conclure un tel accord, repose essentiellement sur la volonté de garantir le consentement des parties, qui n'agissent pas en tant que consommateur, cette disposition s'avère superflue, puisque le point a), remplit déjà cette fonction.

893. Enfin, parmi les trois exceptions de l'article 6 susceptibles de rapprocher le régime de la clause attributive de juridiction de celui de la clause compromissoire, seul le point d), paraît pertinent. Il prévoit la compétence du juge saisi lorsque l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre, pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties. Cette exception s'apparente à la constatation du caractère manifestement inapplicable de la clause d'arbitrage. Pertinente, cette exception permet de ne pas obliger les parties à saisir le juge élu lorsqu'il est visiblement incompetent. Et cela, sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen approfondi de la clause au regard d'un droit quelconque. Il peut néanmoins être relevé qu'une fois encore, la Convention de La Haye fait preuve de souplesse puisqu'elle proroge la compétence du juge saisi, non pas lorsque l'accord d'élection de for ne peut manifestement pas être mis en œuvre, mais simplement lorsqu'il ne peut être raisonnablement mis en œuvre. Certes, cette exception reste tout de même limitée, puisque la Convention la restreint

¹⁴⁰³ V. l'arrêt *Silvia*, Cass. civ., 25 juin 1957, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., 2006.

¹⁴⁰⁴ CJCE, 9 déc. 2003, *Erich Gasser GmbH c./MISAT Srl.*, précité, point 50.

¹⁴⁰⁵ Art. 2 a) de la Convention de La Haye du 30 juin 2005.

expressément aux motifs exceptionnels hors du contrôle des parties. Ce qui justifie le choix d'une appréciation raisonnable et non manifeste de l'inapplicabilité.

En conclusion, il semble que l'article 6, point d), converge vers le même objectif que l'exception d'inapplicabilité manifeste retenue en matière d'arbitrage.

894. Pour finir, il reste à citer les deux dernières exceptions prévues par l'article 6, point c), et e), qui n'appelleront pas de critiques particulières. Le point c), permet d'asseoir la compétence du juge saisi lorsque donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat du tribunal saisi. Cette exception se justifie amplement puisqu'en l'absence de contrôle, en amont, de conformité à l'ordre public, la décision de justice sera de toute façon neutralisée, en aval, par les dispositions de l'article 9, point e), qui exclut la reconnaissance des décisions contraires à l'ordre public de l'Etat requis. Elle permet donc d'éviter la perte de temps engendrée par le déroulement d'une procédure vouée à aboutir au prononcé d'une décision insusceptible de reconnaissance. L'article 6, point e), reconnaît, avec une logique incontestable, que le tribunal saisi peut conserver sa compétence lorsque le tribunal élu décide de décliner la sienne. En effet, la compétence d'origine conventionnelle reconnue au juge élu constitue le seul obstacle à celle du juge saisi. Si cette compétence de principe est écartée, cet empêchement disparaît.

895. Sur la question de l'applicabilité de l'accord en matière de *culpa in contrahendo*, les commentaires s'articulent autour de deux axes : une critique et une incertitude. Tout d'abord, il ne peut être que regretté que la Convention de La Haye n'ait pas consacré le principe d'autonomie de l'accord d'*electio fori* par rapport au contrat qui la contient. Cet écueil conduit à laisser à la *lex fori* la possibilité d'écarter la compétence du juge élu en cas de nullité du contrat si, selon les dispositions de cette loi, la nullité du contrat atteint la clause attributive de juridiction qui y est insérée. En pratique, si une partie se prévaut de la nullité du contrat engendrée par un manquement à une obligation précontractuelle d'information, le juge désigné par l'accord d'élection de for reste susceptible de se déclarer incompétent. Cette inquiétude peut néanmoins être tempérée puisqu'une telle solution ne pourra être retenue si le juge élu est le juge français¹⁴⁰⁶.

La rédaction de l'article 6 de la Convention de La Haye laisse plus perplexe quant au traitement de l'accord d'*electio fori* en matière de *culpa in contrahendo*. En effet, l'article 6 oblige tout tribunal d'un Etat contractant autre que celui du tribunal élu à surseoir à statuer ou à se dessaisir lorsqu'il est saisi d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique. Aucun autre critère *rationæ materiæ* ne vient apporter de précision à cette disposition. Si bien qu'il est possible de s'interroger sur la signification de ce texte et, par extension, sur la portée de la compétence du juge saisi. En d'autres termes, faut-il comprendre que le juge saisi doit surseoir à statuer dès la seule présence d'un accord d'*electio fori* conclu entre le demandeur et le défendeur ou que cette exception est limitée au cas où cet accord peut effectivement s'appliquer au litige ?

¹⁴⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 07-17.788, D. 2010, p. 1869, obs. X. DELPECH; *ibid.* p. 2323, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLEE; *RTD Civ.* 2010, p. 780, obs. B. FAGES, qui reconnaît l'autonomie de la clause attributive de juridiction par rapport au contrat qui la contient.

En pratique, une appréhension extensive du texte conduit à laisser au juge élu la faculté d'apprécier l'applicabilité de la clause attributive de juridiction à l'hypothèse de *culpa in contrahendo* sur laquelle repose sa saisine. Le juge saisi doit alors surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge élu se prononce sur sa compétence pour statuer sur un manquement de nature précontractuelle, commis lors des pourparlers, alors que sa compétence repose sur un accord d'*electio fori* inséré au contrat.

Au contraire, une appréhension restrictive du texte confère au juge saisi le rôle de contrôler si l'accord exclusif d'élection de for s'applique de manière effective au contentieux précontractuel invoqué. Si le juge saisi considère que la clause attributive de compétence restreint le champ de compétence du juge désigné aux litiges de nature contractuelle, voire post-contractuelle, à l'exclusion des contentieux précontractuels, alors il peut conclure que l'accord d'*electio fori* ne s'applique pas et reconnaître sa propre compétence. Si, par contre, le juge saisi estime que la compétence du juge désigné par la clause s'étend, en amont du contrat, aux contentieux de nature précontractuelle, il doit alors se dessaisir en faveur du juge élu. La question peut être reformulée ainsi : le juge élu est-il seul compétent pour statuer sur sa propre compétence (en dehors des cas expressément prévus par l'article 6, point a), à d)) ? Ce qui revient encore à s'interroger sur le possible alignement du traitement de la clause attributive de juridiction sur celui de la clause compromissoire. En l'absence de précision, le texte doit être interprété au regard de la tendance actuelle vers laquelle se dirige le droit international sur cette question et notamment le droit communautaire à travers la refonte du Règlement Bruxelles I.

ii. La refonte du Règlement Bruxelles I¹⁴⁰⁷

896. La Commission a préparé un rapport¹⁴⁰⁸, ainsi qu'un livre vert¹⁴⁰⁹, destinés à l'étude d'une possible refonte du Règlement Bruxelles I¹⁴¹⁰. La nouvelle règle proposée à l'article 32.2 intervient pour contrer manifestement les effets de la jurisprudence *Gasser*¹⁴¹¹ qui permet actuellement au juge saisi, en violation d'une clause attributive de juridiction, de conserver sa compétence en cas de litispendance jusqu'à ce que l'applicabilité de la clause soit reconnue¹⁴¹². Le nouvel article 32.2 prévoit qu'en présence d'un accord d'élection de for en faveur d'une juridiction d'un Etat membre, les tribunaux des autres États membres ne peuvent connaître du litige tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence. Cette nouvelle disposition permet ainsi non seulement de garantir le respect de la volonté des parties, mais aussi d'annihiler le risque de mesures dilatoires.

De plus, le droit communautaire ne se départit pas de son objectif de protection des parties faibles avancé notamment à l'occasion de l'affaire *Gasser*¹⁴¹³, puisque l'article 32.2 exclut

¹⁴⁰⁷ A noter que le Règlement Bruxelles I bis a été adopté postérieurement à la rédaction de la présente thèse.

¹⁴⁰⁸ COM (2009) 174 final.

¹⁴⁰⁹ COM(2009) 175 final.

¹⁴¹⁰ COM(2010) 748 final, 14 déc. 2010.

¹⁴¹¹ CJCE, 9 déc. 2003, *Erich Gasser GmbH c./MISAT Srl*, précité.

¹⁴¹² En ce sens, v. C. KESSEDJIAN, Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001, *RTD eur.* 2011, p. 117.

¹⁴¹³ CJCE, 9 déc. 2003, *Erich Gasser GmbH c./MISAT Srl*, précité.

son application aux conventions d'élection de for régies par les sections 3, 4 et 5, respectivement consacrées aux contrats d'assurance, de consommation et contrats individuels de travail.

Cette proposition ne peut donc être que positivement accueillie. D'autant que, comme l'a justement fait remarquer un auteur au sujet de son application au droit français¹⁴¹⁴, la reconnaissance de l'autonomie de la clause attributive de juridiction par rapport au contrat qui la contient a pour logique d'étendre également le principe de compétence-compétence admis en arbitrage aux clauses d'élection de for.

897. Reste ainsi à espérer que la proposition de refonte du Règlement Bruxelles I s'inscrive prochainement au sein du droit positif afin que soit reconnue au juge élu une compétence exclusive de principe pour apprécier sa propre compétence. Surtout que la compétence du juge désigné par l'accord d'*electio fori* est loin d'être évidente en matière de *culpa in contrahendo* délictuelle, puisque le manquement à l'origine du litige survient au cours de la période précontractuelle, précédant la formation du contrat. Ainsi, même si l'adoption des nouvelles dispositions du Règlement Bruxelles I permet de garantir la compétence du juge élu pour apprécier l'applicabilité de la clause en matière de responsabilité précontractuelle, rien ne permet d'assurer que cette juridiction conservera sa compétence pour statuer sur le fond.

B. LA COMPETENCE SUR LE FOND

898. Que les clauses attributives de juridictions aient pour objet de donner compétence à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral, leur origine conventionnelle fait planer un doute sur leur applicabilité aux litiges extracontractuels. Pourtant, malgré ce constat et la jurisprudence parfois ambiguë sur ce point, il est très largement admis que la portée de ces clauses peut s'étendre aux contentieux extracontractuels (1). Il appartient alors à la juridiction compétente d'apprécier *in concreto* si la clause d'élection de juridiction accepte de proroger la compétence du tribunal désigné au-delà du contrat (2).

1. L'EXTENSIBILITE DE LA CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPETENCE A LA MATIERE EXTRA CONTRACTUELLE

899. La faculté d'extension de la compétence de la juridiction élue aux litiges extracontractuels est aujourd'hui reconnue. En matière d'arbitrage, cette solution a pu être aisément consacrée (a), alors que la position de la jurisprudence en matière de clause d'*electio fori* reste quelque peu incertaine (b).

a. Le principe d'extensibilité en matière d'arbitrage

¹⁴¹⁴ X. DELPECH, obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 07-17.788, D. 2010. p. 1869.

900. La clause compromissoire est un contrat par lequel les parties décident de soumettre leurs litiges futurs à un tribunal arbitral. Elle exprime ainsi la volonté des parties d'échapper au régime de droit commun au profit d'une justice privée. L'arbitre étant institué par la seule volonté des parties, ce sont elles qui peuvent et doivent déterminer l'étendue de sa compétence. Dès lors, aucun obstacle ne permet de freiner l'extension de la compétence de l'arbitre à la matière extracontractuelle si tel en est le souhait des parties. Pour ce faire, il est vivement conseillé aux parties de recourir à une rédaction large de leur clause d'arbitrage. A défaut, les arbitres sont susceptibles de devoir se reconnaître incompétents parce que la rédaction étroite de la clause ne leur permet pas de statuer sur un litige extracontractuel. D'autant que, sur ce point, la sentence fera l'objet d'un contrôle total de la part du juge étatique saisi d'un recours en annulation ou en exequatur de la sentence. C'est pourquoi les parties ont fréquemment recours aux formules générales telles que « seront soumis à l'arbitrage les litiges qui pourront naître à l'occasion du présent contrat ». Lorsque les formulations adoptées se présentent sous une forme plus maladroite, il existe un risque qu'une partie utilise cette brèche, de manière injustifiée, afin de contester la compétence de l'arbitre. Pour pallier ce risque, les jurisprudences française et arbitrale retiennent une interprétation large des stipulations des clauses d'arbitrage¹⁴¹⁵.

L'institution des pouvoirs de l'arbitre par la volonté des parties justifie que les arbitres acceptent de reconnaître la validité d'une clause réservant à l'arbitre un large champ de compétence. En effet, la rédaction de la clause est supposée refléter l'exact souhait des parties. Le tribunal arbitral a ainsi validé la clause compromissoire prévoyant que tout différend entre les parties qui ne pourrait être fixé par une transaction amiable serait soumis à l'arbitrage¹⁴¹⁶. Il en a également déduit sa compétence pour statuer sur les questions relatives aux négociations précontractuelles, malgré leur nature extracontractuelle. Cette souplesse dans l'accueil des rédactions larges des clauses compromissoires ne se constate pas en matière de clauses d'*electio fori*.

b. Le principe d'extensibilité en matière d'electio fori

901. L'article 17 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, de même que l'article 23 du Règlement Bruxelles I, prévoient que la clause attributive de juridiction peut désigner « les différends nés ou à naître d'un rapport de droit déterminé ». Se pose la question de savoir si la portée de la clause peut être étendue à des engagements qui ne sont pas directement visés par la clause, mais qui présentent un lien avec l'objet de la convention attributive de compétence. Sur ce point, la jurisprudence communautaire est venue préciser que la dérogation aux règles de compétence, par le biais d'une élection de for, s'applique à l'ensemble des règles figurant à l'article 5. Par deux arrêts en date du 14 décembre 1976, la Cour de justice des Communautés Européenne a établi que la clause d'élection de for conduit à exclure « tant la compétence

¹⁴¹⁵ Ch. SERAGLINI, « L'arbitrage commercial international », in *Droit du commerce international*, J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), Litec, 2005, n°2565, p. 953.

¹⁴¹⁶ Sent. CCI n° 5073 en 1986, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. II, ICC Publishing, p. 85.

déterminée par le principe général consacré par l'article 2 que les compétences spéciales des article 5 et 6 de la Convention [de Bruxelles]¹⁴¹⁷.

Ce qui implique que le for élu soit compétent non seulement pour traiter des questions relevant de la matière contractuelle au titre de l'article 5-1, mais aussi des litiges visés par l'article 5-3 en matière extracontractuelle. La jurisprudence française a appuyée cette solution en retenant que la convention attributive de juridiction doit primer tout autre chef de compétence à l'exception de ceux qui sont expressément réservés.

902. Pourtant, certains arrêts ont laissé sous-entendre que la portée de ces clauses devait être circonscrite à la matière contractuelle¹⁴¹⁸. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle jugé qu'une société ne peut se prévaloir, à l'encontre de ses partenaires commerciaux, d'une clause attributive de juridiction insérée dans les contrats de vente habituellement conclus avec ces derniers, dès lors que le litige concerne un refus de vente¹⁴¹⁹. Pour justifier cette dénégation, la Cour relève que le refus de vente constitue un fait de nature à engager la responsabilité délictuelle de son auteur. Elle semble ainsi écarter toute application de la clause attributive de juridiction aux questions de nature extracontractuelle. Cependant, une telle interprétation paraît contestable, notamment parce qu'elle entrerait en opposition avec la jurisprudence communautaire¹⁴²⁰. Il semble plus raisonnable de considérer que la Cour de cassation a simplement relevé qu'en l'espèce, la clause ne trouvait pas à s'appliquer. Ce qui signifie que l'extension de la compétence du for élu aux questions de nature extracontractuelle est subordonnée à l'écriture de la clause qui peut, selon la volonté des parties, étendre la compétence du juge désigné aux questions qui s'inscrivent au-delà du contrat ou, au contraire, la circonscire aux questions contractuelles.

La notion de « rapport de droit déterminé » visée par le droit communautaire semble valider cette interprétation. En effet, aucun élément ne vient réserver le champ de l'*electio fori* à un rapport de droit contractuel. Le juge élu resterait alors compétent pour statuer sur les questions de nature extracontractuelle¹⁴²¹. Toutefois, l'exigence d'un rapport de droit déterminé conduit à invalider les clauses qui prévoiraient la soumission de tous les différends connus des parties à une juridiction déterminée. Cette stipulation, qui a pour objectif de conférer une compétence extensive au juge élu, ne répond pas à la nécessité de désigner de

¹⁴¹⁷ CJCE, 14 déc. 1976, deux arrêts, *RCDIP* 1977, p. 576, note E. MEZGER; *JDI* 1977, p. 734, obs. J.-M. BISCHOFF; V. aussi CJCE, 9 nov. 1978, *RCDIP* 1981, p.127, note H. GAUDEMET-TALLON; *JDI* 1979, p. 663, obs. A. HUET; Cass. civ. 1^{ère}, 12 juil. 1982, p. 658, note P. LAGARDE; *JDI* 1983, p. 405, obs. D. HOLLEAUX.

¹⁴¹⁸ Cass. com., 18 oct. 1994, *JDI* 1995, p. 143, obs. A. HUET; *RCDIP* 1995, p. 721, note A. SINAY-CYTERMANN; Cass. com. 23 mars 1999, *RCDIP* 2000, p. 224, note F. LECLERC.

¹⁴¹⁹ Cass. com., 9 avril 1996, *D.* 1997, p. 77, note E. TICHADOU; *RTD com.* 1997, p. 129, note B. BOULOC; *Defrénois* 1997, p. 329, obs. Ph. DELEBECQUE; *RTD civ.* 1997, p. 121, obs. J. MESTRE.

¹⁴²⁰ Cf. jsp de la CJCE précitée.

¹⁴²¹ En ce sens, v. A. HUET, obs., *JDI* 1995, p. 145; F. LECLERC, *RCDIP* 2000, p. 231; *OLG Stuttgart*, 9 nov. 1990 cité par H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international*, Chronique de jurisprudence 1991-1998, Larcier, 2001, p. 364; Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, *Sté Monster Cable Products Inc c/Sté AMS*, *JDI* 2009, p. 599, note critique M.-N. JOBARD-BACHELLIER, F.-X. TRAIN; *JCP G* 2008, II, 10187, note L. D'AVOUT; *JCP E* 2008, p. 2535, note N. MATHEY; *D.* 2008, p. 2790, obs. I. GALLMEISTER; *Procédures* 2008, comm. p. 331, obs. C. NOURISSAT; *CCC* 2008, comm. p. 270, obs. M. MALAURIE-VIGNAL; *Gaz. Pal* 20-21 févr. 2009, p. 27, note Ph. GHEZ; *D.* 2009, p. 200, note F. JAULT-SESEKE et chron. A. HUET, p. 684.

manière anticipée un rapport de droit entre les parties, comme l'ordonne le droit communautaire.

Par conséquent, la clause attributive de juridiction doit prévoir d'inclure les questions de nature extracontractuelle pour que la juridiction élue puisse conserver sa compétence. En cas d'imprécision, la clause est supposée conférer une faculté réduite du juge aux contentieux contractuels.

903. Ainsi, contrairement aux clauses compromissoires qui gagnent à adopter une rédaction très large¹⁴²², puisqu'en cas d'imprécision la jurisprudence retiendra la compétence de l'arbitre pour toutes les questions surgissant entre les parties, les clauses attributives de juridictions doivent être particulièrement précises. A défaut d'extension aux questions extracontractuelles figurant dans la clause, la compétence du for élu sera restreinte aux contentieux contractuels. Aussi, même si le principe d'extensibilité des élections de juridiction aux contentieux extracontractuels a été reconnu, leur extension reste subordonnée à l'appréciation *in concreto* de la portée de la clause donnée.

2. L'EXTENSION DE LA CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPETENCE A LA MATIERE EXTRA CONTRACTUELLE

904. La question de l'application de l'élection de compétence aux questions précontractuelles suscite beaucoup de perplexité compte tenu des arguments contradictoires existant (a). Pourtant, les juridictions compétentes parviennent à se positionner face à ces argumentations et répondent à leur devoir d'interprétation de la portée de la clause (b).

a. Les difficultés d'interprétation

905. En matière de *culpa in contrahendo* extracontractuelle, la difficulté porte sur la réalité de la césure entre l'obligation précontractuelle sur laquelle repose le manquement invoqué et le contrat qui contient la clause attributive de compétence. La qualification reconnaît cette discontinuité puisqu'elle distingue la nature extracontractuelle de la *culpa in contrahendo* de la nature contractuelle des questions régies par le contrat. Pourtant, cette distinction ne constitue pas un reflet fidèle de la situation réelle. En effet, malgré cette divergence de nature, il existe un lien inextricable entre l'obligation précontractuelle bafouée et le contrat contenant la convention de désignation du juge compétent. Ce lien se présente différemment selon que les négociations ont abouties ou non.

906. Dans la première hypothèse, le contrat négocié a déjà été formé. Dans ce cas, le lien avec le contrat est essentiellement établi par le fait que la violation de l'obligation précontractuelle invoquée se révèle au moment de l'exécution du contrat. C'est ce qu'illustre notamment le manquement à l'obligation précontractuelle d'informations. Après la formation

¹⁴²² Sent. CCI n° 5073 en 1986, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. II, ICC Publishing, 1994, p. 85.

du contrat, et alors que ce dernier s'exécute, les parties prennent connaissance du caractère factice ou incomplet des renseignements donnés par leurs partenaires lors des pourparlers. Dans ce cas, le lien entre la *culpa in contrahendo* délictuelle et le contrat formé se démontre par le fait que l'obligation précontractuelle sur laquelle repose l'action en responsabilité trouve justement sa raison d'être dans ledit contrat. Ainsi l'existence d'un devoir de s'informer n'existe pour chacun des partenaires à la négociation que parce la formation future du contrat est envisagée. Dès lors, il semblerait peu cohérent qu'au cours de l'exécution d'un contrat dont le contentieux est soumis, par la volonté des parties, à une juridiction désignée conventionnellement, le traitement de la violation de l'obligation précontractuelle d'information soit soustrait à la compétence dudit juge pour être soumis à une autre juridiction.

Non seulement ce morcellement complexifie la gestion du contentieux, ce qui ne répond pas au souci d'une bonne organisation de la justice, mais il existe également un risque que cette solution ne corresponde pas aux véritables attentes des parties. En effet, si les parties souhaitent faire échapper la *culpa in contrahendo* de la compétence du juge élu, il leur suffit de restreindre le champ d'application *rationae materiae* de la clause attributive de juridiction. Les parties peuvent, par exemple, limiter la compétence du juge désigné aux « contentieux nés du contrat ». Par ce choix de rédaction restrictive de la clause d'élection de for, les parties excluent de la compétence du juge élu toutes les obligations précontractuelles qui étaient imposées lors des pourparlers pour encadrer la formation du contrat et qui vont disparaître et céder leur place aux obligations contractuelles.

Il peut être cité ici, à titre d'exemple, l'obligation précontractuelle d'exclusivité qui découle de l'obligation de bonne foi et qui impose aux parties en cours de négociation de ne pas s'engager dans des pourparlers approfondis avec des tiers sans en informer leur partenaire dans les négociations initiales. La violation de cette obligation crée un dommage qui doit être réparé, puisque cette négociation parallèle est susceptible d'avoir ralenti la procédure de conclusion imminente du contrat ou d'avoir placé une partie dans une situation d'incertitude. Cependant, ce manquement génère des conséquences qui restent circonscrites à la phase précontractuelle et n'atteignent jamais le contrat directement. Le dommage financier généré par la conclusion retardée du contrat reste indépendant de l'exécution du contrat. Ce qui justifie que les parties, en visant dans leur convention d'élection de juridiction les litiges nés du contrat, aient souhaité exclure ces contentieux purement précontractuels de la compétence de la juridiction ainsi désignée.

907. Mais ce n'est pas le cas de toutes les obligations précontractuelles. En effet, lorsque l'obligation précontractuelle concernée est une obligation d'information, en cas de réussite des pourparlers, le manquement risque d'être découvert au cours de l'exécution du contrat. C'est effectivement en réalisant leurs obligations contractuelles respectives que les parties se voient confrontées à la réalité des faits et peuvent apercevoir les contrariétés entre cette réalité et les informations qui leur ont été données au cours des pourparlers. La partie victime de ces agissements doit alors s'adapter à ces nouveaux éléments, ce qui est susceptible d'engendrer un coût financier important. Or, cette adaptation se réalise au moment de l'exécution du contrat. Ainsi, même si le manquement reste précontractuel, le dommage s'exprime au moment de l'exécution du contrat, lors de la phase contractuelle. Dans ce cas, il semble bien

moins évident que les parties souhaitent soustraire ce contentieux à la compétence de la juridiction élue. En effet, il s'agit moins d'un manquement précontractuel que d'un dommage subi au cours de la phase contractuelle.

En conclusion, le lien existant nécessairement entre les obligations précontractuelles et le contrat négocié permet de douter de l'exclusion des questions précontractuelles de la compétence de la juridiction désignée malgré la lettre de la convention d'élection de juridiction.

908. La seconde hypothèse, à l'inverse de la première, concerne le cas dans lequel les négociations n'ont pas abouti : soit parce qu'elles ont échoué, soit parce qu'elles suivent toujours leur cours. Dans le cas où les pourparlers ne sont pas encore achevés, il n'existe aucune certitude quant à la conclusion prochaine et effective du contrat. Dans le cas où les négociations ont tout simplement avorté, il est avéré que la conclusion du contrat ne peut plus être atteinte. Pourtant, ce constat ne signifie pas qu'il n'existe aucun lien entre les négociations et la convention d'arbitrage ou la clause d'élection de for. En effet, les négociations naissent fréquemment dans un cercle familial, entre des parties qui sont déjà liées par un contrat ou qu'elles l'ont déjà été par le passé.

Dans le premier cas, lorsque les pourparlers interviennent alors que les parties à la négociation sont également parties à un contrat, les discussions s'apparentent parfois plus à une renégociation qu'à la négociation d'un autre contrat autonome¹⁴²³. Il apparaît alors contestable d'opérer une scission entre les questions relevant du contrat, soumises à la juridiction élue, et celles qui découlent de sa renégociation, qui relèvent d'une autre juridiction. En effet, les litiges générés par la renégociation du contrat correspondent bien aux « contentieux nés du contrat » visés par les parties dans la convention de choix de juridiction, puisque les pourparlers ont pour raison d'être le contrat existant. Ils devraient, de ce fait, s'inscrire dans le champ de compétence de la juridiction élue.

Dans le second cas, de façon moins évidente, un lien peut être découvert entre les négociations et un contrat existant, lorsque les pourparlers sont initiés par des parties déjà liées par un contrat mais qu'elles ont pour objectif la conclusion d'un contrat différent. Contrairement au cas précédemment décrit, les parties ne cherchent pas à renégocier un contrat existant mais à en créer un second. Dans cette hypothèse, le contrat qui unit les parties contient une clause d'élection de juridiction. La question se pose alors de savoir si cette compétence conventionnelle peut s'étendre aux contentieux générés par la négociation d'un second contrat entre les parties. Dans un premier temps, il est possible de répondre par la négative, compte tenu du caractère exceptionnel de la prorogation volontaire de compétence qui impose que la soumission d'une question précontractuelle à la juridiction désignée résulte de la volonté non équivoque des parties. Par conséquent, il est nécessaire de retenir une appréhension restrictive de la prorogation de compétence en la limitant à la lettre de la convention d'élection de juridiction et exclure les contentieux générés par les pourparlers de la compétence de la juridiction élue. Mais, dans un second temps, il est possible de douter de cette solution trop évidente. En effet, un lien moins tenu mais bien existant peut être mis à

¹⁴²³ V. la remarque en ce sens de L. LEVENEUR à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, *Sté DMN Machinefabrick BV c/Sté Tripette et Renaud*, CCC n°8, août 2006, comm. p. 151.

jour. Dès lors que le contrat négocié concerne les mêmes parties, il est envisageable que le contrat projeté entretienne des relations avec le contrat déjà conclu. Il ne s'agit pas d'une renégociation, puisque les deux contrats restent distincts. Pourtant, le contrat négocié peut avoir pour objet d'organiser la mise en œuvre des dispositions du contrat conclu. Est notamment visée ici la négociation de contrats d'application d'un contrat-cadre déjà formé. Dans cette hypothèse, l'autonomie de ces conventions semble plus incertaine. Ce qui conduit à refuser de conclure trop hâtivement à une impossibilité de principe de l'extension de la convention d'élection de juridiction au contentieux généré par la négociation du contrat d'application.

Face à ces incertitudes, il appartient à la juridiction compétente d'interpréter le champ d'application *rationae personae* de l'attribution volontaire de compétence pour déterminer si cette dernière s'étend au contentieux précontractuel de nature délictuelle. Pour ce faire, les juridictions arbitrales et étatiques marquent une tendance à user de méthodes d'interprétation distinctes.

b. Les méthodes d'interprétation

909. Lorsqu'elles ont pour mission d'établir leur domaine de compétence, et plus précisément répondre à la question de savoir si elles ont été instituées par les parties pour statuer sur les questions relevant de la *culpa in contrahendo* délictuelle, les juridictions arbitrale et étatique adoptent chacune une méthode quelque peu différente : alors que l'arbitre retient traditionnellement une appréciation subjective de la clause d'arbitrage (i), l'appréciation du juge étatique classiquement, plus objective, tend à se subjectiviser davantage (ii).

i. Une appréciation subjective classique pour l'arbitre

910. Pour déterminer l'étendue de sa compétence, l'arbitre cherche à établir la volonté réelle des parties. Cette recherche consiste de façon évidente à analyser le souhait des parties exprimé dans la convention d'arbitrage. En effet, la clause d'arbitrage a pour objet d'instituer l'arbitre. Elle fixe donc l'étendue de son investiture et en précise les limites. Cependant, malgré l'adoption d'une formulation claire, il reste toujours possible d'interpréter la rédaction de la clause afin d'en extraire l'ambition réelle des parties. L'analyse de la convention d'arbitrage ne se limite donc pas à une lecture de ses stipulations, mais s'étend à une appréciation des termes choisis pour en déduire la volonté réelle des parties. Mais l'appréciation de l'arbitre ne reste pas circonscrite à la convention d'arbitrage. Certains éléments de faits peuvent lui permettre de découvrir le souhait des parties, que la clause d'arbitrage n'a pu exprimer avec clarté.

911. Sur ce point, la sentence CCI n°13646 rendue en 2007¹⁴²⁴ apporte une illustration éclairante. Dans cette affaire, la difficulté reposait sur le fait qu'un accord entre les parties n'avait pas donné lieu à la signature d'un contrat proprement dit. Le contentieux présentait

¹⁴²⁴ Sent. CCI n° 13646 rendue en 2007, *JDI* n°4, oct. 2010, Chron. des sentences arbitrales, obs. F. MANTILLA SERRANO.

ainsi une nature précontractuelle, puisque la formation définitive du contrat n'était pas intervenue. Pour établir sa compétence, la juridiction arbitrale a retenu qu'elle devait « identifier la juridiction qui, dans la commune intention des parties (ou, à défaut, dans l'intention de personnes raisonnables), avait compétence pour connaître de tels litiges ». Selon le tribunal arbitral, la recherche de l'étendue de son investiture s'étendait à la commune intention des parties. Ce qui signifie qu'il devait analyser aussi bien le déroulement des négociations que l'opération contractuelle envisagée pour apprécier sa compétence, sans se limiter aux éléments conférés par la convention d'arbitrage. Dans cette espèce, le tribunal a conclu de son analyse qu'il serait « totalement déraisonnable d'imaginer que les parties aient voulu distinguer les litiges nés avant l'établissement de la forme finale du contrat, qui relèveraient de la compétence des tribunaux étatiques nigériens ou suisses, de ceux qui surgiraient éventuellement à propos de l'exécution du contrat formalisé, relevant quant à eux de l'arbitrage ». Cette interprétation repose sur le fait que les parties avaient parfois initié l'exécution de leur contrat, avant leur formalisation dans un contrat définitif. Ce qui démontre qu'elles ne distinguaient pas radicalement la phase antérieure à l'établissement d'un écrit de la phase postérieure à celui-ci. Concernant l'appréciation de sa compétence par l'arbitre, il est intéressant de noter, dans cette sentence, l'importance reconnue par l'arbitre à la recherche de la volonté des parties. Cette importance se traduit à la fois par une analyse exhaustive et étendue, et par une recherche subjective qui dépasse la seule observation des faits. En effet, tout d'abord, dans son analyse l'arbitre ne se contente pas des termes choisis par les parties dans la rédaction de la clause d'arbitrage. Il considère également tous les éléments constitutifs de la négociation et de la mise en place de l'opération contractuelle envisagée. L'appréciation du souhait des parties transcende ainsi la seule lecture de la clause d'arbitrage pour s'étendre à tous les éléments caractéristiques de la situation litigieuse. Ensuite, l'examen de l'arbitre ne réduit pas à une constatation des éléments de faits. Il cherche à établir la commune intention des parties, à dégager leur volonté réelle, en procédant à une appréciation subjective des éléments de l'espèce.

Sur ce point, la méthode adoptée par le juge étatique marque une certaine évolution puisque la tendance à rechercher un lien objectif entre les négociations précontractuelles et le contrat s'efface pour laisser une place plus importante à la volonté des parties.

ii. Une appréciation subjectivisée pour le juge étatique

912. L'étude de la jurisprudence permet d'apercevoir l'attachement traditionnel du juge étatique en matière de *culpa in contrahendo* à subordonner l'extension de la clause d'élection de juridiction à l'établissement d'une relation objective entre la phase précontractuelle et le contrat. Cette tendance se révèle aussi bien en matière de convention d'élection de for que de clause d'arbitrage. Ce qui conduit à ne pas distinguer entre ces deux méthodes de résolution des litiges. Mais l'évolution du droit positif laisse suggérer que l'exigence par le juge étatique d'éléments objectifs tendrait à s'effacer (1), pour ouvrir un espace significatif à la volonté des parties, conformément aux nouvelles règles de conflit de lois édictées par le Règlement Rome II (2).

1) La tendance traditionnelle orientée vers une appréciation objective

913. La question de l'extension à la *culpa in contrahendo* délictuelle de la convention de choix de juridiction, arbitrale ou étatique, se présente devant le juge national à la double condition que les parties soient déjà unies par un contrat, et que ce contrat contienne une clause de choix de juridiction. Ce cas est susceptible de se présenter sous deux formes.

Le premier cas concerne l'hypothèse où les parties sont liées par le contrat négocié. En effet, l'existence d'un contentieux de nature précontractuelle n'implique pas systématiquement que les négociations ont échoué ou que la validité et l'existence du contrat sont remises en cause¹⁴²⁵. Il est tout à fait envisageable que les pourparlers aient donné naissance à la formation d'un contrat valide. Néanmoins, le bon déroulement des tractations précontractuelles a été enrayé par une faute commise par l'un des partenaires qui nécessite d'être réparée. Par conséquent, l'action en responsabilité précontractuelle est introduite alors que le contrat négocié s'exécute. Si ce contrat contient une clause de choix de juridiction, la question se pose de savoir si la juridiction élue reste compétente pour statuer sur un contentieux précontractuel.

Le deuxième cas se présente lorsque les pourparlers ont été initiés par des parties préalablement liées par un contrat. Il s'agit alors pour les parties de faire évoluer leur relation par la conclusion d'un contrat distinct du contrat qui les unit. Cette condition est indispensable pour que soit caractérisée une véritable hypothèse de négociations précontractuelles, distincte d'une renégociation du contrat existant¹⁴²⁶. Si le contrat en cours d'exécution comporte une convention d'élection de juridiction, l'extension de la compétence de la juridiction désignée au contrat négocié est envisageable.

Interrogé sur ces deux hypothèses, le juge étatique s'est positionné en faisant reposer sa décision sur des éléments objectifs.

914. Cette tendance peut être décelée à travers deux exemples significatifs en matière de *culpa in contrahendo* précontractuelle : le manquement à une obligation précontractuelle d'information, révélé au stade de l'exécution du contrat, et la rupture fautive des pourparlers.

La première affaire concerne un accord d'achat d'obligations comportant une clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux anglais et gallois¹⁴²⁷. Après la conclusion de la convention, l'acquéreur saisit les juridictions françaises, compétentes en vertu des dispositions de l'article 5-3 du Règlement Bruxelles I, afin d'engager la responsabilité du vendeur sur le fondement du défaut d'information et du dol. Compte tenu de la nature de l'action introduite, réduite à un engagement de la responsabilité sans remise en cause de la formation du contrat, le contentieux constituait bien une hypothèse de *culpa in contrahendo* délictuelle. En présence d'une clause attributive de juridiction, il était demandé à la juridiction

¹⁴²⁵ Dans ce cas, l'action constituerait une hypothèse de *culpa in contrahendo* de nature contractuelle et répondrait à des règles distinctes, telles qu'elles ont été exposées au paragraphe précédent.

¹⁴²⁶ V. *supra*, n° 51.

¹⁴²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 9 févr. 2011, n° 10-12.000.

française si la compétence du juge élu recouvrait l'action fondée sur le défaut d'information et le dol. La rédaction étendue de la clause permettait d'envisager une réponse positive puisqu'elle ouvrait aux tribunaux d'Angleterre et du Pays de Galles la faculté de connaître de « tout différend qui pourrait découler [du contrat] ou en rapport avec lui ». Sur ce point, les juges du fond avaient fait droit à l'exception d'incompétence soulevée devant eux, au profit des juridictions conventionnellement désignées. Pour contester cette décision, avait été avancée la nature délictuelle de l'action en responsabilité pour manquement à une obligation précontractuelle d'information qui était introduite. Cette argumentation développée en cinq branches n'est pas parvenue à convaincre la Cour de cassation qui l'a écarté en moins d'une dizaine de lignes. Pour rejeter le pourvoi, elle relève que « l'existence prétendue d'un défaut d'information ou d'un dol intéressait la formation et l'exécution du contrat liant les parties ». Si cette décision doit être saluée, sa justification laisse perplexe. En effet, la prorogation de compétence relève du seul souhait des parties qui peuvent, selon leur volonté, étendre ou réduire le champ de compétence de la juridiction désignée. Pour déterminer s'il appartenait aux tribunaux anglais et gallois désignés de statuer sur l'action en responsabilité précontractuelle, il aurait été plus pertinent d'analyser les termes de la clause attributive de juridiction pour en extraire sa portée. A ce titre, il suffisait de relever que la clause visait « tout différend qui pourrait découler [du contrat] ou en rapport avec lui ». Or, le manquement au devoir précontractuel d'information commis lors de la négociation du contrat constitue bien un différend « en rapport » avec ce contrat. Ainsi, l'analyse de la volonté des parties, à travers la lecture de la convention d'élection de for, permettait à elle seule d'établir la compétence des juridictions élues.

Pourtant, ce n'est pas sur cette voie que semble s'être engagée la Cour de cassation lorsqu'elle a retenu que l'existence prétendue d'un défaut d'information ou d'un dol intéressait la formation et l'exécution du contrat liant les parties. Deux interprétations de cette solution peuvent être proposées. La moins convaincante consiste à retenir qu'en relevant que l'existence prétendue d'un défaut d'information ou d'un dol intéressait la formation et l'exécution du contrat liant les parties, la Cour a voulu signifier que ces questions précontractuelles concernaient la formation et l'exécution du contrat qui elles-mêmes constituaient des différends « en rapport » avec le contrat, comme les avaient désignés les parties dans la clause attributive de juridiction. En somme, la Cour de cassation aurait bien fondé sa décision sur l'analyse de la volonté des parties, à travers la lecture de la convention d'élection de for. Cette interprétation apparaît séduisante tant il est tentant de conclure que la question de la compétence *rationae materiae* du juge élu est finalement traitée par l'examen de la volonté des parties. Pourtant, cette compréhension de l'arrêt reste tout de même très douteuse. En effet, si la Cour avait réellement souhaité justifier sa décision par le respect du souhait des parties, il lui aurait suffi de préciser que les manquements précontractuels allégués présentaient un rapport avec le contrat, tel que l'entendaient les parties.

Il semble donc plus juste de retenir cette seconde interprétation en considérant que la lecture de la convention d'élection de for n'a joué qu'un rôle secondaire dans l'admission de l'extension de compétence du juge élu, et que la Cour a concentré son examen sur la recherche de l'existence d'un lien objectif entre les actions précontractuelles introduites et le contrat conclu.

Par conséquent, la question de l'étendue de la prorogation de compétence de la juridiction désignée aux questions précontractuelles semble être résolue en fonction de critères objectifs par le juge étatique.

915. La seconde illustration concerne l'hypothèse classique de *culpa in contrahendo* délictuelle : la rupture fautive des négociations précontractuelles. Dans ce cas, la convention d'élection de juridiction est présente dans un autre contrat que le contrat négocié, contrairement à l'exemple précédent. L'affaire *Sté DMN Machinefabrick BV c/Sté Tripette et Renaud* a été étudiée plus en amont dans le cadre de la compétence de l'arbitre en matière de question préalable. A cette occasion, la Cour de cassation a effectivement pu se positionner en faveur de la compétence de principe de l'arbitre¹⁴²⁸. Mais auparavant, la question a été soumise aux juges du fond qui ont retenu une appréciation différente. Un contrat de distribution comportant une clause compromissoire liait une société de droit hollandais à une société de droit français. Les parties avaient décidé de faire évoluer leur relation en envisageant la création d'une filiale commune de distribution en France. Les négociations entamées en ce sens ont finalement été rompues prématurément par l'une des parties. Si bien que son cocontractant et partenaire dans les négociations l'a assigné en rupture brutale des pourparlers devant les juridictions françaises. En présence d'une clause compromissoire signée entre les parties, s'est bien évidemment posée la question de la faculté de l'arbitre à connaître du litige précontractuel, né de la négociation d'un autre contrat. Sur ce point, il a déjà été vu que la Cour de cassation s'est, en dernier ressort, prononcée en faveur de la compétence de l'arbitre, non pas pour traiter le litige précontractuel, mais pour statuer sur sa compétence à connaître de ce contentieux.

Précédemment, la Cour d'appel de Versailles a également été amenée à s'interroger sur cette question. Contrairement à la Cour de cassation, elle a conclu à l'incompétence du tribunal arbitral non seulement pour apprécier sa compétence, mais aussi pour statuer sur le fond du litige. A ce stade de l'étude, la solution retenue par les juges du fond ne retiendra pas notre attention. Celle-ci se focalisera plutôt sur les arguments invoqués par la Cour d'appel pour écarter l'application de la clause compromissoire à la *culpa in contrahendo* délictuelle. En effet, la Cour a fondé cette exclusion sur le fait que les demandes d'indemnisation présentées sur un fondement délictuel « ne se rattachaient nullement au contrat de distribution [...] avec lequel ces pourparlers ne constituaient pas un ensemble contractuel unique ». En d'autres termes, l'application de la clause compromissoire ne pouvait s'étendre au-delà du contrat qu'à la condition que les négociations précontractuelles aient formé un ensemble contractuel avec celui-ci. On ne s'étendra pas ici sur l'argument précédemment exposé par un auteur qui relève, à juste titre, que les négociations avaient pour objet de transformer le contrat de distribution existant et s'apparentaient de ce fait à une renégociation du contrat plus qu'à la négociation d'un second contrat¹⁴²⁹. Il faut ici remarquer qu'à l'instar de la décision du 9 février 2011 précédemment citée en matière de manquement au devoir d'information, la Cour

¹⁴²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, précité.

¹⁴²⁹ L. LEVENEUR à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, *Sté DMN Machinefabrick BV c/Sté Tripette et Renaud*, CCC n°8, août 2006, comm. p. 151.

d'appel ne s'est pas attachée à la lecture de la clause compromissoire pour exclure la compétence de l'arbitre.

Il semble encore ici que la Cour ait fondé sa décision sur des critères objectifs, en recherchant l'existence d'un ensemble contractuel unique.

916. Pour conclure définitivement sur cette détermination objective, reste encore à s'interroger sur les modalités d'appréciation des ensembles contractuels. En effet, si les juridictions françaises considèrent que l'ensemble contractuel s'établit à travers des liens objectifs entre les questions précontractuelles et le contrat, alors l'appréciation de la compétence du juge élu reste objective. Mais si au contraire, elles acceptent que l'ensemble contractuel soit créé par la volonté des parties de rendre ces éléments indivisibles, dans ce cas la compétence du juge repose indirectement sur une appréciation subjective. Le raisonnement devient le suivant : la prorogation de la compétence dépend de la constatation de l'existence d'un ensemble contractuel qui s'établit par une appréciation subjective du juge étatique.

Pour comprendre cette notion d'« ensemble contractuel unique »¹⁴³⁰ visé par les juges du fond, il est possible de faire appel à l'indivisibilité des conventions que la jurisprudence accepte parfois de retenir pour permettre des disparitions en cascade lorsqu'une des conventions est anéantie. Sur ce point, la jurisprudence marque une évolution. Jusqu'en 2010, elle a semblé préférer une approche objective de l'indivisibilité entre conventions. La Première Chambre civile a ainsi plusieurs fois retenu l'indivisibilité de contrats au motif qu'ils « poursuivaient tous le même but et n'avaient aucun sens indépendamment les uns des autres »¹⁴³¹. En outre, la chambre commerciale a jugé à deux reprises qu'une clause expresse de divisibilité pouvait être écartée s'il apparaissait qu'elle contredisait « l'économie générale » du contrat¹⁴³² ou « la finalité » de l'opération¹⁴³³, faisant ainsi prévaloir une approche économique globale de l'opération sur la volonté expresse des parties.

En raisonnant par analogie, il est possible de considérer que l'étendue de la compétence de la juridiction désignée à la *culpa in contrahendo* délictuelle repose sur une analyse objective de l'existence d'un ensemble contractuel unique.

917. En conclusion, que les juridictions nationales recherchent le lien entre les questions précontractuelles et la formation ou l'exécution du contrat, ou qu'elles examinent l'existence d'un ensemble contractuel unique, elles semblent subordonner la compétence du tribunal arbitral ou étatique désigné à la réunion de critères objectifs. Cependant, l'évolution du droit

¹⁴³⁰ V. la définition proposée par I. NAJJAR, « La notion d'ensemble contractuel, in Une certaine idée du droit », *Etudes offertes à A. Decocq*, Litec, 2004, pp. 509 et s.

¹⁴³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 févr. 2007, n° 05-17.407; *Bull. civ.* IV, n° 43; *D.* 2007, p. 654, obs. X. DELPECH; *ibid.*, p. 2975, obs. B. FAUVARQUE-COSSON; *JCP* 2007, II, 10063, note Y.-M. SERINET; *ibid.* I, 185, n° 10, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK; *JCP E* 2007, p. 2336, étude J. HUET; *Deffrénois* 2007, p. 1042, obs. R. LIBCHABER; *RLDC* 2007/38, n° 2511, note G. LOISEAU; *RDC* 2007, p. 707, obs. D. MAZEAUD; *RTD civ.* 2007, p. 567, obs. B. FAGES.

¹⁴³² Cass. com., 15 févr. 2000, *D.* 2000, p. 364, obs. Ph. DELEBECQUE; *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. J. MESTRE, B. FAGES; V. aussi, Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, *D.* 1998, Jur. p. 32, note L. AYNÈS; Cass. com., 28 mai 1996, *Bull. civ.* IV, n° 146; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1996, *Bull. civ.* I, n° 332; Cass. com., 4 avr. 1995, *D.* 1995, p. 231, obs. L. AYNÈS.

¹⁴³³ Cass. com., 24 avril 2007, 06-12.443.

positif interne et international risque de contaminer la jurisprudence en matière de compétence et la faire progresser vers une appréciation subjectivée.

2) La tendance actuelle redirigée vers une appréciation subjectivée

918. Le mouvement engagé vers une appréciation plus subjective se caractérise en droit interne par l'adoption d'une conception subjective de l'indivisibilité contractuelle. A l'occasion d'un arrêt du 28 octobre 2010¹⁴³⁴, la Première Chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée en faveur d'une analyse de la « commune intention des parties » pour établir l'existence d'un ensemble contractuel indivisible et en a ainsi consacré l'appréciation subjective. En raisonnant par analogie, il est possible d'envisager que l'examen de l'ensemble contractuel unique, retenu par la jurisprudence pour étendre l'application de la clause attributive de compétence, tende à s'apprécier également de manière subjective. Il s'agirait alors de reconnaître la compétence du tribunal désigné pour statuer en matière de *culpa in contrahendo* délictuelle lorsque la commune intention des parties s'inscrit en ce sens. Cette référence à la commune intention des parties n'est pas sans rappeler la méthode retenue par l'arbitre pour apprécier sa propre compétence en matière de questions précontractuelles¹⁴³⁵. Ce constat appelle trois remarques. Tout d'abord, une telle appréciation subjective ne peut être que vivement saluée. En effet, c'est l'intervention de la volonté des parties qui permet de déroger aux règles ordinaires de compétence et d'instituer une juridiction particulière. C'est donc logiquement par la voie des exigences des parties que doit être déterminée l'étendue de la compétence qu'elles ont elles-mêmes instituée. Ensuite, une telle solution permet d'uniformiser les modalités d'appréciation retenues par les jurisprudences arbitrale et étatique. Tant l'arbitre que le juge étatique rechercherait ainsi à établir la commune intention des parties. Enfin, pour parvenir à cette appréciation subjective, il peut être suggéré que le juge étatique s'inspire des solutions retenues en matière d'arbitrage. Ainsi, la commune intention des parties pourrait être établie non seulement à partir de la lecture de la clause d'élection de for, mais aussi par l'interprétation des éléments de fait caractérisant la situation des parties et contribuant à la compréhension de leurs intentions mutuelles.

919. L'ouverture à plus de considération pour la volonté des parties se constate en droit positif au niveau international par l'adoption de nouvelles dispositions en matière de conflit de lois. L'article 12 du Règlement Rome II prévoit en effet l'applicabilité de *lex contractus* au traitement de la *culpa in contrahendo* délictuelle. Il préconise alors la considération de la

¹⁴³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2010, *Bull. civ. I*, n° 213; *D.* 2011, p. 566, note D. MAZEAUD; *ibid.*, p. 2011; *JCP* 2011, n° 303, note C. AUBERT DE VINCELLES; *Defrénois* 2011, p. 808, obs. S.-B. SEUBE; *Dr. et patr.*, mai 2011, p. 72, obs. L. AYNES.

¹⁴³⁵ V. *supra*, nos 909 et s.

volonté des parties, puisque la clause de choix de loi applicable au contrat est reconnue applicable aux pourparlers précontractuels¹⁴³⁶.

Il est possible de s'interroger, dès lors, sur les implications que pourrait susciter l'intervention du Règlement Rome II en matière de conflit de juridiction. En d'autres termes, serait-il envisageable de transposer la solution retenue par l'article 12 du Règlement Rome II aux règles applicables en matière de compétence juridictionnelle ? Il s'agirait ainsi de dessiner, au niveau de la question de la désignation du juge, le pont réalisé par le Règlement Rome II entre le contractuel et le précontractuel. Si les parties, au cours de leurs négociations, s'étaient accordées sur l'incorporation dans leur contrat d'une clause de choix de juge compétent pour régir les litiges contractuels, peut-on, de la même manière, considérer que ce juge devra se voir attribuer compétence pour traiter du contentieux précontractuel avant la formation du contrat négocié ? Et même en cas d'échec des pourparlers ?

Cette hypothèse se distingue des cas précédemment envisagés qui ont déjà trouvé une réponse en jurisprudence. En effet, dans les cas étudiés auparavant, la clause d'attribution de compétence était contenue dans un contrat déjà formé : soit parce que les négociations avaient abouti, soit par le contrat existait avant l'initiation des pourparlers. Il s'agit à présent d'analyser la compétence du juge élu par les parties à travers la rédaction d'une clause du contrat qui demeure en cours de négociation et alors que les tractations sont avortées. Le contrat n'existe alors que virtuellement puisqu'il n'est pas encore formé et ne le sera peut-être jamais.

920. Convertie à la compétence juridictionnelle, la nouvelle disposition du Règlement Rome II conduit à retenir la règle suivante : le juge compétent pour connaître d'une obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, le juge désigné par les parties pour statuer sur leur contrat.

Certes, la jurisprudence a déjà reconnu une certaine autonomie aux conventions d'élection de juridiction, tant arbitrales qu'étatiques¹⁴³⁷, ce qui conduit à leur reconnaître une existence propre malgré l'absence de formation du contrat qui les contient. Cependant, sur ce point, le droit positif reste insuffisant. En effet, pour que la clause d'élection de juridiction s'applique à la *culpa in contrahendo* délictuelle, en l'absence de formation du contrat, il faudrait que la rédaction de la clause ait pour objet de conférer au juge élu la faculté de statuer sur les litiges précontractuels. Or, une telle hypothèse correspond finalement au cas d'une clause attributive de compétence contenue dans un avant-contrat destiné à organiser les pourparlers.

Par conséquent, il ne s'agit pas d'étendre à la phase précontractuelle l'application de la clause prévue au contrat négocié, mais de mettre en œuvre la clause contenue dans un avant-contrat établissant les règles de compétence en matière précontractuelle. Étendre la règle du Règlement Rome II à la question de la compétence juridictionnelle permettrait au contraire d'appliquer aux contentieux nés des pourparlers la clause d'élection de juridiction prévue par les parties pour s'appliquer à leur futur contrat. Une telle solution aurait pour double avantage

¹⁴³⁶ G. LEGIER, « Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo* », *Le Règlement Rome II, acte de colloque*, sous la direction de S. CHANTELOUP, 2008, p. 145.

¹⁴³⁷ V. *supra*, nos 850 et s.

une plus ample considération de la volonté des parties et une uniformisation des règles de conflit de lois et de juridictions en matière de *culpa in contrahendo*.

921. Bien évidemment, reconnaître la compétence du juge, désigné par les parties et qui aurait été compétent si le contrat avait été formé, impose que l'acceptation de la clause de choix de juridiction soit strictement appréciée. L'élection de juridiction ne doit pas constituer un point de négociation, mais avoir été acceptée de manière certaine et définitive par l'ensemble des parties en cause. Cette reconnaissance de la clause de choix de juridiction ne doit pas non plus ouvrir la voie au *forum shopping* : les parties réfutant leur acceptation de cette clause au moment du litige afin de se voir appliquer, de manière subsidiaire, la règle de conflit de juridictions applicable à défaut de choix, parce qu'elle leur serait plus favorable. Ce raisonnement consisterait alors non plus à une prise en compte légitime de la volonté des parties dans la détermination du for (reconnaissance de la clause de choix de juridiction), mais en la création d'un véritable pouvoir pour les parties de choisir leur juge à leur guise (possibilité de faire valoir la clause de choix de juridiction ou, au contraire, de nier son existence).

922. Par conséquent, l'extension de principe de la compétence du juge désigné par les parties pour régir les litiges nés du contrat devrait être reconnue sous réserve qu'un accord certain portant sur la désignation du juge compétent soit établi. L'exigence de certitude écarte ici toute possibilité de référence à un accord tacite douteux entre les parties. Il n'est cependant pas envisageable d'exiger un accord définitif puisqu'en l'absence de clôture des négociations, les parties sont susceptibles de procéder à des modifications du projet contractuel¹⁴³⁸. C'est d'ailleurs en ce sens que semble raisonner la jurisprudence lorsque la question de la compétence du juge désigné est soulevée à l'occasion de l'existence de stipulations contradictoires. L'expression de la volonté des parties tout au long des négociations est susceptible de conduire à l'échange entre les parties de clauses attributives de juridiction contradictoires. Le cas se présente notamment lorsque l'acquéreur insère dans son bon de commande une clause attributive de juridiction en faveur d'un Etat, alors que le vendeur lui répond par l'envoi d'une facture comportant une clause attributive de compétence désignant une autre juridiction. Sur ce point, la jurisprudence française considère qu'il n'y a pas de convention de for quand l'écrit émanant d'une partie contredit la clause stipulée par l'autre¹⁴³⁹. Elle est rejointe en ce sens par d'autres jurisprudences européennes¹⁴⁴⁰. En d'autres termes, l'expression de volontés contradictoires entrave la détermination d'un accord certain entre les parties, ce qui conduit à reconnaître l'absence de convention sur ce point. Ce constat entraîne alors la compétence des juridictions de droit commun.

¹⁴³⁸ V. les commentaires quant à l'existence douteuse d'un choix définitif au cours des négociations en matière de conflit de lois, *supra*, nos 715 et s.

¹⁴³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, n° 95-20.809; *JurisData* n° 1997-004831; *RJDA* 1998, p. 171; Pour une décision identique motivée sur le fondement de la Convention de Vienne, Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1998, n° 96-11.984; *Bull. civ.* 1998, I, n° 252; *JDI* 1999, p. 196, note A. HUET; *D.* 1999, p. 117, note C. WITZ.

¹⁴⁴⁰ High Court of Justice (Irlande), 7 mars 2006, Disponible sur le site Curia d'échange d'informations dans le cadre de la Convention de Lugano, information n° 2007/34; Oberster Gerichtshof (Autriche), *ibid.* information n° 2001/15; Bundesgerichtshof (Allemagne), *ibid.* information n° 2001/29.

Appliquée à la *culpa in contrahendo*, cette solution conduit à subordonner l'extension d'une clause attributive de juridiction à la reconnaissance de son caractère certain.

923. En conclusion, pour harmoniser les règles de conflit de lois et de juridictions, il serait envisageable de proposer que le juge désigné par les parties pour statuer sur leur contrat soit également compétent pour traiter du contentieux précontractuel, même en cas d'échec des pourparlers, à condition que ce choix de juridiction soit certain. En toute hypothèse, une volonté certaine des parties est donc susceptible d'agir sur la désignation de la juridiction compétente en matière de *culpa in contrahendo*. Cependant, une telle extension ne devrait pas être encouragée. En effet, le conflit de lois et de juridictions remplissent deux fonctions distinctes. La problématique des règles de conflit de juridictions est de garantir à la victime un accès au juge. Or, les règles actuelles ouvrent l'accès à plusieurs fors compétents. La difficulté se concentre davantage sur la prévisibilité de leur compétence dès lors que la localisation du lieu du fait générateur et du dommage sont encore incertaines. Reste à constater que le choix du juge n'influencera pas simplement la procédure, mais interviendra également, de façon moins évidente, sur la détermination de la loi applicable.

SECTION 2. LES EFFETS DE LA CLAUSE SUR LA LOI APPLICABLE EN MATIERE DE *CULPA IN CONTRAHENDO*

924. Certes, la désignation conventionnelle de la loi applicable et la prorogation volontaire de compétence juridictionnelle constituent deux stipulations autonomes. La validité ou l'inexistence de l'une n'atteint pas l'autre. Pourtant, la présence d'une élection de juridiction peut avoir un impact sur le traitement du litige au fond. D'une part, certains droits ont marqué une tendance à déduire de la conclusion d'un accord sur l'élection de juridiction, l'existence d'un choix de loi tacite des parties en faveur de la loi de la juridiction ainsi désignée. Un lien est donc susceptible d'être établi entre la présence d'une clause attributive de compétence et un choix de loi tacite de la loi applicable (§1). D'autre part, lorsque les parties optent pour la soumission de leur litige à l'arbitrage, *via* la conclusion d'une clause compromissoire, ce choix ouvre la voie à des méthodes de détermination de la loi applicable plus souple que celles qui s'imposent au juge étatique. La règle de conflit peut même se voir directement écarter au profit de l'application d'une règle matérielle anationale. Ainsi, à travers l'élection de juridiction, les parties expriment indirectement leur choix d'affranchir leur litige de l'application stricte des règles de conflit de lois (§2).

§1. LE CHOIX TACITE DE LA LOI APPLICABLE EN PRESENCE D'UNE CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPETENCE

925. A l'origine, la Convention de Rome prévoyait que le choix de loi applicable pouvait résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause¹⁴⁴¹. Il était alors envisagé que la présence d'une clause attributive de compétence juridictionnelle puisse établir un choix de loi applicable. Face aux appréciations divergentes des jurisprudences nationales sur cette question, il a été décidé de trancher définitivement le débat en insérant une nouvelle disposition au sein du Règlement Rome I. La proximité temporelle de ce nouveau règlement communautaire ne permet pas d'avoir de recul suffisant pour déterminer si cette disposition a réellement été efficace. Toutefois, une étude prospective permettra d'anticiper les difficultés d'application. Suite à des discussions vives sur la force qui devait être reconnue à l'élection de juridiction, les rédacteurs du Règlement Rome I ont finalement adopté une solution en demi-teinte. Si, à première lecture, le texte semble marquer une progression dans la résolution du conflit de lois, une lecture plus attentive démontre que certaines incertitudes perdurent quant à la valeur (A) et la portée (B) de la prorogation volontaire de compétence.

A. LA VALEUR RECONNUE A LA CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPETENCE

926. L'article 3 du Règlement Rome I prévoit que le choix de loi peut être exprès ou résulter « de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Il n'apporte donc aucune nouveauté par rapport à la Convention de Rome qu'il remplace. L'innovation se trouve dans le préambule du Règlement Rome I. Le considérant 12 du Préambule dispose qu' « un accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé ». La présence de cette disposition amène deux commentaires. Tout d'abord, il est possible de s'étonner de l'existence même d'une telle disposition (1). Ensuite, c'est le choix de sa situation, dans le préambule, qui suscite des interrogations (2).

¹⁴⁴¹ Art. 3, al. 1, Convention de Rome : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. »

1. LA PRESENCE D'UNE DISPOSITION RELATIVE AUX ELECTIONS DE JURIDICTION AU SEIN DU REGLEMENT ROME I

927. Le choix d'introduire une disposition spéciale dans le Règlement Rome I a été dicté par l'exigence d'atténuer les divergences entre les jurisprudences nationales quant à la réception de la clause attributive de juridiction en tant qu'indice de choix de loi applicable. Lorsque le contrat conclu par les parties ne contenait pas de clause d'*electio juris*, la Convention de Rome dictait aux juridictions compétentes de rechercher l'existence d'un choix de loi implicite, résultant de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Dans les cas où les parties avaient stipulé une convention d'*electio fori*, il semblait envisageable d'établir un lien entre le choix de loi implicite et l'élection de juridiction. Le raisonnement conduisait alors à considérer qu'en élisant une juridiction nationale, les parties avaient également décidé de soumettre leur contrat à la loi nationale du juge élu. Une telle interprétation était largement facilitée par la rédaction extensive de la Convention de Rome, puisqu'il était concevable de retenir que la stipulation contractuelle en faveur d'une juridiction déterminée constituait un facteur certain permettant de fonder l'existence d'un choix de loi.

928. Néanmoins, la valeur de ce facteur a été appréciée différemment par les juridictions des Etats contractants à la Convention de Rome. Schématiquement deux tendances se sont dégagées. La première, adoptée par les juridictions françaises, s'est présentée sous une forme assez nuancée. La présence d'une clause attributive de juridiction a été perçue comme un facteur permettant de déterminer la volonté des parties en faveur d'une *lex contractus* spécifique. Sa portée est restée cependant limitée puisque la seule élection de juridiction ne permettait pas de dégager un choix de loi applicable, mais constituait l'un des indices permettant d'établir un tel choix. Les juridictions espagnoles¹⁴⁴² et portugaises¹⁴⁴³ ont retenu une approche similaire en montrant une certaine méfiance quant à l'établissement d'un lien solide entre le choix de juridiction et le choix de loi applicable. Il s'agissait alors pour le juge de collecter les indices en faveur d'un choix de loi parmi lesquels s'inscrivait la clause attributive de juridiction. La présence de cette clause ne conduisait finalement à reconnaître un choix de loi implicite portant sur la loi nationale de la juridiction nationale désignée qu'à la condition que ce soupçon ait été appuyé par l'existence d'autres facteurs militant en ce sens. A titre d'exemple, quelques éléments susceptibles de contribuer à la détermination de la loi applicable peuvent être cités comme la langue de rédaction, le lieu de négociation, de conclusion ou d'exécution du contrat ou encore la monnaie de paiement¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴² M. C. SCHERER, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement ? - L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », *Le règlement communautaire «Rome I» et le choix de loi dans les contrats internationaux*, S. CORNELOUP, N. JOUBERT (dir.), 2011, Litec, pp. 253 à 283, spéc. p. 262 et les références citées.

¹⁴⁴³ M. C. SCHERER, *op. cit.*, spéc. p. 263 et les références citées.

¹⁴⁴⁴ V. *supra*, nos 685 et s.

929. Mais cette interprétation n'est pas restée unanime au sein de l'espace européen. Certaines jurisprudences nationales, à l'instar des tribunaux allemands et surtout britanniques, faisaient traditionnellement jouer un rôle plus important à la clause attributive de juridiction dans la détermination de la loi applicable¹⁴⁴⁵. Elles ont retenu ainsi que la seule présence d'un choix de juridiction constituait une véritable présomption en faveur de la loi de la juridiction ainsi désignée. Cette présomption s'est vue attribuer une intensité plus ou moins prononcée selon les droits nationaux concernés. La jurisprudence allemande a admis ainsi que l'existence d'un choix de juridiction constituait un indice très solide pour établir l'existence d'un choix de loi et a réduit considérablement l'exigence d'indices supplémentaires en ce sens. Ainsi, le juge allemand est resté susceptible de se contenter de quelques indices peu pertinents en soutien du choix de juridiction pour conclure à l'existence d'un choix implicite de la loi applicable. Dans certaines décisions, les juridictions allemandes sont allées jusqu'à se satisfaire de la seule présence d'un choix de juridiction pour établir un choix implicite, en l'absence de tout autre indice, conférant ainsi à la clause attributive de juridiction la force d'une véritable présomption. Cette valeur de présomption était également admise par les juridictions anglaises, mais à un degré supérieur encore. Le droit anglais a accepté de reconnaître que la présence d'un choix de juridiction permettait d'établir une présomption irréfragable en faveur d'un choix de loi implicite conforme à l'*electio fori*. En d'autres termes, la désignation conventionnelle d'une juridiction a conduit à appliquer au contrat la loi nationale de cette juridiction, quant bien même il existerait plusieurs indices militant en faveur de l'application d'une autre loi.

930. Face à ces divergences d'interprétation, les rédacteurs du Règlement Rome I ont saisi l'occasion de la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire pour ouvrir une discussion sur la valeur qui devait être attribuée par l'ensemble des juridictions des Etats membres à la prorogation conventionnelle de compétence. De manière attendue, les débats ont reflété les désaccords d'interprétation de la valeur de la clause attributive de compétence. Le Groupe européen de droit international privé s'est intéressé à cette difficulté en ouvrant une discussion sur le sujet. Elle s'est soldée par un échec puisqu'une partie des membres proposait d'établir concrètement au sein du nouveau texte que le choix de juge compétent ne valait pas choix de loi, alors qu'une autre partie s'y opposait en faisant valoir qu'une telle solution entraverait l'action des juridictions qui retiennent que le choix de juridiction constitue une présomption forte. Le Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire ne s'est pas non plus risqué à adopter de position ferme sur ce sujet. Il a fallu attendre la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2005 pour assister à une évolution notable sur ce point. Proposant une modification de l'article 3, alinéa 1, de la Convention de Rome, ce texte précise que « [si] les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un Etat membre pour connaître des différends nés ou à naître relatifs au contrat, il est présumé que les parties ont également entendu choisir la loi de cet Etat membre ». La témérité

¹⁴⁴⁵ M. C. SCHERER, *op. cit.*, spéc. pp. 266 et s. et les références citées.

du texte¹⁴⁴⁶ n'a pas reçu l'accueil espéré et le texte définitif du Règlement Rome I a finalement marqué un net recul. La référence à la clause attributive de juridiction a quitté l'article 3, consacré à la question de la détermination volontaire de la *lex contractus*, pour rejoindre plus discrètement les dispositions regroupées sous le préambule. Cette position, en périphérie du dispositif du Règlement Rome I, soulève des incertitudes quant à la valeur d'une telle disposition.

2. LA PLACE DE LA DISPOSITION RELATIVE AUX ELECTIONS DE JURIDICTION AU SEIN DU PREAMBULE

931. La place occupée par la référence à la présence d'une clause attributive de juridiction pour établir la *lex contractus* paraît surprenante. Elle lui confère inévitablement un rôle secondaire par rapport aux règles contenues dans le dispositif du Règlement Rome I. Il semble assez évident que les rédacteurs aient souhaité atténuer la valeur de cette disposition. Reste néanmoins que ce choix risque d'annihiler totalement ses effets au lieu de simplement les atténuer. Mais avant de s'inquiéter du rayonnement de cette disposition, il faut tout de même relever que cet objectif d'affaiblissement des effets de la clause attributive de juridiction dans la détermination de la loi applicable doit être favorisé. En effet, il ne semble pas justifié de déduire l'existence d'un choix de loi applicable de la seule présence d'une convention d'élection de juridiction. Et cela à plusieurs titres.

932. Tout d'abord, le rapport de causalité semble très artificiel compte tenu de la divergence entre les objectifs poursuivis par chacune de ces clauses. La clause de choix de loi applicable a pour objet d'organiser le traitement du litige au fond en soumettant la formation, la validité et l'exécution du contrat à un corps de règles. Le contrat est alors soumis, par la volonté des parties, au respect des exigences imposées par l'ordre juridique désigné. Au contraire, la clause attributive de juridiction n'intéresse pas directement la gestion du contrat. Si le choix de la *lex contractus* s'exprime dès la formation du contrat et perdure tout au long de son exécution¹⁴⁴⁷, l'élection de juridiction n'intervient qu'en cas de contentieux. Contrairement au choix de loi, la désignation de la juridiction compétente répond à des critères d'ordre procédural ou géographique. Les parties peuvent avoir fondé leur choix sur le souhait de désigner une juridiction qui respectera une procédure familière ou plus adaptée à leurs attentes, ou encore simplement pour satisfaire des besoins pratiques en réduisant la

¹⁴⁴⁶ V. Les oppositions formulées par l'Institut Max Plank pour le droit comparé et international privé, « Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) », mai 2006. Disponible sur : http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/comments_romei_proposal.pdf, question 9, n°2 a : « une clause attributive de juridiction va généralement déterminer l'application d'une loi mais pas systématiquement »; Comp. art 3 des Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux qui exclut l'existence d'un choix de loi implicite établie par la seule présence d'une clause attributive de juridiction.

¹⁴⁴⁷ Voire même au-delà si la loi désignée applicable organise également les cas d'inexécution ou la sortie du contrat.

distance physique entre la juridiction compétente et le siège des deux parties. Ainsi, si un lien devait impérativement être tissé entre l'*electio fori* et l'*electio juris*, il faudrait retenir le choix des parties en faveur de l'application de la loi procédurale du for élu. Or, une telle solution est déjà reconnue par le droit international privé qui applique la loi du for en tant que loi de la procédure. Cette interprétation n'est donc pas justifiée.

933. Ensuite, déduire du choix de juge compétent la volonté des parties de soumettre leur contrat à la loi nationale du juge élu conduit à conclure que les parties ont souhaité la soumission de leur contrat à la loi du for. Or, cette interprétation ne semble pas conforme à la volonté des parties; pire encore, elle conduit à la renier. En effet, la présence d'une clause attributive de juridiction démontre le souci des parties d'organiser la gestion de leur contrat. Suivant ce raisonnement, il semble cohérent qu'elles se soient également inquiétées de la question de la loi applicable à leur contrat. Cette absence de choix de loi peut traduire le fait que les parties ne soient pas parvenues à s'accorder sur la *lex contractus* et aient ainsi décidé de soumettre sa détermination au jeu des règles de conflit de la juridiction désignée. Une fois encore, s'il fallait déduire quelques conséquences de la présence d'une clause attributive de juridiction, il pourrait être conclu que cette clause démontre le souhait des parties de voir les règles de conflit de lois du for s'appliquer à leur contrat. Certes, il est possible d'objecter que les parties ont pu avoir eu connaissance de l'existence de la présomption de l'extension du choix de juridiction au choix de loi et supposer ainsi que leur choix de juridiction suffirait à établir leur choix de loi en faveur de la loi du for élu. Cependant, cet argument ne convainc pas. En effet, il semblerait probable que, dans cette hypothèse, les parties aient pris la précaution d'insérer une clause de choix de loi, pour garantir le respect de leur choix. En effet, l'existence d'une présomption simple génère un double risque : celui qu'une partie conteste l'existence de ce choix au moment de la survenance du litige, et celui que le juge ne reconnaisse pas le choix suffisamment certain pour être retenu.

En matière de *culpa in contrahendo*, l'action est susceptible d'intervenir alors que les négociations étaient encore en cours. L'hypothèse la plus évidente concerne la rupture fautive des pourparlers qui consiste à rechercher la responsabilité de la partie à la négociation qui crée un préjudice en mettant fin aux tractations. Mais il est également envisageable qu'une partie réclame, au cours des pourparlers, réparation du dommage suscité par la violation du devoir d'information ou demande que soit reconnue la formation du contrat en cas d'échange de consentement sur les éléments essentiels du contrat, malgré l'absence d'accord sur l'ensemble des points secondaires, tel qu'un choix de loi applicable. L'absence d'*electio juris* admet dans cette hypothèse une tout autre interprétation. Il est possible en effet de considérer qu'au moment de la survenance du litige les parties étaient encore en discussion sur le choix de loi applicable à adopter. Elles avaient donc déjà exprimé leur souhait d'échapper à l'application non seulement à la *lex fori* mais également au jeu normal des règles de conflit de lois. Il serait alors contraire à leur volonté que de leur appliquer la loi nationale du juge désigné.

934. Enfin, les arguments favorables à l'établissement d'un lien entre le juge désigné et la *lex contractus* reposent fréquemment sur des raisonnements indépendants de l'expression de

la volonté des parties. Il est avancé que le recours à la *lex fori* permet de gagner en célérité dans le déroulement du procès¹⁴⁴⁸. En effet, le juge s'épargne ainsi la tâche parfois ardue de rechercher le contenu de la loi étrangère¹⁴⁴⁹. Ce qui constitue un gain de temps qui peut s'avérer considérable lorsque l'application de la *lex fori* permet d'échapper à la mise en œuvre de la loi d'un Etat connaissant une situation chaotique et dont la teneur du droit positif est difficile à établir¹⁴⁵⁰. Néanmoins, cet argument ne peut être retenu pour justifier que la clause attributive de juridiction se traduise par un choix de loi implicite. En effet, il milite plus en faveur de l'application de la *lex fori* que de la reconnaissance d'une volonté implicite des parties. Or, étendu au-delà de cette hypothèse, cet argument conduit finalement à appliquer la loi du for de façon générale, qu'une clause attributive de juridiction soit présente ou non. Une telle solution ne peut être accueillie puisqu'elle revient à une négation globale du conflit de lois et une application systématique de la loi du for. Il faut donc conclure de l'ensemble de ces constatations que le lien entre l'élection de la juridiction compétente et le choix de la loi applicable ne présente pas de pertinence. Les objectifs des rédacteurs du Règlement Rome I de modérer la place de la présomption de choix de loi doivent être approuvés. Reste à présent à déterminer si positionner cette disposition au sein du préambule permet d'atteindre cette cible.

935. La question de la valeur de la présomption de choix de loi en faveur de la loi du juge élu, en présence d'une clause attributive de juridiction, dépend aujourd'hui de la valeur juridique du préambule. Deux interprétations sont envisageables : soit le préambule constitue une extension du dispositif et bénéficie ainsi de la même valeur, soit le préambule n'a qu'une fonction indicative et reste dépourvu de force obligatoire. A première vue, le préambule détient une valeur très réduite puisque ses dispositions ne présentent pas de caractère normatif¹⁴⁵¹. Cependant, certains auteurs observent que les considérants jouent un rôle considérable dans l'interprétation du dispositif des instruments communautaires. Ainsi, même en l'absence de caractère contraignant, le considérant 12 est destiné à guider les juridictions dans la recherche de la loi applicable au contrat. La difficulté réside dans le fait qu'en l'absence de caractère contraignant, certaines juridictions vont apprécier strictement cette présomption, alors que d'autres l'interpréteront plus largement¹⁴⁵². En conclusion, il est à craindre que les divergences rencontrées par la mise en œuvre de la Convention de Rome ne disparaissent pas sous l'effet de sa transformation en règlement communautaire.

¹⁴⁴⁸ H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, *RCADI* 1973, II, p. 79.

¹⁴⁴⁹ La preuve de la loi étrangère incombe à présent au juge, depuis les revirements de la jurisprudence française, v. Cass. com., 28 juin 2005, *Soc. Itraco c./Fenwick Shipping Services Ltd et autre*, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., 2006, n° 83; Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 2005, *M.F. Aubin c./M.H. Bonal et société MFP*, *RCDIP* 2005, p. 646.

¹⁴⁵⁰ C. KESSEDJIAN, « les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales », *RIDC* 1995, p. 373.

¹⁴⁵¹ S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du Règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2157; V. aussi le Principe 10 de l'Accord interinstitutionnel du 22 décembre 1998 sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire, *JOCE* C 73, 17 mars 1997 : « Les considérants ont pour but de motiver de façon concise les dispositions essentielles du dispositif, sans en reproduire ou paraphraser le libellé. Ils ne comportent pas de dispositions de caractère normatif ou de vœux politiques ».

¹⁴⁵² V. *supra*, nos 927 et s.

Puisqu'il semble que le préambule a vocation à s'appliquer, il est nécessaire de s'intéresser à présent au contenu de ses dispositions pour apprécier la portée accordée désormais par le droit positif à la clause attributive de compétence dans la détermination de la loi applicable.

B. LA PORTEE RECONNUE A LA CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPETENCE

936. Le considérant 12 du Préambule dispose qu' « un accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé ». La lecture de cette disposition suscite deux interrogations. Il est possible de se demander si cette dernière est réservée aux clauses en faveur d'une juridiction d'un Etat membre (1) et si cette clause constitue un facteur suffisant pour établir le choix de loi (2).

1. LE DOMAINE RESERVE AUX CLAUSES EN FAVEUR DES JURIDICTIONS D'ETAT MEMBRE

937. En désignant expressément les accords de compétence désignant une ou plusieurs juridictions d'un État membre, le Règlement Rome I semble exclure d'une part les juridictions non étatiques, plus précisément les juridictions arbitrales (a), et d'autre part les juridictions des Etats tiers (b).

a. L'exclusion implicite des conventions d'arbitrage

938. La disqualification des conventions d'arbitrage pour établir l'existence d'un choix de loi paraît surprenante au regard du droit positif sur cette question. En effet, plusieurs décisions ont déduit de la présence d'une clause d'arbitrage l'existence d'un choix de loi. Certes, un tel raisonnement peut sembler surprenant. Etablir une présomption, selon laquelle, en présence d'une clause d'élection de for les parties ont choisi de soumettre leur contrat à la loi national du for ainsi désigné, ne paraît pas transposable à l'arbitrage dès lors que l'arbitre ne dispose pas de for. Il faudrait retenir que la convention d'arbitrage fait présumer que les parties ont décidé de faire appliquer à leur contrat la loi de l'arbitre. Reste alors à déterminer à quoi correspond cette loi de l'arbitre. Sur ce point, la jurisprudence nous éclaire puisque certaines décisions ont retenu la loi du siège de l'arbitrage¹⁴⁵³. Cette solution semble assez logique si l'on cherche à transposer à l'arbitrage le plus fidèlement possible le raisonnement retenu en

¹⁴⁵³ CA Paris, 26 oct. 1962, *RCDIP* 1965, p. 535, note H. BATIFFOL; V. en ce sens, Rapport GIULIANO-LAGARDE, n° 380Y1031(01) concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE* C 282, 31 oct. 1980.

matière de clause d'*electio fori*. Le for serait ainsi perçu comme le siège du juge étatique saisi à l'instar du siège où s'établit le tribunal arbitral.

939. Cependant, ce raisonnement suscite deux remarques. Tout d'abord, confondre le siège de l'arbitrage avec le for ne peut recevoir approbation. En effet, le siège de l'arbitrage dépend de la volonté des parties. Ce choix répond à des considérations totalement détachées de la question de la loi applicable. Le lien entre le choix du lieu du siège et la loi applicable semble donc infondé. De plus, l'élection du siège constitue une stipulation contractuelle qui s'adjoint à la convention d'arbitrage. Ce qui signifie que les parties ont exprimé non seulement leur choix de soumettre leurs litiges futurs à l'arbitrage, mais également de voir l'instance arbitrale se dérouler dans un Etat précis. Au moment du litige lié aux pourparlers, alors que la loi du contrat, en tant que loi applicable aux négociations précontractuelles, est recherchée, les parties ont déjà bien anticipé le traitement de leurs éventuels contentieux futurs, en prévoyant les modalités de l'arbitrage. Compte tenu de la présence d'une convention d'arbitrage aussi aboutie, à ce stade aussi précoce des négociations, l'absence de choix de loi applicable est très surprenante. Il semble très probable que les parties aient bien souhaité insérer une clause d'*electio juris* dans leur contrat, mais n'aient pas eu le temps de s'accorder sur ce choix avant la survenance du litige précontractuel.

940. Néanmoins, tout lien entre la clause d'arbitrage et l'*electio juris* n'est pas forcément exclu. En effet, en choisissant de soumettre leurs contentieux futurs à l'arbitrage, les parties ont exprimé leur volonté d'échapper à la compétence de la juridiction étatique, de s'affranchir ainsi du système de droit commun. Il pourrait alors être suggéré que ce choix des parties puisse être étendu à la loi applicable. Dans ce cas, il peut signifier qu'en décidant de soumettre leurs litiges à l'arbitrage, les parties ont implicitement choisi de voir s'appliquer la *lex mercatoria* à leur contrat. En effet, si le juge étatique ne reconnaît pas à la *lex mercatoria* un caractère contraignant, l'arbitre l'applique fréquemment, sans qu'il soit nécessaire que les parties réclament son application¹⁴⁵⁴. Cependant, le Règlement Rome I exclut la reconnaissance d'un choix de loi lorsque les parties désignent la *lex mercatoria*. Par conséquent, la présence d'une clause compromissoire ne peut pas laisser présumer de l'existence d'un choix de loi implicite en faveur de la *lex mercatoria*. Selon les dispositions du Règlement Rome I, un tel choix implicite ne pourra être reconnu.

941. En conclusion, la rédaction du considérant 12 excluant l'hypothèse de la clause d'arbitrage doit être approuvée. Reste qu'en désignant l'accord de compétence en faveur d'une juridiction d'un Etat membre, le Règlement Rome I écarte les clauses désignant les juridictions d'Etats tiers.

¹⁴⁵⁴ V. *infra*, nos 951 et s.

b. L'exclusion implicite des clauses attribuant compétence aux juridictions d'un Etat tiers

942. Il est notable que le considérant 12 du préambule, en disposant qu'« un accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé », désigne spécifiquement les juridictions d'Etats membres de l'Union européenne. Il semble donc réserver son application à la seule prorogation volontaire de compétence en faveur des juridictions d'un Etat membre. Une telle restriction surprend dans le cadre de la détermination du choix de loi applicable. En effet, si le Règlement Bruxelles I, en matière de compétence juridictionnelle, circonscrit son champ d'application aux clauses attributives qui désignent les juridictions d'Etats membres, ce n'est pas le cas du Règlement Rome I qui permet aux parties d'exprimer leur volonté en matière de loi applicable aussi bien en faveur de la loi d'un Etat membre que de la loi d'un Etat tiers. Le Règlement Rome I présente effectivement une portée universelle qui lui confère la faculté de valider un tel choix de loi¹⁴⁵⁵. En l'absence de justification évidente, il semble opportun d'analyser le fonctionnement du considérant 12 pour apprécier le fondement de son exclusion des accords de compétence en faveur de juridictions d'Etats tiers.

943. L'applicabilité du Règlement Rome I est subordonnée à la saisine d'une juridiction d'un Etat membre. Si la compétence du juge émane d'une clause attributive de juridiction, il est nécessaire que cette clause désigne le juge d'un Etat membre pour que le Règlement Rome I puisse être mis en œuvre. Par conséquent, l'application du considérant 12 du Règlement Rome I se déclenche à la double condition que la juridiction compétente soit celle d'un Etat membre, pour justifier l'intervention du Règlement Rome I, et que la présence d'une clause attributive de juridiction soit constatée, pour que les dispositions du considérant 12 soient concernées. Ce qui conduit, en toute logique, à désigner l'hypothèse de l'existence d'un accord de compétence en faveur d'une juridiction d'un Etat membre.

Cependant, il existe des cas où, malgré l'existence de ces deux conditions, la question de la désignation de la loi applicable à travers une clause attributive en faveur des juridictions d'un Etat tiers est susceptible de se poser. Cette hypothèse se présente lorsqu'un accord de compétence désignant les juridictions d'un Etat tiers se révèle inapplicable, notamment parce que sa validité est atteinte. Si, nonobstant la clause attributive de juridiction, le droit commun donne compétence aux tribunaux d'un Etat membre, alors les deux conditions seront bien remplies. La question se pose alors de savoir si le juge d'un Etat membre, chargé d'appliquer le Règlement Rome I, peut déduire de la désignation du juge d'un Etat tiers, un choix de loi implicite des parties en faveur de la loi du for élu. Par exemple, l'existence du choix des parties n'est pas contestée, et l'invalidité de la clause attributive de juridiction ne résulte que d'un défaut d'une condition de forme. Dans cette hypothèse, la volonté des parties perdure,

¹⁴⁵⁵ Art. 2 Règlement Rome I.

malgré l'invalidité de la clause attributive de juridiction. Suivant la lettre du considérant 12, il semble que cette solution soit exclue. Pourtant, elle repose sur une considération de la volonté des parties qui ne devrait pas être amoindrie dès lors que le juge désigné appartient à un Etat tiers.

En conclusion, même si cette solution semble infondée, le considérant 12 paraît limité à l'hypothèse des accords de compétence en faveur des juridictions d'un Etat membre. Reste enfin à analyser la portée du facteur constitué par la clause attributive de juridiction pour établir l'existence d'un choix de loi.

2. LE CARACTERE EXCLUSIF DU FACTEUR CONSTITUE PAR LA CLAUSE ATTRIBUTIVE DE JURIDICTION

944. Une ambiguïté quant à la portée du considérant 12 peut surgir à la lecture de ses dispositions qui prévoient qu'un accord de compétence devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé. Deux compréhensions de ce texte peuvent être retenues: soit que la présence d'une clause attributive de juridiction suffit à identifier un choix de loi (a), soit qu'il constitue un facteur nécessitant d'être complété par d'autres éléments pour obtenir un tel résultat (b).

a. La clause attributive de juridiction reconnue comme un facteur suffisant

945. La première appréhension du texte consiste à considérer que le juge peut se contenter de la seule présence d'un accord de compétence juridictionnelle pour établir l'existence d'un choix de loi applicable au contrat. L'accord de compétence est l'un des facteurs à prendre en compte, sous entendu que d'autres facteurs sont susceptibles de présenter un même poids dans l'identification de la loi applicable. En d'autres termes, si l'un de ces facteurs, auxquels appartient la clause attributive de juridiction, se présente, alors le choix de loi implicite des parties serait établi. Une telle compréhension du texte, bien qu'envisageable, doit néanmoins être écartée. En effet, comme il a été développé plus tôt¹⁴⁵⁶, la présence d'un choix de juridiction ne peut suffire à conclure à l'existence d'un choix de juridiction en matière de *culpa in contrahendo*.

Pour résumer brièvement les arguments précédemment exposés, l'élection de loi et de juridiction répondent tout d'abord à deux considérations totalement différentes. Si le choix de loi se réalise en fonction de l'adaptation des règles contenues dans la loi au projet contractuel envisagé, l'élection de juridiction s'intéresse essentiellement à réduire la distance physique entre les parties et le for pour que la juridiction compétente en cas de litige soit aisément accessible. Ensuite, lorsque le litige survient alors que le contrat n'a pas encore été conclu, il reste très probable que les parties aient souhaité insérer un accord d'*electio juris* dans leur contrat futur mais n'aient pas eu le temps de s'accorder sur ce point. Il semble donc plus

¹⁴⁵⁶ Cf. *supra*, nos 930 et s.

vraisemblable qu'en application du considérant 12, la clause attributive de juridiction nécessite la présence d'éléments complémentaires pour établir un choix de loi implicite.

b. La clause attributive de juridiction reconnue comme un facteur à compléter

946. La deuxième compréhension du considérant 12 consiste à retenir qu'un accord des parties sur la compétence juridictionnelle constitue un facteur qui, complété par d'autres, permet de déterminer l'existence d'un choix de loi implicite. En d'autres termes, la clause attributive de juridiction n'est pas suffisante en elle-même pour fonder un choix de loi, la *lex contractus* ne peut être déterminée qu'à travers d'autres indices venant supporter cet accord de compétence juridictionnelle. Dans ce cas, l'intérêt du considérant 12 est fortement remis en cause. En effet, l'article 3, alinéa 1, vise déjà l'hypothèse dans laquelle la loi du contrat peut être déduite des éléments du contrat ou des circonstances de la cause. Or, la clause attributive de juridiction correspond bien à l'un de ces éléments. Il faudrait en déduire que le considérant 12 a pour objectif de conférer une force particulière à l'accord de compétence juridictionnelle parmi tous les critères susceptibles de conduire à la détermination du choix de loi. En pratique, cette interprétation du texte permet de retenir un choix de loi tacite en faveur de la loi du for élu lorsque des éléments viennent appuyer l'existence de ce choix de loi, alors même que d'autres éléments militent en faveur d'une autre loi applicable.

947. Par conséquent, il semble regrettable que le considérant 12 ait adopté une position aussi ambiguë puisque la valeur de la clause attributive de juridiction sur la détermination de la *lex contractus* reste inconnue. Non seulement il n'est pas indiqué si cette clause bénéficie de plus de poids face aux autres critères existants, mais, dans l'affirmative, la mesure dans laquelle cette clause serait plus efficace n'est pas précisée. Il faut donc en conclure que si la présence d'un accord de compétence permet plus fortement d'établir un choix de loi implicite, il reste à l'appréciation souveraine du juge compétent de déterminer le nombre et la nature des éléments devant venir corroborer cette hypothèse.

948. En outre, il est possible de s'interroger sur l'existence d'une véritable appréciation de la volonté tacite des parties, alors que le juge s'attachera à l'analyse d'autres éléments. En définitive, deux interprétations du texte peuvent être retenues. Soit l'accord de compétence juridictionnelle traduit la volonté des parties de déterminer la *lex contractus*, auquel cas cet accord constitue un choix de loi exprès en faveur de la *lex fori* et ne nécessite aucun autre élément pour le supporter. Soit, au contraire, cet accord ne permet pas d'établir la volonté des parties. Dans ce cas, en l'absence d'*electio juris* et en vertu des dispositions de l'article 4 du Règlement Rome I, le juge procédera à la localisation objective de la loi du contrat en déterminant la *lex contractus* à travers l'analyse de ces éléments constitutifs, et parmi eux la clause attributive de juridiction. Il ne semble donc pas opportun de discuter sur l'existence d'un choix tacite.

949. Enfin, il est possible de relever une ultime ambiguïté présente dans la rédaction du considérant 12. En indiquant que l'accord de compétence représente l'un des facteurs à considérer pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé, le texte ne précise pas si ce facteur permet d'établir l'objet ou simplement l'existence du choix de loi. En effet, la présence de la clause attributive de juridiction indique que non seulement les négociations étaient suffisamment avancées pour que se pose la question du conflit de juridiction, mais que les parties ont été soucieuses de prévoir la résolution de ce conflit. Deux interprétations de la présence de la clause d'élection de for sont alors envisageables.

Selon une première interprétation, il est possible de conférer une portée extensive à la clause attributive de juridiction, en déduisant de sa présence, non seulement que les parties ont assurément prévu une clause de choix de loi, mais également que ce choix a été opéré en faveur de la loi du for élu. Dès lors, la clause attributive de juridiction conduirait à établir à la fois l'existence d'une clause de choix de loi applicable et le contenu de ce choix, la loi du for. Cette première interprétation ne semble pas suffisamment convaincante pour pouvoir être retenue. En effet, dans une telle hypothèse, il aurait suffi, pour les parties, de disposer que l'accord de compétence permettait de déterminer l'existence d'un choix de loi en faveur de la *lex fori*. Si les parties s'étaient accordées sur un choix de loi, elles auraient effectivement prévu une disposition expresse en ce sens.

Selon une seconde interprétation, il est envisageable de considérer que la présence d'une clause d'*electio fori* laisserait supposer l'existence d'une clause d'*electio juris*, mais sans présumer de son contenu. Les parties ont certainement été mues par la volonté d'anticiper le conflit de lois, au même titre que le conflit de juridiction. Ainsi, le juge devrait en déduire l'existence d'une clause d'*electio juri* et rechercher alors la loi choisie par les parties.

A la lecture du considérant 12, il semble bien que le texte réponde à cette seconde interprétation. En effet, il évoque la démonstration que « le choix de la loi a été clairement énoncé ». De ce fait, le texte peut être compris comme indiquant que la présence d'un accord de compétence permet seulement de déterminer si les parties se sont bien entendues sur un choix de loi applicable à leur contrat.

Pour illustrer cette interprétation, il est possible d'envisager le cas où les parties auraient réalisé un projet de contrat contenant à la fois une clause attributive de juridiction et une clause de choix de loi applicable. Suite à la poursuite des négociations, le contrat définitif, adopté par les parties, reprend bien la clause attributive de juridiction, mais ne comporte plus de choix de loi. Pour apprécier la volonté des parties, il est possible de retenir que les parties ayant pris la peine de réitérer leur accord sur la compétence juridictionnelle dans leur version finale du contrat, auraient également réalisé cet effort si elles avaient souhaité conserver l'accord d'*electio juris*. Dans ce cas, il est possible de conclure qu'aucun choix de loi n'a été clairement énoncé, grâce à la comparaison entre la clause de choix de loi et la clause attributive de juridiction.

Pour un autre exemple, peut être envisagé le cas où la présence d'un simple accord verbal entre les parties sur un choix de juge compétent serait démontré. Alors, il serait possible d'examiner si un accord d'*electio juris* verbal a également été conclu. Ce choix de loi, informel, pourrait être considéré comme ayant été clairement énoncé, au même titre que la clause attributive de juridiction.

Par conséquent, le considérant 12 signifierait que la forme d'adoption d'un choix de juridiction permettrait d'établir, par comparaison, si un choix de loi a bien été accepté par les parties. Si une telle interprétation était retenue, alors le considérant 12 conduirait finalement à éclairer le juge dans sa recherche de l'existence d'un choix exprès des parties, et non d'un choix tacite. En effet, les dispositions du considérant 12 cherchent à établir que le choix de loi a été clairement énoncé. Or, une telle recherche s'apparente plus à la détermination d'un choix exprès, manifestement exprimé, que d'un choix tacite, simplement déduits d'éléments apparents. Ce qui nous conduit au développement précédent militant en faveur de l'abandon de l'examen de l'accord de compétence pour déterminer le choix tacite, et de l'accueil de l'utilisation de cette clause pour établir un choix exprès ou procéder à une localisation objective de la loi du contrat.

950. Pour conclure après le relevé de toutes ces ambiguïtés de rédaction, il semble le plus vraisemblable de retenir que le considérant 12 reste circonscrit aux clauses désignant la compétence des juridictions des Etats membres de l'Union européenne et qu'il reconnaisse dans cet accord un facteur qui, complété par d'autres, peut permettre d'établir un choix de loi des parties en faveur de la *lex fori*, suivant l'appréciation du juge. Cependant, il serait plus opportun d'abandonner toute relation entre l'*electio fori* et l'*electio juris* compte tenu de leur objet différent. Si ce lien ne pouvait être totalement supprimé, alors il serait préférable de retenir que la clause attributive de juridiction ne permet pas de révéler la volonté implicite des parties, mais contribue plutôt à localiser de façon objective la loi du contrat. L'effet de l'accord de compétence désignant une juridiction étatique devrait donc être amoindri, alors que la convention d'arbitrage resterait susceptible d'intervenir encore fortement dans la détermination de la *lex contractus*.

§2. L'AFFRANCHISSEMENT DE L'APPLICATION DES REGLES DE CONFLIT DE LOIS

951. En cas de litige précontractuel, le choix réalisé par les parties de conclure une convention d'arbitrage permet de faire échapper leur contentieux à l'intervention des juridictions étatiques, au profit de la juridiction arbitrale. Outre cet aspect purement procédural, le choix de l'arbitrage ne reste pas neutre face à la question de la loi applicable au contentieux. En effet, contrairement au choix d'une juridiction étatique, la voie de l'arbitrage conduit à une plus grande liberté dans la détermination de la *lex contractus* (A) et ouvre une place significative aux règles non étatiques (B).

A. LES METHODES DE DETERMINATION DE LA *LEX CONTRACTUS* PROPRES A L'ARBITRE

952. L'arbitre tire son pouvoir de la volonté des parties. A ce titre, il se doit de respecter strictement leur choix. Le principe de l'autonomie de la volonté des parties est ainsi largement admis dans le cadre de l'arbitrage international¹⁴⁵⁷. A défaut, l'arbitre qui ne respecterait pas le choix de loi des parties encourt la nullité de sa sentence ou le refus d'exequatur pour non-conformité à la mission¹⁴⁵⁸. Mais en l'absence de choix exprimé par les parties, l'arbitre ne pourra pas se fonder sur cet élément pour déterminer la loi applicable. Dans sa mission, l'arbitre a la faculté d'opter pour l'une des différentes méthodes qui s'ouvrent à lui pour déterminer la loi applicable : il peut adopter un raisonnement conflictualiste (1) ou s'orienter vers la méthode directe (2).

1. LA METHODE CONFLICTUALISTE DE DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE

953. Deux démarches préexistent dans la résolution du conflit de lois par l'arbitre. La première méthode repose sur l'application des règles de conflit jugées applicables ou appropriées (a), la seconde sur une règle de conflit imposée (b).

a. Les règles de conflit jugées applicables ou appropriées

954. La première méthode confère à l'arbitre une liberté presque illimitée puisqu'elle consiste à mettre en œuvre les règles de conflit de lois que l'arbitre juge applicables ou appropriées¹⁴⁵⁹. Pour déterminer de telles règles de conflit, l'arbitre se voit encore ouvrir le choix entre plusieurs méthodes. Traditionnellement, il était recouru à la règle de conflit de l'Etat du siège de l'arbitre pour établir la *lex contractus*¹⁴⁶⁰. Cependant, cette voie s'est heurtée aux critiques de la doctrine qui relève, à juste titre, que la *lex fori* n'existe pas en

¹⁴⁵⁷ V. notamment Art. 28 (1) de la Loi type CNUDCI; art. VII Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Convention de Genève); art. 42 Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI); art. 33 (1) du Règlement d'arbitrage CNUDCI; art. 17(1) du Règlement d'arbitrage de la CCI.

¹⁴⁵⁸ Art. 1492, 3° C. proc. civ., en vertu duquel le recours en annulation est ouvert lorsque le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée.

¹⁴⁵⁹ Art. VII(1) de la Convention de Genève ; art. 42(1) de la Convention CIRDI ; art. 33(1) du Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI ; art. 33(1), *Rules of Procedure of the Inter-American Arbitration Commission* (Règlement de l'Association interaméricaine d'arbitrage international) ; art. 33(1) du Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État.

¹⁴⁶⁰ V. par exemple, art. 11, al. 1 de la Résolution de l'Institut de droit international, Session d'Amsterdam, 1957 : « Les règles de rattachement en vigueur dans l'État du siège du tribunal arbitral doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige ».

matière d'arbitrage. D'autant que le choix du siège de l'arbitrage répond à des critères de commodité qui se distinguent totalement de la question du choix de loi applicable¹⁴⁶¹.

955. Les arbitres sont désormais plus enclins à appliquer la méthode dite cumulative ou comparée¹⁴⁶². Elle consiste à mettre en œuvre les règles de conflits de lois de certains ordres juridiques présentant un rattachement avec la situation litigieuse ou qui sont communs aux parties¹⁴⁶³. Cette méthode présente un avantage d'impartialité puisque l'arbitre ne tranche pas entre les différentes règles de conflit susceptibles de s'appliquer¹⁴⁶⁴. De plus, elle sécurise les parties en démontrant qu'il existe une communauté de règles de conflit conduisant à l'application de la même loi¹⁴⁶⁵. Cependant, ce système ne peut répondre efficacement au problème de la détermination de la loi applicable que si toutes les règles appliquées aboutissent à une issue identique. Il est donc indispensable que les règles de conflit convergent vers une même loi applicable.

956. Enfin, l'arbitre peut également opter pour l'application des principes généraux de droit international privé qui sont dégagés à partir des règles communes à tous les systèmes de règlement des conflits de lois. C'est parfois par l'application cumulative des systèmes de conflit de lois intéressés au litige que l'arbitre parvient à mettre en évidence un facteur qu'il considère comme représentant un principe du droit international privé¹⁴⁶⁶. Parallèlement à la mise en œuvre des règles jugées applicables ou appropriées, l'arbitre peut voir sa liberté réduite lorsque les règles de conflit lui sont imposées.

¹⁴⁶¹ Sur ce point, v. *supra*, nos 937 et s. nos commentaires critiques sur le lien établi entre la convention d'arbitrage et un choix implicite des parties en faveur de la loi du siège de l'arbitrage.

¹⁴⁶² J. G. FRICK, « Arbitration and Complex International Contracts », *Kluwer Law International*, 2001, p. 74; C. CROFF, « The Applicable Law in an International Commercial Arbitration : Is it still a Conflict of Laws Problem? », *The International Lawyer*, Vol. 16, n° 1, 1982, p. 629.

¹⁴⁶³ V. E. GAILLARD, « Arbitrage commercial international - Sentence arbitrale - Droit applicable au fond du litige », *J.-Cl. Proc. civ., Fasc. 1070-1, § 128*; Y. DERAÏNS, « L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige », *Rev. arb.* 1972, p. 99; Sent. CCI n° 4996, *JDI* 1986, p. 1131, obs. Y. DERAÏNS; Sent. CCI n° 3043, *JDI* 1979, p. 1000, obs. Y. DERAÏNS; Sent. CCI n° 2730, *JDI* 1984, p. 918; Sent. CCI n° 5717 en 1988, *Bull. CCI*, vol. I, n° 2, 1990, p. 22; Sent. CCI n° 6281 en 1989, *JDI* 1991, p. 1054, obs. D. HASCHER, *Yearbook* 1990, p. 96; Sent. CCI n° 6283 en 1990, *Yearbook* 1992, p. 178; Sent. CCI n° 6149, 1990, *Yearbook* 1995, p. 41; Selon F. OSMAN, l'application de la règle cumulative procède d'un esprit d'apaisement car elle montre aux parties qu'il existe une communauté de règles de conflit conduisant à l'application de la même loi (F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 224, p. 368).

¹⁴⁶⁴ P. MAYER, « Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale », in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, S. CORNELOUP, N. JOUBERT (dir.), 2011, Litec, p. 424.

¹⁴⁶⁵ F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 224, p. 368.

¹⁴⁶⁶ V. Sent. CCI n° 2730, précitée.

b. Les règles de conflit imposées

957. Certains ordres juridiques ont choisi de prescrire aux arbitres la règle de conflit applicable. Celle-ci désigne la loi présentant le facteur de rattachement le plus proche¹⁴⁶⁷. Parmi ces facteurs sont notamment désignées la loi du domicile de la partie chargée de l'exécution caractéristique du contrat, la loi du lieu de formation du contrat et la loi du lieu d'exécution du contrat. Cette règle de conflit imposée réduit considérablement la latitude de l'arbitre dans la détermination du choix de loi applicable puisque sa mise en œuvre conduit indirectement à contraindre l'arbitre à reconnaître la loi ainsi désignée. Une solution intermédiaire est adoptée par le droit américain¹⁴⁶⁸. Ce droit commande à l'arbitre de retenir la loi de la relation la plus significative, mais en lui imposant un certain nombre de facteurs qui doivent être mis en œuvre pour pouvoir déterminer cette loi de la relation la plus significative. A première vue, il semble qu'une telle méthode conduise à restreindre le pouvoir de l'arbitre dans la détermination de la loi applicable. Cependant, en pratique, ce système aboutit à permettre aux arbitres de choisir le facteur sur lequel fonder leur choix de loi. En d'autres termes, son pouvoir discrétionnaire a été déplacé du choix de la loi applicable à l'élection du facteur sur lequel repose la loi applicable. Ce qui finalement ne réduit pas ou très peu sa liberté. Par conséquent, même dans les cas extrêmes où la liberté de l'arbitre est entravée par la prescription de règles de conflit de lois, l'arbitre conserve une partie de sa latitude dans la détermination de la loi applicable. A l'opposé, la liberté de l'arbitre paraît infinie lorsqu'il s'affranchit totalement du joug des règles de conflit de lois pour établir directement la loi applicable.

2. LA METHODE DIRECTE DE DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE

958. Située à l'opposé de la méthode des règles de conflit de lois, la méthode directe permet aux arbitres d'appliquer une loi ou une règle de conflit de lois sans qu'il leur soit demandé de justifier leur choix. Pour déterminer la loi applicable, le choix des arbitres est dicté par une règle matérielle et non l'utilisation d'un facteur de rattachement. Cette méthode, adoptée par différents systèmes de droit¹⁴⁶⁹, permet une grande souplesse à l'arbitre qui cherche ainsi à retenir une loi adaptée au litige concerné. Elle présente le désavantage évident de créer une grande insécurité juridique pour les parties. Ces dernières ne pourront pas être mesurées d'anticiper la loi applicable à leur litige dès lors que ce choix, à l'entière discrétion de

¹⁴⁶⁷ Art. 187 (1) de la Loi fédérale sur le droit international privé (Suisse); art. 1051 (2) C. proc. Civ. (Allemagne); art. 1445(2) C. com. (Mexique); art. 834 (3) C. proc. Civ. (Italie); art. 39 (2) Loi relative à l'arbitrage en matière civile et commerciale (Égypte); Comp. en matière d'arbitrage institutionnel : Art. 3, *Arbitration Rules of the Milan Chamber of Commerce* (Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce de Milan); art. 23 (2) du Règlement d'arbitrage de l'Institut allemand d'arbitrage.

¹⁴⁶⁸ Art. 188 (1) *Law of Contracts, Second Restatement*.

¹⁴⁶⁹ Pour l'arbitrage institutionnel : art. 17 (1) du Règlement d'arbitrage de la CCI; art. 59 (a) du Règlement d'arbitrage de l'OMPI; art. 22.1 (c), *LCIA Arbitration Rules* (Règlement d'arbitrage LCIA); art. 46, *Arbitration Rules of the Netherlands Arbitration Institute* (Règlement d'arbitrage IAN); Comp. en matière de droit national : art. 1511 C. proc. civ. (France); art. 1054 (2) C. proc. civ. (Pays-Bas) et art. 944.10 (1) C. proc. civ. (Québec).

l'arbitre, reste imprévisible¹⁴⁷⁰. Cette crainte doit cependant être nuancée dès lors qu'en pratique, les arbitres ont généralement recours à la recherche de facteurs de rattachement pertinents pour déterminer la loi applicable¹⁴⁷¹. Ce qui conduit finalement à envisager la méthode directe comme une application des règles de conflit, mais assouplie par l'absence de justification exigée de la part de l'arbitre.

Par conséquent, la présence d'une convention d'arbitrage ne reste pas indifférente dans le cadre de la détermination de la loi applicable au litige précontractuel. L'identification de cette loi pourra en effet bénéficier de la souplesse reconnue à l'arbitre dans la recherche de loi applicable. Mais le choix de l'arbitre, bien que déjà très ample dans la désignation de la loi applicable, s'étend encore au-delà des règles étatiques. Il bénéficie effectivement de la faculté d'appliquer des règles non étatiques au litige pour lequel il est institué.

B. LA VOIE DES REGLES NON ETATIQUES

959. Le droit non étatique constitue une source du droit non négligeable en matière de commerce international. La liberté conférée à l'arbitre lui ouvre la faculté de mettre en œuvre directement ces règles non étatiques qui lui sont reconnues applicables. Leur application peut produire un réel impact en matière de *culpa in contrahendo* (2). Malgré une tentative de réforme du droit communautaire, cette voie reste toujours fermée au juge étatique (1).

1. LA FERMETURE DE LA VOIE AU JUGE

960. Nombreuses sont les lois d'arbitrage ou règlements d'arbitrage qui autorisent les arbitres à appliquer des « règles de droit »¹⁴⁷². Elles étendent le pouvoir de l'arbitre contrairement à d'autres droits qui le réduisent à l'application de la loi d'un Etat¹⁴⁷³. Il a d'ailleurs été envisagé d'étendre cette faculté aux prérogatives des juridictions étatiques dans le cadre de la transformation de la Convention de Rome en Règlement Rome I. La proposition de Règlement Rome I de la Commission européenne avait prévu dans ses dispositions que les parties bénéficient de la liberté de choisir « des principes et règles de droit matériel des

¹⁴⁷⁰ Par opposition à la méthode conflictualiste précédemment exposée : J. G. FRICK, *op. cit.*, p. 79.

¹⁴⁷¹ V. *supra*, nos 952 et s.

¹⁴⁷² Art. 17 (1) du Règlement d'arbitrage de la CCI; art. 59 (a) du Règlement d'arbitrage de l'OMPI; art. 22.1 (c), *LCIA Arbitration Rules* (Règlement d'arbitrage LCIA); art. 46, *Arbitration Rules of the Netherlands Arbitration Institute* (Règlement d'arbitrage IAN); art. 3(3), *Arbitration Rules of the Milan Chamber of Commerce* (Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Milan); art. 1496 al. 1 C. proc. Civ. (France); art. 1054 (2) C. proc. Civ. (Pays-Bas); art. 944.10 (1) C. proc. Civ. (Québec); art. 187 (1) Loi fédérale sur le droit international privé (Suisse); art. 813 (1) Nouveau C. proc. (Liban); art. 458 bis 14 C. proc. (Algérie).

¹⁴⁷³ Art. VII (1) de la Convention de Genève; art. 28 (2) Loi type CNUDCI; art. 28 (1) Règlement d'arbitrage CNUDCI; art. 33 (1) *Rules of Procedure of the Inter-American Arbitration Commission* (Règles de procédure de la Commission d'arbitrage interaméricaine); art. 33 (1) Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État; art. 1051 (2) C. proc. Civ. (Allemagne).

contrats reconnus au niveau international ou communautaire ». Adoptée, cette disposition aurait eu pour conséquence d'autoriser les parties à soumettre leurs litiges précontractuels à des règles matérielles uniformes ou des règles a-nationales, à l'instar de ce qui est permis dans l'arbitrage.

961. Les premières désignent des règles matérielles, intégrées au droit interne d'un Etat, qui sont donc susceptibles de s'appliquer, mais à travers la loi de cet Etat. En d'autres termes, il est en principe nécessaire que la loi de cet Etat soit reconnue en tant que *lex contractus* pour que les dispositions de ces règles matérielles uniformes, appartenant à l'ordre juridique désigné, soient applicables au contentieux. La reconnaissance de la proposition de Règlement Rome I aurait alors permis de mettre en œuvre directement ces règles matérielles dès qu'elles auraient été déclarées applicables par les parties et sans qu'il soit nécessaire de déterminer une loi étatique applicable au contrat. On pense ici à l'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises dès lors que le litige concerne ce type de transaction. Les secondes règles concernent des principes issus de la pratique qui doivent bénéficier d'une renommée telle qu'elles soient reconnues au niveau international ou communautaire. Semblent ainsi être visés les Principes UNIDROIT notamment ou certaines règles de la *lex mercatoria*¹⁴⁷⁴.

962. La reconnaissance de cette faculté au juge étatique aurait ainsi permis aux parties de soumettre volontairement leur litige à des règles non étatiques, sans qu'il soit nécessaire de s'engager dans la voie de l'arbitrage. Pourtant, cette disposition n'a pas reçu suffisamment d'écho favorable puisqu'elle n'apparaît pas dans la version finale du Règlement Rome I. Ce qui conduit à laisser à l'arbitre l'exclusivité d'appliquer des règles non étatiques en tant que choix de loi applicable. Il ne faudrait pas conclure trop hâtivement que le juge étatique ne connaît jamais de l'application de règles non étatiques. Tout d'abord, comme il a été vu précédemment, certaines règles matérielles uniformes ont été intégrées au droit interne des Etats. Ce qui signifie que le juge étatique est susceptible de les appliquer dès lors que la *lex contractus* correspond à la loi d'un de ces Etat. De plus, le choix des parties en faveur de l'application de règles non étatiques sera considéré par le juge étatique, mais n'aura pas de valeur d'*electio juris* au sens du Règlement Rome I. Ce choix n'aura qu'une valeur de stipulation contractuelle, soumise à la *lex contractus*. L'arbitre, par contre, bénéficie de la faculté d'accueillir le choix de règles non étatiques en tant que véritable choix de loi applicable¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷⁴ V. Sent. CCI n°3540 en 1980, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. I, 1990, p. 399; Sent. Intérimaire CCI n°5065 en 1986, *JDI* 1987, p. 1039.

¹⁴⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1991, *JDI* 1992, p. 177, note B. GOLDMAN; *RCDIP* 1992, p. 113, note B. OPPETIT; *RTD com.* 1992, p. 171, obs. J.-C. DUBARRY, E. LOQUIN.

2. L'APPLICATION DES REGLES NON ETATIQUES

963. En matière de détermination de la loi applicable, les arbitres présentent une tendance à déduire de l'absence d'accord d'*electio juris* ou de leur désaccord sur cette question, leur souhait de soumettre leur litige à la *lex mercatoria*¹⁴⁷⁶. Cette faculté produit un impact conséquent en matière de contentieux précontractuel dès lors que les règles non étatiques intéressent la *culpa in contrahendo*. A ce stade du raisonnement, il n'est pas opportun de procéder à une analyse exhaustive des règles existantes sur la question. En effet, cette étude fera l'objet d'un second chapitre. Il apparaît cependant nécessaire de signifier la présence de règles matérielles d'origines diverses, dédiées au traitement du contentieux né des pourparlers.

Comme il a déjà été relevé, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises a vocation à s'appliquer devant l'arbitre de façon directe. Sa mise en œuvre n'est alors pas subordonnée à la satisfaction de ses conditions. L'arbitre pourra appliquer directement ses dispositions sans qu'il soit nécessaire de démontrer que la *lex contractus* appartient à un ordre juridique ayant intégré la Convention de Vienne. L'intervention de cette convention dans le traitement du contentieux précontractuel peut surprendre dès lors qu'elle ne comprend aucune référence aux pourparlers. Cependant, elle intègre des règles relatives à la formation du contrat qui peuvent concourir à la gestion des litiges précontractuels. Ainsi, si une partie cherche à démontrer l'inefficacité de la rupture des pourparlers, l'arbitre pourra apprécier la question de la formation du contrat au travers des règles établies par la Convention de Vienne. Son applicabilité directe ne reste donc pas neutre en matière de pourparlers.

Les règles matérielles ainsi ouvertes à l'application de l'arbitre concernent également des règles issues de la pratique ou de la doctrine, à l'instar de la *lex mercatoria* et des Principes UNIDROIT. L'ensemble des sources internationales de *soft law* a intégré le principe de bonne foi qui soumet les parties au respect d'un certain comportement empreint de loyauté tout au long des pourparlers.

964. La question se pose dès lors de connaître la place qu'occupe ces règles matérielles dans la gestion du contentieux précontractuel. Sur ce point, la sentence arbitrale finale rendue dans l'affaire CCI n° 12827 en 2005¹⁴⁷⁷ apporte certains éléments. Dans cette affaire, une demande en nullité du contrat pour dol était introduite devant le tribunal arbitral. Cette hypothèse intéresse le contentieux précontractuel puisque la nullité du contrat a pour origine un manquement réalisé lors des négociations. Le contrat litigieux comportait une clause soumettant l'ensemble du contentieux à l'application de la loi française. Sur le fond, l'arbitre a décidé de rejeter la demande en nullité au motif du caractère inexcusable de l'erreur de la demanderesse du fait « de la connaissance qu'elle avait de l'état de la technologie quasi

¹⁴⁷⁶ Y. DERAIS, P. MAYER, *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, E. GAILLARD (éd.), publication CCI, Paris, 1993, ICC Publishing SA, pp. 56 et s.

¹⁴⁷⁷ Sent. CCI n° 12827 en 2005, *JDI* 2009, n° 4, p. 8, note E. SILVA-ROMERO.

cristalline; de ses compétence professionnelles [...], des essais qu'elle a effectués sur ses propres installations [...]. Cette solution conduit ainsi à sanctionner la présomption de compétence professionnelle à la conclusion du contrat, ce qui ne constitue nullement une nouveauté de la jurisprudence arbitrale¹⁴⁷⁸. Pourtant, cette décision s'oppose au droit positif français qui retient le caractère excusable de l'erreur quand celle-ci est provoquée par dol¹⁴⁷⁹. Or, la présomption de compétence professionnelle émane des principes de la *lex mercatoria*. Finalement, dans cette affaire, l'arbitre a bien appliqué le droit français, mais en l'analysant à travers le prisme des principes de la *lex mercatoria*. Ce qui conduit à démontrer la portée des règles a-nationales qui sont susceptibles d'être mises en œuvre par l'arbitre, malgré l'existence d'un choix de loi des parties en faveur d'une loi nationale.

¹⁴⁷⁸ Sent. CCI n° 2438 en 1975, *JDI* 1976, p. 969; Sent. CCI n° 2281, *JDI* 1980, p. 990; Sent. CCI n° 3380, *JDI* 1981, p. 927; Sent. CCI n° 3130, *JDI* 1988, p. 932; Sent. CCI n° 5346, *JDI* 1991, p. 1060.

¹⁴⁷⁹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, les obligations, Le contrat : formation*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993, n° 564.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

965. Le principe d'autonomie qui accorde à la convention attributive de compétence une indépendance par rapport au contrat principal est largement reconnu, que ce choix s'exprime en faveur d'une juridiction arbitrale ou étatique. Ce principe permet ainsi au tribunal élu de conserver son investiture même si l'existence ou la validité du contrat négocié est contestée. Par conséquent, le tribunal arbitral, comme la juridiction désignée, peut connaître des litiges relevant de la *culpa in contrahendo* contractuelle. Concernant la *culpa in contrahendo* délictuelle, la question de l'extension de la compétence se révèle plus complexe. En effet, elle suppose l'existence d'une clause compromissoire ou d'une clause attributive de juridiction. Il est donc indispensable qu'une relation contractuelle ait été établie entre les parties. Or, cette hypothèse est peu évidente lorsque la demande repose sur une rupture des pourparlers. Pourtant, cette extension reste envisageable puisque les parties peuvent être liées soit par le contrat négocié, finalement conclu; soit par un avant-contrat, formalisant les pourparlers.

966. La question de l'extension de la compétence suscite deux interrogations distinctes : la première concerne la compétence de la juridiction désignée pour statuer sur sa propre compétence, et la seconde, sa compétence pour statuer sur le fond du litige. Sur cette première question, le régime de la clause compromissoire se distingue de celui de la clause attributive de juridiction. En effet, l'arbitre dispose d'une compétence de principe, en vertu du principe de compétence-compétence, que seule une nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage peut renverser. Or, la jurisprudence française admet une conception très restrictive de l'inapplicabilité manifeste. Si bien qu'elle permet de reconnaître à l'arbitre une compétence quasi-systématique pour statuer sur sa compétence en matière précontractuelle. Au contraire, le juge étatique élu ne jouit pas d'une compétence exclusive pour apprécier sa compétence. Le juge tiers saisi n'a pas à surseoir à statuer et peut apprécier si la compétence du juge élu s'étend ou non à la *culpa in contrahendo* délictuelle. Cette solution, très critiquable, n'a pas vocation à perdurer puisque la Convention de La Haye sur l'élection de for du 30 juin 2005, de même que le projet de refonte du Règlement Bruxelles I, retiennent une solution contraire.

967. Sur la question de la compétence pour statuer sur le fond du litige, les raisonnements adoptés en matière d'arbitrage et de clause attributive de juridiction divergent également. Pourtant, il est possible d'observer qu'ils marquent actuellement une tendance à se rapprocher. En effet, l'arbitre retient une appréciation subjective de la clause d'arbitrage. Il cherche à extraire du texte de la clause la volonté réelle des parties afin de déterminer si elles ont souhaité restreindre le champ de compétence de l'arbitre ou, au contraire, étendre son investiture au-delà des litiges de nature contractuelle. Le juge étatique, lui, retient classiquement une appréciation plus objective. La jurisprudence s'attache ainsi à rechercher notamment l'existence de liens objectifs entre le contrat et l'action précontractuelle. Mais actuellement, l'analyse s'est orientée vers le constat d'un ensemble contractuel unique entre les pourparlers et le contrat existant. Or, la jurisprudence récente en matière d'indivisibilité

des conventions s'est prononcée en faveur d'une appréciation subjective. Cette observation conduit à présager que l'extension de la compétence du juge élu puisse désormais s'apprécier au regard de la volonté des parties et non plus seulement par l'examen d'éléments objectifs. Enfin, sur ce point, il a été envisagé que la nouvelle solution retenue par le Règlement Rome II puisse être transposée à la question du conflit de lois. Elle consisterait à donner compétence en matière de *culpa in contrahendo* délictuelle au juge qui aurait été compétent si le contrat avait été conclu. Mais la présente étude ne s'est pas montrée favorable à une telle solution. Non seulement, elle suppose que l'existence d'un tel accord d'*electio fori* soit établie avec certitude, mais encore, elle ne s'avère pas essentielle en matière de compétence juridictionnelle. En effet, les conflits de lois et de juridictions ne répondent pas aux mêmes enjeux. Les règles de conflit de juridictions ont pour objectif de garantir aux parties un accès au juge. Or, la multiplicité des fors est déjà assurée par les règles de conflit existantes.

968. La présence d'une élection de juridiction a également un impact sur le terrain du conflit de lois. En effet, le droit communautaire accepte de reconnaître un lien entre la présence d'une clause attributive de compétence juridictionnelle et un choix de loi tacite des parties en faveur de la loi du for ainsi désigné. Cette relation reste toutefois limitée aux clauses stipulées en faveur d'une juridiction d'un Etat membre. Si l'exclusion des clauses compromissoires doit être encouragée, en l'absence de for de l'arbitre, la disqualification des désignations de juridictions d'Etats tiers sont plus critiquables, puisqu'infondées. Cependant, l'existence d'une clause compromissoire ne reste pas neutre. Elle institue la compétence de l'arbitre qui bénéficie d'une plus grande latitude dans la désignation du droit applicable. S'affranchissant de la règle de conflit de lois, il applique directement des règles nationales. La place considérable occupée par les règles matérielles en matière de contentieux précontractuel justifie que leur soit consacré le chapitre suivant.

CHAPITRE 2. LES COMPETENCES CONCURRENTES EN MATIERE DE CONFLIT DE LOIS

969. La recherche de la loi applicable aux négociations précontractuelles, à travers la mise en œuvre de la nouvelle règle de conflit de lois imposée par le Règlement Rome II, peut subir certaines perturbations. Il existe en effet des règles matérielles susceptibles d'intervenir dans la gestion du contentieux. Une partie de ces règles justifient leur ingérence par leur caractère impératif. Elles s'appliquent alors au litige en tant que lois de police. Les autres dispositions sont dépourvues d'impérativité mais accueillent, dans leur champ d'application, le contentieux précontractuel. C'est alors leur compétence *rationae materiae* qui légitime leur intervention. Ce corps de règles comprend aussi bien des dispositions d'ordre conventionnel, regroupées sous la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, que des dispositions non contraignantes d'origine doctrinale ou issues de la pratique. Cette *soft law* réunit notamment les Principes UNIDROIT et les réglementations dérivées de la pratique du commerce international ou *lex mercatoria*. L'intervention de l'ensemble de ces règles vient directement concurrencer la règle de conflit de lois en matière de négociations précontractuelles. Ainsi, la loi applicable à la *culpa in contrahendo*, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, sera écartée par l'une de ces règles matérielles.

En l'absence de telles dispositions, la loi applicable à la *culpa in contrahendo* conserve son applicabilité. Cependant, elle peut encore rencontrer certains obstacles. Ils s'expriment cette fois, non plus au niveau de la détermination de la loi applicable, mais au stade de sa mise en œuvre. L'identification des règles substantielles de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit se confronte notamment à l'exigence d'interprétation de certains concepts à la définition abstraite, à l'instar de la notion de bonne foi. De même, l'application des dispositions désignées peut mener à retenir une sanction heurtant les valeurs de l'un des ordres juridiques concernés par le litige. Ce qui conduit à disqualifier les dispositions de la loi applicable pour des motifs de contrariété à l'ordre public. Tous ces facteurs constituent des perturbations de la loi applicable freinant quelque peu ou entravant complètement son application. Ces bouleversements sont susceptibles d'intervenir en amont de la détermination de la loi applicable. Ils se matérialisent alors par l'ingérence de règles matérielles concurrençant la règle de conflit de lois (Section 1). Mais ils peuvent aussi se remarquer en aval, lorsqu'ils viennent troubler la mise en œuvre de la loi désignée compétente (Section 2).

SECTION 1. LES PERTURBATIONS DE LA REGLE DE CONFLIT DE LOIS

970. Lorsqu'elles entravent la mise en œuvre de la règle de conflit de loi, les règles matérielles justifient leur application soit par leur caractère impératif (§1), soit par leur champ d'application *rationae materiae* qui inclut le contentieux des négociations précontractuelles (§2).

§1. LES REGLES MATERIELLES IMPERATIVES : LES LOIS DE POLICE

971. Les textes applicables aux pourparlers internationaux connaissent des dispositions impératives. Les lois de police sont donc théoriquement applicables au contentieux né des tractations (A). Reste à savoir si elles s'appliquent en pratique à ce domaine spécifique (B).

A. L'APPLICABILITE DES LOIS DE POLICE EN MATIERE DE NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES

972. C'est à partir de la définition générale des lois de police (1) que s'est forgé son régime spécifique en matière de *culpa in contrahendo* (2).

1. LA DEFINITION GENERALE DES LOIS DE POLICE

973. L'application de la loi désignée compétente par la mise en œuvre de la règle de conflit de lois peut subir des perturbations dues à l'intervention de lois de police. Il est envisageable que le contentieux précontractuel intéresse une disposition impérative dont l'application est jugée particulièrement importante par un Etat donné pour des raisons politiques, économiques ou sociales¹⁴⁸⁰. En effet, certaines réglementations imposent le respect d'obligations pendant la phase de pourparlers ou prohibent l'adoption de certains comportements par les parties à la négociation. Ces règles reçoivent fréquemment la qualification de dispositions impératives dans l'ordre interne. Les parties ne peuvent pas y déroger par une clause contractuelle

¹⁴⁸⁰ Pour certains auteurs, les lois de police peuvent être assimilées aux lois d'application immédiate. Pour d'autres, à l'instar du Professeur P. MAYER, elles s'en distinguent. Toutes les lois de police constituent bien des lois d'application nécessaire, alors que l'inverse n'est pas forcément exact. Ces règles ont été simplement désignées comme telles par l'Etat qui les a édictées sans qu'une politique publique ne motive leur application concurrente, v. S. CLAVEL, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2012, pp. 86-87, n°171.

contraire. Reste à savoir si la soumission de la relation précontractuelle à une loi tierce permet d'échapper à l'application de ces dispositions. La question ne présente d'intérêt que dans l'hypothèse où la loi applicable au fond est une loi étrangère à l'ordre juridique concerné, puisque, dans le cas contraire, l'ensemble de ces dispositions, qu'elles soient impératives ou non, auront vocation à s'appliquer.

Le caractère impératif des dispositions dans l'ordre interne ne s'étend pas automatiquement à l'ordre international. En d'autres termes, toutes les dispositions impératives ne constituent pas des lois de police¹⁴⁸¹, bien heureusement. A défaut, le jeu de la règle de conflit de lois pourrait être constamment tenu en échec par l'intervention de loi tierce pour régir la situation en cause. Pour retenir une telle qualification, il est nécessaire que ces dispositions aient pour objectif la protection d'un intérêt particulier dont l'importance de sa préservation légitime l'exclusion de la loi normalement compétente¹⁴⁸². Tels sont les éléments constitutifs qui ressortent de la définition retenue par la Cour de justice des Communautés européennes, directement inspirée de la célèbre définition du Professeur Francescakis¹⁴⁸³. A l'occasion de l'arrêt *Arblade*¹⁴⁸⁴, la Cour a en effet défini les lois de police comme des dispositions nationales « dont l'observation est jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou localisée dans celui-ci ».

974. Bien que l'arbitre bénéficie d'une plus grande liberté dans l'application des lois de police que le juge étatique, il ne reste pas indifférent à leur intervention. L'arbitre considère en effet qu'il répond de sa mission de rendre une sentence conforme à l'état du droit positif. Mais surtout, il lui appartient de veiller à l'efficacité de sa sentence. Celle-ci pourrait se voir refuser l'exequatur dans l'hypothèse où les lois de police de l'Etat requis n'étaient pas respectées. Il est donc essentiel pour l'arbitre de considérer les dispositions impératives qui auront une vocation légitime à s'appliquer, de part leur nature mais aussi des liens qu'elles entretiennent avec le litige¹⁴⁸⁵. La sentence ne présente un intérêt à recevoir exequatur que dans les Etats présentant un lien avec le contentieux ou sur le territoire desquels sont présents des actifs à saisir. Le plus souvent, il s'agira de l'Etat du domicile du défendeur condamné pour obtenir l'exécution forcée de la sentence et la saisine du montant des dommages-intérêts

¹⁴⁸¹ T.VIGNAL, *Droit international privé*, 2^{ème} éd., Armand Collin, 2011, pp. 44 et s, nos 61 à 64.

¹⁴⁸² Comp. H. MUIR WATT, « les limites du choix : dispositions impératives et internationalité du contrat », in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, S. CORNELOUP, N. JOUBERT (dir.), 2011, Litec, p. 341, l'auteur relève à juste titre que la distinction entre le supplétif et l'impératif s'efface au profit du constat que la réalisation de la politique poursuivie est de nature à exiger son application au cas d'espèce.

¹⁴⁸³ « Lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique », *Rép. Dalloz de droit international*, v° *Conflit de lois*, n° 137; Comp. définition retenue par le Règlement Rome I, art. 9, al. 1, « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ».

¹⁴⁸⁴ CJCE, 23 nov. 1999, *Aff. C-369/96*, arrêt *Arblade*.

¹⁴⁸⁵ Par exemple, en matière d'application du droit communautaire de la concurrence, Sent. CCI n° 7181 en 1992, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 6, n° 1, mai 1995.

fixés par la sentence, ou bien le lieu d'exécution du contrat pour faire cesser une atteinte aux intérêts de la partie victime¹⁴⁸⁶.

Il est rare que ces dispositions déclarent expressément leur application immédiate dans l'ordre international. Il appartient le plus souvent à la jurisprudence d'apprécier si l'intérêt protégé justifie la qualification de loi de police. Cependant, ce titre ne leur confère pas une applicabilité *de facto* mais simplement une vocation à s'appliquer immédiatement au rapport en cause. En effet, leur mise en œuvre ne s'impose pas automatiquement au juge ou à l'arbitre saisi du litige. En matière de *culpa in contrahendo* contractuelle, la Convention de Rome et le Règlement Rome I prévoient un régime spécifique au traitement des lois de police. Concernant les hypothèses délictuelles de la responsabilité précontractuelle, certaines dispositions ont été spécialement prévues par le Règlement Rome II; à défaut, le droit commun sera applicable.

2. LE REGIME DES LOIS DE POLICE EN MATIERE DE *CULPA IN CONTRAHENDO*

975. Puisqu'elles viennent contrarier la mise en œuvre de la règle de conflit de lois compétente, les lois de police répondent à la même dualité de régime que ladite règle de conflit. Il peut ainsi être distingué entre le régime des lois de police en matière de *culpa in contrahendo* contractuelle (a) et délictuelle (b).

a. Le régime des lois de police en matière de *culpa in contrahendo* contractuelle

976. En matière contractuelle, les articles 7 de la Convention de Rome et 9 du Règlement Rome I distinguent entre les lois de police du for et les lois de police étrangères. Si en vertu des articles 7, alinéa 2, et 9, alinéa 2, les lois de polices appartenant à l'ordre juridique du juge saisi sont d'application systématique¹⁴⁸⁷, le respect des lois de polices étrangères reste à la libre appréciation du juge. Leur application est ainsi subordonnée à la réalisation de certaines conditions fixées aux articles 7, alinéa 1, et 9, alinéa 3. En effet, le juge reste libre de donner ou non effet à de telles dispositions en s'appuyant pour cela sur l'analyse de « leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application »¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸⁶ Sur l'intervention des lois de police devant l'arbitre, v. Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001.

¹⁴⁸⁷ V. cependant les différentes intensités d'utilisation de l'article 7, alinéa 2, de la Convention de Rome par les différents juges des Etats membres de la Convention et notamment le recours fréquemment de l'article 7, alinéa 2, par les juridictions françaises pour protéger les consommateurs résidant en France (exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, n° 03-15.636, *Bull. civ. I*, n° 258) alors que ce procédé est récusé en Allemagne (BGH, 13 déc. 2005, XI ZR 82/05).

¹⁴⁸⁸ CE, 29 juin 1973, *Compagnie des wagons-lits*, *RCDIP* 1974, p. 344, concl. N. QUESTIAUX; *ibid.*, p. 273, Chron. Ph. FRANCESKAKIS; *Dr. Soc.* 1974, p. 42, note J. SAVATIER; *JDI* 1975, p. 538, note M. SIMON-DEPITRE; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., 2006, n° 53; Cass. soc., 19 mars 1986, *RCDIP* 1987, p. 544, note Y. LEQUETTE; Cass. soc., 19 oct. 1999, *RCDIP* 2000, p. 29, note P. LAGARDE; *JDI* 2000, p. 328, note J-B. RACINE, *D.* 2000, p. 765, note B.

De plus, la Convention de Rome, à son article 7, alinéa 1, impose l'existence d'un lien étroit entre le contrat et l'ordre juridique dont émane la disposition susceptible de s'appliquer au titre de loi de police, sans pour autant définir ce lien. Le Règlement Rome I encadre davantage l'intervention des dispositions impératives puisque son article 9, alinéa 3, les réduit « aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale ». Pourtant, les articles 3, alinéa 3, et 4, du Règlement Rome I offrent un champ d'application aux dispositions impératives. Ils disposent en effet que « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord. Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for ». Cependant, l'introduction des articles 3, alinéa 3, et 4, n'a pas pour objectif de permettre l'application de règles impératives présentant une vocation légitime à s'appliquer, mais plutôt d'encadrer le choix de loi des parties afin que le droit international privé ne devienne pas un « outil d'évasion du droit national »¹⁴⁸⁹. Cet objectif doit perdurer en matière de *culpa in contrahendo* délictuelle, puisque l'action en responsabilité précontractuelle relève à présent de la *lex contractus*.

b. Le régime des lois de police en matière de culpa in contrahendo délictuelle

977. Les situations établies avant l'entrée en vigueur du Règlement Rome II restent soumises au droit commun. De même que pour les lois de police en matière contractuelle, les lois de police du for s'imposent au juge qui ne peut s'affranchir de leur application. Cependant, sa liberté d'appréciation est recouvrée face à l'intervention d'une loi de police étrangère, puisqu'il pourra décider de l'appliquer à condition que l'existence d'un intérêt légitime soit démontrée et que la compétence de cette loi ne soit pas excessive¹⁴⁹⁰. Pour les litiges survenus après le 20 août 2007, le droit commun laisse place à l'application de l'article 16 du Règlement Rome II qui ne réserve l'intervention que des lois de police du for¹⁴⁹¹. Cette solution marque ainsi un recul dans la considération des lois de police, recul qui doit cependant être nuancé. Il peut tout d'abord être relevé que le jeu des lois d'application

AUDIT; *Contra* : Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, *RCDIP* 1991, p. 3534, 1^{ère} esp., note P. BOUREL, dans lequel le juge a refusé de qualifier de loi de police la loi de 1985 relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation.

¹⁴⁸⁹ L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165, n° 4.

¹⁴⁹⁰ V. Le jugement du tribunal d'arrondissement de La Haye du 17 sept. 1982, *affaire Sensor*, *RCDIP* 1983, p. 473, où le juge a refusé d'appliquer une loi étrangère au titre de loi de police visant un instaurer un embargo sur certaines marchandises.

¹⁴⁹¹ Pour une présentation générale de l'article, v. C. BRIERE, « le Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) », *JDI* 2008, p. 66.

immédiate se justifie moins en matière extracontractuelle qu'en matière contractuelle. La faiblesse de la jurisprudence sur ce point le démontre¹⁴⁹².

Concernant les lois de police, l'enjeu est notamment d'éviter que les parties ne cherchent à se soustraire aux dispositions impératives en élisant une loi tierce pour régir leur contrat. On pourrait alors arguer que l'article 12 du Règlement Rome II conduit à cette même voie d'évasion puisqu'il donne compétence à la loi du contrat conclu ou projeté. Cependant, il semble rare, voire même inconcevable, que les parties, en rédigeant la clause d'*electio juris*, aient expressément recherché la loi qui contenait les dispositions les plus protectrices en matière de contentieux précontractuel. A ce stade très avancé de la négociation au cours duquel intervient le choix de loi applicable au contrat, les parties se sont déjà projetées dans l'exécution du contrat et n'envisagent plus de rupture des pourparlers. Elles se concentreront donc sur les dispositions les plus adaptées au contrat afin de faciliter son exécution, sans s'inquiéter de la loi applicable aux pourparlers. A défaut, si les parties restaient encore figées dans la crainte de la survenance d'un quelconque dommage précontractuel à leur égard, alors elles chercheraient effectivement à soumettre cette phase de pourparlers à une loi applicable favorable. Mais ce choix de loi applicable aux négociations interviendra dans un accord précontractuel qui relèvera de la matière contractuelle et soumis ainsi soumis au Règlement Rome I qui conserve le jeu des lois de police étrangères. L'intervention de ces dispositions en matière extracontractuelle n'est donc pas indispensable.

978. De plus, les seules dispositions impératives présentant une vocation à s'appliquer seront celles du lieu du dommage et du fait générateur. Or, l'article 5-3 du Règlement Bruxelles I ouvre au demandeur une option de compétence en faveur de ces deux juridictions. Ces dispositions sont donc susceptibles d'être considérées au titre de loi de police du for par le juge qui sera saisi. L'ouverture à l'application des lois de police étrangères ne semble donc pas justifiée. Il faut enfin relever que l'article 14 du Règlement Rome II ouvrant aux parties la faculté d'élire la loi applicable à leur litige précontractuel a fait l'objet d'un encadrement identique à celui prévu par le Règlement Rome I aux articles 3, alinéa 3, et 3, alinéa 4¹⁴⁹³. L'absence de considération des lois de police étrangères par le Règlement Rome II doit donc être relativisée puisque l'intégration d'une clause d'*electio juris* ne pourra pas faire échec au jeu des dispositions impératives de la loi présentant les liens les plus étroits avec la situation dommageable auxquelles les parties auraient pu être tentées de se soustraire par l'élection d'une loi tierce.

¹⁴⁹² V. notamment Cass. civ. 2^{ème}, 3 juin 2004, n° 02-12.989; *Bull. civ.* II, n° 265; *RCDIP* 2004, p. 750, note D. BUREAU; Cass. civ. 2^{ème}, 25 janv. 2007, n° 05-19.700; *Bull. civ.* II, n° 17; *JDI* 2007, p. 943, note G. LEGIER; *RCDIP* 2008, p. 595, note M. LAAZOUZI; O.BOSKOVIC, *Rép. Dalloz Droit international*, Le règlement Rome II, n° 120.

¹⁴⁹³ Art. 14, alinéa 2 et 3, Règlement Rome II : « 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. Lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties de la loi d'un pays tiers ne peut, le cas échéant, porter atteinte à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il ne peut être dérogé par un accord, et telles qu'elles ont été mises en œuvre dans l'État membre du for ».

Par conséquent, quelle que soit leur nature contractuelle ou délictuelle, les pourparlers peuvent susciter l'intervention de lois de police. Il est donc à présent possible de s'intéresser à leur application concrète au contentieux précontractuel.

B. L'APPLICATION DES LOIS DE POLICE EN MATIERE DE NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES

979. Les litiges générés au cours de la période précontractuelle peuvent connaître de l'application de certaines dispositions impératives. Trois exemples seront développés pour illustrer leur intervention¹⁴⁹⁴.

1. L'OBLIGATION D'INFORMATION DU FRANCHISEUR

980. La loi Doubin du 31 décembre 1989 a introduit l'article L 330-3¹⁴⁹⁵ au sein du Code de commerce. Elle impose au franchiseur une obligation de fournir une information sincère et la plus complète possible pour garantir ou assurer un consentement libre et éclairé du franchisé. Cet échange a pour objet de permettre à chaque partie de confirmer sa décision de collaborer. La jurisprudence contrôle l'effectivité de la transmission des informations au cours des pourparlers. Elle sanctionne par la résiliation, les manquements au devoir d'information qui atteindraient le consentement du franchisé¹⁴⁹⁶, mais reste neutre à l'égard des autres réticences¹⁴⁹⁷. Le respect d'une telle obligation sécurise ainsi les transactions lors des pourparlers et permet de préserver la validité des contrats. Il apparaît opportun que ces dispositions protectrices puissent trouver application quelle que soit la loi applicable au contrat pour que soit imposée la délivrance d'un minimum d'informations. Pour ce faire, il est

¹⁴⁹⁴ Pour d'autres exemples en droit étranger, v. pour le droit portugais : D. MOURA VICENTE, « *Precontractual liability - a portuguese perspective* », *RabelsZ.* 2003, pp. 699 à 725, spéc. p. 721.

¹⁴⁹⁵ Art L 330-3 C. com. : « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités. [...] »

¹⁴⁹⁶ Cass. com., 6 mai 2003, *RJDA* 2003, n° 1169 (présentation imprécise du projet de franchise, absence d'information sur le marché local, compte prévisionnel irréaliste); CA Paris, 17 janv. 1992, *D.* 1992, IR p. 101; Trib. com. Paris, 22 déc. 1992, *Gaz. Pal.* 1994, n° 2, Somm. p. 757; Cass. com., 11 févr. 2003, *BRDA* 2003, n° 5, p. 5; CA Versailles, 7 févr. 2002, *JCP* 2003, II, 10127, note J-P. VIENNOIS; CA Paris, 4 déc. 2003, *CCC* 2004, n° 75, obs. L. LEVENEUR, *LPA*, 1^{er} oct. 2004, note O. TIQUANT.

¹⁴⁹⁷ CA Paris, 26 mars 1992, *RJDA* 1992, n° 576; Trib. com. Paris, 28 oct. 1992, *JCP* 1993, IV, p. 358; CA Toulouse, 13 janv. 2000, *D.* 2000, AJ, p. 261; Cass. com., 10 janv. 1995, *RJDA* 1995, n° 561; Cass. com., 11 févr. 2003, *D.* 2003, p. 2304, note H. KENFACK, *LPA*, 17 sept. 2003, note V. PERRUCHOT-TRIBOULET, *Cah. dr. entr.* 2003, n° 5, p. 41, obs. D. MAINGUY; CA Toulouse, 26 janv. 2006, *Lettre distrib.* mai 2006, p. 4.

nécessaire que soit reconnu à l'article L330-3 un caractère de loi de police. C'est sur cette question qu'avait été interrogée la Cour d'appel de Paris le 30 novembre 2001. La Cour y avait pourtant répondu par la négative en considérant que ces dispositions n'avaient la valeur que de loi protectrice d'ordre public interne et n'étaient pas une loi de police applicable dans l'ordre international¹⁴⁹⁸.

2. LA RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES

981. L'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce a pour objet de condamner les ruptures brutales des relations commerciales établies¹⁴⁹⁹. Se pose tout d'abord la question de savoir si cette disposition a vocation à s'appliquer aux négociations précontractuelles. En effet, cette disposition ne vise que les « relations commerciales établies », sans préciser si elles doivent impérativement présenter une nature contractuelle. Il semblerait que le législateur ait souhaité condamner par ce biais toute rupture préjudiciable de relations commerciales lorsque l'une des parties agit de mauvaise foi. L'exigence d'un contrat ne semble donc pas une condition nécessaire. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence en acceptant d'appliquer l'article L. 442-6, I, 5°, à une relation précontractuelle stable¹⁵⁰⁰. En l'espèce, deux sociétés italiennes, filiales d'un même groupe, avaient confié par contrat à un mandataire la représentation exclusive de leurs produits en vue de leur commercialisation en France. Ce dernier étant tombé malade, le demandeur avait proposé aux mandants ses services de prospection. Après plusieurs réunions et échanges écrits et verbaux, les négociations ont échoué. Dans le cadre de la restructuration du groupe de sociétés, le transfert du contrat de mandat au demandeur n'a pas été retenu. Ce dernier a alors saisi les juridictions françaises afin que soit constatée l'existence d'un contrat direct d'agent commercial entre lui et les sociétés mandataires et, à titre subsidiaire, que soit reconnue la rupture abusive de relations commerciales établies. Après avoir été condamnés à indemniser le demandeur pour rupture abusive, les mandataires ont formé un pourvoi devant la Chambre commerciale de la Cour de cassation en faisant valoir que l'effectivité de l'article L. 442-6, I, 5° était subordonnée à la constatation de relations commerciales « établies », et que tel n'était pas le cas lorsque la relation se limitait à des négociations précontractuelles. La Cour, en rejetant le pourvoi, a étendu le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° aux pourparlers précontractuels.

S'il est à présent certain que ces dispositions du Code de commerce sanctionnent les ruptures brutales lors des négociations, reste à s'interroger sur leur portée au niveau international. Pour que leur applicabilité soit assurée et ne soit pas tenue en échec par la compétence d'une loi tierce, il est nécessaire qu'elles reçoivent la qualification de lois de police. Cette

¹⁴⁹⁸ CA Paris, 30 nov. 2001, *Lettre distrib.*, Févr. 2002, p. 2.

¹⁴⁹⁹ Art. L. 442-6, I, 5° C. com : Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : [...]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.

¹⁵⁰⁰ Cass. com., 5 mai 2009, *CCC* 2009, n° 191, obs. N. MATHEY; *RLC* juill.-sept. 2009, p. 40, obs. M. BÉHAR-TOUCHAIS, *RDL* 2009, n° 3, p. 100, obs. M-C. MITCHELL.

reconnaissance a été admise par la jurisprudence qui accepte d'appliquer les dispositions protectrices de l'article L. 442-6, I, 5°, même si le contrat est soumis à une loi étrangère, dès lors qu'il présente des attaches suffisantes avec la France¹⁵⁰¹. En combinant ces deux jurisprudences¹⁵⁰², il est possible de considérer que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5°, seront applicables au titre de loi de police à l'hypothèse d'un contentieux précontractuel international.

3. LES MESURES D'EMBARGO

982. Certaines décisions politiques prises au niveau d'un Etat ou d'une coalition ont pour objectif de circonscrire ou de prohiber des conventions déterminées. Ces restrictions répondent à des finalités politiques et cherchent à exercer une pression sur les Etats contre lesquels ces mesures sont dirigées¹⁵⁰³. *A priori*, la présence d'un embargo restreignant la conclusion de certaines conventions intéresse soit la validité dudit contrat, l'interdiction frappant son objet d'illicéité, soit son caractère exécutoire puisque l'embargo entrave sa mise en œuvre¹⁵⁰⁴. Dans tous les cas, l'embargo ne semble pas concerner la phase de l'avant-contrat, puisqu'il ne paraît pas générer de contentieux de nature précontractuelle. Pourtant, dès lors que l'efficacité du contrat projeté est atteinte, se pose la question des conséquences de l'existence d'un embargo sur les négociations précontractuelles d'une convention tombant sous la prohibition d'une telle mesure restrictive¹⁵⁰⁵.

Les mesures d'embargo intéressent de façon évidente les hypothèses de *culpa in contrahendo* contractuelle. En effet, lorsqu'une partie cherche à faire reconnaître la formation du contrat par la démonstration de l'acceptation d'une offre, l'assentiment donné à une proposition de contracter portant sur un objet rendu illicite par l'existence d'un embargo peut entraver l'aboutissement positif d'une telle action. Certes, la reconnaissance de la formation du contrat peut être obtenue dès lors que l'acceptation épouse les termes de l'offre. Cependant, l'embargo atteint la validité dudit contrat reconnu. Ce qui conduit finalement à l'exercice d'une action pratiquement inutile. De même, l'action portant sur un manquement précontractuel conduisant à invalider le contrat, à l'instar de la révélation d'informations erronées portant sur un élément essentiel du contrat conclu, ne présente aucun intérêt sur un plan stratégique puisque l'existence de l'embargo permet déjà d'invalider le contrat.

¹⁵⁰¹ CA Lyon, 30 avr. 2008, CCC 2009, n° 8, obs.N. MATHEY; Comp. CA Colmar, 6 déc. 2006, Bull.civ.I, n° 233, qui juge que l'art. L. 442-6 ne peut pas s'appliquer aux relations commerciales internationales composées d'une série de ventes particulières soumise à la Convention de Vienne de 1980 sur les ventes internationales; Décision cassée par Cass. com., 21 oct. 2008, JCP E 2009, n° 19, p. 26, obs. D. MAINGUY; CCC 2009, n° 8, obs. N. MATHEY; RDC 2009, p. 197, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS; RLDA déc. 2008, p. 45, obs. C. ANADON, *Lettre distrib.* déc. 2008, p. 4.

¹⁵⁰² Cass. com., 5 mai 2009 et CA Lyon, 30 avr. 2008, voir notes citées *supra*.

¹⁵⁰³ V. Pour une réflexion sur les rapports entre les mesures d'embargo et l'arbitrage international, v. J.-B. RACINE, « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo - A propos de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec du 31 ars 2003 », *JDI* 2004, p. 90.

¹⁵⁰⁴ V. aussi les effets de l'embargo sur les intérêts sur les sommes allouées aux parties : Sent. CCI n° 7575 en 2002, *JDI* 2001, n°4, Chron.9.

¹⁵⁰⁵ En ce sens, v. B. GRELON, C.-E. GUDIN, « Contrats et crise du Golfe », *JDI* 1993, p. 634.

983. En matière de *culpa in contrahendo* délictuelle, les effets de l'embargo se présentent de manière moins criante. La question concerne la possibilité d'une indemnisation de la victime d'une rupture des pourparlers lorsque les tractations portent sur un contrat concerné par une mesure d'embargo. Le problème se concentre au niveau de l'existence d'un préjudice indemnisable. Il semble rester inexistant puisque, même en l'absence de rupture, le contrat n'aurait jamais pu se réaliser. Certes, la jurisprudence observe une tendance à indemniser les pertes subies par les négociations. Cependant, ces pertes n'ont pas pour origine la rupture mais l'impossibilité du contrat négocié. En d'autres termes, les frais engagés dans les tractations étaient déjà condamnés à être perdus dès lors que le contrat restait inefficace quel que soit l'aboutissement des négociations.

La seule hypothèse pouvant faire basculer cette neutralité de la rupture résulte de l'absence de connaissance, par la victime, de l'existence de l'embargo. Mais cette supposition ne semble pas envisageable. En effet, soit les pourparlers sont suffisamment avancés pour que la rupture crée un préjudice et, dans ce cas, les parties disposaient du temps nécessaire pour apprécier la faisabilité de leur convention; d'autant que les parties aux négociations agissent en qualité de professionnels du commerce international et que les mesures d'embargo font l'objet de publicité suffisante pour permettre leur connaissance. Soit, les pourparlers n'en étaient encore qu'à leurs balbutiements et, dans cette hypothèse, aucun préjudice indemnisable ne peut être relevé.

984. Dans la même lignée, il peut être envisagé que l'une des parties recherche la responsabilité précontractuelle dans les négociations de son partenaire qui ne l'aurait pas informée de l'existence de telles mesures restrictives. Or, une telle action se heurte également au caractère public des informations retenues. En effet, il semble très douteux que les mesures d'embargo ne se soient accompagnées d'aucune publicité permettant de porter l'existence de ces restrictions à la connaissance de tous les professionnels du commerce international. Dans ce cas, il ne peut être reproché à l'une des parties de ne pas avoir révélé une information portant sur un fait notoire. Deux interprétations de la situation peuvent alors être envisagées. Soit la partie qui se prétend victime d'un manquement à une obligation précontractuelle d'information a manqué elle-même de diligence en ne remplissant pas son devoir de renseignement personnel; dans ce cas, la responsabilité précontractuelle doit être écartée sur le fondement de l'absence d'obligation d'information portant sur un fait notoire. Soit la partie demanderesse cherche à obtenir réparation alors qu'elle avait connaissance, lors des pourparlers, de l'existence de l'embargo; ce qui conduit finalement à l'hypothèse d'une demande en réparation d'un préjudice dont la victime connaissait le risque de survenance. L'exigence de bonne foi ne peut permettre d'aboutissement favorable à une telle action. Par conséquent, que la demanderesse soit de bonne foi, victime de son ignorance fautive, ou de mauvaise foi, l'existence de l'embargo ne peut lui permettre d'obtenir réparation d'un quelconque dommage précontractuel.

En conclusion, il est possible de retenir que l'existence de mesures d'embargo influence en théorie le contentieux des négociations puisqu'il convertit le contrat négocié en projet utopique. Cependant, ces mesures restrictives interviennent dans un contexte professionnel où ces informations publiques sont reconnues. Elles ne génèrent donc aucune conséquence

pratique sur la gestion du contentieux des pourparlers précontractuels. Si les mesures d'embargo restent indifférentes en pratique, tel n'est pas le cas de l'ensemble des règles impératives puisque certaines lois de police sont susceptibles d'entraver la mise en œuvre normale de la règle de conflit. Cette perturbation ne reste pas circonscrite à l'ingérence des lois de police, elle s'étend également à l'intervention de règles matérielles dépourvues de caractère impératif.

§2. LES REGLES MATERIELLES NON IMPERATIVES

985. La mise en œuvre de la règle de conflit de lois est susceptible d'être concurrencée par l'intervention de règles matérielles. Il n'est pas évident de dégager ces règles applicables à la *culpa in contrahendo*. Certaines s'y rapportent de façon manifeste, en consacrant notamment l'hypothèse de la rupture des pourparlers, alors que d'autres s'intéressent à la phase précontractuelle de manière moins évidente, telles les dispositions relatives à la réception de l'offre et l'acceptation. La présence de ces règles ne présume cependant pas de leur applicabilité au contentieux né des négociations, puisqu'elles nécessitent en principe qu'un contrat ait été conclu. Or, l'intervention de la nouvelle règle de conflit, l'article 12 du Règlement Rome II, qui a vocation à gommer le fossé entre le contractuel et le délictuel, relance le débat de l'applicabilité de certaines de ces règles matérielles à la *culpa in contrahendo*. C'est pourquoi, après avoir déterminé l'ensemble des règles existantes intéressant le contentieux précontractuel (A), il sera nécessaire de s'interroger sur leur applicabilité à la *culpa in contrahendo* (B).

A. L'EXISTENCE DE REGLES NON IMPERATIVES EN MATIERE DE NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES

986. La présentation des règles matérielles non impératives concernant le contentieux né des pourparlers peut adopter la distinction classique entre les règles dépourvues de caractère contraignant, ou *soft law* (1), et les dispositions contraignantes, d'origine conventionnelle, qui sont regroupées, pour l'essentiel, sous la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (2).

1. LA *SOFT LAW*

987. Les règles non contraignantes peuvent être exposées à travers la division traditionnelle répartissant les principes codifiés (a) et non codifiés (b).

a. Les principes codifiés

988. Sous le vocable de « principes codifiés », ce sont essentiellement les Principes UNIDROIT qui sont visés. En effet, leurs concurrents – et l'on pense surtout ici aux Principes européens du droit des contrats – s'inspirent très fortement des Principes UNIDROIT, si bien que certaines de leurs dispositions se confondent¹⁵⁰⁶.

Les dispositions des Principes UNIDROIT relatives au contentieux précontractuel se regroupent sous deux corps de règles distincts. Le premier, relatif à la *culpa in contrahendo* délictuelle, intéresse la mauvaise foi et l'obligation de confidentialité dans les négociations (i), alors que le second concerne l'hypothèse contractuelle de la formation du contrat et traite ainsi de la rencontre entre l'offre et l'acceptation (ii).

i. La mauvaise foi et l'obligation de confidentialité dans les négociations

989. En vertu de l'article 2.15 des Principes UNIDROIT, « 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. »¹⁵⁰⁷

Le ton est donc donné : les négociations précontractuelles se déroulent sous l'égide de la liberté contractuelle qui reste néanmoins encadrée par la sanction des comportements de mauvaise foi. La vision libérale des Principes est visible à travers le choix de la sanction de la mauvaise foi, plutôt que l'exigence de bonne foi¹⁵⁰⁸. Pour apprécier cette mauvaise foi, l'article 2.15 prévoit expressément un exemple de mauvaise foi : lorsqu'une partie poursuit des négociations sans l'intention de parvenir à un accord. De plus, le commentaire des Principes indique qu'un tel comportement peut être également caractérisé dans les cas «dans lesquels une partie a délibérément, ou par négligence, induit en erreur l'autre partie quant à la nature des clauses du contrat.» L'article apporte donc quelques précisions en réunissant à la fois le devoir de loyauté et de correction et le devoir d'information¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁶ Comp. le cadre commun de référence dont l'influence reste encore incertaine. V. sur ce point : F. ZOLL, « The draft Common Frame of Reference as an Instrument of Autonomous Qualification in the Context of the Rome I Regulation », in *Rome I Regulation : The law applicable to contractual obligations in Europe*, F. FERRARI, S. LEIBLE (eds), NCIM, 2009, p. 17.

¹⁵⁰⁷ Comp. art. 2 : 301 PDEC : Négociations contraires 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) 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 » ; v. D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.* 2007, p. 2959.

¹⁵⁰⁸ M. SUCHANKOVA, « Les Principes UNIDROIT et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations », *RDAI* 1997, n° 6, p. 691.

¹⁵⁰⁹ M. SUCHANKOVA, précité.

990. Ce devoir d'information est renforcé par la protection accordée par les Principes aux données révélées au cours des pourparlers. C'est l'objet de l'article 2.16 qui interdit à la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, de la divulguer ou de l'utiliser de façon indue à des fins personnelles, et ce qu'il y ait ou non conclusion du contrat. L'article précise également que 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 partie¹⁵¹⁰. A noter qu'il appartient toujours aux parties de fixer le degré de cette obligation de confidentialité puisque c'est à elles que revient la tâche de déclarer expressément que la donnée révélée est placée sous le sceau de la confidentialité¹⁵¹¹.

ii. Le traitement de l'offre et l'acceptation

991. Les Principes UNIDROIT prévoient un encadrement de la formation du contrat par des dispositions réglant la rencontre entre l'offre et l'acceptation aux articles 2.1.1 et suivants. L'application de ces Principes à la relation établie entre les parties permet ainsi de déterminer si une proposition revêt bien la valeur d'une offre ou si le comportement de son destinataire entraîne son acceptation. Les Principes s'intéressent également à l'un des points délicats du contentieux précontractuel : la question du retrait anticipé de l'offre. Sur ce point, les Principes opèrent une distinction pertinente entre rétractation et révocation de l'offre. Ainsi, la rétractation de l'offre constitue une faculté permanente de son auteur dès lors qu'elle intervient avant ou concomitamment à la réception de l'offre par le bénéficiaire¹⁵¹². La révocation est, elle, prohibée lorsque son auteur l'a expressément enfermée dans un délai stipulé ou si le destinataire est raisonnablement fondé à croire que l'offre est irrévocable et a agi en conséquence¹⁵¹³. Il faut cependant relever que cette réglementation de la formation du contrat reste lacunaire puisqu'elle ne prévoit expressément aucune sanction. La lecture des Principes qui indiquent que l'offre ne peut être révoquée laisse supposer qu'à cette interdiction doit être associée le maintien forcé de la proposition de contracter. Mais à défaut de précision, cette sanction ne résulte encore que de l'interprétation du texte. Sur ce point, les Principes européens du droit des contrats n'apportent guère plus de précision, puisque leur rédaction s'apparente en tous points aux Principes UNIDROIT¹⁵¹⁴. L'intervention des principes codifiés dans la gestion du contentieux précontractuel n'est donc pas suffisante pour

¹⁵¹⁰ Comp. art. 2.302 PDEC : Manquement à la confidentialité : « Lorsqu'une information confidentielle est donnée par une partie au cours des négociations, l'autre est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser à ses propres fins, qu'il y ait ou non conclusion du contrat. Le manquement à ce devoir peut ouvrir droit à la réparation du préjudice souffert et à la restitution du profit qu'en aurait retiré l'autre partie ».

¹⁵¹¹ S. VOGENAUER, J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, 2009, p. 307.

¹⁵¹² Art. 2.1.3 (b) Principes UNIDROIT.

¹⁵¹³ Art. 2.1.4 Principes UNIDROIT.

¹⁵¹⁴ Article 2:202: Révocation de l'offre « (1) L'offre peut être révoquée si la révocation parvient à son destinataire avant que celui-ci n'ait expédié son acceptation ou, en cas d'acceptation du fait du comportement, avant que le contrat n'ait été conclu en vertu des alinéas (2) ou (3) de l'article 2:205.

(2) L'offre faite au public peut être révoquée de la même façon qu'elle avait été faite. (3) La révocation est cependant sans effet (a) si l'offre indique qu'elle est irrévocable, (b) ou fixe un délai déterminé pour son acceptation, (c) ou si son destinataire était raisonnablement fondé à la considérer comme irrévocable et s'il a agi en conséquence ».

répondre à toutes les interrogations qu'il suscite. Ces principes codifiés ne constituent qu'une partie de la *soft law* intéressant les pourparlers, l'autre partie étant composée de principes non codifiés.

b. Les principes non codifiés

992. Certaines décisions arbitrales ont révélé l'existence de principes généraux anationaux qui imposent dans les relations commerciales internationales le respect d'un devoir de bonne foi dans les négociations précontractuelles¹⁵¹⁵. Cette exigence de bonne foi conduit les parties à répondre à une obligation précontractuelle d'information, en délivrant les informations nécessaires à garantir le consentement éclairé de leurs partenaires respectifs¹⁵¹⁶. Elle prévoit également la révélation de tractations parallèles avec des tiers. Mais ces devoirs précontractuels de bonne conduite entraînent également les parties à adopter des comportements plus actifs dans le respect de la bonne foi. Ces devoirs constituent en effet de véritables usages de coopération¹⁵¹⁷. Ils imposent ainsi bien des obligations de ne pas faire, comme l'absence d'engagement de tractations parallèles, que des obligations de faire, telles que dévoiler des informations nécessaires au consentement de l'autre partie¹⁵¹⁸. Ainsi, les parties auraient également pour obligation de révéler à leurs partenaires l'inopportunité ou l'inutilité du projet contractuel envisagé qui fait l'objet des négociations. Les principes non codifiés connaissent donc des règles encadrant les négociations précontractuelles. La généralité de leur règle leur permet un large champ de compétence qui s'étend de la responsabilité précontractuelle à la formation effective du contrat, contrairement au droit conventionnel qui ne bénéficie que de quelques règles restreintes en matière de pourparlers.

2. LES REGLES D'ORIGINE CONVENTIONNELLE

993. Le droit conventionnel est essentiellement composé de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Son champ d'application en matière de contentieux précontractuel est donc, par définition, déjà réduit à l'existence de tractations portant sur le projet de conclusion d'une vente¹⁵¹⁹. Cette convention ne trouve pas à s'appliquer si les

¹⁵¹⁵ Sent. CCI 26 oct. 1979 : « L'un des principes qui inspirent cette dernière est celui de la bonne foi qui doit présider à la formation et à l'exécution des contrats. », *Rev. arb.* 1983, p. 530; V. aussi Sent. CCI n° 2291 en 1975, *JDI* 1983, p. 989, obs. Y. DERAÏNS; Sent. CCI n° 5062, *JDI* 1987, p. 1039, obs. Y. DERAÏNS; TGI Paris, 4 mars 1981, *Norsolor JDI* 1981, p. 236, note Ph. KAHN : approuvant les arbitres qui «ont retenu, au titre des principes généraux des obligations applicables dans le commerce international, la bonne foi qui doit présider à la formation et à l'exécution des contrats...».

¹⁵¹⁶ J.-M. MOUSSERON, « *Lex mercatoria* : Bonne ou mauvaise idée ? », *Mélange L. BOYER*, Presses univ sciences sociales, Toulouse, 1995, p. 469.

¹⁵¹⁷ O. FILALI, Les principes généraux de la *lex mercatoria* : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, *Bibl. dr. Privé*, tome 224, LGDJ, 1992, pp. 12 et s.

¹⁵¹⁸ F. DIESSE, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », *RDAI* 1999, n° 7, p. 737.

¹⁵¹⁹ Sur la définition de la vente, v. Ph. KAHN, « Introduction générale : qu'est-ce que la vente ? », *RDAI* 2001, n° 3/4, p. 241.

parties aux négociations projettent de conclure un autre type de contrat. A première vue, il semble surprenant d'envisager l'application de la Convention de Vienne à la gestion des pourparlers, alors que cette dernière ne prévoit aucune disposition portant sur les négociations. En effet, il n'existe au sein du texte aucune ligne imposant une obligation quelconque durant la période de l'avant-contrat ou traitant de la confidentialité des documents échangés lors des pourparlers. Cependant, la Convention de Vienne contient certaines dispositions susceptibles de contribuer au traitement des litiges précontractuels. Il s'agit des articles 14 à 24 qui définissent et encadrent la rencontre de l'offre et l'acceptation¹⁵²⁰. La Convention semble donc ignorer les hypothèses délictuelles de *culpa in contrahendo*, mais s'inquiéter du traitement des questions d'ordre contractuel. Pourtant, l'article 4 de la Convention indique que cette dernière régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations naissant d'un tel contrat. Il précise encore que le domaine de la Convention ne s'étend pas à la validité du contrat. Ce qui permet de déduire que le champ d'intervention de la Convention se réduit encore davantage. Non seulement aucune disposition ne traite de la *culpa in contrahendo* délictuelle, mais les hypothèses de *culpa in contrahendo* contractuelle sont circonscrites aux questions relatives à la réception de l'offre et de l'acceptation. Il n'existe pas, d'après la Convention, de règles venant sanctionner la validité du contrat lorsqu'elle est atteinte par un manquement à une obligation précontractuelle. En tous cas, même si ces dispositions manquent cruellement d'exhaustivité, elles n'en sont pas moins présentes et susceptibles d'intervenir dans la gestion du contentieux précontractuel.

994. La mise en œuvre de la règle de conflit de lois risque fortement d'être perturbée en matière de litiges précontractuels puisqu'il existe un nombre significatif de règles matérielles applicables à la période de l'avant-contrat. Reste à déterminer si ces règles existantes sont bien applicables au contentieux précontractuel.

B. L'APPLICABILITE DES REGLES NON IMPERATIVES EN MATIERE DE NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES

995. Les contentieux précontractuels relatifs aux questions attachées à l'existence et la validité du contrat, et qui compose la *culpa in contrahendo* contractuelle, ne présentent pas de difficulté. Les règles matérielles existantes leur seront applicables dès lors que le litige repose sur une question de nature contractuelle¹⁵²¹ : soit parce qu'il existe un contrat, soit parce que

¹⁵²⁰ V. de façon générale : V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, 2000, pp. 142 et s.

¹⁵²¹ Sauf pour la CVIM dont le champ d'application ne s'étend pas aux questions relatives à la validité de la vente en vertu des dispositions de son article 4.

c'est l'existence d'un contrat qui est discutée¹⁵²². Mais pour les litiges relevant de la *culpa in contrahendo* délictuelle, la question de l'applicabilité des règles matérielles revêt plus d'incertitude. En effet, l'applicabilité de ces règles est en principe subordonnée à l'existence d'un contrat (1). Néanmoins, l'intervention du Règlement Rome II risque de bouleverser ce fonctionnement (2).

1. L'APPLICABILITE DES REGLES MATERIELLES TRADITIONNELLEMENT LIEE A L'EXIGENCE D'UN CONTRAT

996. Sur cette question, les principes anationaux (a) et le droit conventionnel (b) répondent à des considérations distinctes.

a. Les principes anationaux

997. Qu'ils soient codifiés ou non, les principes du commerce international connaissent de la *culpa in contrahendo* délictuelle. Ils prévoient notamment une exigence de bonne foi dans les tractations¹⁵²³ et une confidentialité des révélations de données confidentielles effectuées au cours des pourparlers. Leur applicabilité dépend de règles différentes selon que le litige précontractuel relève de la compétence du juge étatique ou de la juridiction arbitrale.

Devant le juge étatique, les principes non étatiques n'ont vocation à s'appliquer qu'en tant que stipulations intégrées au contrat. En effet, le Règlement Rome II, suivant sur ce point son prédécesseur, la Convention de Rome, a choisi de circonscrire la *lex contractus* à l'élection d'une loi étatique. Par conséquent, lorsque les parties décident de soumettre leur contrat aux règles des principes du commerce international, et notamment les Principes UNIDROIT, le juge n'est pas dispensé de rechercher la loi applicable. Or, dans son raisonnement conflictualiste, le juge initie sa recherche par l'étape de qualification qui le conduit à déterminer la loi délictuelle pour résoudre la question précontractuelle qui lui est soumise. Mais, dès lors que la juridiction compétente applique la loi délictuelle, les Principes UNIDROIT ne trouvent pas place à s'appliquer. En effet, la *culpa in contrahendo* délictuelle a pour objet de sanctionner les comportements dommageables adoptés avant la conclusion du contrat. Il semble donc difficile de reconnaître dans ce cas l'applicabilité des Principes UNIDROIT¹⁵²⁴. Certes, il serait envisageable de considérer qu'à l'instar des Principes

¹⁵²² Sur ce point, v. chapitre précédent : le déclenchement de la compétence des règles non contraignantes est subordonnée à la volonté des parties exprimée à travers leur contrat ou par leur choix de soumettre leur litige à l'arbitrage.

¹⁵²³ D. TALLON, Le concept de bonne foi en droit français des contrats, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, n° 15, Rome, 1994, p. 2 : l'auteur relève que « les partisans de la *lex mercatoria* font de la bonne foi la base même de celle-ci »; V. aussi Y. DERAIS, note ss Sent. CCI n° 5953, JDI 1990, p. 1056.

¹⁵²⁴ O. MEYER, « The UNIDROIT Principles and their Impact on European Private Law », *Rev. dr. unif.* 2002, n° 4, p. 1223.

européens du droit des contrats¹⁵²⁵, tous les principes codifiés traitent la responsabilité précontractuelle en tant qu'accessoire du contrat que les parties projettent de conclure¹⁵²⁶. Cependant, ce type de contentieux intervient souvent lorsque les tractations se sont enrayées au point d'aboutir à un échec. Si bien qu'à défaut de contrat, aucune référence aux Principes UNIDROIT ne semble pouvoir justifier leur application¹⁵²⁷.

998. Lorsque le contentieux est présenté devant un tribunal arbitral, les obstacles subsistent mais se déplacent de la question de la loi applicable à celle de la compétence juridictionnelle¹⁵²⁸. En effet, les arbitres sont susceptibles de s'affranchir des règles étatiques pour appliquer directement une source anationale du droit. Reste cependant à établir la compétence de l'arbitre. Or, cette compétence est de nature conventionnelle et nécessite par conséquent la présence d'une convention d'arbitrage entre les parties à la négociation. En principe, l'arbitre ne peut pas statuer sur une question relevant de *culpa in contrahendo* délictuelle et, par extension, appliquer des règles non étatiques à ce contentieux. Cette incompétence peut néanmoins être renversée si deux conditions cumulatives sont réunies. La première condition impose l'existence d'un contrat sur lequel repose l'institution du tribunal arbitral. L'arbitre peut ainsi recouvrer sa compétence lorsque le contrat projeté, à l'origine du contentieux, est finalement conclu. C'est notamment le cas lorsqu'il apparait après la conclusion du contrat que l'une des parties a délivré des informations erronées au cours des pourparlers et que la portée de ces fausses révélations n'est pas suffisante pour atteindre la validité du contrat mais produit néanmoins un dommage. Il est également possible que les parties aient été liées par un contrat, ultérieurement à l'initiation des pourparlers. Dans ce cas, la compétence de l'arbitre pour statuer sur les relations contractuelles établies par ce contrat est susceptible de se prolonger aux négociations entamées sur un second contrat. La deuxième condition repose sur la volonté des parties d'étendre la compétence de l'arbitre au-delà du contrat existant, quel que soit ce contrat, jusqu'à la phase précontractuelle. Le tribunal arbitral peut ainsi voir son champ de compétence se prolonger en aval du contrat qui l'institue. Cette hypothèse soumise à des conditions restrictives réduit considérablement les chances qu'une question de nature précontractuelle soit tranchée par un tribunal arbitral. Ce qui conduit à limiter d'autant les sentences se prononçant sur ces questions à la lumière de principes du commerce international. Or, en l'absence de contentieux arbitral sur ce domaine

¹⁵²⁵ V. le commentaire des Principes européens du droit des contrats qui précise que « bien que dans plusieurs Etats membres, le dol soit une cause de responsabilité délictuelle, il est gouverné par les Principes s'il intervient dans un contrat régi par les Principes ».

¹⁵²⁶ M. OUDIN, « Un droit européen...pour quel contrat ? », *RIDC* 2007, n° 3, p. 476.

¹⁵²⁷ J. HUET, « les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes UNIDROIT : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *LPA* 1995, p. 8; V. dans le même sens, R. MARTY, « Conflits d'application entre les Principes UNIDROIT et la loi française applicable au contrat », *D. Aff.* 1997, p. 103; M. FURMSTON, « The UNIDROIT Principles and International Commercial Arbitration », *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts : A New Lex mercatoria ?*, Institute of International Business Law and Practice (éd.), 1995, p. 199.

¹⁵²⁸ Pour une étude plus complète de l'arbitrabilité du litige précontractuel, v. *supra*, nos 847 et s.

précontractuel, il reste délicat de relever des règles claires de la *lex mercatoria* sur la gestion de la phase précontractuelle¹⁵²⁹.

b. Le droit conventionnel

999. S'agissant de la compétence de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises pour traiter des litiges précontractuels de nature délictuelle, le problème se recentre sur la question du droit applicable. En effet, l'article 4 de la Convention limite le domaine de ses dispositions à l'existence d'une vente. Il semble donc indispensable qu'un contrat de vente ait été conclu, ou du moins, qu'une partie fasse valoir son existence. Cependant, l'article 7 de la Convention prévoit que les questions concernant les matières qu'elle régit et qui ne sont pas expressément tranchées par elle sont réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé¹⁵³⁰. Le renvoi à la loi nationale compétente pour statuer sur des questions non traitées de la Convention n'appelle pas de commentaire spécifique puisque ce système correspond à la répartition ordinaire entre règles matérielles et règles de conflit. La première hypothèse interpelle davantage puisqu'elle permet de combler les lacunes de la Convention en recourant aux principes généraux qui constituent sa source d'inspiration¹⁵³¹. Ce qui conduit à écarter une fois encore l'intervention de principe de la règle de conflit.

1000. La question se pose alors de savoir si cette faculté est susceptible d'étendre l'applicabilité de la Convention de Vienne aux contentieux relevant des *culpa in contrahendo* contractuelle et délictuelle¹⁵³². Deux interprétations sont possibles. La première consiste à retenir qu'en l'absence de dispositions relatives au traitement des négociations précontractuelles, la Convention de Vienne n'est pas applicable à ce type de contentieux. Il appartient alors à la règle de conflit de lois de retrouver son empire¹⁵³³ et de déterminer la loi compétente pour trancher les questions de nature précontractuelle¹⁵³⁴. Mais une seconde

¹⁵²⁹ V. J. PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage de la C.C.I. ». *Rev. Arb.* 1990, p. 96, qui relève sur ce point que ne peut être constatée l'existence de «normes transnationales sur le comportement précontractuel».

¹⁵³⁰ Sur cet article, v. V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, 2000, pp. 87 et s.

¹⁵³¹ D. M. GODERRE, « International Negotiations Gone Sour - Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention », *Cincinnati Law Review* 1997, p. 258. Disponible également sur *CISG Database*, cisgw3.law.pace.edu.

¹⁵³² A noter que dans les décisions existantes sur cette question, les juridictions ont appliqué directement le droit national applicable à la *culpa in contrahendo*, alors même que le contrat était soumis à la Convention de Vienne : v. notamment : *OLG Frankfurt am Main*, Allemagne, 4 mars 1994, *CLOUT* case n° 121. Disponible à l'adresse <http://international.westlaw.com>.

¹⁵³³ V. les critiques formulées à l'encontre de la réintroduction des législations nationales que les règles uniformes cherchent à éviter : Ph. KAHN, « La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *RIDC* 1981, p. 951.

¹⁵³⁴ Comp. la décision américaine *Federal District Court, New York, 23 août 2006, TeeVee Toons, Inc. et al. v. Gerhard Schubert GmgH*, *CISG-online* n°1272, citée par C. WITZ, « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises », *D.* 2008, p. 2620 : les juridictions américaines, appliquant la Convention de Vienne aux questions expressément traitées par elle, ont soumis les questions extracontractuelles à la loi nationale délictuelle.

interprétation est également envisageable. Certains auteurs, à l'instar du Professeur Bonell¹⁵³⁵, ont proposé que les questions de nature précontractuelle soient traitées par les principes généraux dont s'inspire la Convention, en vertu des dispositions de l'article 7. Il semble cependant qu'une distinction devrait être réalisée entre les hypothèses de *culpa in contrahendo* selon qu'elles sont expressément exclues de la Convention de Vienne ou simplement absentes. En effet, l'article 4 de la Convention de Vienne prévoit l'exclusion de son champ de compétence des questions relatives à la validité de la vente. Elle conduit ainsi à disqualifier le traitement de tous les manquements précontractuels qui tendent à invalider le contrat. C'est le cas de la transmission d'informations erronées ou lacunaires à l'origine d'un vice du consentement. Pour ces questions, il semble que la Convention doit s'effacer au profit de l'intervention de la règle de conflit de lois. Cependant, toutes les autres hypothèses de *culpa in contrahendo*¹⁵³⁶ pourraient être considérées par les principes généraux qui inspirent la Convention de Vienne. Cette interprétation, bien que soutenue par une doctrine prestigieuse¹⁵³⁷, reste néanmoins assez peu convaincante. En effet, la Convention ne semble pas s'intéresser à la phase précédant la formation du contrat ou, du moins, elle réduit son champ à la seule analyse de la rencontre de l'offre et l'acceptation. Or, l'absence de dispositions applicables aux pourparlers laisse supposer que la Convention de Vienne se consacre exclusivement au traitement des questions de nature contractuelle. Il paraîtrait ainsi plus conforme à l'esprit du texte de la Convention de renvoyer les questions de nature précontractuelle à la loi applicable aux négociations. Pourtant, l'intervention de Règlement Rome II a peut-être changé la donne. En dressant un pont entre le contractuel et le précontractuel, l'article 12 du nouvel instrument communautaire a peut-être permis une prise en considération de certaines règles matérielles en l'absence de contrat.

2. L'APPLICABILITE DES REGLES MATERIELLES REMISES EN QUESTION PAR L'INTERVENTION DU REGLEMENT ROME II

1001. A travers la disposition de l'article 12 dont le principe énoncé au premier alinéa conduit à opérer un renvoi de la loi applicable à la *culpa in contrahendo* délictuelle à la *lex contractus*, le Règlement Rome II gomme la frontière qui distinguait le domaine contractuel du domaine délictuel. Ce constat conduit à relancer le débat sur la nécessité d'un contrat pour que les règles matérielles trouvent à s'appliquer au contentieux précontractuel. Compte tenu de leur diversité de régime, la *soft law* (a) et le droit conventionnel (b) répondront de façon distincte.

¹⁵³⁵ M. J. BONELL, « Formation of contracts and precontractual liability under the Vienna Convention on international sale of goods », in *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Paris, Dossiers de la CCI, 1989, p 167.

¹⁵³⁶ Sont évidemment exclues les questions relatives à l'offre et l'acceptation auxquelles répondent les articles 14 et suivants de la Convention de Vienne.

¹⁵³⁷ V. M. J. BONELL, cité *supra*.

a. Les effets du Règlement Rome II sur l'applicabilité de la soft law

1002. Avant l'intervention du nouveau droit communautaire, le juge français retenait traditionnellement une qualification délictuelle du contentieux né des pourparlers¹⁵³⁸. Le litige né des pourparlers, de nature délictuelle, était donc traité par la loi délictuelle, indépendamment des stipulations auxquelles les parties auraient souhaité soumettre leur futur contrat. En cas d'échec des négociations, et dès lors que tout projet de contrat disparaît, aucune considération de la référence faite à certains principes généraux du commerce international ne peut être justifiée. Mais à présent le raisonnement du juge étatique adopte une position différente. En effet, le Règlement Rome II renvoie le juge à la lecture du contrat projeté pour déterminer la loi que les parties souhaitent ou auraient souhaité lui voir appliquée en cas de réussite des pourparlers. Cette disposition conduit ainsi à prendre en compte le texte du contrat. Elle apporte alors la justification manquante auparavant pour légitimer l'application des principes visés par les parties dans leur projet de contrat. Si l'on raisonne sur l'hypothèse de l'existence d'un choix de la part des parties de soumettre leur contrat aux Principes UNIDROIT, alors pourront trouver à s'appliquer les articles 2.1.15 et 2.1.16 qui sanctionnent respectivement les comportements de mauvaise foi et l'utilisation à des fins personnelles des données confidentielles délivrées au cours des négociations précontractuelles.

1003. Il ne faudrait cependant pas conclure trop hâtivement que les Principes UNIDROIT deviendraient directement applicables en tant que *lex contractus* désignée par le Règlement Rome II. Le raisonnement conserve son passage obligatoire par la loi étatique imposée par le Règlement Rome I. La méthode de traitement du contentieux précontractuel serait la suivante : l'article 12 du Règlement Rome II désigne comme loi applicable à la *culpa in contrahendo* la loi du contrat conclu ou projeté. Une fois déterminée, cette *lex contractus* doit être interrogée pour établir si elle accepte la mise en œuvre des dispositions des principes visés par les parties dans leur contrat. Ce qui revient à vérifier si les principes désignés ne se confrontent pas à une disposition impérative de la *lex contractus*. Les principes du commerce international, visés par les parties dans leur contrat, n'ont en effet qu'une valeur supplétive de stipulations contractuelles. Ils doivent donc être écartés lorsqu'ils contreviennent à une règle impérative de la loi du contrat. Si aucune contrariété n'apparaît entre les principes visés et les dispositions de l'ordre juridique désigné pour régir la *culpa in contrahendo* délictuelle, alors ces principes peuvent s'appliquer aux questions d'ordre précontractuel. Le Règlement Rome II apporte ainsi une contribution significative à l'appréhension des principes du commerce international, puisque son adoption semble enfin permettre la mise en œuvre devant le juge étatique des principes relatifs aux questions précontractuelles. Ce constat optimiste ne paraît pas pouvoir être étendu au droit conventionnel.

¹⁵³⁸ Ce contentieux est entendu comme étant celui qui répond aux hypothèses de *culpa in contrahendo* délictuelle telles que le retient le nouveau droit communautaire.

b. Les effets du Règlement Rome II sur l'applicabilité du droit conventionnel

1004. Concernant la Convention de Vienne, le raisonnement adopté diffère quelque peu puisque, contrairement à la *soft law*, le droit conventionnel écarte la méthode conflictualiste. Comme il a été présenté, les principes du commerce international ne peuvent s'appliquer, devant les juridictions étatiques, que dans l'hypothèse où la *lex contractus* leur donne application. Si la question ne relève pas de la loi du contrat, ils ne peuvent trouver à s'appliquer. Le renvoi de la loi applicable à la *culpa in contrahendo* à la loi du contrat permet donc de donner compétence aux principes. La Convention de Vienne, au contraire, s'applique directement aux domaines qu'elle régit, sans qu'il soit nécessaire de passer par la règle de conflit de lois. Elle est ainsi toujours applicable aux questions qui entrent dans sa compétence. Il faut alors s'interroger sur la question de savoir si la Convention connaît de la *culpa in contrahendo* délictuelle.

1005. L'intervention du Règlement Rome II relance le débat sur l'apport de l'article 7 de la Convention de Vienne à la gestion du contentieux précontractuel. Cet article permet d'appliquer les principes inspirant la Convention aux questions qui ne sont pas expressément tranchées par elle. Avant l'édiction du Règlement Rome II, la qualification délictuelle de la responsabilité précontractuelle retenue par le droit français militait en faveur de l'éviction de la Convention de Vienne pour traiter des questions relatives à la période de l'avant-contrat. A présent que la loi applicable à la *culpa in contrahendo* et la loi du contrat sont confondues, se pose la question de savoir si la Convention peut s'appliquer pour résoudre le contentieux précontractuel, non pas au titre de droit applicable à la *culpa in contrahendo*, mais en tant que droit applicable au contrat, droit désigné par l'article 12 du Règlement Rome II. Une fois encore, deux interprétations peuvent être retenues. Il est tout d'abord possible de considérer que la Convention de Vienne ne connaît pas de la responsabilité précontractuelle, puisqu'aucune de ses dispositions n'intéresse ce sujet. Les litiges relevant de la *culpa in contrahendo* devraient donc être soumis à l'application de la *lex contractus*, par renvoi de l'article 12. Mais ce recours opère un retour critiquable au système conflictualiste que l'adoption de règles uniformes cherche justement à évincer¹⁵³⁹. Il semblerait alors plus opportun d'adopter une seconde interprétation qui consiste à résoudre les questions relatives au domaine précontractuel par application des principes dont s'inspire la Convention. Cette interprétation semble souhaitable mais elle se heurte à deux difficultés. En premier lieu, comme il a déjà été relevé¹⁵⁴⁰, l'article 4 de la Convention de Vienne exclut expressément les questions de validité de son champ d'application. Ce qui conduit à revenir au système conflictualiste pour tous les contentieux précontractuels dont l'issue est susceptible d'atteindre la validité du contrat. La Convention de Vienne ne pourra donc jamais s'appliquer à l'ensemble du contentieux précontractuel. En second lieu, une autre difficulté se présente quant à la détermination concrète des principes dont la Convention s'inspire. La Convention

¹⁵³⁹ Ph. KAHN, « La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *RIDC* 1981, p. 951.

¹⁵⁴⁰ V. *supra*, nos 998 et s.

n'apporte sur ce point aucune précision permettant de les identifier avec certitude. En matière de pourparlers, c'est la référence au principe de bonne foi qui semble s'imposer avec évidence. La Convention connaît de ce principe auquel elle réserve une place significative tout au long de sa rédaction¹⁵⁴¹. Mais la bonne foi constitue un concept abstrait, dont les contours ne sont nullement précisés par la Convention. Ce texte se contente de faire référence à cette notion sans en proposer de définition. Or, l'acception de la bonne foi risque de varier suivant les juridictions interrogées sur l'application de ce concept à la responsabilité précontractuelle. Il est donc nécessaire en pratique, pour définir la bonne foi de façon la plus conforme à la volonté des parties, de faire appel à la loi du contrat. En effet, ce retour à la loi du contrat permet de réduire l'interprétation subjective de la juridiction saisie. Par conséquent, l'extension de l'applicabilité de la Convention de Vienne, grâce aux dispositions de l'article 7, ne permet pas une application exclusive des règles uniformes établies par ce texte. La seule conséquence qui découle de l'intervention du Règlement Rome II est de retenir que la Convention de Vienne impose un devoir de respect de la bonne foi tout au long des négociations. Mais comme sa détermination dépend de la *lex contractus*, qui doit pour cela être interrogée, ce raisonnement conduit au même résultat que si la loi du contrat avait été applicable directement.

En conclusion, il paraît plus simple de considérer que la Convention n'est pas applicable à la *culpa in contrahendo* délictuelle et de déterminer la solution en application de la *lex contractus*. Non seulement ce raisonnement permet de contourner les hésitations quant à l'application de l'article 7 aux questions précontractuelles, mais il conduit à un résultat identique à celui qui aurait été obtenu si la Convention était appliquée à ce type de questions.

1006. L'intervention des règles matérielles bouleverse la gestion du contentieux précontractuel en cherchant à écarter la mise en œuvre de la règle de conflit. Cette exclusion pourrait être bénéfique, elle simplifierait la démarche du juge, si les règles matérielles pouvaient évincer tout raisonnement conflictualiste. Or, il a été démontré que le recours aux règles nationales était indispensable dans certaines hypothèses. Le système de résolution du contentieux devient alors dualiste, mêlant règles matérielles et règles de conflit de lois. Mais les règles de conflit de lois ne sont pas les seules à rencontrer certains obstacles dans leur application. Les lois nationales désignées par les règles de conflit peinent également dans leur mise en œuvre.

¹⁵⁴¹ Pour une analyse de la présence de la bonne foi dans le corps de la Convention de Vienne, v. G. ROBIN, « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAI* 2005, p. 665.

SECTION 2. LES PERTURBATIONS DE LA MISE ŒUVRE DU DROIT APPLICABLE

1007. Une fois déterminé la loi ou le droit applicable pour régir le contentieux précontractuel soulevé, les dispositions substantielles prennent le relais. Il s'agit alors, dans ce second temps, de mettre en œuvre les règles nationales de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit de lois ou les règles matérielles contenues par la convention reconnue comme droit applicable à la relation. L'identification des règles applicables ne sonne pas la fin du travail de la juridiction saisie. En effet, l'application des règles ainsi déterminées est également susceptible de générer certaines difficultés. D'une part, leur caractère lacunaire peut constituer un obstacle à leur mise en œuvre (§1), et, d'autre part, leur intervention peut conduire à un résultat contrariant l'ordre public international concerné (§2).

§1. L'EXISTENCE D'UN DROIT LACUNAIRE

1008. Le large champ de compétence conféré à la loi applicable à la *culpa in contrahendo* lui impose de traiter de la majorité des questions émanant du litige. Elle a pour domaine l'existence et la validité du contrat, les conséquences de sa nullité¹⁵⁴², les modalités d'évaluation et de réparation du dommage¹⁵⁴³ et enfin les questions relatives à la preuve¹⁵⁴⁴. Or, qu'il s'agisse de règles matérielles uniformes ou de dispositions nationales internes, le constat est identique : les dispositions applicables à la *culpa in contrahendo* restent encore insuffisantes pour assurer efficacement la gestion de l'ensemble du contentieux précontractuel. Ce qui conduit finalement à devoir recourir de façon quasi-systématique à la loi nationale, alors même que des règles uniformes, d'origine conventionnelle ou issues de la pratique, sont applicables. La loi applicable intervient alors pour pallier les lacunes des règles uniformes qui présentent un contenu limité sur les questions de nature précontractuelle. Ainsi, dans la mise en œuvre des règles applicables au contentieux précontractuel, la première difficulté résulte du caractère incomplet des règles existantes (A). Mais une seconde difficulté perdure dans la mise en œuvre des dispositions applicables à la *culpa in contrahendo* : elles reposent sur des concepts évanescents, non définis, qui génèrent une incertitude juridique dans leur application (B).

¹⁵⁴² Art. 12 Règlement Rome I.

¹⁵⁴³ Art. 15 Règlement Rome II, pour la soumission des modalités de réparation du préjudice à la *lex causae*, v. analyse critique O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2003, qui milite en faveur de l'adoption d'une règle de conflit spéciale sur ces questions.

¹⁵⁴⁴ Art. 22 Règlement Rome I et Rome II.

A. LE CONTENU LACUNAIRE DES REGLES MATERIELLES

1009. Pour contourner les difficultés engendrées par le recours au système conflictualiste, des règles matérielles uniformes ont été établies. Mais leur contenu carencé ne permet pas de répondre à toutes les questions de nature précontractuelle (1), ce qui conduit à un retour indispensable, mais inopportun, à la règle de conflit de lois (2).

1. LES CARENCES DES REGLES MATERIELLES

1010. En matière de *culpa in contrahendo*, les lacunes apparaissent dans trois corps de règles différents.

1) La mise en œuvre de la responsabilité

1011. Le premier corps de règles concerne les dispositions relatives à la mise en œuvre de la responsabilité. Dans cet ensemble de règles, deux manques peuvent être relevés.

Le premier apparaît au sein des Principes UNIDROIT, à leur article 2.1.16 consacré au devoir de confidentialité des informations échangées au cours des pourparlers. Cet article impose une obligation de réserve lorsque l'une des parties a expressément déclaré que le document transmis devait être placé sous le sceau de la confidentialité. Mais les commentaires des Principes UNIDROIT précisent que ce devoir de secret pourrait être également reconnu en l'absence de déclaration expresse, dès lors que l'utilisation ou la divulgation de cette information serait contraire à la bonne foi, compte tenu de la nature spécifique du renseignement ou de la qualité des parties. Cependant, aucune précision ne vient définir les modalités d'appréciation du caractère particulièrement confidentiel de certaines informations. Comment serait-il possible, dans une telle hypothèse, de déterminer si les données révélées bénéficient de cette qualification spécifique au regard des Principes UNIDROIT ? Deux voies sont alors envisageables. Il est possible de suivre les auteurs des commentaires des Principes et de recourir à la notion de bonne foi. Mais ce concept beaucoup trop général, et non défini par le texte des Principes UNIDROIT, ne permet pas de répondre efficacement. En pratique, cette méthode revient à confier à la juridiction saisie l'interprétation de la confidentialité selon ses propres conceptions de la bonne foi. La seconde voie possible consiste à interroger la loi nationale applicable. Elle doit également être disqualifiée puisque non seulement elle opère un retour indésirable au système conflictualiste, mais en plus, elle génère une incertitude quant à la règle de conflit de lois à mettre en œuvre. Par conséquent, l'article 2.1.16 propose deux voies imparfaites.

1012. Le deuxième exemple de lacune portant sur la mise en œuvre de la *culpa in contrahendo* concerne cette fois la Convention de Vienne et l'ambiguïté de son article 16.2, b). L'article 16.1 pose le principe clair que l'offre est librement révocable jusqu'à l'émission de l'acceptation. Ce principe est assorti de deux exceptions. La première, figurant à l'article 16.2, a), conduit à considérer une offre irrévocable dès lors que son auteur a indiqué ou laissé entendre qu'il lui reconnaissait un tel caractère. Cette exception ne surprend pas puisqu'elle

correspond à une application assez classique du principe de bonne foi. Mais la seconde exception laisse plus perplexe. L'article 16.2, b), retient en effet qu'une offre ne peut être révoquée, s'il était raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il a agi en conséquence. Le problème réside sur le domaine de cette disposition. Il n'est pas envisageable que le destinataire ait fondé cette croyance sur l'existence d'un usage en vigueur dans sa branche commerciale ou dans l'Etat d'exercice de son activité, puisque c'est justement l'objet de l'article 9 de la Convention de soumettre le professionnel au respect de ces usages¹⁵⁴⁵. Il n'est pas non plus possible de considérer que cette croyance a été suscitée par un quelconque comportement de l'auteur de l'offre car l'article 16.2, b), se confondrait avec l'article 16.2, a). En l'absence de considération et des usages et du comportement de l'auteur, sur quels éléments peut reposer la croyance du bénéficiaire dans le caractère irrévocable de l'offre ? En l'absence de précision, certains auteurs proposent de faire appel à la règle de conflit de lois pour résoudre cette interrogation¹⁵⁴⁶. Selon eux, il serait préférable d'interroger la loi de résidence du bénéficiaire, ce qui rappelle la solution déjà retenue par le Règlement Rome I en matière de consentement (article 10, alinéa 2). Une fois encore, les règles matérielles devront être relayées par l'intervention de la loi nationale pour combler leurs lacunes.

2) Les remèdes et sanctions de la *culpa in contrahendo*

1013. Le second corps de règles a trait plus précisément aux remèdes et sanctions de la *culpa in contrahendo*. Il serait exagéré de présenter comme absentes les dispositions des Principes UNIDROIT relatives à la sanction. En effet, le texte connaît des modalités de réparation des dommages précontractuels. Mais la rédaction du texte sur ce point n'est guère exhaustive et conduit à relever quelques oublis. Les articles 2.1.15 et 2.1.16 le prouvent. L'article 2.1.15 sanctionne les comportements de mauvaise foi adoptés au cours des pourparlers. Les commentaires précisent que le créancier peut recouvrer les dépenses encourues lors des négociations et être indemnisé pour l'occasion manquée de conclure avec un tiers. Ces précisions sont bienvenues puisqu'elles permettent de se référer uniquement aux Principes pour établir le montant des indemnités. Mais ils ajoutent à la suite que la victime ne peut généralement pas recouvrer le profit qui aurait résulté de la réussite du projet contractuel. Cette phrase laisse plus perplexe quant à la compréhension de l'utilisation de l'adverbe « généralement ». Est-ce dire que cette faculté d'indemnisation est laissée à la libre appréciation de la juridiction saisie au regard des éléments de l'espèce ? Si cela est le cas, reste à identifier les éléments sur lesquels se fonder. Sur ce point, les Principes UNIDROIT

¹⁵⁴⁵ Art. 9 CVIM : « 1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles. 2) Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée. »

¹⁵⁴⁶ P. SCHLECHTRIEM (dir.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2^{ème} éd., Clarendon Press, 1998, art. 16.

n'apportent aucune précision. Si bien qu'il est tentant de faire de nouveau appel à la loi applicable pour trancher sur la question de savoir si les gains manqués peuvent être indemnisés. Or, on sait que les droits nationaux divergent sur cette question¹⁵⁴⁷. Cette lacune dans les Principes UNIDROIT se révèle donc hautement préjudiciable pour les parties. Ce même constat peut être relevé à propos de l'article 2.1.16 pour lequel les commentaires précisent que le manquement au devoir de confidentialité est sanctionné par des dommages-intérêts dont le montant peut varier « selon que les parties aient ou non conclu un accord particulier concernant la non-divulgence des informations ». Or, aucun élément portant sur les différents modes de calcul ne vient compléter cette règle. Ce qui conduit inlassablement au recours à la loi applicable à la situation pour combler le vide¹⁵⁴⁸.

1014. La Convention de Vienne n'échappe pas non plus à ce constat. Certes elle prévoit l'irrévocabilité de l'offre mais n'en prévoit pas la sanction¹⁵⁴⁹. Pour certains auteurs, la logique conduit à retenir l'inefficacité de la révocation. Mais cette sanction ne devrait pas pouvoir empêcher le bénéficiaire de renoncer au contrat forcé et demander simplement réparation du préjudice subi. En effet, il ne semble pas toujours opportun pour le bénéficiaire d'obtenir la création d'une relation contractuelle sous la contrainte et d'être lié à un partenaire réticent¹⁵⁵⁰. Le bénéficiaire qui souhaiterait donc obtenir réparation de son préjudice se heurte ainsi à l'absence de sanction alternative. Une solution pourrait être dégagée de l'article 74 de la Convention de Vienne qui envisage le versement de dommages-intérêts au titre de réparation. Cependant, le texte est circonscrit à la « contravention au contrat ». Il ne peut donc s'appliquer à l'hypothèse de la révocation de l'offre. Ce qui conduit finalement à conclure à l'impossibilité pour le texte de la Convention de Vienne de répondre aux interrogations qu'il suscite et au recours nécessaire à la loi applicable.

3) Les questions d'ordre procédural

1015. Le dernier corps de règles susceptibles de présenter des lacunes concerne de façon générale les questions d'ordre procédural. Qu'il s'agisse d'établir les modalités d'établissement de la preuve ou d'évaluer la prescription d'une action, les Principes UNIDROIT, comme la Convention de Vienne, restent muets. Ils ne comprennent aucune disposition permettant d'apporter une réponse complète ou, du moins, un élément de réponse. Par conséquent, pour ces questions d'ordre procédural, qui ne sont pas spécifiques au contentieux précontractuel, mais qui seront inmanquablement soulevées à cette occasion, il sera nécessaire de se tourner à nouveau vers le système conflictualiste. En matière de *culpa in contrahendo*, sont donc disséminées, parmi les règles matérielles uniformes conventionnelles ou doctrinales, certaines lacunes qui conduisent à interroger la loi applicable. Or, ce recours au conflit de lois se heurte à d'autres difficultés.

¹⁵⁴⁷ V. *supra*, nos 258 et s.

¹⁵⁴⁸ En ce sens, v. M. SUCHANKOVA, « Les Principes UNIDROIT et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations », *RDAI* 1997, n°6, p. 691.

¹⁵⁴⁹ Cf. art. 16 CVIM.

¹⁵⁵⁰ Dans le même sens, à propos de l'hypothèse de négociations parallèles, v. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000, p. 25.

2. LE RETOUR INOPPORTUN A LA LOI NATIONALE

1016. Le retour au système conflictualiste pour combler les lacunes des règles matérielles se heurte globalement à deux types de difficultés.

La première concerne l'identification de la règle de conflit de lois à laquelle recourir. L'hésitation porte sans étonnement sur le choix entre les règles de conflit de lois délictuelle et contractuelle. Certes, la question semble avoir été rendue quelque peu obsolète par l'intervention du Règlement Rome II. L'article 12 soumet en effet la *culpa in contrahendo* délictuelle à la loi du contrat, uniformisant la loi applicable à la *culpa in contrahendo* délictuelle et contractuelle. Mais cette règle ne constitue que le principe énoncé par l'article 12, alinéa 1. Cette harmonisation n'existe que lorsque le principe d'autonomie trouve à s'appliquer, à savoir lorsque peut être déterminée la loi choisie par les parties de façon expresse ou tacite. A défaut de choix de loi, il est fait appel aux règles de conflit subsidiaires qui divergent selon la qualification retenue. La règle de conflit délictuelle retiendra la loi du lieu de survenance du dommage, alors que la règle de conflit contractuelle donnera compétence à la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Par conséquent, le problème de qualification existe toujours, même s'il a été estompé.

Passé ce constat, il est à présent nécessaire de déterminer la qualification à retenir. Lorsque la règle de conflit de lois est appelée pour compléter le texte de la Convention de Vienne ou des Principes UNIDROIT, elle intervient dans un contexte contractuel. Conformément à la nature contractuelle de ces textes, il semblerait conforme d'interroger la loi du contrat pour compléter la Convention de Vienne ou les Principes UNIDROIT. Cependant, le raisonnement opposé semble tout aussi souhaitable. En effet, il paraît opportun de retenir une qualification homogène quel que soit le contexte dans lequel intervient la règle de conflit de lois, et que la règle de conflit en matière de *culpa in contrahendo* n'adopte pas de coloration contractuelle uniquement parce qu'elle est associée à la Convention de Vienne ou aux Principes UNIDROIT. Selon ce raisonnement, la règle de conflit doit suivre la qualification que lui impose le Règlement Rome II, qu'elle intervienne à titre principal ou à titre subsidiaire pour compléter le texte de règles uniformes. Ainsi, la sanction retenue en application de l'article 2.1.15 des Principes UNIDROIT devrait être déterminée conformément à la loi applicable à la *culpa in contrahendo* délictuelle et non à la *lex contractus*.

1017. La nature de la règle de conflit de lois déterminée, une seconde difficulté émerge à sa mise en œuvre. En effet, il existe un risque que les dispositions de la loi nationale et le texte à compléter se contrarient. Pour illustrer cet écueil, il est possible de raisonner sur l'exemple précité de la détermination de la sanction de la révocation de l'offre en application de la Convention de Vienne. Comme il a déjà été constaté, l'article 16 de la Convention de Vienne déclare l'offre irrévocable sous certaines conditions, sans en préciser la sanction. Il semble que l'inefficacité de la révocation soit retenue par la Convention de Vienne mais qu'elle ne s'oppose pas non plus à ce que le bénéficiaire de l'offre lui préfère l'allocation d'une réparation en dommages-intérêts. Pour évaluer le montant de la réparation, il a été relevé la nécessité de recourir à la loi applicable. Or, il est possible que la loi nationale ainsi désignée ne reconnaisse pas le caractère irrévocable de l'offre dans ces conditions. Ce qui conduit

finalement à calculer le montant de la réparation conformément à une loi qui, si elle avait été applicable directement, n'accorderait pas de réparation¹⁵⁵¹. Cette situation absurde ne surprend pas puisqu'elle correspond aux hypothèses incohérentes suscitées par le système conflictualiste auquel l'adoption de règles uniformes devait permettre d'échapper. Or, même en présence de règles uniformes, ces inconvénients perdurent puisqu'ils sont réintégrés par le retour au conflit de lois.

1018. Par conséquent, il serait préférable de tenter de s'affranchir totalement du jeu des conflits de lois et chercher dans le corps des règles uniformes certaines dispositions susceptibles de combler les lacunes. Cependant, pour interpréter ces règles matérielles, il n'existe que des références à des concepts très généraux, à l'instar de la bonne foi, incapables d'apporter de réponses claires au contentieux précontractuel.

B. L'EVANESCENCE DES CONCEPTS DES REGLES MATERIELLES

1019. Il n'est plus question à ce stade du développement de discuter des acceptions totalement divergentes de la notion de bonne foi par les différents droits nationaux¹⁵⁵². Il a déjà été déploré que le principe de bonne foi qui préside les négociations précontractuelles soit reçu selon une intensité plus ou moins forte au sein des différents droits : d'une simple lueur en droit anglais, la bonne foi éclaire de façon aveuglante les négociations soumises au droit allemand¹⁵⁵³. La question de la bonne foi est de nouveau soulevée ici, mais sous un autre angle de vue. Il s'agit de déterminer si les dispositions générales des règles matérielles sont susceptibles de s'appliquer à la *culpa in contrahendo* pour combler les lacunes. Une réponse positive permettrait d'éviter le plus possible de recourir au système conflictualiste pour trancher le litige précontractuel lorsqu'un texte de règles uniformes est applicable. Il sera raisonné ici à travers l'étude des dispositions du droit conventionnel existant, la Convention de Vienne et des usages du commerce international, codifiés ou non. Trois principes existant à travers ces textes sont susceptibles d'intéresser la *culpa in contrahendo*.

¹⁵⁵¹ V. HEUZE, « La formation du contrat selon la CVIM : quelques difficultés », *RDAI* 2001, n°3/4, p. 277.

¹⁵⁵² F. KESSLER, E. FINE, « *Culpa in contrahendo*, Bargaining in good faith and freedom of contract : a comparative study », *Harv. LRev.* 1964, p. 404.

¹⁵⁵³ V. *supra*, nos 209 et s.

1. LE PRINCIPE DE BONNE FOI

1020. Les Principes UNIDROIT, comme les Principes européens du droit des contrats¹⁵⁵⁴, ont recours à la notion de bonne foi pour encadrer les négociations. Cette référence ne surprend pas puisqu'elle correspond à la tendance actuelle des droits nationaux¹⁵⁵⁵. Néanmoins, l'écriture des dispositions des Principes en matière de pourparlers suscite deux critiques majeures.

Tout d'abord, aucune définition n'accompagne les dispositions des Principes. Or, le caractère incertain de ce concept rend indispensable que le recours à la notion de bonne foi s'accompagne d'une définition claire, encadrant l'utilisation de ce principe¹⁵⁵⁶. Cette lacune aurait pu rester indifférente si l'acception de la bonne foi était uniforme dans les droits nationaux. Or, comme il a déjà été révélé, la notion de bonne foi admet des colorations d'une intensité particulièrement variable suivant le droit interrogé¹⁵⁵⁷. Comment l'absence de définition est-elle comblée dans l'application de ces principes codifiés du commerce international ? Il ne doit certainement pas être fait appel à un quelconque droit national dès lors que le choix des principes démontre une volonté d'échapper à leur mise en œuvre. C'est donc en vertu de l'interprétation de la juridiction saisie, arbitrale ou étatique, que la notion de bonne foi doit être appréciée. Elle s'appuie sur une analyse *in concreto* de la situation précontractuelle litigieuse. Cependant, même si les juridictions cherchent à admettre ce principe de bonne foi de façon la plus neutre possible, elle ne peut être reconnue qu'à travers le prisme de leur interprétation subjective. Or, un juge français risque d'être plus enclin à reconnaître une violation du principe de bonne foi que le juge anglais dont le droit national peine à admettre la bonne foi au titre de principe général¹⁵⁵⁸. Cette absence de définition est également à regretter au sein du texte de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises¹⁵⁵⁹. Pourtant, la notion de bonne foi y occupe une place significative. En effet, pour les questions précontractuelles directement traitées par la Convention, ses dispositions doivent s'analyser à travers le principe de bonne foi. Pour les domaines non

¹⁵⁵⁴ C. CASTRONOVO, « Good faith and the Principles of European Contract Law », *Diritto europeo*, 1993, p. 2.

¹⁵⁵⁵ Cf. *supra*, nos 198 et s.

¹⁵⁵⁶ Sur le caractère évanescent de la notion de bonne foi, v. D. TALLON, *Le concept de bonne foi en droit français des contrats*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, n° 15, Rome, 1994; Comp. le même constat concernant l'application de la bonne foi en droit communautaire, v. M.- C., PUJOL-REVERSAT, « La bonne foi, principe général du droit dans la jurisprudence communautaire », *Rev. trim. dt. euro.* 2009, p. 201; V. aussi les dangers de l'utilisation de la bonne foi au titre de principe de la *lex mercatoria* révélés par P. MAYER, « Le Principe de Bonne Foi devant les Arbitres du Commerce International », in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993, p. 543. Disponible également sur : <http://www.trans-lex.org/115700>.

¹⁵⁵⁷ Cf. *supra*, nos 198 et s.; Pour des ex. en droit français de l'application du principe de bonne foi au contentieux précontractuel, v. B. BEIGNIER, « La conduite des négociations », *RTD com.* 1998, p. 463.

¹⁵⁵⁸ En ce sens, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : Les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *RIDC* 1998, n° 2, p. 463.

¹⁵⁵⁹ V. les applications de la bonne foi par la Convention de Vienne présentées par G. Robin, « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAl* 2005, n° 6, p. 665.

traités par la Convention, le principe de bonne foi constitue une source d'inspiration permettant de pallier les lacunes du texte de la Convention¹⁵⁶⁰. L'absence de définition forme donc un sérieux handicap freinant considérablement le droit uniforme dans le traitement des litiges de nature précontractuelle¹⁵⁶¹.

1021. Ensuite, la seconde critique repose sur le choix ambigu des Principes UNIDROIT de se placer sur le terrain de la mauvaise foi, plutôt que celui de la bonne foi. En effet, l'article 2.1.15¹⁵⁶² a pour objet, selon sa rédaction, de sanctionner la mauvaise foi dans la conduite des négociations, alors que ses dispositions auraient pu imposer le respect d'un comportement de bonne foi. Est-ce dire que la notion de bonne foi doit s'apprécier uniquement de façon négative dans l'analyse des pourparlers ? Les Principes semblent ainsi présenter la bonne foi comme une exception au principe de liberté de négocier et non comme un devoir général imposé positivement tout au long des négociations. Cet indice, dont l'exactitude n'est pas confirmée, semble militer en faveur d'une application assourdie du principe de bonne foi. Ce qui permet finalement de retenir que la bonne foi doit être perçue de façon atténuée¹⁵⁶³. Certains auteurs en déduisent qu'une simple « *negligence* » ou légèreté blâmable ne suffit pas à engager la responsabilité précontractuelle sur le fondement des Principes UNIDROIT¹⁵⁶⁴. Cette précision aurait quelconque effet si elle intervenait pour compléter une définition de la bonne foi. Or, en l'absence d'une telle définition, cet élément n'apporte qu'une incertitude supplémentaire.

Par conséquent, les dispositions des règles uniformes fondées sur le concept de bonne foi en matière précontractuelle restent bien trop lacunaires pour permettre de répondre efficacement au contentieux né des pourparlers. Elles laissent ainsi perdurer les difficultés engendrées par la mise en œuvre du système conflictualiste.

2. L'INTERDICTION DE SE CONTREDIRE

1022. Découlant du principe général de bonne foi, les Principes UNIDROIT connaissent d'une voie supplémentaire susceptible d'équilibrer les négociations précontractuelles. L'article 1.8 interdit à une partie d'agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée

¹⁵⁶⁰ V. *supra*, n° 998.

¹⁵⁶¹ V. les remarques de V. HEUZE qui retient à propos de l'utilisation du principe de bonne foi pour combler les lacunes de la Convention de Vienne que l'on « peut évidemment faire dire n'importe quoi à des principes aussi vages », *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, 2000, p. 89.

¹⁵⁶² Art. 2.1.15 Principes UNIDROIT : (*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. »

¹⁵⁶³ Pour une comparaison de la notion de bonne foi telle qu'elle est retenue par le droit uniforme et le droit allemand, v. P. SCHLECHTRIEM, *Good faith in German Law and International Uniform Laws*, Centro di studi e ricerca di diritto comparato e straniero, n° 24, Rome, 1997.

¹⁵⁶⁴ S. VOGENAUER, J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, 2009, p. 302.

chez l'autre. Cette disposition semble tout droit s'inspirer de l'*estoppel*¹⁵⁶⁵ connu de la *common law* qui interdit à une partie de se contredire au détriment de son cocontractant¹⁵⁶⁶. Aucune relation n'est directement établie par le texte entre ce principe et la conduite des pourparlers. Cependant, certaines dispositions intéressant le contentieux précontractuel reposent sur ce principe. Les commentaires des Principes relient, par exemple, l'interdiction de se contredire à l'article 2.1.10 qui n'autorise le bénéficiaire de l'offre à rétracter son acceptation qu'à la condition que celle-ci ne soit pas encore parvenue à son destinataire. De plus, la rédaction incomplète des Principes UNIDROIT rend indispensable le recours à des principes généraux pour pouvoir résoudre les contentieux précontractuels présents sous toutes leurs formes. Enfin, il faut relever que l'interdiction de se contredire peut, avec la bonne foi, agir comme une source d'inspiration susceptible d'étendre l'application de la Convention de Vienne à la *culpa in contrahendo*. Ce principe pourrait venir sanctionner la partie à la négociation qui adopte un comportement laissant supposer une fausse intention à son partenaire. Mais cette hypothèse s'apparenterait à la poursuite des pourparlers sans intention réelle de conclure le contrat. Or, ce cas est expressément désigné par l'article 2.1.15 pour illustrer un comportement de mauvaise foi. Ce qui démontre la difficulté à distinguer l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui de la bonne foi¹⁵⁶⁷. Pour un certain nombre d'auteurs, l'interdiction de se contredire, qui s'apparente à l'*estoppel*, n'a pas besoin d'être connue des droits nationaux reconnaissant un principe général de bonne foi¹⁵⁶⁸. En effet, l'*estoppel* ne serait perçu que comme une ramification de la bonne foi. L'acception large de la bonne foi couvrirait donc une multitude d'hypothèses qui comprend le cas de l'*estoppel*.

Par conséquent, la présence de ces deux concepts au sein des Principes UNIDROIT semble confirmer que la bonne foi ne peut être entendue largement. Néanmoins, aucun élément ne vient une fois encore préciser le degré d'appréhension des exceptions à la liberté de négocier.

3. L'OBLIGATION DE MINIMISER SON DOMMAGE

1023. Reste enfin à relever l'obligation de minimiser son dommage, connue du droit uniforme, qui constitue un dernier principe susceptible d'intervenir dans le traitement du

¹⁵⁶⁵ M.-H. MALEVILLE-COSTEDOAT, in *La confiance légitime et l'estoppel*, B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), Société de législation comparée, vol. 4, 2007; V. également, Du même auteur, *RTD Civ.* 2007 p. 826; v. les actes du colloque consacré à *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), Economica, 2001; V. aussi J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, Paris, PUF, 2004, spéc. n°21; M. FABRE MAGNAN, *Les obligations*, Paris, PUF, 2004, spéc. nos 28, 30, 34, 89.

¹⁵⁶⁶ Selon la traduction proposée par E. GAILLARD, cité par H. MUIR WATT, « Rapport de synthèse », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), précité.

¹⁵⁶⁷ V. sur le sujet : Ph. PINSOLLE, « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI* 1998, n°4, p. 905.

¹⁵⁶⁸ D. HOUTCIEFF, « La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », note sous Cass. Ass. Plén., 27 févr. 2009, *D.* 2009, p. 1245; Du même auteur, « L'influence du droit anglo-saxon sur le droit français des contrats », *Intervention dans le cadre du colloque célébrant les 30 ans de la faculté d'Amiens*, Université Picardie Jules Vernes, consultable à l'adresse : http://leblogdedimitrihoutcieff.blogspot.com/files/blog_-_droit_anglosaxon.pdf; Ph. LE TOURNEAU, *RTD civ.* 2001, p. 716; D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC* 2006, n° 6, p. 363.

contentieux précontractuel¹⁵⁶⁹. L'application de ce principe pourrait réduire le montant des dommages-intérêts perceptibles par la victime d'une rupture fautive des pourparlers lorsque cette dernière a poursuivi son engagement de frais, alors que des indices laissaient supposer un échec imminent des tractations. Cette obligation découle une fois de plus du principe général de bonne foi. Il serait contraire à la loyauté qu'une partie exige le remboursement de frais qu'elle savait voués à la perte avant même de les avoir investis. La question perdure cependant de savoir à quel moment le risque de dommage est considéré comme étant apparent. En effet, compte tenu du principe de liberté contractuelle qui préside aux négociations, l'utilité des frais engagés ne peut jamais être garantie. Il ne peut donc pas être reproché à une partie d'avoir investi des sommes importantes dans la préparation d'un projet contractuel pour le seul motif que la réussite du projet était incertaine.

Finalement, ce constat nous ramène encore à regretter que le degré de bonne foi imposé au cours des négociations par le droit uniforme ne soit pas défini.

1024. Il appartient donc à la juridiction saisie d'apprécier selon les éléments de l'espèce si la prohibition des comportements de mauvaise foi a bien été respectée. Comme il a déjà été soutenu, cette interprétation ne pourra se réaliser qu'à travers l'appréciation de la bonne foi retenue par la juridiction compétente. Il existe donc toujours un risque que la solution diverge suivant la juridiction qui la prononce et ce, malgré l'application d'un droit uniforme.

§2.L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

1025. La question de l'intervention de l'exception d'ordre public a été rediscutée à l'occasion de la rédaction du nouveau droit réglementaire qui s'impose aux juridictions étatiques (A). Devant l'arbitre qui échappe au joug d'un for, la question existe également, mais elle adopte une tournure différente (B).

A. L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL DEVANT LES JURIDICTIONS ETATIQUES

1026. L'application des dispositions substantielles de l'ordre juridique compétent peut être restreinte dès lors qu'elle conduit à un résultat heurtant les valeurs et principes fondamentaux du for. L'application de ces dispositions est alors susceptible d'être écartée sur le fondement de l'exception d'ordre public. Cet encadrement est expressément prévu par les Règlement

¹⁵⁶⁹ S. REIFEGERSTE, G. WEISZBERG, « Obligation de minimiser le dommage et « raisonnable » en droit du commerce international », *RDAl* 2004, n° 2, p. 181. Pour un exemple d'application, v. Sent. CCI n° 5910 en 1988, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. I, ICC Publishing, 1990, p. 371.

Rome I et Rome II¹⁵⁷⁰ qui retiennent une rédaction identique. La jurisprudence a toujours recouru de façon très modérée à l'exception d'ordre public, estimant que les dispositions étrangères ne sont pas contraires à l'ordre public international français « par cela seul qu'elles diffèrent des dispositions impératives du droit français, mais uniquement en ce qu'elles heurtent des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »¹⁵⁷¹. Le Considérant 32 du Règlement Rome II apporte une précision en indiquant que pourrait notamment être considérée comme contraire à l'ordre public, l'attribution de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs¹⁵⁷².

Il est intéressant de relever que le texte ne consacre qu'une restriction limitée aux dommages et intérêts punitifs et non une sanction radicale. Tout d'abord, cette volonté se traduit par la place discrète à laquelle cette question est introduite, dans un considérant et non au niveau d'un article du Règlement. Ensuite, le texte précise que le montant allégué pourrait être considéré comme contraire à l'ordre public, ce qui n'ouvre qu'une simple faculté au for. Il lui appartiendra d'apprécier *in concreto* si l'attribution des dommages et intérêts en l'espèce heurte les valeurs fondamentales du for.

1027. La question des dommages et intérêts punitifs en matière de responsabilité précontractuelle n'est pas un cas d'école. La jurisprudence américaine a eu l'occasion de le rappeler à l'occasion de la célèbre affaire *Texaco Inc. v Pennzoil Co.*¹⁵⁷³ qui avait donné lieu à la condamnation à des dommages et intérêts les plus élevés à l'époque. Suite au lancement d'une offre publique d'achat sur la société Getty, la société Pennzoil avait signé avec cette dernière un *memorandum of agreement*. D'un commun accord, un communiqué de presse fût publié pour annoncer la fusion prochaine. Quelques jours plus tard, la société Getty fût acquise par une société tierce, Texaco, suite au déroulement de négociations secrètes. La société Texaco fût condamnée au paiement de sept milliards de dollars de dommages et intérêts, plus trois autres milliards de dollars au titre de « *punitive damages* » pour avoir incité Getty à rompre l'accord préliminaire conclu avec Pennzoil. La faculté de condamner une partie au versement de dommages-intérêts punitifs peut ainsi constituer une arme particulièrement dissuasive compte tenu du montant élevé qu'ils peuvent atteindre. La question de l'accueil d'une telle mesure a donc constitué un point de discussion particulièrement grave.

¹⁵⁷⁰ Art. 21 Règlement Rome I et art. 26 Règlement Rome II : « 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 ».

¹⁵⁷¹ Arrêt Lautour, Cass. civ., 25 mai 1948, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5^{ème} éd., 2006, n°19.

¹⁵⁷² Considérant 32 Règlement Rome II : « Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police. En particulier, 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 de l'ordre juridique de l'Etat membre de la juridiction saisie ».

¹⁵⁷³ *Texaco, Inc. v Pennzoil Co.*, 729 S.W.2D 768 (TEX. APP. 1987); E. CHAMY, « L'affaire Texaco-Pennzoil et ses multiples développements au sein du système judiciaire américain », *JDI* 1988, p. 979.

1028. La solution du Règlement Rome II marque l'aboutissement d'un long processus de débats dans le cadre de la rédaction du Règlement Rome II. L'avant-projet du 3 mai 2002, de même que la proposition de règlement du 22 juillet 2003, condamnait fermement les dommages et intérêts punitifs¹⁵⁷⁴. La teneur de ce texte a fait l'objet de vives critiques, notamment de la part des juristes anglais¹⁵⁷⁵. Le principe d'incompatibilité à l'ordre public a ainsi été remplacé par l'attribution d'une simple faculté pour le juge d'écarter la loi étrangère. L'acceptation d'une telle mesure s'est donc réalisée de façon progressive et laborieuse. Il faut reconnaître que les droits de *civil law* ont traditionnellement présenté une certaine méfiance à l'égard de cette pratique anglo-américaine qu'ils ignoraient¹⁵⁷⁶. Les juridictions françaises se sont toujours refusé à allouer des dommages et intérêts punitifs prévus par une loi étrangère compétente en invoquant l'exception d'ordre public¹⁵⁷⁷. Une solution identique est retenue en Allemagne¹⁵⁷⁸, en Espagne, en Italie, au Portugal¹⁵⁷⁹ et dans les pays scandinaves¹⁵⁸⁰. Cependant, la jurisprudence française a infléchi sa position sur cette question en accordant au juge la faculté d'accorder l'exequatur d'une décision étrangère prévoyant une sanction de cette nature. Elle considère aujourd'hui que le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public. Elle ajoute toutefois qu'il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁴ Article 24 de la proposition de 2003 : « L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement qui conduirait à l'allocation de dommages et intérêts non compensatoires, tels que les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est contraire à l'ordre public communautaire ».

¹⁵⁷⁵ V. le rapport de la Chambre des *Lords* du 7 avril 2004, 8^{ème} rapport de la session 2003-2004, spéc. p. 49 à 51.

¹⁵⁷⁶ V. par exemple, CA Versailles, 10 sept. 2009, n° 08/04982, où la Cour avait refusé d'accorder les dommages et intérêts réclamés au motif que le demandeur ne fondait sa demande que sur la mauvaise foi du défendeur et non sur un quelconque préjudice, et que de ce fait ils constituaient des punitive damages.

¹⁵⁷⁷ H. GAUDEMET-TALLON, « De la conformité des dommages-intérêts punitifs à l'ordre public », *RCDIP* 2011, p. 93.

¹⁵⁷⁸ La position allemande présente une rigidité bien plus marquée encore que le droit français puisqu'il refuse l'exequatur de décision de condamnation au paiement de dommages et intérêts punitifs. Il pourrait cependant en être autrement lorsqu'il s'agit de donner exequatur à une sentence arbitrale étrangère puisque le principe de soumission des dommages et intérêts à l'arbitrage est issu de la volonté des parties, sur ce point v. G. ROBIN, « Les dommages et intérêts punitifs dans les contrats internationaux », *RDAI* 2004, n° 3, pp. 247 à 267, spéc. p. 250.

¹⁵⁷⁹ V. notamment, D. MOURA VICENTE, « Precontractual liability - a portuguese perspective », *RabelsZ.* 2003, pp. 699 à 725, spéc. pp. 722-724.

¹⁵⁸⁰ Pour une large étude en droit comparé, v. H. KOZIOL, V. WILCOX (dir.), *Punitive Damages : Common law and Civil Perspectives*, coll. ESR, vol. 25, Springer, 2009.

¹⁵⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2010, *D.* 2011, p. 423, obs. I. GALLMEISTER, *RCDIP* 2011, p. 93, note H. GAUDEMET-TALLON; *RTD civ.* 2011, p. 122, obs. B. FAGES, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi qui cherchait à infirmer la décision de refus d'exequatur d'une décision américaine qui condamnait le responsable du dommage au versement notamment de dommages et intérêts punitifs, au motif que la décision étrangère avait accordé à l'acquiescent, en plus du remboursement du prix du bateau et du montant des réparations, une indemnité qui dépasse très largement cette somme, ce qui caractérisait un montant disproportionné au regard du préjudice subi et du manquement à l'obligation contractuelle; V. la décision d'appel confirmée par la Cour de cassation et les vives critiques de son commentateur, CA Poitiers, 26 févr. 2009, *JDI* 2010, n° 4, p. 1230, note F.-X. LICARI; Comp. arrêt du *Bundesgerichtshof* du 4 juin 1992, cité par O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, 2003, n° 410; C. Cass. ital. 19 janvier 2007, cité par H. DUINTJER TEBBENS, « Punitive damages : towards a Rule of

Le projet de réforme du Code civil dit « projet Catala » s'inscrit dans cette même optique puisque son article 1371 accueille expressément le versement de dommages et intérêts punitifs¹⁵⁸². Il est nécessaire de contrôler que le montant ne soit pas excessif, qu'il n'existe pas une disproportion entre le montant alloué et le préjudice subi ou les manquements constatés. Reste à connaître les modalités de mise en œuvre de ce test de proportionnalité. Un auteur a proposé de s'inspirer des critères retenus par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *BMW of North America v. Gore*¹⁵⁸³ : le caractère plus ou moins répréhensible de la conduite de l'auteur du dommage, le rapport entre les dommages intérêts compensatoires et les dommages intérêts punitifs et enfin la gravité des peines encourues sur le plan pénal pour une conduite similaire¹⁵⁸⁴. Il est notable que le droit américain se dirige vers une pondération des condamnations à de telles sanctions¹⁵⁸⁵, parallèlement à l'éclosion d'un embryon de reconnaissance en France¹⁵⁸⁶.

Les dispositions du Règlement Rome II s'inscrivent ainsi dans la tendance actuelle des droits nationaux, tant de *civil law* que de *common law*, à converger dans le sens d'un recours modéré à de telles sanctions¹⁵⁸⁷. Cette reconnaissance au sein d'un instrument communautaire était indispensable puisque l'Union européenne ne pouvait proscrire intégralement une pratique connue et utilisée, avec modération, par le droit anglais¹⁵⁸⁸.

Ainsi le droit européen tend à se rapprocher de la doctrine internationaliste qui reconnaît le principe de compatibilité des dommages et intérêts punitifs à l'ordre public international¹⁵⁸⁹.

Reason for U. S. awards and their Recognition elsewhere », in *Nouveaux instruments du Droit international privé, Mélanges L. FAUSTO POCAR*, Giuffrè, 2009, p. 273, qui refusent catégoriquement la reconnaissance de dommages et intérêts punitifs.

¹⁵⁸² Art. 1371 du Projet de réforme du Code civil : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public ».

¹⁵⁸³ *BMW of North America v. Gore*, du 20 mai 1996, 517 US 559, 116 S Ct.1589: la Cour Suprême a considéré que les punitive damages étaient disproportionnés et imprévisibles pour le responsable du dommage.

¹⁵⁸⁴ H. GAUDEMET-TALLON, « De la conformité des dommages-intérêts punitifs à l'ordre public », *RCDIP* 2011 p. 93.

¹⁵⁸⁵ Pour une analyse de l'évolution de la jurisprudence américaine en matière de punitive damages, v. S. Symeonides C., « Resolving punitive-damages conflicts », *Yearbook of Private International Law, Vol.5, 2003*, p. 1.

¹⁵⁸⁶ V. la jurisprudence américaine citée par H. GAUDEMET-TALLON, « De la conformité des dommages-intérêts punitifs à l'ordre public », *RCDIP* 2011 p. 93.

¹⁵⁸⁷ V. la reconnaissance récente de la doctrine des dommages et intérêts punitifs par la jurisprudence brésilienne, J. MARTINS-COSTA, M. SOUZA PARGENDLER, « Us et abus de la fonction punitive (Dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien) », *RIDC* 2006, n° 4, p. 1145.

¹⁵⁸⁸ F.-X. LICARI, note ss CA Poitiers, 26 févr. 2009, *JDI* 2010, n° 4, pp. 1230 à 1263, spéc. p. 1247.

¹⁵⁸⁹ V. notamment : H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t.1, 8^{ème} éd., n° 247, p. 415; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t.2, 2007, n°995; J.ORTSCHEIDTS, « Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international », *LPA* 20 nov. 2002, n° 232, p. 17, § 13 et s.; O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, 2003, nos 408 et s; Du même auteur, « Les dommages et intérêts en droit international privé. Ne pas manquer une occasion de progrès », *JCP G* 2006, I, p. 163.

B. L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL DEVANT LES JURIDICTIONS ARBITRALES

1029. La jurisprudence arbitrale fait preuve depuis longtemps d'une très grande souplesse dans la reconnaissance de compatibilité à l'ordre international des dommages et intérêts punitifs. Elle a en effet considéré que la loi américaine prévoyant une telle sanction ne contrevenait pas à l'ordre public international¹⁵⁹⁰. Il est donc loisible aux arbitres de condamner les parties au litige au versement d'un tel montant puisque, comme l'a relevé un auteur, le principe de soumission des dommages et intérêts à l'arbitrage est issu de la volonté des parties¹⁵⁹¹. On pourrait alors s'interroger sur la question de savoir si le contrôle de proportionnalité prévu par la jurisprudence française dans le cadre de l'exequatur des décisions étrangères s'applique aussi bien aux jugements étatiques qu'aux sentences arbitrales. Il est très probable que la réponse soit positive puisqu'il ne s'agirait dans ce cas que de la mise en œuvre du contrôle de la conformité des sentences à l'ordre public international¹⁵⁹². Certes, l'examen par le juge de la proportionnalité de la condamnation prononcée par l'arbitre conduirait à une appréciation sur le fond visant à la révision de la sentence arbitrale qui reste en principe prohibée. Cependant, la préservation de l'ordre public international justifierait que soit reconnue au juge une telle faculté à titre exceptionnel.

Il reste à noter que le contrôle du juge sera des plus délicats lorsque l'arbitre statuera en amiable composition. Dans l'hypothèse où l'arbitre dans sa mission d'amiable compositeur fixe le montant des dommages et intérêts en équité, conformément aux comportements sanctionnés, le juge de l'exequatur ne pourra pas réaliser de contrôle de proportionnalité. En effet, le juge ne peut apprécier ce qui est équitable, cette mission relevant exclusivement de la compétence de l'amiable compositeur. Il peut tout au plus vérifier si l'arbitre s'est bien fondé sur l'équité pour rendre sa sentence. La solution conduit à une impasse puisque, soit le juge se reconnaît incompétent pour contrôler la proportionnalité des dommages et intérêts punitifs dans cette hypothèse, soit il exerce cet examen en substituant au contrôle de proportionnalité celui de l'équité. Il semble que, dans ce cas particulier, il soit plus opportun que le juge ne puisse pas effectuer cette vérification.

La question de la conformité à l'ordre public des solutions retenues en matière de *culpa in contrahendo* reste encore ouverte. Il est toujours envisageable que l'exception d'ordre public international vienne contrarier la mise en œuvre d'un droit désigné. Par conséquent, avec la présence de règles matérielles uniformes et de règles impératives, l'exception d'ordre public constitue bien un facteur de perturbation dans le traitement des litiges nés des négociations.

¹⁵⁹⁰ Sent. CCI n° 6320 en 1992.

¹⁵⁹¹ G. ROBIN, « Les dommages et intérêts punitifs dans les contrats internationaux », *RDAl* 2004, n° 3, pp. 247 à 267, spéc. p. 250.

¹⁵⁹² Bien que le contrôle du juge reste limité à l'existence d'une violation de l'ordre public international « flagrante, effective et concrète », CA Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*, *JCP G* 2005, II, 10038, note G. CHABOT, *JCP* 2005, I, 134, n° 8 obs. Ch. SERAGLINI; Du même auteur, « L'arbitrage commercial international », in *Droit du commerce international*, J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), Litec, 2005, pp. 1080 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

1030. L'analyse des essais d'uniformisation des règles matérielles applicables à la *culpa in contrahendo* se conclut par un bilan pessimiste. Cet effort n'est pas suffisant pour créer un *jus commune* des négociations précontractuelles. Cet échec résulte des deux lacunes majeures affichées par le droit uniforme. D'une part, qu'il s'agisse du droit conventionnel ou de principes du commerce international codifiés ou non, aucune de ces sources ne propose un corps de règles suffisant pour répondre à la polymorphie adoptée par le contentieux précontractuel. Le constat est accablant concernant le droit conventionnel puisque la Convention de Vienne ne s'intéresse expressément qu'à certains litiges relevant de la *culpa in contrahendo* uniquement contractuelle. L'extension de l'application de la Convention aux autres hypothèses précontractuelles reste encore largement discutée. D'autre part, la majorité des règles retenues reposent sur des concepts évanescents qui nécessitent une interprétation de la juridiction saisie. Cette démarche serait neutre si elle se fondait sur une définition précise. Or, aucune des sources du droit uniforme ne propose une telle définition du principe de bonne foi ou de mauvaise foi sur lequel elles font pourtant reposer la gestion du contentieux né des tractations. Ces absences impliquent dès lors inévitablement le recours à la loi applicable ou l'interprétation subjective d'une juridiction qui retient une conception particulière de la bonne foi. Les lacunes du droit uniforme vont ainsi réintroduire le système conflictualiste à l'endroit même où les parties cherchaient justement à échapper à l'intervention du droit national. Par conséquent, l'examen des règles matérielles s'achève par le constat d'une incapacité du droit uniforme à assurer le traitement des contentieux précontractuels et, par extension, la survivance de la méthode conflictualiste avec toutes les difficultés et les écueils qui la caractérisent. Les nouvelles dispositions du Règlement Rome II en matière de *culpa in contrahendo* sont donc appelées à s'appliquer et ne restent pas superflues.

CONCLUSION DU TITRE 2

1031. Qu'ils agissent sur le terrain des conflits des lois ou de juridictions, les facteurs de perturbation produisent un impact limité. Ils ne font qu'ébranler le système conflictualiste, sans jamais le faire s'effondrer. En effet, la compétence d'un juge élu reste subordonnée à l'existence d'une relation contractuelle entre les parties, matérialisée par la conclusion d'un accord d'*electio fori* ou d'une clause d'arbitrage. La compétence d'un tribunal élu par les parties se révèle donc peu probable dans l'hypothèse d'une rupture de pourparlers informels. De façon générale, pour tous les contentieux relevant de la *culpa in contrahendo* délictuelle, l'extension de la compétence du juge désigné dépend de la volonté des parties, exprimée dans la rédaction de la clause attributive de compétence d'étendre l'investiture du juge au-delà du champ contractuel. La reconnaissance d'une telle prorogation de compétence demeure donc très incertaine. De ce fait, les règles de conflit de juridictions restent largement présentes sur le terrain du contentieux.

Quant aux règles de conflit de lois, elles non plus n'ont pas été totalement évincées par l'intervention de règles matérielles, puisque ces dernières nécessitent, en tout état de cause, la mise en œuvre des règles de conflit. Soit la règle matérielle ne dispose pas d'une force contraignante suffisante pour pouvoir s'imposer à la juridiction compétente; soit les dispositions matérielles sont trop lacunaires pour traiter l'ensemble du contentieux précontractuel et doivent être complétées par la loi applicable. Ainsi, quelle que soit la situation, les règles matérielles nécessitent l'intervention de la règle de conflit. Par conséquent, la méthode conflictualiste est appelée à perdurer.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

1032. L'examen du traitement des négociations conduit à la conclusion qu'il n'existe pas un seul mais plusieurs droits internationaux privés des négociations. Qu'il s'agisse d'établir la compétence juridictionnelle ou de déterminer la loi applicable, plusieurs règles de conflit sont susceptibles d'intervenir, les unes sont contractuelles, les autres délictuelles. Chacune admet encore des rattachements multiples : lieu du dommage, du fait générateur, la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, ...

Pourtant, aucun de ces rattachements ne semble véritablement pertinent dès lors qu'ils n'ont pas été adaptés à la spécificité des négociations précontractuelles. En matière de conflit de juridictions, la jurisprudence actuelle se prononce au cas par cas. Ces hésitations traduisent les difficultés qu'elle rencontre dans l'appréhension de la période des pourparlers. En matière de conflit de lois, le bilan semble plus pessimiste puisqu'il est possible de relever les écueils du nouvel article 12 dédié à la culpa in contrahendo, avant même qu'il ait été appliqué.

1033. C'est de cette combinaison de règles diverses que peut être dégagé le système de traitement des contentieux nés de l'avant-contrat. Il est encore d'avantage complexifié par l'intervention de facteurs perturbateurs. Certaines règles matérielles impératives ou non sont susceptibles de s'appliquer aux litiges précontractuels. Ce constat aurait été positif si les règles uniformes existantes avaient pu permettre de s'émanciper du système conflictualiste. Or leur manque d'exhaustivité commande un passage obligatoire par la règle de conflit. Par conséquent, il existe bien un traitement des négociations précontractuelles par le droit international privé, mais il reste très hétérogène et trop lacunaire.

CONCLUSION GENERALE

1034. Dans une visée pragmatique, la présente thèse s'est attachée à relever les points d'achoppements majeurs qui font impasse, et tenter d'en analyser les récurrences afin d'en comprendre la complexité. Ces écueils ont été relativisés pour pouvoir aboutir à l'adoption d'un corps de règles efficaces en droit international privé. Dans cet objectif, des solutions ont été proposées.

1035. A titre préliminaire, il faut relever que cette étude a levé les doutes quant à l'utilité des règles de conflit et conclut, sur ce point, à l'opportunité de l'intérêt que le droit communautaire a récemment marqué au contentieux précontractuel en forgeant une règle spécifique à la *culpa in contrahendo* au sein du Règlement Rome II. L'édiction d'une règle de conflit spéciale se justifie doublement.

D'une part, la présence de règles matérielles uniformes auraient effectivement pu conférer un caractère superflu au système conflictualiste, puisque ces règles matérielles permettent de s'affranchir de la recherche de la loi applicable. Cependant, qu'elles soient d'origine étatique ou anationale, elles présentent un contenu bien trop lacunaire pour ambitionner de remplacer la règle de conflit de lois.

D'autre part, les efforts de rapprochement des droits nationaux, matérialisés par l'accueil progressif de la notion de bonne foi au sein de certains droits traditionnellement réfractaires, laissaient espérer que les divergences nationales de traitement du contentieux précontractuel se soient estompées. Or, l'étude a démontré que des dissonances significatives perdurent. Schématiquement, une victime dispose toujours de plus de chances d'obtenir réparation de son dommage précontractuel lorsque l'action est soumise à un droit de *civil law*, que si la demande est examinée au regard de la *common law*.

Par conséquent, la règle de conflit de lois conserve une place essentielle puisque la réussite d'une action en responsabilité précontractuelle reste encore subordonnée à la loi qui lui est reconnue applicable. Cependant, pour répondre à l'exigence de l'adoption de règles de conflit adaptées aux négociations, le système conflictualiste aurait du reposer sur des critères de rattachement cohérents avec la matière précontractuelle pour garantir la prévisibilité de la solution. En vue de pallier les lacunes qui apparaissent, la présente étude a avancé six propositions pour améliorer le traitement actuel des négociations.

1036. Les deux premières propositions intéressent la question du conflit de juridictions. Auparavant, il faut relever que la nouvelle règle de conflit qui opère un renvoi de la loi applicable à la *culpa in contrahendo*, à la *lex contractus*, n'intéresse que la question de la loi applicable. Si bien que la question de la compétence juridictionnelle reste soumise aux dispositions existantes qui ne raisonnent que sur le terrain de la localisation du délit. Les

règles de conflit répondent ainsi à deux systèmes distincts. Il est pourtant tout de même possible de nuancer cet écueil.

Tout d'abord, en présence d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause d'arbitrage, la jurisprudence actuelle marque une tendance à étendre la compétence de la juridiction élue par les parties à la responsabilité précontractuelle dès lors que ces dernières ont exprimé, implicitement, le souhait d'étendre le champ de la clause au-delà du contrat. La place du for du délit se réduit donc d'autant. Ensuite, les règles de conflit de lois et de juridictions répondent à des problématiques distinctes. Alors que le conflit de lois recherche un lien effectif et cohérent avec la relation litigieuse, le conflit de juridictions s'attache à garantir aux parties l'accès au juge. Il n'apparaît donc pas indispensable de coordonner les deux systèmes, même si cette solution reste souhaitable, dès lors que ces règles de conflit remplissent leurs objectifs respectifs. Or, les règles de conflit de juridictions actuelles permettent d'ouvrir à la victime d'un dommage précontractuel, l'accès à plusieurs fors. Par conséquent, ces règles de conflit de juridictions peuvent être aisément perfectionnées. Pour cela, il suffirait de préciser les modalités de localisation des critères de rattachement retenus par les articles 5-1 et 5-3 du Règlement Bruxelles I.

En matière de *culpa in contrahendo* contractuelle, la réflexion menée a validé la substitution opérée par la jurisprudence de l'obligation caractéristique du contrat négocié à l'obligation qui sert de base à la demande, lorsque cette obligation n'existe pas, parce que la demande repose sur l'existence ou la validité du contrat. Quant à la difficulté qui perdure, la localisation de cette obligation quand elle ne comporte aucune limite géographique, il a été proposé de transposer le raisonnement retenu en matière délictuelle. Notamment, l'obligation contractuelle de négocier de bonne foi, imposée par un avant-contrat, pourrait être localisée au lieu où la décision de rupture s'est exprimée.

En matière de *culpa in contrahendo* délictuelle, l'étude s'est attachée à proposer des modalités précises d'identification des lieux du fait dommageable, pour remédier à l'application hésitante de la jurisprudence qui oscille entre le lieu de réception de la décision créatrice du dommage et le lieu d'exécution du contrat projeté. De fait, il semble pertinent de localiser le dommage dans l'Etat d'enregistrement des pertes.

1037. Les quatre propositions suivantes concernent le traitement du conflit de lois. Elles se déclinent en deux catégories : les premières poursuivent l'objectif de redéfinir la « *culpa in contrahendo* » visée par le Règlement Rome II, les secondes cherchent à réécrire l'article 12 de ce texte.

Une troisième suggestion préconise qu'une définition plus précise de la *culpa in contrahendo* soit adoptée par le Règlement Rome II. En effet, le Règlement Rome II ne prévoit pas de définition de la *culpa in contrahendo*. Tout au plus, désigne-t-il certaines hypothèses, en nombre très limité, en indiquant pour chacune si elles sont incluses ou exclues du domaine de l'article 12. Ces hypothèses visées restent tellement restrictives qu'elles laissent place à une grande incertitude.

Dans cet objectif, il a tout d'abord été proposé de remplacer l'expression « violation au devoir d'informer » retenue par le considérant 30, par celle, plus étendue, de « manquement à une obligation qui découle du devoir d'informer ». En effet, en visant le devoir d'informer, le Règlement Rome II semble restreindre le domaine de la *culpa in contrahendo* au débiteur de

l'obligation d'information. Pourtant, le créancier qui perçoit ces informations est également susceptible d'engager sa responsabilité s'il dévoile des données confidentielles ou les exploite sans autorisation et à des fins personnelles. Les manquements au devoir de confidentialité devraient selon toute logique pouvoir relever de la *culpa in contrahendo*. Cette solution permettrait ainsi de lever toute ambiguïté quant à l'inclusion de la violation du devoir de confidentialité au sein de l'article 12.

Il semblerait ensuite pertinent de substituer à l'exigence de « lien direct avec le contrat », la constatation d'« un lien direct avec les négociations ». En effet, certains manquements commis au cours des pourparlers ne présentent pas forcément de lien direct avec le contrat. Certaines informations confidentielles peuvent être dévoilées pour établir une relation de confiance. Si ces révélations sont bien intervenues dans la perspective de réussite des pourparlers, les données transmises peuvent ne pas concerner l'opération contractuelle envisagée et, par conséquent, ne pas présenter de lien direct avec le contrat négocié. Il semble donc préférable d'ouvrir le domaine de l'article 12 à l'existence d'« un lien direct avec les négociations ».

1038. La quatrième proposition intéresse la ventilation opérée par le nouveau droit international privé entre les contentieux précontractuels relevant de la matière contractuelle et délictuelle. Sur ce point, il faut rappeler que, contrairement aux suggestions de la présente étude, le Règlement Rome II ne parvient pas à rassembler toutes les hypothèses de contentieux précontractuels sous une même catégorie de questions, mais au contraire, les soumet à des qualifications différentes. Cependant il est nécessaire de reconnaître que dégager une matière *sui generis* permettant d'intégrer l'ensemble du contentieux précontractuel s'avère être un exercice particulièrement difficile. En conséquence, si la qualification actuelle du contentieux né des pourparlers ne peut pas être approuvée, elle reste néanmoins perfectible, dès lors que certains correctifs y sont apportés.

Une nouvelle répartition du contentieux précontractuel soumis à la *culpa in contrahendo* délictuelle peut ainsi être suggérée. Elle consiste à attribuer une qualification contractuelle au manquement à l'obligation d'information, tout en conservant la soumission des autres contentieux à l'article 12. Cette solution se justifie par un objectif de double harmonisation. D'une part, en cas de violation d'une obligation d'information, cette solution permettrait de retenir une qualification identique pour l'action fondée sur la nullité du contrat et pour l'action en responsabilité qui en découle, alors que le droit actuel les soumet à deux qualifications distinctes sur le terrain du conflit de lois. D'autre part, cette solution permettrait de coordonner le traitement du conflit de lois et de juridictions puisque, sur la question de la compétence juridictionnelle, la jurisprudence semble s'orienter vers une qualification contractuelle de cette action en responsabilité. D'autant que l'impact provoqué par la scission opérée par l'étape de qualification peut être à présent relativisé puisqu'il semble avoir été amorti par le rattachement opéré par le Règlement Rome II à la *lex contractus*. Pourtant, le pont jeté entre les Règlements Rome I et II ne suffit pas à uniformiser le système, c'est pourquoi deux derniers correctifs ont été proposés.

1039. La cinquième recommandation prévoit la réécriture de l'article 12 du Règlement Rome II en suggérant un rattachement plus pertinent. La règle de conflit de loi en matière de

culpa in contrahendo délictuelle désignerait la loi qui présente les liens les plus étroits avec les négociations précontractuelles, associée à une présomption en faveur de la loi de la relation préexistante entre les parties. En pratique, cette nouvelle règle de conflit permet toujours d'appliquer la loi du contrat projeté, conformément au souhait du règlement Rome I. Mais elle ouvre la possibilité de retenir la compétence d'une autre loi si la *lex contractus* n'apparaît pas comme étant la loi présentant le rattachement le plus significatif à la *culpa in contrahendo*.

Ce cas se présente tout d'abord lorsque la loi du contrat négocié n'est pas, ou du moins difficilement, déterminable. Mais surtout, l'éviction de la *lex contractus* se justifie par la présence d'un avant-contrat. Ce formalisme des négociations, de plus en plus répandu, se traduit sur le terrain du conflit de lois par l'intervention d'une loi contractuelle tierce, susceptible de gérer le contentieux. Le Règlement Rome II n'a pas considéré la présence des avant-contrats dans la détermination de la loi applicable alors que cette loi s'avère pourtant être souvent plus propice à régir le contentieux précontractuel, notamment lorsque les parties y ont inséré une clause d'*electio juris*. Cette nouvelle règle de conflit permettrait alors d'étendre la compétence de la loi d'un avant-contrat à la *culpa in contrahendo*.

Enfin, il serait possible de retenir, au titre de la présomption, la loi d'un contrat préexistant si les parties sont déjà liées par des contrats conclus précédemment. Cette solution permet de garantir la cohérence de la relation contractuelle entre les parties en la soumettant à l'application d'une seule et même loi, sans qu'il soit nécessaire de motiver quelque peu artificiellement cette solution par l'existence d'une volonté tacite des parties en ce sens.

Si la présomption ne permet pas de déterminer la loi applicable, alors sera recherchée la loi qui présente les liens les plus étroits, non pas avec le contrat, mais avec les négociations. Cette solution ne s'éloignerait pas de la tendance actuelle à localiser *in concreto* le fait dommageable, qui s'apparente finalement à la recherche des liens étroits avec les pourparlers. De plus, l'article 12, alinéa 2, c), prévoit justement le jeu de la clause d'exception en matière de *culpa in contrahendo* pour écarter la loi du délit lorsqu'elle ne présente pas de rattachement pertinent. La proposition de cette étude, fondée sur la localisation effective des négociations, ne dénature donc pas l'objectif du texte communautaire.

1040. Enfin, la dernière proposition intéresse les modalités d'identification de la *lex contractus* lorsqu'elle est désignée compétente par renvoi de l'article 12. Cet article ne précise pas si tous les rattachements du Règlement Rome I pour déterminer la loi du contrat doivent être retenus pour identifier la loi applicable à la *culpa in contrahendo*. Paradoxalement, en prévoyant des rattachements subsidiaires, le Règlement Rome II envisage implicitement que la loi du contrat puisse ne pas être déterminée, alors que la règle de conflit contractuelle applicable par renvoi est tellement exhaustive, qu'envisager l'impossibilité d'identifier la *lex contractus* semble utopique. C'est pourquoi, la présente étude préconise de circonscrire la recherche de la *lex contractus* lorsque sa compétence est établie par l'article 12.

En pratique, trois modifications du texte doivent donc être intégrées sur ce point.

En premier lieu, le texte doit préciser que la détermination de la *lex contractus* se réduit à l'existence d'un choix exprès des parties de la loi applicable. En effet, le moment des pourparlers reste une période d'échanges entre les parties qui sont susceptibles de modifier

leurs souhaits à tout instant. Jusqu'à sa conclusion, le contenu du contrat demeure donc trop incertain pour qu'un choix de loi tacite puisse être identifié.

En deuxième lieu, la loi du contrat doit être limitée à la possible identification de la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Lorsque la nature du contrat projeté évolue au cours des pourparlers, si bien que l'identification de la prestation caractéristique s'avère complexe, il semble préférable d'écarter cette recherche au profit des dispositions subsidiaires.

En dernier lieu, la modification proposée consiste en la suppression totale de la référence à la loi présentant les liens les étroits avec le contrat. En effet, le choix du rattachement de la *culpa in contrahendo* à la *lex contractus* se justifie par le souhait de soumettre le contentieux précontractuel à une loi qui présente un rattachement concret avec le litige. Or, lorsqu'aucun choix de loi par les parties ne peut être relevé, ni la prestation caractéristique déterminée, alors la loi du contrat ne présente plus de pertinence à s'appliquer au contentieux précontractuel. Il est donc préférable, dans une telle hypothèse, de rechercher la loi qui présente les liens les plus étroits avec les négociations précontractuelles.

1041. Toutes ces propositions sont donc unies par un objectif identique d'amélioration du traitement du contentieux né des pourparlers. Il faut néanmoins noter qu'elles conduisent à conserver le raisonnement conflictualiste emprunté par le droit international privé positif en matière de *culpa in contrahendo*. Par conséquent, les dissonances selon le droit reconnu applicable actuellement constatées sont donc vouées à perdurer.

Cependant, même s'il existe des divergences entre les droits nationaux qui conduisent à ce qu'un même comportement puisse être reconnu comme contraire à la bonne foi et sanctionné par un droit, alors qu'il restera neutre sous l'application d'un autre droit, il faut relever que les acteurs du commerce international craignent une sanction plus grave que celle qui pourrait être prononcée par une juridiction : l'atteinte à leur réputation. En effet, pour assurer la pérennité des affaires, chaque professionnel cherche à s'assurer de la fiabilité de son futur cocontractant avant toute entrée en négociations. Le passé d'un négociateur marqué par un comportement de mauvaise foi risque d'entacher sa réputation au point de mener jusqu'à son éviction du cercle des affaires.

Ainsi que l'a relevé un auteur, « la brèche creusée dans la réputation du négociateur incorrect peut être sanctionnée, au maximum, par l'exclusion du groupe, par la mise au ban de la société commerçante. Occulte et efficace, la liste noire garantit sans doute la loyauté de bien des négociateurs. »¹⁵⁹³

Il reste à espérer que cette menace permanente incite les parties à s'imposer une conduite de bonne foi lors des pourparlers et que de la pratique émerge une certaine « déontologie de la négociation »¹⁵⁹⁴ qui permettrait au-delà du droit positif de sécuriser les négociations internationales précontractuelles.

¹⁵⁹³ CEDRAS, J., « L'obligation de négocier », *RTD com* 1985, p. 282.

¹⁵⁹⁴ J. SCHMIDT, « La négociation du contrat international », *D.P.C.I* 1983, p. 251.

BIBLIOGRAPHIE

I. REFERENCES PORTANT SUR LE DROIT FRANÇAIS OU EN LANGUE FRANÇAISE

A. Ouvrages généraux

- AUDIT B., D'AVOUT L., *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Economica, 2010
BATIFFOL H., LAGARDE P., *Droit international privé*, Paris, t. I, 8^{ème} éd., LGDJ, 1993
BENABENT A., *Droit civil. Les obligations*, 10^{ème} éd., Montchrestien, 2005
BUREAU., MUIR WATT H., *Droit international privé*, t.2, PUF-Thémis, 2007
CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, Paris, PUF, 2004
CLAVEL S., *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2012
CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 2^{ème} éd., Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2007
ENGEL P., *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, Staempfli, 1997
FABRE MAGNAN M., *Les obligations*, Paris, PUF, 2004
FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, L'acte juridique, 14^{ème} éd., Armand Colin, 2010
FOUCHARD Ph., GOLDMAN B., GAILLARD E., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996
GHESTIN J., *Traité de droit civil, les obligations, Le contrat : formation*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993
LARROUMET Ch., *Droit civil. t. 3. Les obligations. Le contrat*, 5^{ème} éd., Economica, 2003
LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIERES P., *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2007
MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2009
MAYER P., HEUZE V., *Droit international privé*, 10^{ème} éd., Montchrestien, 2010
MAZEAUD H. et L., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1965
MAZEAUD J., CHABAS F., *Leçons de droit civil*, 9^{ème} éd., tome II, Montchrestien, 1998
NIBOYET J.-P., *Traité de droit international privé français*, t. III, 1944
TERRE F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., *Droit civil: Les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009
VIGNAL T., *Droit international privé*, 2^{ème} éd., Armand Collin, 2011

B. Ouvrages spécialisés, Thèses, Monographies

- ALMEIDA P. M., *Le hardship dans le droit du commerce international*, Bruxelles/Paris, Bruylant, Forum européen de la communication, 2003
ANCEL M.-E., *La prestation caractéristique du contrat*, Thèse, Economica, Recherches juridiques, 2002
AUGUET Y., *Concurrence et clientèle*, préf. Y. SERRA, LGDJ, 2000
BEHAR-TOUCHAIS M. (dir.), *Les actes du colloque consacré à L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001
BENAC-SCHMIDT F., *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, préf. GHESTIN J., LGDJ, 1983
BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1976
BESSONNET A., LAMY Ph. E., *Contrats d'affaires internationaux*, Pearson, 2^e éd., 2008
BOSKOVIC O., *La réparation du préjudice en droit international privé*, 2003
BOUREL P., *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Paris, LGDJ, 1961
BRASSEUR P., DE CONINCK B., DEFFORGE C., DEMOULIN M., MONTERO E., FONTAINE M., MICHAUX S., VANDENHOUTEN L., *Le processus de formation du contrat, contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2002
COLLART-DUTILLEUL F., *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1997
CORNELOUP S., JOUBERT N., *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008

- CORNELOUP S., JOUBERT N., *Le règlement communautaire «Rome I» et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011
- DAGOT M., *Le pacte de préférence*, Litec, 1988
- DELFORGE C., « La formation des contrats sous un angle dynamique – Réflexions comparatives », in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002
- DESIDERI J.-P., *La préférence dans les relations contractuelles*, préf. MESTRE J., PUAM, 1997
- DILOY C., *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, LGDJ, 2000
- DURRY G., *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, Thèse, Paris, 1957
- FAHMY M. K., *Le conflit mobile de lois en droit international privé*, thèse dactyl., Paris, 1951
- FERRARIS J., *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*, Paris, 2003
- FILALI O., *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Bibl. dr. Privé, tome 224, LGDJ, 1992
- GAUDEMET-TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement no 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4^e éd., 2010, LGDJ
- GUYON Y., *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats, GHESTIN J. (dir.), LGDJ, 1993
- HAFTEL B., *La notion de matière contractuelle en droit international privé – étude dans le domaine du conflit de lois*, Thèse, Paris II, 2008
- HEUZE V., *La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes*, Paris, GLN éd., 1990
- HEUZE V., *La vente internationale de marchandises*, Droit uniforme, Traité des contrats, GHESTIN J. (dir.), LGDJ, 2000
- JOURDAIN P., *La bonne foi dans la formation du contrat*. Trx. Ass. Capitant, t. XLIII, 1992
- JUSTAFRE C., *De l'abus du droit de ne pas contracter*, thèse dactyl., Montpellier, 1950
- KASSIS A., *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993
- LABARTHE F., *La notion de document contractuel*, Thèse, LGDJ, 1994
- LE TOURNEAU Ph., *Contrats portant sur une chose, Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2000
- LEFEBVRE B., *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Yvon Blais, 1998
- LORVELLEC L., *L'essai dans les contrats*, Thèse, Rennes, 1972
- MALEVILLE M.-H., *Pratique de l'interprétation des contrats*, publication de l'Université de Rouen, n° 164, 1991
- MONZER R., *La négociation des contrats internationaux: une harmonisation des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, Bruylant, LGDJ, Delta, 2008
- MOUSSERON J.-M., RAYNARD J., SEUBE J.-B., *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010
- NAJJAR I., *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967
- OSMAN F., *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 224
- PORACCHIA D., *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, PUAM, 1998
- PRIETO C., *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003
- REMY-CORLAY P., *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois*, Thèse, Poitiers, 1997
- RICOT J., *Le refus de contracter*, thèse, Paris, 1939
- RIEG A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droits civils français et allemand*, Thèse Strasbourg, LGDJ, 1961
- ROUBIER P., *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1911
- SCHMIDT-SZALEWSKI J., *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, coll. Droit usuel, 1982
- SCHMIDT-SZALEWSKI J., PIERRE J.-L., *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 1996
- SERNA J.-C., *Le refus de contracter*, thèse, Paris, LGDJ, 1967
- SERAGLINI Ch., *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001
- SOULEAU-BERTRAND M., *Le conflit mobile*, Paris, Dalloz, 2005
- TALLON D., *Le concept de bonne foi en droit français des contrats*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, n° 15, Rome, 1994
- WEISZBERG G., *Le raisonnement en droit du commerce international*, Thèse, Paris II, 2003

C. Etudes et Articles

- ALBERTINI J. A., « Les mots qui vous engagent... », *D.* 2004 p. 230
- ALPA G., « Le contrat individuel et sa définition », *RIDC* 1988, p. 327
- ANCEL B., « *Auctoritate rationis*, Le droit savant du contrat international », in *Clés pour le 20^{ème} siècle*, Mélanges de l'Université Paris II Panthéon-Assas, 2000, p. 583
- ANCEL M.-E., « Loi applicable à défaut de choix des parties : Rome vue du plateau de Kirchberg », *Rev. Lamy Dt. civil.*, 2010, p. 69
- ARENAS GARCIA R., « La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II », *Revista para el análisis del derecho* 2008, n°4, p. 1
- AUDIER N., PICARD N., « La pratique des lettres d'intention au Vietnam », *RDAl* 2005, p. 593
- AUDIT B., « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, v. 305, 2003, p. 392
- AZZI T., « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.* 2009, p. 1621
- BAILLOD R., « Les lettres d'intention », *RTD com.* 1992, p. 547; S.JAMBORT, « Les lettres d'intention sont-elles mortes ? », *Bull. Joly* 01 juin 2007, n° 6, p. 668
- BANAKAS S., « Liability for Contractual Negotiations in English Law : Looking for the Litmus Test », *Revista para el análisis del derecho* 2009. Disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1368208>.p 4
- BARRET O., « Variations autour du refus de contracter », *Mélanges J. BEGUIN*, p. 3
- BATESON H., « The duty to co-operate », *The Journal of Business Law* 1960, p. 187
- BATIFFOL H., « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973, II, p.79
- BAUERREIS J., « Le nouveau droit des conditions générales d'affaires », in *Colloque franco-allemand*, 31 mai 2002 : Le nouveau droit allemand des obligations, l'impact de la réforme dans les relations d'affaires franco-allemandes », *RIDC* 2002, n°4, p. 1013
- BÉGUIN J., ORTSCHIEDT J., SERAGLINI Ch., Chron. Droit de l'arbitrage, *JCP E* 2006, p. 2784; *JCP G* 2006, I, p. 187
- BEIGNIER B., « La conduite des négociations », *RTD com.* 1998, p. 463
- BELLET P., « L'élaboration d'une Convention sur la reconnaissance des jugements ans le cadre du Marché commun », *JDI* 1965, p. 850
- BERAUDO J.-P., « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », in *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, 2004, p. 93
- BISCHOFF J.M., note ss l'arrêt *Jacob Handte*, *JDI* 1993, p. 469
- BLANCHARD P., « Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes », *RDAl* 2008, p. 3
- BOLLEE S., « A la croisée des règlements Rome I et Rome II: la rupture des négociations contractuelles », *D.* 2008 p. 216
- BOLLEE S., LEMAIRE S., « Le Règlement n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », *D.* 2008, p. 2155
- BOSKOVIC O., « Les dommages et intérêts en droit international privé. Ne pas manquer une occasion de progrès », *JCP G* 2006, I, p. 163
- BOSKOVIC O., « L'autonomie de la volonté dans le Règlement Rome II », *D.* 2009, p. 1639
- BOURDELOIS B., « Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé », *Mélanges en l'honneur de MALAURIE Ph.*, Defrénois, 2005, p. 107
- BRIERE C., « Le Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) », *JDI* 2008, p. 52
- BRUNEAU C., « Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale. Règl. Cons. CE n°44/2001, 22 déc. 2000 », *JCP* 2001, I, 304, n° 11
- BÜHLER M., « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *RDAl* 2002, n°3/4, p. 359
- CAPECCHI G., « Nature et applicabilité de la lettre d'intention en droit italien », *RDAl* 2004, p. 151
- CEDRAS, J., « L'obligation de négocier », *RTD com* 1985, p. 282
- CHABERT C., « Questions de compétence sur la rupture de pourparlers européens », *LPA*, 15 oct. 2002, n° 206, p. 16

CHAMY E., « L'affaire Texaco-Pennzoil et ses multiples développements au sein du système judiciaire américain », *JDI* 1988, p. 979

CHATILLON S., « Droit et langue », *RIDC* 2002, n°3, p. 687

CHAUVEL P., « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », *Dr. & patr.* 1996, p. 36

CHAUVEL P., note ss Cass. com., 7 janv. 1997, n°94-21.561 et Cass. com., 22 avr. 1997, n°94-18.953, *D.* 1998, *jur.*, p. 45

CHAUVEL P., note ss Cass. civ. 3, 3 juill. 2002, *Sté Poree Havlik c/SCI Nouveau Plexi et M. LOISEL*, *Dr. & patr.*, nov. 2002, n°109, p.107

CHAUVEL P., « Violence, contrainte économique et lésion », *Mélanges A.-M. SOHM*, LGDJ, 2005, p. 19

DE VAREILLES-SOMMIERES P., note ss l'arrêt *Jacob Handte*, *RTD euro.* 1992, p.709

CLAY T., « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cah. Arb.* 2011, p. 331

COLLARD-DUTILLEUL F., « Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordre », *Dr. & patr.* 1995, p. 58

CURTI-GIALDINO A., « L'autonomie de la volonté des parties en droit international privé », *RCADI* 1972, III, p. 883

DAUNER LIEB B., « Vers un droit européen des obligations », *RIDC* 2004, n°3, p. 568

D'AVOUT L., « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165

DE VAREILLES-SOMMIERES P., note ss l'arrêt *Jacob Handte*, *RTDE* 1992, p.709

DELFORGE C., « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in *Le processus de formation du contrat*, FONTAINE M.(dir.), LGDJ, 2002, p. 139

DELPECH X., obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 07-17.788, *D.* 2010, p. 1869

DEMOGUE R., « Des contrats provisoires », in *Mélange H. CAPITANT*, Dalloz, 1938, p. 159

DEMOULIN M., in *Le processus de formation du contrat*, FONTAINE M.(dir.), Bruxelles/Paris, 2002, p. 693

DERAINS Y., « L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige », *Rev. arb.* 1972, p. 99

DERAINS Y., note ss Sent. CCI n° 5065 rendue en 1986, *JDI* 1987, p. 1039

DERAINS Y., « La valeur interprétative des négociations », in *Formation of contract and precontractual liability*, publication de la CCI, n° 440/90, Paris, 1990, p. 315

DERAINS Y., note ss Sent. CCI n°5953, *JDI* 1990, p. 1056

DESHAYES O., « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004, p. 187

DEUMIER P., « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *RDC*, 01 octobre 2008, n° 4, p. 1309

DIESSE F., « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », *RDAI* 1999, p. 737

DRAETTA U., « Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux », *Diritto del Commercio Internazionale* 2001, p. 297

DROZ G. A. L., « *Delendum est forum contractus* ? », *D.* 1997, chron., p. 351

DUBOUT H., « Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprises », *Bull. Joly*1992, p. 722

EKELMANS M., « Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Mélanges Vander Elst*, Bruxelles, 1986, Nemesis, p. 243

ELHOUEISS J.-L., « Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé », *JDI* 2005, p. 281

FAGES B., « Des comportements contractuels à éviter », *Dr. & patr.* 1998, p. 67

FAGES B., « L'importance des pourparlers », *Dr. & patr.* 1999, p. 60

FAGES B., « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Dr. & patr.* 1999, p. 82

FAUVARQUE-COSSON B., « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », *RDC* 2006, n° 4, p. 1279

FAUVARQUE-COSSON B., « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : Les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *RIDC* 1998, n°2, p. 463

FAUVARQUE-COSSON B., « La confiance légitime et l'estoppel », *Rapport général publié par la Société de législation Comparée*, 2007; *Electronic Journal of Comparative Law*, déc. 2007, vol. 11-3, p. 10

FONTAINE M., « Les clauses de hardship-aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *Dr. prat. com. int.* 1976, p. 7

FONTAINE M., « Les clauses d'offre concurrente, du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux », *Dr. prat. com. int.* 1978, p. 189

- FONTAINE M., DE LY F., « Les lettres d'intention », *in Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*, 2^{ème} éd., FEC, Bruylant, 2003
- FORBIN G., « Comment gérer les obligations confidentielles au cours des pourparlers », *RDAI* 1998, n°4/5, p. 477
- FRAIMOUT J.-J., « Le droit de rompre des pourparlers avancés », *Gaz. Pal.* 1^{er} juin 2000, n° 153, p. 2
- GAILLARD E., « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Cah. Arb.* 2011, p. 263
- GAILLARD E., DE LAPASSE P., « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, p.175
- GAUDEMET-TALLON H., « Le nouveau droit international privé européen des contrats », *RTD eur.*, 1981
- GAUDEMET-TALLON H., note ss Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1990, *Broca et autre c. Anjot*, *RCDIP* 1991, p. 135
- GAUDEMET-TALLON H., note ss TGI Paris, 10 juillet 1991, *Consorts Paoletti c. Privat Kredit Bank et J. Borghetti*, *RCDIP* 1993, p. 54
- GAUDEMET-TALLON H., « De la conformité des dommages-intérêts punitifs à l'ordre public », *RCDIP* 2011, p. 93
- GAUTIER P. Y., « Les aspects internationaux de la négociation », *RTD Com.* 1998, p. 493
- GAVALDA C., « Le refus de vente international dans la CEE », *D.* 1991, p. 252
- GOLDMAN B., « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de Philosophie du droit*, 1964, p. 177
- GOLDMAN B., « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI* 1979, p. 475
- GORE M., « La rédaction du contrat », *LPA* 06 mai 1998, n° 54, p. 30
- GRELONB., GUDINC.-E., « Contrats et crise du Golfe », *JDI* 1993, p. 634
- GROSLIERE R., « Le droit de préemption. Préférence ou retrait », *JCP* 1963, I, 1769
- GUERCHOUN F., PIEDELIEVRE S., « Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) », *Gaz. Pal.*, 30 oct. 2007, n°303, p. 9
- HAFTEL B., « Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I », *JDI* 2010, n° 3, p. 11
- HANOPTIAU B., DEMIDELEER M., GERRY N.: « Vers la conclusion du contrat : les éléments caractéristiques de la convention et les pouvoirs des négociateurs », *in Le contrat en formation*, Bruxelles, 1987, p. 186
- HEUZE V., « La formation du contrat selon la CVIM : quelques difficultés », *RDAI* 2001, n°3/4, p. 277
- HOUTCIEFF D., « L'influence du droit anglo-saxon sur le droit français des contrats », *Intervention dans le cadre du colloque célébrant les 30 ans de la faculté d'Amiens*, Université Picardie Jules Vernes. Disponible sur : http://leblogdedimitrihoutcieff.blogspot.com/files/blog_-_droit_anglosaxon.pdf
- HOUTCIEFF D., « La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », note sous Cass. Ass. Plén., 27 févr. 2009, *D.* 2009, p. 124
- HUET J., « les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes UNIDROIT : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *LPA* 1995, p. 8
- HUET J., DUPUIS-TOUBOL F., « Violation de la confidentialité des négociations », *in Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990
- BOSQUET-DENIS J.-B., « La localisation du refus de vente et ses conséquences sur la compétence des juridictions, particulièrement en droit communautaire », *D.* 1991 p. 21
- JACQUET J.-M., « Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats », *JDI* 1991, p. 679
- JACQUET J.-M., « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », *in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de H. GAUDEMET-TALLON*, Paris, Dalloz, 2008, p. 727
- JAMBORT S., « Les lettres d'intention sont-elles mortes », *Bull. Joly* 2007, p. 668
- JARROSSON Ch., PELLERIN J., « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5
- JAULT-SESEKE F., « Du contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RCDIP* 2007, p. 128
- JEANTET F.-C., « Un droit européen des conflits de compétence judiciaire et de l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 1972, p. 391

- JOUBERT N., « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement Rome I ? », in *Le règlement communautaire «Rome I» et le choix de loi dans les contrats internationaux*, CORNELOUP S., JOUBERT N. (dir.), Litec, 2011, p. 229
- KADNER GRAZIANO T., « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle, le règlement Rome II », *RCDIP* 2008, p. 445.
- KAHN Ph., « La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *RIDC* 1981, p. 951.
- KAHN Ph., « Introduction générale : qu'est-ce que la vente ? », *RDAl* 2001, n°3/4, p. 241.
- KENFACK H., « L'article 4 de la Convention de Rome et les contrats de distribution », *D.* 2004, p. 494
- KESSEDJIAN C., « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI* 2005, p. 813
- KESSEDJIAN C., « les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales », *RIDC* 1995, p. 373
- KESSEDJIAN C., « Les normes a-nationales et le futur règlement Rome I – Une occasion manquée (jusqu'à nouvel ordre ?) », *RDC* 2007, p. 1470
- KESSEDJIAN C., « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *RTD eur.* 2011, p. 117
- KLEIMAN E., SPINELLI J., « La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité, *Gaz. Pal.* 27 janv. 2011, p. 9
- L. INGBER, DUBUFFET M.F., RENARD A., Chronique de droit civil belge, *RTD Civ.* 1996, p. 739
- LACOMBE J., « La responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard de ses clients », *RTD civ.* 1963, p. 242
- LAGARDE P., « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Rivista di diritto internazionale e processuale* 1975, p. 649
- LAGARDE P., « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986, p. 25
- LAGARDE P., « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991, p. 287
- LAGARDE P., in *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, CORNELOUP S. et JOUBERT N. (dir.), Litec, 2008, p. 201
- LAGARDE P., « *Culpa in contrahendo* à la croisée des règlements communautaires », *Mélanges offerts à L.FAUSTO POCAR*, Giuffrè, 2009, p. 583
- LAGARDE P., TENENBAUM A., « De la Convention de Rome au Règlement Rome I », *RCDIP* 2008, n°4, p. 728
- LAMAZEROLLES E., « Rupture de pourparlers et cession d'actions », *D.* 2004, p. 2922
- LAMETHE D., « Les langues de l'arbitrage international : liberté raisonnée de choix ou contraintes réglementées? - D'autres intérêts économiques sont en jeu : ils sont culturels, moraux et sociaux et ils doivent être préservés. C'est au juriste de dire comment (Philippe FOUCHARD) », *JDI* 2007, p. 9
- LASSALE B., « Les pourparlers », *Revue de recherche juridique*, droit prospectif, 1994, n° 3
- LATREILLE A., « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA* 7 et 8 août 2006, n° 156 et 157
- LAUDE A., « Le constat judiciaire des pourparlers », *RTD com.* 1998, p. 551
- LE BARS B., « La réforme du droit de l'arbitrage, un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *JCP* 2011, p. 67
- LE TOURNEAU Ph., « La rupture des négociations », *RTD com.* 1998 p. 479
- LEGIER G., « Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo* », *Le Règlement Rome II, acte de colloque*, CHANTELOUP H. (dir.), 2008, p. 145
- LEMAIRE S., « Interrogations sur la portée juridique du préambule du Règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2157
- LEVANOY., « La prescription extinctive en droit allemand après la réforme du droit des obligations », *RIDC* 2004, p. 947
- LEVENEUR L. à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, *Sté DMN Machinefabrick BV c/Sté Tripette et Renaud*, *CCC* n°8, août 2006, comm. p. 151
- LICARIF.-X, note ss CA Poitiers, 26 févr. 2009, *JDI* 2010, n°4, p. 1230
- LI-KOTOVTCHIKHINE X.-Y., « Le nouveau droit chinois des contrats internationaux », *JDI* 2002 p. 113
- LOISEAU G., note sous Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, *JCP* 2005, II, 10173
- LONCLE J.-M., TROCHON J.-Y., « La phase de pourparlers dans les contrats internationaux », *RDAl* 1997, p.3
- LOQUIN E., « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage », *RTD com.* 2011, p. 255
- LOQUIN E., « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD Com.* 2006, p. 764

- MALEVILLE-COSTEDOAT M.-H, in *La confiance légitime et l'estoppel*, FAUVARQUE-COSSON B. (dir.), Société de législation comparée, vol. 4, 2007
- MARTIN D., FAUGERAS L., « Les pactes d'actionnaires », *JCP* 1989, I, 3421
- MARTINS-COSTA J., SOUZA PARGENDLER M., « Us et abus de la fonction punitive (Dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien) », *RIDC* 2006, n°4, p. 1145
- MARTY R., « Conflits d'application entre les Principes UNIDROIT et la loi française applicable au contrat », *D. Aff.* 1997, p. 103
- MATTILAH. E. S., « *De Æqualitate latinatis jurisperitorum* : Le latin juridique dans les grandes familles de droit contemporaines à la lumière des dictionnaires spécialisés », *RIDC* 2002, n° 3, p.717
- MAYER P., « Le Principe de Bonne Foi devant les Arbitres du Commerce International », in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993, p. 543. Disponible également sur : <http://www.trans-lex.org/115700>
- MAYER P., « Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale », in *Le règlement communautaire «Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, CORNELOUP S., JOUBERT N. (dir.), 2011, Litec, p. 424
- MAZEAUD D., « La bonne foi : en arrière toute ? », *D.* 2006, p. 761
- MAZEAUD D., « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC* 2006, n°6, p. 363
- MAZEAUD D., « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.* 2007, p. 2959
- MESTRE J., « La période précontractuelle et la formation du contrat », in *Le contrat, question d'actualité*, *LPA* 5 mai 2000, p. 7
- MONTELS B., « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.* 2002, p. 417
- MONZER R., « Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle : Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons », *RIDC* 2007, p. 523
- MOREAU B., « Le décret du 13 janvier 2011 relatif à l'arbitrage interne et international », *Revue de jurisprudence commerciale*, Mars/Avril 2011, n° 2
- MORETEAU O., « L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue », *RIDC* 2006, n°2, p. 327
- MOUSSERON J.-M., « *Lex mercatoria* : Bonne ou mauvaise idée ? », *Mélanges L. BOYER*, Presses universitaires sociales, Toulouse, 1995, p. 469
- MOUSSERON P., « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.* 1998, p. 243
- MOUSSERON P., « Négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.* 1998, p. 249
- MUIR WATT H., « Rapport de synthèse », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, BEHAR-TOUCHAIS M. (dir.), Economica, 2001
- MUIRWATT H., « 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*, REMY-CORLAY P., FENOUILLET D. (dir.), Dalloz, 2003, p. 53
- MUIR WATT H., « Litispendance européenne et clause attributive de juridiction », *RCDIP* 2004, p. 444
- MUIR WATT H., « les limites du choix : dispositions impératives et internationalité du contrat », in *Le règlement communautaire «Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, CORNELOUP S., JOUBERT N. (dir.), 2011, Litec, p. 341
- NAJJAR I., « La notion d'ensemble contractuel, in Une certaine idée du droit », *Etudes offertes à A. Decocq*, Litec, 2004, p. 509
- NEVEU Y., « Le devoir de loyauté pendant la période précontractuelle », *Gaz. Pal.*, 3 déc. 2000, p. 2112
- NIBOYET M.-L., « La révision de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000 », *Gaz. Pal.* 2001, p. 945
- NOURISSAT C., « La violence économique, vice du consentement. Beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 2000, chron., p. 369
- OPPETIT B., « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de *hardship* », *JDI* 1974, p. 794
- OPPETIT B., « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, *Chron.*, p.107
- ORTSCHEIDTS J., « Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international », *LPA* 20 nov. 2002, n°232, p. 17

- OUDIN M., « Un droit européen...pour quel contrat ? », *RIDC* 2007, n°3, p. 476
 PAULSSON J., « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage de la C.C.I », *Rev. Arb.* 1990, p. 96
 PINSOLLE Ph., « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI* 1998, n°4, p. 905
 PIRONON V., « Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence », in *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, CORNELOUP S. et JOUBERT N.(dir.), Litec, 2008, p. 111
 PITTON M.-C., « L'article 5, 1, b dans la jurisprudence franco-britannique, ou le droit comparé au secours des compétences spéciales du règlement [CEE] n° 44/2001 », *JDI* 2009, p. 859
 PORACCHIA D., « La protection juridique des secrets de l'entreprise », *Dr. & patr.* 2000, n° 85, p. 20
 PRAT J.-F., « L'importation des pratiques juridiques étrangères », *LPA* 27 nov. 2003, n° 237, p. 33
 PUJOL-REVERSAT M.- C., « La bonne foi, principe général du droit dans la jurisprudence communautaire », *RTD euro* 2009, p. 201
 RABELLOA. M., « La théorie de la *culpa in contrahendo* et la loi israélienne sur les contrats de 1993 », *RIDC* 1997, p. 440
 RACINE J.-B., « L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo - A propos de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec du 31 ars 2003 », *JDI* 2004, p. 90.
 RANIERI F., « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du *civil law* », *RIDC* 1998, p. 1055
 REIFEGERSTE S., WEISZBERG G., « Obligation de minimiser le dommage et « raisonnable » en droit du commerce international », *RDAl*2004, n°2, p. 181
 REINHARD Y., « Validité d'une clause de préférence statutaire », *RTD com.* 1990, p. 413
 REMY-CORLAY P., note ss CJCE, 17 sept. 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA*, *RCDIP* 2003, p. 673
 REMY-CORLAY P., « L'existence du consentement », in *Les concepts contractuels du droit français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Colloque Dalloz, 2003, p. 29
 REMY-CORLAY P., « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *RCDIP* 2003, p. 37
 RIEG A., « *La punctatio*, contribution à l'étude de la formation successive des contrats », in *Mélanges P. JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 599
 RIGAUX F., « Examen de la détermination du droit applicable aux relations précontractuelles », in *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, p. 11
 RIGAUX F., « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Cah. dr. eur.*, p. 316
 RIGAUX F., « Le conflit mobile en droit international privé », *RCADI* 1966, n° 80, p. 393
 ROBIN G., « Les dommages et intérêts punitifs dans les contrats internationaux », *RDAl* 2004, n°3, p. 247
 ROBIN G., « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAl* 2005, p. 665
 ROUGIER-BRIERE G., « Spécificités de la négociation et de la pratique contractuelles en Chine », *RDAl* 2007, p. 151
 SACCO R., « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RIDC* 2007, n° 4, p. 743
 SALEILLES R., « De la responsabilité précontractuelle », *RTD civ.* 1907, p. 697
 SANTA-CROCE M., *J.-Cl. Droit internat.*, Fasc. 552-60
 SAVAUX E., « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM L., NICOD M. (dir.), Economica, 2004, p. 45
 SCHERER C., « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement ? - L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », *Le règlement communautaire «Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, CORNELOUP S., JOUBERT N. (dir.), 2011, Litec, p. 253
 SCHMIDT-SZALEWSKI J., « La période précontractuelle en droit français », *RIDC*, Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990, p. 545
 SCHMIDT-SZALEWSKI J., « Les accord précontractuels en droit français », in *Les principales clauses des contrats contenus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 13
 SCHMIDT-SZALEWSKI J., « Les lettres d'intention », *RDAl* 2002, n°3/4, p. 257

- SCHMIDT-SZALEWSKI J., « L'interprétation des contrats internationaux par la Commission arbitrale du commerce extérieur de l'URSS », *RDAl* 1985, n° 2, p. 241
- SCHMIDT-SZALEWSKI J., « La négociation du contrat international », *D.P.C.I* 1983, p. 251
- SCHMIDT-SZALEWSKI J., « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000, p. 25
- SCHMIDT-SZALEWSKI J., « Regards comparatifs sur les conditions générales des contrats », in *Mélange offert à A. Colomber*, Litec, 1993, p. 145
- SCHNEIDER W.-T., « La codification d'institutions prétorienne », *RIDC* 2002, Vol. 54, n°4, p. 959
- SCHÜTZ R.-N., « L'exécution des promesses de vente », *Deffrénois* 1999, art. 37021, p. 833
- SCHUZE R., « Des principes de la conclusion du contrat dans l'acquis communautaire », *RIDC* 2005, vol.4, p. 877
- SERAGLINI Ch., « L'arbitrage commercial international », in *Droit du commerce international*, J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), Litec, 2005
- SERAGLINI Ch., « Le droit international privé de l'avant-contrat », in *L'Avant-contrat*, DESHAYES O.(dir.), Actualité du processus de formation des contrats, Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens – CEPRISCA, 2008
- SERAGLINI Ch., « L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 », *Cah. Arb.* 2011, p. 375
- SERNA J.-C., « Le refus de contracter...ou quarante ans après », in *Etudes offertes à Jacques DUPICHOT*, Bruylant, 2004, p. 465
- SINAY H., « Le travail à l'essai », *Dr. Soc.* 1963, p. 150
- STAPYLTON-SMITH D., « La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? », *AJPI* 1996, p. 568
- STOFFEL W.A., « Formation du contrat », in Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, *Schulthess Polygraphischer Verlag*, Zurich, 1985, p. 73
- STULZ V., « Polémique autour de l'usage de l'anglais dans les entreprises », *LPA* 31 oct. 2005, n° 216, p. 3
- SUCHANKOVAM., « Les Principes UNIDROIT et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations », *RDAl* 1997, n°6, p. 691
- TENENBAUM A., « Droit européen des contrats (UE - CEDH). Le règlement des difficultés rencontrées par les passagers de transport aérien en cas de transport transcommunautaire: solutions judiciaires et extrajudiciaires », *RDC* 2010, p. 206
- TERRASSON DE FOUGERES F., « Sanction de la rétractation de promettant avant la levée de l'option », *JCP N* 1995, p. 194
- TREPPOZ E., « Droit des contrats internationaux. L'article 5, point 1, sous b), du Règlement n° 44/2001/CE et les fournitures de services plurilocalisées », *RDC* 2010, p. 195
- TROCHON J.-Y., LONCLE J.-M., « Les risques juridiques inhérents aux pourparlers dans les rapprochements d'entreprises », *LPA*, 02 sept. 1996, n° 106, p. 4
- USUNIER L., « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for : Beaucoup de bruit pour rien ? », *RCDIP* 2010, p. 37
- VANDOMME L., « La négociation des contrats internationaux », *RDAl*, n°5, 2003, p. 487
- VIALARD A., « L'offre publique de contrat », *RTD civ.* 1971, p. 751
- VIVANT M., « Les clauses de secret », in *Les principales clauses des contrats conclu entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 101
- WEIR J.A., « Droit des contrats », in *Droit Anglais* JOLOWICZ J.A. (dir), Dalloz, 1997
- WITZ C., « L'internationalité et le contrat », *Revue Lamy Droit des affaires* 2002, p. 59
- WITZ C., « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises », *D.* 2008, p. 2620
- ZOLLER E., « La rédaction du contrat », *LPA* 06 mai 1998, n° 54, p. 30

II. REFERENCES PORTANT SUR UN DROIT ETRANGER OU EN LANGUE ETRANGERE

A. Ouvrages généraux

- ATIYAH P. S., *An introduction to the Law of Contract*, Londres, Clarendon, 1961
BEATSON J., *Anson's law of contract*, 28^{ème} éd., Oxford, 2002
DAVID R., PUGSLEY D., *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1985
DICEY A. V., MORRIS J. H. C., COLLINS L. A., *The Conflict of Laws*, 14^{ème} éd., vol.2, Sweet and Maxwell, 2006
ELLIOTT C., QUINN F., *Contract law*, 4^{ème} éd., 2003
FARNSWORTH E. A., *United States Contract Law*, Juris Publishing, Inc., 1999
FREMONT M., *Droit allemand des affaires*, Paris, Montchrestien, 2001
GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. 2, Padoue, Dedam, 2004
MC KENDRICK E., *Contract Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2003
PEDAMON M., *Le contrat en droit allemand*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2004
TREITEL G.H., *The Law of Contract*, 11^{ème} éd., Sweet & Maxwell, 2003
WITZ C., *Droit privé allemand I, Actes juridiques, Droits subjectifs*, Litec, 1992
ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Introduction to Comparative Law*, Clarenton Press, Oxford, 1998

B. Ouvrages spécialisés, Thèses, Monographies

- BEALE H., HARTKAMP A., KÖTZ H., TALLON D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002
BEN ABDERRAHMANE D., *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, LGDJ, 1985
BONELL M. J., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, Milan, Giuffrè, 1997
CARTWRIGHT V., HESSELINK M., *Precontractual liability in European private law*, Cambridge, 2008
CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, 2^{ème} éd., Giuffrè, 1997
CRAIG L., PARK W., PAULSSON J., *International Chamber of Commercial Arbitration*, ICC Publishing, 1990
DERAINS Y., MAYER P., *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, E. GAILLARD (éd.), Paris, ICC Publishing, 1993
FARNSWORTH E. A., *The concept of good faith in american law*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, Conferenze e seminari, Rome, 1993
FERRARI F., LEIBL S.(dir.), *Rome I Regulation : The law applicable to contractual obligations in Europe*, NCIM, 2009
KOZIOL H., WILCOX V. (dir.), *Punitive Damages : Common Law and Civil Perspectives*, coll. ESR, vol. 25, Springer, 2009
NICHOLAS B., *The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: Another Case of Splendid Isolation?*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, Conferenze e seminari, Rome, 1993
PAZ GARCIA RUBIO M., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1991
PIETROBON A., *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, 1990
RABEL E., *The Conflict of laws*, t.II, Chicago, 1960
SCHLECHTRIEM P., *Good faith in German Law and International Uniform Laws*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, n°24, Rome, 1997

- SCHLECHTRIEM P. (dir.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2^{ème} éd., Clarendon Press, 1998
- VOGENAUER S., KLEINHEISTERKAMP J., *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, 2009
- VOLDERS B., *Afgebroken contractonderhandelingen in het internationaal privaatrecht*, Brussel, Larcier, 2008
- VON JHERING R., *De la culpa in contrahendo. Œuvres choisies*, t. II trad. Meulenaere, 1893
- WHITTAKER S., ZIMMERMANN R., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge. Cambridge University Press, 2000

C. Etudes et Articles

- AFFERNI G., *ERCL* 2005, vol. 1, p. 96
- ALLWOOD W., « The Scope of "Matters relating to Contract" », *European Law Review* 1988, p. 366
- BERLIN I., « Liberty », in *Four essays of Liberty*, 1969
- BOELE-WOELKIV. K., « The UNIDROIT Principles of international commercial and the Principles of european contract law : how to apply them to international contracts », *Uniform law review* 1996, n°4, p. 652
- BONELL M. J., « Formation of contracts and precontractual liability under the Vienna Convention on international sale of goods », in *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Paris, Dossiers de la CCI, 1989, p 167
- BONELL M. J., « Pre-Contractual Liability, the Brussels Jurisdiction Convention and the UNIDROIT Principles », in *Mélanges offerts à M. FONTAINE*, 2003, p. 359
- BRIDGEM. G., « Does anglo-canadian contract law need a doctrine of good faith? », *Canadian Journal of Business Law* 1984, p. 385
- BROGGI V., « Sulla competenza speciale per l'esecuzione del contratto secondo la Convenzione di Bruxelles del 1968 », *Giustizia civile* 1988, I, p. 2462
- BROWNSWORD R., « Two Concepts of Good Faith », *JCL* 1994, p. 197
- BROWNSWORD R., « Positive, Negative, Neutral : the Reception of Good Faith in English Contract Law », in *The Concept of Good Faith in American Law*, FARNSWORTH E. A.(dir.), Rome, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993, p. 16
- CARBALLO PIÑEIRO L., « Obligación de no hacer y competencia judicial internacional », *La ley* 2002, p. 1890
- CASTELLANE B., « The new French law on international arbitration, *J. Int. Arb.* 2011, p. 371
- CASTRONOVO C., « Good faith and the Principles of European Contract Law », *Diritto europeo*, 1993, p. 2
- COHEN N., « Pre-contractual duties: Two freedoms and the contract to negotiate », in *Good faith and fault contract law*, BEATSON J., FREIDMAN D. (dir.), Oxford, Clarendon, 1995, p. 25
- CREMADES B. M., PLEHN S. L., « The New *Lex Mercatoria* and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions », *Boston Univ. ILJ*, 1984, p. 317
- CROFF C., « The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is it still a Conflict of Laws Problem? », *The International Lawyer*, Vol. 16, n° 1, 1982, p. 629
- CSERNE P., « Duress in Contracts : An Economic Analysis », in *Contract Law and Economics*, éd. Gerrit de Geest, 2009
- DE CRISTOFARO M., « Obbligazioni di non fare a proiezione geografica illimitata e forum destinata e solutionis », *Il Corriere giuridico* 2002, p. 114
- DE LY F., « Choice of law clauses, UNIDROIT Principles of international commercial contracts and Article 3 Rome Convention : the *lex mercatoria* before domestic courts or arbitration privilege ? », in *Etudes offertes à B. MERCADAL*, éd. Francis Lefebvre, Paris, 2002, p. 133
- DE LY F., « Law and practice of drafting international contracts : La pratique de la rédaction des contrats internationaux », *RDAl* 2002, n°3/4, p. 461
- DK CCJPIS A., Présentation du *Trattato di diritto civile*, vol.IV, Fatti illeciti de GROSSOG., SANTORO-PASSAREI-LIF., *RIDC* 1962, p. 640
- DRAETTA U., LAK R., « Letters of intent and precontractual liability », *RDAl* 1993, p. 837

- DUINTJER TEBBENS H., « Punitive damages : towards a Rule of Reason for U. S. awards and their Recognition elsewhere », in *Nouveaux instruments du Droit international privé, Mélanges L. FAUSTO POCAR*, Giuffrè, 2009
- ESPLUGUES-MOTA C., « Hacia una delimitación de la noción "materiacontractual" presente en el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas », *La ley* 1989, n° 44, p. 7
- FARNSWORTH E. A., « Negotiation of Contracts and Precontractual Liability: General Report », in *Conflicts et harmonisation: Mélanges en l'honneur d'A. E. Von Overbeck*, Fribourg, éd Universitaires Fribourg Suisse, 1990, p. 663
- FARNSWORTH E. A., « Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair dealings and Failed Negotiations », *Colum. L. Rev.* 1987, vol. 87, n°2, p. 207
- FARNSWORTH E. A., « Good faith performance and commercial reasonableness under the Uniform commercial Code », *University of Chicago Law Review*, 1962, p. 666
- FAUSTO POCAR L., « Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien », *RCDIP* 1996, p. 41
- FRANZINA P., « Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento (CE) n. 44/2001 », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2002, p. 391
- FRANZINA P., « La responsabilità precontrattuale nello spazio giuridico europeo », *Rivista di diritto internazionale* 2003, p. 714
- FRICKJ. G., « Arbitration and Complex International Contracts », *Kluwer Law International* 2001, p. 74
- FURMSTON M., « The UNIDROIT Principles and International Commercial Arbitration », in *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts : A New Lex Mercatoria ?*, Institute of International Business Law and Practice (éd.), 1995, p. 199
- GALLO P., « La responsabilità precontractuale : il quantum », *Rivista di diritto civile* 2004, II, p. 487
- GARCIMARTIN ALFEREZ F. J., « The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code? », *The European Legal Forum*, 2007, p. 77
- GARCIMARTIN ALFEREZ F. J., « The Rome I Regulation: Much ado about nothing? », *The European Legal Forum*, 2008, p. 61
- GILIKER P., « Precontractual Liability in English and French Law », *Kluwer Law International* 2002, p. 63.
- GILLETTE C. P., « Limitations on the obligation of good faith », *Duke Law Journal* 1981, p. 619
- GODERRED. M., « International Negotiations Gone Sour - Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention », *Cincinnati Law Review* 1997, p. 258. Disponible également sur *CISG Database*, cisgw3.law.pace.edu.
- HARRIS J., « Jurisdiction Clauses and Void Contracts », *European Law Review* 1998, p. 279
- HEISS H., « Party Autonomy », *Rome I Regulation: the law applicable to contractual obligations in Europe*, FERRARI F., LEIBLE S. (dir.), NCIM, 2009, p. 1
- HENTE V., « The recent german law, implementing a modernisation of german contract law », *RDAI* 2005, p. 359
- HESSELINKM. W., « Perte de chance (Expectation interest) and liability of a third person in case of breaking off negotiations », *ERPL* 2005, p. 443
- JAN VON HEIN T., « Of Older Siblings and Distant Cousins : the Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law », *RabelsZ Bd.* 2009, p. 461
- JESSURUN D'OLIVEIRA H.-U., « Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention », *Am. J. of Comp. Law* 1977, p. 303
- KESSLER F., FINE E., « *Culpa in contrahendo*, Bargaining in good faith and freedom of contract : a comparative study », *Harv. L. Rev.* 1964, p. 404
- KLASS G., « Intent to Contract », *Va. L. Rev.* 2009, p. 1437
- KNAPP C., « Enforcing the Contract to Bargain », *N.Y.U.L.Rev* 1969, p. 721
- LAKE R. B., « Letters of Intent : A Comparative Examination Under English, U.S., French, and West German Law », *18 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.* 1984, p. 331
- LOMBARDI P., « Brevi note sulla più recente giurisprudenza comunitaria relativa alla convenzione di Bruxelles del 1968: il caso Tacconi », *Contratto e impresa / Europa* 2002, p. 1259

- MAX PLANCK INSTITUTE FOR FOREIGN PRIVATE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW,
«Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization », *RabelsZ Bd.* 68, p. 1
- MENGONI L., « Sulla natura de la responsabilità precontrattuale », *Riv.Dir. Comm.* 1956, II, p. 36
- MEYER O., « The UNIDROIT Principles and their Impact on European Private Law », *Rev. dr. unif.* 2002, n°4, p. 1222
- MOURA VICENTE D., « Precontractual liability - a portuguese perspective », *RabelsZ.* 2003, p. 699
- MOURREA., CHESSA V., « The new French arbitration law: innovation and consolidation », *Dispute Resolution Journal*, May/July 2011, p. 80
- MUSTILL M., « *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years* », *Arbitration International*, 1988, p. 86
- PAZ GARCÍA M., OTERO CRESPO M., « La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo », *Revista para el análisis del derecho*, 2010, n°1
- PEEL E., « Pre-contractual liability in property law – a contradiction in terms? », *Blundell Lectures* 2002, p. 11
- REECE R., « *Interpretation clauses in international contracts* », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruylant, 2005, p. 39
- ROZEHNALOVÁ N., VALDHANS J., « A Few Observations on Choice of Law, in Second Decade Ahead: Tracing the Global Crisis », *CYIL* 2010, p. 3
- SCHLOSSER P., « Jurisdiction and international judicial and administrative coopération », *RCADI* 2000, p. 254
- SCHWARTZ A., SCOTT R. E., « Precontractual Liability and Preliminary Agreements », *Harv. L. Rev.* 2007, p. 661
- SCHWARTZ E., « The new French arbitration decree: the arbitral procedure », *Cah. Arb.* 2011, p. 349
- SNYDERMAN M., « What's so good about good faith », 1988, *University of Chicago Law Review*, p. 1335
- STEYN J., « Contract law : fulfilling the reasonable expectations of honest men », *LQR* 1997, p. 433
- SYMEONIDES C. S., « Resolving punitive-damages conflicts », *Yearbook of Private International Law*, vol.5, 2003, p. 1
- VOLDERS B., « *Culpa in contrahendo* in the conflict of laws : a first appraisal of art. 12 of the Rome II Regulation », *NIPR* 2008, n°4, p. 464
- ZOLL F., « The draft Common Frame of Reference as an Instrument of Autonomous Qualification in the Context of the Rome I Regulation », in *Rome I Regulation : The law applicable to contractual obligations in Europe*, FERRARI F., LEIBLE S.(dir.), NCIM, 2009, p. 17

III. JURISPRUDENCE

A. Jurisprudence arbitrale

- Sent. CCI du 26 janv. 1972, *Aff. Grèce c./République fédérale d'Allemagne*, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. XIX, ICC Publishing, p. 27
- Sent. CCI n° 2438 en 1975, *JDI* 1976, p. 969
- Sent. CCI n° 2291 en 1975, *JDI* 1983, p. 989, obs. DERAIS Y.
- Sent. CCI n° 2626 en 1977, *JDI* 1978, p. 981, note DERAIS Y.
- Sent. CCI n° 2508 en 1976, *JDI* 1977, p. 943, note DERAIS Y.
- Sent. CCI n° 3043 en 1978, *JDI* 1979, p. 1000, obs. DERAIS Y.
- Sent. CCI n° 3131 en 1979, *JDI* 1981, p. 920, obs. DERAIS Y., *Rev. Arb.* 1983, p. 530, *YCA* 1984, p. 109
- Sent. CCI n° 3540 en 1980, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. I, 1990, p. 399
- Sent. CCI n° 2281 en 1980, *JDI* 1980, p. 990
- Sent. CCI n° 3380 en 1980, *JDI* 1981, p. 928, note DERAIS Y.
- Sent. *Affaire ad hoc Aminoil c/Koweit*, en 1982, *JDI* 1982, p.869, obs. KAHN Ph., BURDEAU G., *Annuaire français de droit international* 1982, vol. 28, p. 454
- Sent. *Cameroun c./Klockner*, en 1984, *REV. ARB.* 1984, p. 19; *JDI* 1984, p. 409, *YCA* 1985, p. 71
- Sent. CCI n° 2730 en 1984, *JDI* 1984, p. 918
- Sent. Intérimaire CCI n° 5065 en 1986, *JDI* 1987, p. 1039
- Sent. CCI n° 4996 en 1986, *JDI* 1986, p. 1131, obs. DERAIS Y.
- Sent. partielle CCI, n° 5073 en 1986, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. I, ICC Publishing, 1990, p. 85
- Sent. CCI n° 5073 en 1986, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. II, ICC Publishing, 1994, p. 85
- Sent. CCI n° 5062 en 1987, *JDI* 1987, p. 1039, obs. DERAIS Y.
- Sent. CCI n° 5717 en 1988, *Bull. CCI*, vol. I, n° 2, 1990, p. 22
- Sent. CCI, n° 5832 en 1988, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol., 1990, p. 533
- Sent. partielle CCI n° 5548 en 1988, *YCA* 1991, p. 79
- Sent. CCI n°5910 en 1988, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol.I, ICC Publishing, 1990, p. 371
- Sent. CCI n° 3130, *JDI* 1988, p. 932
- Sent. CIRDI des 4 et 9 févr. 1988, *Soabi c/Rép. du Sénégal*, *JDI* 1990, p. 193, obs. GAILLARD E.
- Sent. CCI, n° 2540 en 1988, *Arbitration International* 1988, p. 111
- Sent. CCI n° 5953, rendue en 1989, *JDI* 1990, p. 1056, obs. DERAIS Y.
- Sent. CCI n° 6281 en 1989, *JDI* 1991, p. 1054, obs. HASCHER D., *YCA* 1990, p. 96
- Sent. CCI n° 6283 en 1990, *YCA* 1992, p. 178
- Sent. CCI n° 6149, 1990, *YCA* 1995, p. 41
- Sent. CCI, n° 6709 en 1991, *JDI* 1992, p. 998, obs. HASCHER D.
- Sent. CCI n° 5346 en 1991, *JDI* 1991, p. 1060
- Sent. CCI n° 6320 en 1992, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. III, ICC Publishing, 1997, p. 336
- Sent. CCI n° 6320 en 1992, *JDI* 1995, p. 986
- Sent. CCI n° 7181 en 1992, *Bull. CCI* 1992, vol. 6, n° 1, mai 1995
- Sent. CCI n° 6653 en 1993, *JDI* 1993, p. 1040, obs. ARNALDEZ J.-J.
- Sent. CCI n° 7531 en 1994. Disponible sur : www.unilex.info/case.cfm?id=139
- Sent. partielle CCI n° 7710 en 1995, *JDI* 2001, p. 1157, note DERAIS Y.
- Sent. partielle CCI n° 8113 en 1995, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. IV, ICC Publishing, 2003, p. 385
- Sent. CCI n° 8324, en 1995, *JDI* 1996, p. 1019
- Sent. Chambre de commerce et d'industrie bulgare, 12 fév. 1998, n°59/1995. Disponible sur : www.unilex.info/case.cfm?id=421

SENT. CCI N° 10264 EN 2000, *JDI* 2004, P. 1256, OBS. JARVIN S. S.
Sent. CCI n° 7575 en 2002, *JDI* 2001, n°4, Chron. 9
Sent. CCI n° 12827 en 2005, *JDI* 2009, n°4, p. 8, note SILVA-ROMERO E.
Sent. CCI n°13646 en 2007, *JDI* n°4, oct. 2010, Chron. des sentences arbitrales, obs. MANTILLA SERRANO F.
Sent. CCI en 2004, n° 12418, *JDI* 2010, p. 1188, obs. ARNALDEZ J.-J.

B. Jurisprudence communautaire

CJCE, 6 oct. 1976, *A. De Bloos, SPRL c/Société en commandite par actions Bouyer*, *Aff.* 14-76; *JDI* 1977, p. 719, note BISCHOFF J.-M.; *D.* 1977, p. 618, note DROZ G. A. L.; *RCDIP* 1977, p. 768, note GOTHOT P., HOLLEAU X.
CJCE, 6 oct. 1976, *Industrie TessiliItaliana Como c/Dunlop AG*, *Aff.* 12-76; *RCDIP* 1977, p. 761, note D. GOTHOT P., HOLLEAU X.; *D.* 1977, p. 287, note DROZ G. A. L.; *JDI* 1977, p. 704, note BISCHOFF J.-M.; *ibid.* p. 714, note HUET A.
CJCE, 30 nov. 1976, *HandelskwekerijBier c/Mines de potasse d'Alsace*, *Aff.* 21/76, *Rec.* 1735, concl. CAPOTORTI F.; *RCDIP* 1977, p. 563, note BOUREL P.; *JDI* 1977, p. 728, obs. HUET A.; *D.* 1977, p. 613, note DROZ G. A. L.
CJCE, 14 déc. 1976, *Estasis Salotti c/RuevaPostereimaschinenGmbH*, *Aff.* C-24/76, *RCDIP* 1977, p. 576, note MEZGER E.; *JDI* 1977, p. 734, obs. BISCHOFF J.-M.
CJCE, 14 déc. 1976, *Segoura c/Bonakdarian*, *Aff.* C-25/76, *RCDIP* 1977, p. 576, note MEZGER E.; *JDI* 1977, p. 734, obs. BISCHOFF J.-M.
CJCE, 14 déc. 1977, arrêt *Sanders c/Van der Putte*, *Aff.* 73-77
CJCE, 9 nov. 1978, *RCDIP* 1981, p.127, note GAUDEMET-TALLON H.; *JDI* 1979, p.663, obs. HUET A.
CJCE, 22 nov.1978, *Somafer c/Saar-Ferngas AG*, *Aff.* 33/78
CJCE, 17 janv. 1980, *Zelger c/Salinitri*, *Aff.* 56/79, *Rec.* 89, concl. CAPOTORTI F.; *RCDIP* 1980, p. 385, note MEZGER E.; *JDI* 1980, p. 435, obs. HUET A.
CJCE, 24 juin 1981, *ElefantenSchuhGmbH c/Pierre Jacqmain*, *Aff.* 150/80
CJCE, 4 mars 1982, *EfferSpA c/ Hans-Joachim Kantner*, *Aff.* 38/81, *RCDIP* 1982, p. 573, note GAUDEMET-TALLON H.; HUET A., *JDI* 1982, p. 473
CJCE, 22 mars 1983, *ZuidNederlandseAanemersVereniging c/Martin Peters*, *Aff.*34/82
CJCE, 19 juin 1984, *Tilly Russ e a c/Nova*, *Aff.*C-71/83
CJCE, 11juill. 1985, *Iveco Fiat spa c/Van Hool SA*, *Aff.*C-313/85
CJCE, 15 janv. 1987, *H. Shenavai c/K. Kreischer*, *Aff.* 266/85; MAURO J., *Gaz. Pal.* 1987, p. 283; BISCHOFF J.-M.,HUET A., *JDI* 1987, p. 465; DROZ G. A. L., *RCDIP* 1987, p. 798
CJCE, 9 mars 1988, *Arcado c/Société Haviland*, *Aff.*9/87, A.V. GILL, *Irish Law Times and Solicitors' Journal* 1988, p. 164; GAUDEMET-TALLON H., *RCDIP* 1988, p. 613; AUDIT B., *D.* 1988, p.344; HUET A., *JDI* 1989 p. 453
CJCE, 27 sept. 1988, *Kalfélis*, *Aff.* 189/87, *RCDIP* 1989, p. 115, note GAUDEMET-TALLON H.
CJCE, 11 janv.1990, *Dumez France E.A. c/HessischeLandesbank E.A.*, *Aff.*C-220/88, *Rec.* I. 49, concl. DARMON M. ; *RCDIP* 1990, p. 363, note GAUDEMET-TALLON H.; *JDI* 1990, p. 497, obs. HUET A.
CJCE, 27 mars 1990, *Alfredo Grifoni c/Communauté européenne de l'énergie atomique*, *Aff.* C-308/87
CJCE, 27 juin 1991, *Overseas Union*, *Aff.* C-351/89, *Rec.* I-3317, *JDI* 1992, p.493, obs. HUET A.; *Cahiers dr. eur.* 1992, p.769, note TAGARAS H.
CJCE, arrêt *Jacob Handte*, 17 juin 1992, *Aff.* C-26/91
CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill E.A. c/Presse Alliance*, *Aff.* C-68/93, *Rec.* I. 415, concl. Ph. LEGER; *D.* 1996, p. 61, note PARLEANI G.; *RCDIP* 1996, p. 487, note LAGARDE P.; *RTD eur.* 1995, p. 605, note GARDEÑES SANTIAGO M.; *JDI* 1996, p. 543, obs. HUET A.
CJCE, 19 sept. 1995, *Antonio Marinari c/Lloyd's Bank plcetZubaidi Trading Company*, *Aff.* C-364/93;*JDI* 1996, p. 562, note BISCHOFF J.-M.; *Europe* 1995, comm. n° 11, p.19, note IDOT L.; *Revue des affaires européennes* 1995, n° 4, p. 93, note BLAISE J.-B., ROBIN-DELAINE C.

CJCE, 20 févr. 1997, *Gravières Rhénanes SARL*, Aff.C-106/95
 CJCE, 3 juill. 1997, *Francesco Benincasa c/ DentalkitSrl.*, Aff.C-269/95, BISCHOFF J.-M., *JDI* 1998 p. 581
 CJCE, 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti*, Aff.C-159/97
 CJCE, 23 nov. 1999, arrêt *Arblade*, Aff. C-369/96,
 CJCE, 28 sept. 1999, *Groupe Concorde c/Suhadiwarno*, Aff. 440/97
 CJCE, 19 févr. 2002, *Besix SA c/Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) et Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & KG (Plafog)*; *Europe* 2002, p.24, note IDOT L., *RCDIP* 2002, p. 588, note GAUDEMET-TALLON H.
 CJCE 11 juill.2002, Aff.C-96/00, *RCDIP* 2003, p. 484; *D.* 2002, p. 2579; *JCP*2003. II. 10055, note H. CLARET; *RTD com.* 2003, p. 206, obs. MARMISSE A.; *RCDIP*2003, p. 484, note REMY-CORLAY P.
 CJCE, 9 juill. 2009, *Rehder*, Aff.C-204/08; *Revue Lamy droit des affaires* 2009, n° 42, p. 67, note COMBET M.
 CJCE, 17 sept. 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c/Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, Aff.C-334/00; *JDI* 2003, p. 668, note HUET A.; *RCDIP* 2003, p. 673, note REMY-CORLAY P.
 CJCE, 9 déc. 2003, *Erich Gasser GmbH c./MISAT Srl.*; *D.* 2004, p. 1046, note BRUNEAU C.; *RCDIP* 2004, p. 444, note MUIR-WATT H.
CJCE, 20 Jan. 2005, *Petra Engler*, Aff.C-27/02, *RTD civ.* 2005 p. 350, note REMY-CORLAY P.
 CJCE, 3 mai 2007, *Color Drack*, Aff.C-386/05; *D.* 2007, p. 1604, obs. GALLMEISTER I.; *ibid.*, p. 2573, obs. BOLLEE S.; *RJ com.* 2007, p. 444, obs. RAYNOUARD A.
 CJCE, 23 avr.2009, *Falco*, Aff. C-533/07; *D.* 2009, p. 1489; *ibid.*, p. 2390, obs. D'AVOUT L., BOLLEE S.; *Europe* 2009, p. 263, obs. IDOT L.; *RLDA*2009, p. 57, obs. CAVALIER G.; *Procédures* 2009, Comm., p. 276, obs. NOURISSAT C.
 CJCE, 25 févr. 2010, *Car Trim GmbH*, Aff. C-381/08; *Procédures* 2010, p. 178, obs. NOURISSAT C.; *Europe* 2010, p. 148, obs. IDOT L.

C. Jurisprudence nationale

1. Jurisprudence française

a. Décisions de la juridiction de première instance

T. civ. Seine, 20 juill. 1923, *JDI* 1924, p. 403
 TGI Paris, 4 mars 1981, *Norsolor*, *JDI* 1981, p. 236, note KHAN Ph.
 T. com. Meaux, 3 nov. 1987, *Expertises* 1988, p. 122
 TGI Paris, 10 juillet 1991, *Consorts Paoletti c. Privat Kredit Bank et J. Borghetti*, *RCDIP* 1993 p. 54.
 TGI Paris, 31 oct. 1991, *PIBD* 1992, III, 169
 Trib. com. Paris, 28 oct. 1992, *JCP* 1993, IV, p. 358
 T. com. Paris, 16 avr. 1996, *Gaz. Pal.* 1996, n° 2, somm. p. 493
 TGI Paris, 27 juin 1997, *PIBD* 1997, III, 661
 TGI Poitiers, 22 déc. 1999, *RCDIP* 2001, p. 670, note REMY-CORLAY P.; CA Paris, 12 oct. 2000, *D.* 2002, somm., p. 1394, obs. AUDIT B.

b. Arrêts de la Cour d'appel

- CA Paris, 12 juin 1869, *DP* 1870, p. 26
CA Bordeaux, 14 août 1876, *DP* 1879, n° 2, p. 22
CA Bordeaux, 29 janv. 1892, *DP* 1892,2, 390
CA Paris, 5 févr. 1910, *DP* 1913, p. 21, note VALERY J.
CA Lyon, 19 déc. 1917, *S.*, 1918, 2, p. 40
CA Rennes, 8 juill. 1929, *DH* 1929, p. 158; *RTD civ.* 1930, p.112
CA Paris, 30 juin 1958, *Gaz. Pal.* 1958, p. 348
CA Paris, 9 janv. 1961, *D.* 1961, p. 153
CA Paris, 14 déc. 1961, *JCP* 1962, II, 12547
CA Paris, 21 févr. 1964, *JDI*1965, p. 113, note GOLDMAN B.; *RCDIP* 1964, p. 543, note MEZGER E.
CA Bordeaux, 29 juin 1964, *Gaz. Pal.* 1964, p. 362
CA Orléans, 15 févr. 1966, *D.* 1966, p. 340, note ROBERT J.
CA Pau, 14 janv. 1969, *D.* 1969, p. 716
CA Paris, 19 juin 1970, *Hecht*,*JDI*1971, p.83, note OPPETIT B., *JCP*1971, II, 16927, note GOLDMAN B.,
RCDIP 1971, p.692, note LEVEL P., *Rev. Arb.* 1972, p.67, note FOUCHARD Ph.
CA Paris, 8 juill. 1972, *Sté des disques Vogue International Industries c./ Sté Alpha et autres*, *JCP* 1973, II,
17509, note LELOUP J.-M.
CA Paris, 13 déc. 1975, MENICUCCI S., *JDI* 1977, p. 107, note LOQUIN E.; *Rev. arb.* 1977, p. 147, note
FOUCHARD Ph.; *RCDIP* 1976, p. 506, note OPPETIT B.
CA Paris, 28 sept. 1976, *JCP* 1978, II, 18810, note ROBERT J.
CA Paris, 19 nov. 1976, *DS* 1977, IR, p. 279
CA Lyon, 19 avr. 1977, *RCDIP* 1979, p. 788, note ANCEL B.
CA Paris, 25 avr. 1979, *JDI* 1980, p. 352, obs. HOLLEAUX D.; *Rev. Banque*, 1979, p. 979, obs. MARTIN L.
M.
CA Paris, 4 mars 1980, Expertises, n° 17, avr. 1980, p. 8.
CA Rouen, 13 janv. 1981, JACOTTET C.; *D.* 1983, p. 53, note LUCAS A.
CA Toulouse, 26 oct. 1982, *JDI* 1984, p. 603, note SYNVEH H.
CA Aix-en-Provence, 13 janv. 1983, *JCP* 1984, II, 20198, note GIVORD F.
CA Aix-en-Provence, 10 janv. 1985, *Bull. Cour d'Aix*, 1985, 1, p. 24
CA Versailles, 8 mars 1985, *Juris-Data* n° 041111
CA Bordeaux, 16 oct. 1985, *D.* 1989, p. 438, 2^e esp.
CA Paris, 4 mars 1986, *Rev. arb.* 1987, p. 167, note JARROSSON Ch.
CA Paris, 28 janv. 1988, *JDI* 1989, p.1021, note LOQUIN E.
CA Douai, 13 juill. 1988; *JDI* 1990, p. 403, note JACQUET J.-M.
CA Paris, 1^{er} févr. 1989, *Juris-Data* n° 020420
CA Amiens, 2 mars 1989, *JCP* 1990, II, 21585, note BOSQUET-DENIS J.-B.
CA Amiens, 20 avril 1989, *D.*1991 p. 21, note BOSQUET-DENIS J.-M.
CA Paris, 8 mars 1990, *Rev. arb.* 1990, p. 675, 2^{ème} esp., note MAYER P.
CA Paris, 4 avr. 1990, *LPA* 1990, n°92, p.20, note HUILLIER J.
CA Versailles, 6 févr. 1991, *RCDIP* 1991, p. 745, note LAGARDE P.; *JDI*1992, p. 125, note FOYER J.
CA Paris, 29 mars 1991, arrêt *Ganz*, *Rev. arb.* 1991, p. 478, note IDOT L.
CA Paris, 5 mai 1991, *Expertises* 1994, p. 234
CA Paris, 18 oct. 1991, 5^e ch. C, *RJDA* 1992, n° 9
CA Paris, 17 janv. 1992, *D.* 1992, IR p. 101; Trib. com. Paris, 22 déc. 1992, *Gaz. Pal.* 1994, n° 2
CA Versailles, 5 mars 1992, *Sté Alva belgie NV c/Sté Gallay*, *Bull. Joly* 1992, p. 636, note SCHMIDT J.; *RTD*
Civ. 1992, p. 752, note MESTRE J.
CA Paris, 26 mars 1992, *RJDA* 1992, n° 576
CA Paris, 22 avr. 1992, *Sté Fauba France FDIS GC Electronique v. Sté Fujitsu Mikroelektronik GmbH*.
Disponible sur : www.unilex.info/case.cfm?id=142

CA Rennes, 29 avr. 1992, n°297/92, *SA Vedette industrie et autre c/Epoux Renault et autres*, *Bull. Joly*, 1^{er} avr. 1993, n°4, p. 463, note DAIGRE J.-J.

CA Riom, 10 juin 1992, *JCPE* 1993, I, n° 231, note SCHMIDT J.; *RJDA* 1992, n° 893 ; *RTD civ.* 1993, p. 343, obs. MESTRE J.

CA Angers, 25 nov. 1992, *Juris-Data* n°048656

CA Paris, 2 déc. 1992, *RJDA* 1993, n° 200

CA Paris, 4 févr. 1993, *Juris-Data* n° 1993-02-0503

CA Paris, 4 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, p.729, note DELEBECQUE Ph., *Rev. Sociétés* 1993, p.662, obs. GUYON Y.

CA Douai, 23 sept. 1993, *D.* 1994, p. 171, obs. GAVALDA C., LUCAS DE LEYSSAC C.; *Gaz. Pal.* 1994, p. 47, obs. MARCHI J.-P.

CA Paris, 10 nov. 1993, *JCP* 1994, II, 22314, note AUDIT B.; *LPA*, n°24, 24 févr. 1995, p. 17, note Barrière-Brousse I.; *JDI* 1994, p. 678, note JACQUET J.-M.

CA Paris, 14 déc. 1993, *Soc. Bachmann c. Soc. Kettner*, *RCDIP* 1995, p. 300, note MUIR WATT H.

CA Rennes, 11 janv. 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 1, p.376, note CADIOU H.

CA Lyon, 4 mars 1994, *Juris-Data* n° 1994-04-3277

CA Paris, 7 juill. 1995, *Juris-Data* n° 022621

CA Versailles, 21 sept. 1995, *RTD civ.* 1996, p. 145, obs. MESTRE J.

CA Paris, 26 sept. 1995, *Sté Malt international c/Sté Larousse*, *RTDciv.* 1996, p. 143

CA Paris, 20 déc. 1995, *Juris data* n° 24.508

CA Bordeaux, 11 juin 1996, *JCP E* 1997, I, p.617, obs. MOUSSERON P.; En Belgique, CA Liège, 20 oct. 1989, *Revue de droit commercial belge* 1990, p.521, note Dieux X.

CA Paris, 14 févr. 1997, *JCP* 1998, II, 10000, note FAGES B.

CA Paris, 14 mars 1997, *Juris-Data* n° 020830

CA Paris, 4 avr. 1997, *Juris data* n° 021076

CA Paris, 30 juin 1997, *Gaz. Pal.* 7 janv. 1998

CA Chambéry, 23 févr. 1998, *Sté Péchiney Electrometallurgie (PEM) c/Sté Universal Ceramic Materials PLC (UCM)*, *JDI* 1999, p. 188, note HUET A.; *D.*1999, p. 292, note AUDIT B.

CA Paris, 16 déc. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 470, note LAUDE A.

CA Versailles, 4 mars 1999, n° 1995-5693

CA Versailles, 12^e ch., 1^{er} sect., 1^{er} avril 1999, *Sté Koetsier c/Cachou Lajaunie*, *RJDA*1999, n° 1285

CA Paris, 3 sept. 1999, *RJDA* 1999, n° 1284

CA Paris, 5 nov. 1999, *SARL Prometech c/Société Daewoo Automobiles France*, *RTD civ.* 2000, p. 104, obs. MESTRE J., FAGES B.

CA Toulouse, 13 janv. 2000, *D.* 2000, AJ, p. 261

CA Paris, 4 févr. 2000, *RJDA*2000, n° 674, *RTD com.* 2000, p. 386, obs. C. CHAMPAUD, D. DANET, *Bull. Joly* 2000, p. 187

CA Paris, 10 mars 2000, *JCP* 2001.II.10470, note VIOLET F.

CA Paris, 30 mai 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 954, note P. LE CANNU.

CA Lyon, 29 sept. 2000, *Juris-Data* n° 132246

CA Versailles, 5 oct. 2000, n° 1995-5693B

CA Paris, 19 janv. 2001, *RTD civ.* 2001, p. 350, obs. MESTRE J., FAGES B.

CA Aix, 16 oct. 2001, *Juris-Data* n° 180989

CA Paris, 26 oct. 2001, *RJDA* 2002, n° 222, *RTD civ.* 2002, p.503, obs. MESTRE J., FAGES B.

CA Paris, 6 nov. 2001, *D.* 2002, p. 2795, obs. WITZ C.; *RTD com.* 2002, p. 210, obs. DELEBECQUE Ph.

CA Paris, 30 nov. 2001, *Lettre distrib.*, Févr. 2002, p. 2.

CA Versailles, 7 févr. 2002, *JCP* 2003, II, 10127, note VIENNOIS J-P.

CA Paris, 19 févr. 2002, *Sté Horphag Research c/ M. Van Hoegaerden*, *RCDIP*2002, p. 549, note GAUDEMET-TALLON H.

CA Rennes, 27 mars 2002, *Juris-Data* n° 206838

CA Paris, 3 avr. 2002, n°2001/21898, *Sté Finagro c/M.Alain-François Souchon ès qualités deliquidateur de la société R.S.I et a.*, *LPA* 15 oct. 2002, n°206, p.16, note CHABERT C.

CA Lyon, 6 juin 2002, *Juris-Data* n° 184338

CA Lyon, 24 juill. 2002, *Juris-Data* n° 193214
 CA Agen, 21 août 2002, *JCP* 2003, II, 10162, note LECOURT A.
 CA Paris, 24 janv. 2003, *Juris-Data* n° 206349
 CA Paris, 11 mars 2003, *Juris-Data* n° 216319
 CA Orléans, 6 mai 2003, *RCDIP* 2004, p. 139, note GAUDEMET-TALLON H.; *JDI* 2004, p. 193, obs. HUET A.
 CA Paris, 4 juill. 2003, *JCP* 2004, I, 123.
 CA Rouen, 11 sept. 2003, *RDAI* 2005, p. 231, obs. MOURRE A., LAHLOU Y.
 CA Versailles, 25 sept. 2003, *JCPE* 2004, n° 384, obs. MOUSSERON P.
 CA Rouen, 13 nov. 2003, *Juris data* n°2003-232681.
 CA Toulouse, 25 nov. 2003, *JCP* 2004, p.1665.
 CA Paris, 4 déc. 2003, *CCC* 2004, n° 75, obs. LEVENEUR L., *LPA*, 1^{er} oct. 2004, note TIQUANT O.
 CA Aix-en-Provence, 10 sept. 2004, *D.* 2005, Pan. p. 615; *Procédures*2005, Comm. 11, obs. NOURISSAT C.
 CA Bourges, 9 nov. 2004, n°04/01055, *JurisData* 2004, n° 276811
 CA Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*, *JCP G* 2005, II, 10038, note CHABOTG., *JCP* 2005, I, 134, n°8 obs. SERAGLINI Ch.
 CA Versailles, 31 mars 2005, *JCPG* 2005, I, 179, Chron. BEGUIN J., ORTSCHIEDT J., SERAGLINI Ch.
 CA Paris, 4 nov. 2005, *PIBD* 2006, p. 823, III, 103
 CA Paris, 28 avril 2006, 25^e ch., sec.B,
 CA Paris, 20 sept. 2006, *PIBD* 2007, p. 843, III, 37
 CA Colmar, 6 déc. 2006, *Bull.civ.I*, n° 233
 CA Paris, 12 janv. 2007, *PIBD* 2007, p. 847, III, 176.
 CA Paris, 13 sept. 2007, *SA Groupe Canal + c/Société Kenwood Corporation*, *RTDciv.* 2008, p. 101, obs. FAGES B.
 CA Paris, 4 déc. 2007, *Bull. Joly* 2008, note FAGES B..
 CA Versailles, 8 déc. 2007, *SAS Braun Medical/SA Laboratoires Léo Pharma*
 CA Lyon, 30 avr. 2008, *CCC* 2009, n° 8, obs. MATHEY N.
 CA Versailles, 11 sept. 2008, n° 06/08167
 CA Colmar, 9 oct. 2008, n°06/04294
 CA Poitiers, 26 févr. 2009, *JDI* 2010, n° 4, p. 1230, note LICARI F.-X
 CA Versailles, 10 sept. 2009, n°08/04982
 CA Lyon, 11 janv. 2011, n° 08/06119

c. Arrêts de la Cour de cassation

Cass. civ. 1^{ère}, 21 déc. 1846, *DP* 1847, 1, 19
 Cass. req. 28 févr. 1870, *DP* 1871, 1, 61; 27 juin 1894, *DP* 1894, 1, 432
 Cass. civ., 25 mai 1870, *DP* 1870, 1, p. 257
 Cass. civ., 5 déc. 1910, *American Trading, S.* 1911, I, p. 129, note LYON-CAEN Ch.; *Rev. dt. int. pr.* 1911, p. 395; *JDI* 1912, p. 1156, ANCEL B., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., 2006, n°11
 Cass. com., 27 juill. 1912, *S.* 1913, 1, 338
 Cass. civ., 3 févr. 1919, *DP* 1923, 1, p. 126
 Cass. Civ., 17 mai 1927, *DP.* 1928, I, p. 25, concl. M. MATTER, note CAPITANT H.
 Cass. civ., 27 janv. 1931, arrêt *Dambricourt, S.*1933, I, p.41, note NIBOYET. J.-P.
 Cass. civ., 25 mai 1948, Arrêt *Lautour*, ANCEL B., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd., 2006, n°19
 Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1954, *JCP* 1954, II, 8325
 Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 1955, *JCP* 1955, II, 8928; *JDI* 1955, p. 682; *D.* 1956, p. 73; *RCDIP* 1955, p. 723; ANCEL B., LEQUETTE Y.

Cass. civ., 25 juin 1957, *Silvia*, *RCDIP* 1957, 680, note BATIFFOL H.; ANCEL B., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, 5^e éd., 2006, n°29

Cass. civ. 1^{ère}, 21 janv. 1958, *Bull. civ. I*, n°50

Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1959, *Bull. civ. I*, n° 413

Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1960, n° 556; *JCP*1961, II, 12031, note TUNC A.

Cass. civ.1^{ère}, 27 mai 1961, *Bull. civ. I*, n°271

Cass. com., 18 déc. 1962, n° 59-10.632, *Bull. civ. III*, n° 522

Cass. civ.1^{ère}, 7 mai 1963, *Gosset*, *JCP G* 1963, II, 13405, note GOLDMAN B.; *JDI* 1964, p. 82, 1^{ère} esp., note BREDIN J.-D.; *RCDIP* 1963, p. 615, note MOTULSKY H.; *D.* 1963, p. 545, note ROBERT J.

Cass. com., 23 déc. 1963, *Bull. civ.*1963, IV, p. 334; *RTD com.* 1969, p. 555, obs. CABRILLAC H., RIVES LANGE M.-T.

Cass. com., 11 déc. 1965, *D.* 1965, p. 198

Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 1968, *JDI* 1968, p. 717, note M. SIMON-DEPITRE, *JCP G* 1968, II, 15451, note LYON-CAEN G.

Cass. civ. 3^{ème}, 8 févr. 1968, *Bull. civ. III*, n° 52; Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mai 1972, *ibid.* III, n° 297, *RTD civ.* 1972, p. 773, obs. LOUSSOUARN Y.

Cass. com., 25 juin 1968, n° 66-14.048 et n° 66-14.047, *Bull. civ. IV*, n° 203

Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 1970, *JCP*1971, II, 16942, note GHESTIN J.

Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 1971, *Impex*, *Rev. arb.* 1972, p. 2, 1^{er} arrêt, note KAHN Ph.; *JDI* 1972, p. 62, note OPPETIT B.; *RCDIP* 1972, p. 124, note MEZGER E.; *D.* 1972, p. 37, note ALEXANDRE D.

Cass. com., 10 janv. 1972, *JCP G* 1972, II, 17134, note GUYON Y.

Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, *Bull. civ. IV*, n° 93, *JCPG* 1973, II, 17543, note SCHMIDT J.; *RTD civ.* 1972, p. 779, obs. DURRY G.

Cass. soc., 22 mars 1972, *D.* 1972, p. 468

Cass. civ.1^{ère}, 4 juill. 1972, *Hecht*, *JDI* 1972, p. 843, note OPPETIT B.; *RCDIP* 1974, p. 82, note LEVEL P.

Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juill. 1972, *Hecht*, *RCDIP* 1974, p.82, note LEVEL P.; *JDI* 1972, p. 843, note OPPETIT B.

Cass. civ. 3^{ème}, 3 oct. 1972, n° 71-12.993, *Bull. civ. III*, n° 491

Cass. com., 6 févr. 1973, *Bull. civ.*IV, n° 65

Cass. civ. 1^{ère}, 16 avril 1973, *Bull. civ.* n°3, p. 207

CE, 29 juin 1973, *Compagnie des wagons-lits*, *RCDIP* 1974, p.344, concl. QUESTIAUX N.; *ibid.*, p. 273, Chron. FRANCESCAKIS Ph.; *Dr. Soc.* 1974, p. 42, note SAVATIER J.; *JDI* 1975, p. 538, note SIMON-DEPITRE M., ANCEL B., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., 2006, n° 53

Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1975, *Bull. civ. I*, n° 43; *D.* 1975, p. 405, note C. GAURY; *JCP* 1975, II, 18100, note LARROUMET Ch.; *RTD civ.* 1975, p. 537, obs. DURRY G.; 4 oct. 1988, *Bull. civ. I*, n° 265; *D.* 1989, p. 229, obs. AUBERT J.-L.

Cass. Civ. 3^{ème}, 21 oct. 1975, *ibid.* III, n° 302, *D.* 1976, p. 20

Cass. com., 19 janv. 1976, inédit

Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 1976, n° 75-11.930; *Bull. civ. I*, n° 350; *RTD civ.* 1977, p. 323, obs. DURRY G.

Cass. com., 11 juill. 1977, *D.* 1978, p. 155, note LARROUMET Ch.; Cass. com. 9 oct. 2001, *Defrénois* 2002, p. 608, obs. HONORAT J.

Civ. 7 juin 1977, *RCDIP* 1978, p.119, note BATIFFOL H.; *JDI* 1978, p.879, note KAHN Ph.; *RTD com.* 1978, p.200, obs. LOUSSOUARN Y., BOUREL P.

Cass. civ., 24 janv. 1978, *JCP* 1978, II, 18821, concl. P. GULPHE; *RCDIP* 1978, p. 689, note V. DELAPORTE; *RTD com.* 1978, p. 201, obs. LOUSSOUARN Y., BOUREL P.

Cass. com., 3 oct. 1978, *Chantiers modernes*, *Bull. civ. IV*, n° 208; *D.* 1980, p. 55, note SCHMIDT-SZALEWSKI J.; *RTD com.* 1979, p.250, obs. CHAVANNE A., AZEMA J.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc.1978, Sté JULIA, n°77-14296

Cass. civ. 3^{ème}, 20 mars 1979, *Bull. civ. III*, n° 72

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 1979, n° 78-11.408; *Bull. civ. I*, n° 175

Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 1979, *Bull. civ.*I, n° 279; *D.* 1980, IR , p. 264, obs. GHESTIN J., *RTD civ.* 1980, p. 763, obs. CHABAS F.

Cass. req., 21 janv. 1980, *S.* 1980, I, p. 408

Cass. com., 13 oct. 1980; *D.* 1981, p. 309, obs. GHESTIN J.

Cass. com., 4 oct. 1982, n° 80-16.177

Cass. civ. 3^{ème}, 26 oct. 1982, n° 81-11.733, *Bull. civ. III*, n° 208, p. 154; *D.* 1983, I.R., p. 32; *Gaz. Pal.* 1983, p. 661, note DE LA MARNIERE E.-S.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 1983, *Bull. civ. I*, n° 31; *RCDIP* 1983, p. 516, note GAUDEMET-TALLON H.

Cass. com., 8 nov. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 298

Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 1983, *Rev. arb.* 1984, p. 483, note RONDEAU-RIVIER M.-C.; *JCPG* 1984, IV, n° 60

Cass. com., 11 janv. 1984, n° 82-13.259; *Bull. civ. IV*, n° 16; Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154; *Bull. civ. IV*, n° 93, *JCPG* 1973, II, n° 17543, note SCHMIDT J.; *RTD civ.* 1972, p. 779, obs. DURRY G.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 1984, *ibid.* I, n° 193

Cass. civ. 1^{ère}, 12 mars 1985, *Bull. civ. I*, n° 89, *RTD civ.* 1986, p. 100, obs. MESTRE J., *Deffrénois* 1986, p. 384, n° 13, obs. AUBERT J.-L.

Cass. soc., 8 juill. 1985, *RCDIP* 1986, p. 113, note GAUDEMET-TALLON H.

Cass. soc., 16 oct. 1985, n° 83-42.708, *Bull.* 1985, n° 458, p. 330

Cass. soc., 6 nov. 1985, *RCDIP* 1986, p. 501, note LAGARDE P.

Cass. soc., 19 mars 1986, *RCDIP* 1987, p. 544, note LEQUETTE Y.

Cass. com., 27 mai 1986, n° 85-10.006; *RTD civ.* 1987, p. 89, obs. MESTRE J.

Cass. com., 3 juin 1986, n° 84-16.971, *Bull. civ. IV*, n° 110; *CA Paris*, 5 mai 1991, *Expertises* 1994, p. 234

Cass. civ. 3^{ème}, 14 janv. 1987, n° 85-16.306, *D.* 1988, p. 80, note SCHMIDT J.

Cass. com., 19 mai 1987, *D.* 1987, IR, p. 136

Cass. com., 21 décembre 1987, arrêt *Sté Viuda*, *Bull. civ.* n° 85-13173

Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1988, *Navimpex*, *Rev. arb.* 1989, p. 641, note GOLDMAN B.; *JDI* 1990, p. 134, note NIBOYET-HOEGY M.-L.

Cass. com. 23 mai 1989, n° 87-18.212, *JCP E* 1989, II, 18761; *RTD civ.* 1989, p. 736, obs. MESTRE J.

Cass. civ. 1^{ère}, 18 oct. 1989, *RCDIP* 1990, p. 712, note FOYER J.; *JDI* 1990, p. 415, note KAHN Ph.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 1989, *Soc. Promocomex c. Soc. Barron*, *RCDIP* 1990, p. 732, note COURBE P.

Cass. com., 6 mars 1990, *Bull. civ. IV*, n° 74, *D.* 1991, *Somm.*, p. 317, obs. AUBERT J.-L., *JCP G* 1990, II, 21583, note GROSS B., *RTD civ.* 1990, p. 463, obs. MESTRE J., *RTD com.* 1990, p. 627, obs. BOULOC B., *Deffrénois* 1991, p. 356, n° 13, obs. AUBERT J.-L.

Cass. civ. 2^{ème}, 16 mai 1990, n° 89-13.941, *Bull. civ. II*, n° 98

Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, *RCDIP* 1991, p. 3534, 1^{ère} esp., note BOUREL P.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1990, *Broca et autre c. Anjot*, *RCDIP* 1991, p. 135

Cass. civ. 3^{ème}, 27 nov. 1990, *Bull. civ. III*, n° 255; *JCP* 1992, II, 21808, note DAGORNE-LABBE Y., *D.* 1992, *somm.*, p. 195, obs. PAISANT G.; *RTD civ.* 1991, p. 315, obs. MESTRE J.

Cass. com., 4 déc. 1990, *CCC* 1991, *comm.*, p. 28, obs. LEVENEUR L.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 janv. 1991, n° 89-16578, *Bull. civ.* 1991, I, n° 6, p. 4; *JDI* 1992, p. 195, note HUET A.

Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, *Bull. civ. III*, n° 108; *D.* 1992, *Somm.*, p. 196, obs. PAISANT G.; *RTD civ.* 1992, p. 81, obs. MESTRE J.

Cass. Com., 16 avril 1991, *Bull. civ.*, n° 148

Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1991, *JDI* 1992, p. 177, note GOLDMAN B.; *RCDIP* 1992, p. 113, note OPPETIT B.; *RTD com.* 1992, p. 171, obs. DUBARRYJ.-C., LOQUIN E.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1992, *D.* 1993, *somm.* p. 61, obs. M. VASSEUR; *RCDIP* 1993, p. 692, SINAY-CYTERMANN A.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1992, n° 90-15.866, *CCC* 1992, p. 133, obs. LEVENEUR L.

Cass. com., 21 avr. 1992, *RJDA* 1992, n° 933; *CA Douai*, 23 sept. 1993, *D.* 1994, p. 171, obs. GAVALDA C., LUCAS DE LEYSSAC C., *Gaz. Pal.* 1994, I, p. 47, obs. MARCHI J.-P.

Cass. civ. 2^{ème}, 15 mai 1992, *Bull. civ. II*, n° 143, p. 71

Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, *Bull. civ. III*, n° 164; *D.* 1992, *Somm.*, p. 397, obs. AUBERT J.-L., *D.* 1993, p. 493, note VIRASSAMY G.; *RTD civ.* 1993, p. 345, obs. MESTRE J.

Cass. com., 3 nov. 1992, *Aff. Huard*, *JCP* 1993, II, 22164, note VIRASSAMY G.; *Deffrénois* 1993, p. 1377, obs. AUBERT J.-L.; *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. MESTRE J.

Cass. com., 15 déc. 1992, n° 90-19.608, *Bull. civ. IV*, n° 415; *RTD civ.* 1993, p. 577, obs. MESTRE J.

Cass. com., 12 oct. 1993, n° 91-19.456, *Lamyline*

Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, Bull. civ.III, no 174; D. 1994, p. 507, note Benac-Schmidt F.; ibid. 1994. Somm., p. 230, obs. TOURNAFOND O.; D. 1995. Somm., p. 87, obs. AYNES L.; JCP 1995, II, 22366, note MAZEAUD D.; Defrénois 1994, p. 795, obs. DELEBECQUE Ph.; Terrasson de Fougères A., JCP N 1995, I, p. 194

Cass. civ. 2^{ème}, 5 janv. 1994, n° 92-13.856

Cass. civ. 1^{ère}, 12 janv. 1994, *Soc. Carrefour c./M. de MARCHI*, RCDIP1994, p. 92, note MUIR WATT H.

Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, n° 92-13.161, RCDIP 1994, p. 545, note BUREAU D.

Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 1994, RIDA 1995, p. 205

Cass. com., 18 oct. 1994, D. 1995, p. 180, note C. ATIAS; Defrénois 1995, p. 332, obs. MAZEAUD D.; JCP 1995, I, 3853, n° 4, obs. VINEY G.

Cass. com., 18 oct. 1994, JDI 1995, p. 143, obs. HUET A.; RCDIP 1995, p. 721, note SINAY-CYTERMANN A.

Cass. com., 15 nov. 1994, *SA Banque Rhône Alpes c/Dumez France*, n° 2071 P, RJDA1995, n° 264

Cass. com., 10 janv. 1995, RJDA 1995, n° 561

Cass. com. 7 févr. 1995, *Aff. « La nuit des héros »*, JCP1995, II, 22408, note LE TOURNEAU Ph.

Cass. com., 4 avr. 1995, D. 1995, p. 231, obs. Aynès L.

Cass. civ. 3^{ème}, 5 avr. 1995, Bull. civ. III, n° 101; D. 1996, p. 8, obs.TOURNAFOND O.; Defrénois 1995, p. 1041, obs. DELEBECQUE Ph.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 1995, n° 92-20.976; JCP 1996,II, 22736, note LUCAS F.-X.

Cass. com., 17 oct. 1995, note COURTIER J.-L., LPA 2 sept. 1996, p. 10

Cass. civ. 3^{ème}, 22 nov. 1995, n° 94-11.014; Bull.civ. III, n° 243, p.162; Defrénois1995, art. 36275, obs. MAZEAUD D.; CCC 1996, n°19, obs. LEVENEUR L.; D. 1996, Som., p. 330, obs. MAZEAUD D.; RTD civ. 1997, p. 128, obs. MESTRE J.

Cass. com., 27 févr. 1996, Bull. civ. IV, n° 65, p. 312; JCP 1996, II, 22665, note GHESTIN J.; D. 1996, p.518, note MALAURIE P.; D. 1996, p. 342, obs. HALLOUIN J.-C.; Defrénois 1996, p.1205, note DAGORNE-LABBE Y.; RTD civ. 1997, p. 114, obs. MESTRE J.; LPA 17 févr. 1997, note MARTIN D. R.

Cass. com., 9 avril 1996, n° 94-14649, Bull.civ. 1996, IV, n°117, p. 99; D. 1997, p. 77, note TICHADOU E.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 avr. 1996, Bull. civ. I, n° 181, RTD civ. 1996, p. 894, obs. MESTRE J., *Dr. & patr.*, sept. 1996

Cass. com., 28 mai 1996, Bull. civ. IV, n° 146

Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 1996, n° 94-16.820; Bull. civ. I, n° 227; RTD civ. 1997, p. 140, obs. JOURDAIN P.; RTD com. 1997, p. 130, obs. BOULOC B.

Cass. com. 18 juin 1996, Bull. Joly 1996, p.922, BRDA 1996, n° 13

Cass. civ.1^{ère}, 3 juill. 1996, D. 1997, p. 531, note DESCAMPS-DUBAELE N., *Dr. & patr.*, déc. 1996, p. 75, obs. CHAUVEL P.

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1996, Bull. civ. I, n° 332

Cass. com. 17 déc. 1996, n° 95-20.273, RCDIP 1997, p. 72, note REMERY J.-P.; D. 1997, p. 337, note WITZ C.

Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561, D. 1998, p. 45, note CHAUVEL P.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, *Gordon and Breach*, D. 1997, p. 177, note SANTA-CROCE M.; JCP 1997,II, 22903, note MUIR WATT H.; RCDIP 1997, p. 504, note BISCHOFF J.-M.

Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-18.953, D. 1998, p. 45, note CHAUVEL P.; RJDA 1997, n° 996; RTD civ. 1997, p. 651, obs. MESTRE J.

Cass. civ. 3^{ème}, 30 avr. 1997, n° 95-17.598, Bull. civ. III, n° 96, p. 63, D. 1997, p. 475, note MAZEAUD D.; Bull. Joly1997, p. 877, note DAIGRE J.-J.; Defrénois 1997, art. 36634, n° 110, p. 1007, note DELEBECQUE Ph.; RTD civ. 1997, p. 685, obs. GAUTIER P.-Y., ibid.1998, p. 98, obs. MESTRE J.

Cass. civ. 2^{ème}, 4 juin 1997, RTD civ. 1997, p. 921, obs. MESTRE J.

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, D. 1998, Jur. p. 32, note Aynès L.

Cass. civ. 2^{ème}, 26 nov. 1997, n° 95-12686, non publié

Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, n° 95-20.809; *JurisData* n° 1997-004831; RJDA 1998, p. 171

Cass. com., 24 févr. 1998, n° 96-12.638, Bull. civ. IV, n° 86, JCP 1999, II, 10003, note KEITA M.

Cass. com., 10 mars 1998, n° 96-10.168, Bull. Joly 1998, p. 464, note COURET A., RTD civ. 1998, p. 899, obs. MESTRE J.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1998, n° 96-11.984; *Bull. civ.* 1998, I, n° 252; *JDI* 1999, p. 196, note HUET A.; *D.* 1999, p. 117, note WITZ C.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1998, n°004502, *JCP* 1999, p. 56

Cass. com., 24 nov. 1998, *Aff. Danone*, *Bull. civ. IV*, n° 277; *D.* 1999, IR, p. 9; *JCP* 1999. II. 10210, note PICOD Y.; *ibid.* I. 143, n° 6 s., obs. Jamin Y.; *Defrénois* 1999, p. 371, obs. MAZEAUD D.; *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. MESTRE J.; *ibid.* p. 646, obs. GAUTIER P.-Y.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 avr. 1999, n° 97-11.156; *Defrénois* 1999, art. 37041, p. 1001, obs. MAZEAUD D.; *CCC* 1999, n° 125, obs. LEVENEUR L.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, n° 95-19.199, *Bull. civ. I*, n° 7; *Dr. & patr.* 1998, n° 59, p. 92, obs. CHAUVEL P.; *Defrénois* 1998, p. 741, note MAZEAUD D., *JCP G* 1998, II, n° 10066, note FAGES B.

Cass. com., 27 janv. 1998, *Dr. & patr.* 1998, n° 1924, obs. CHAUVEL P.; *RTD civ.* 1998, p. 904, obs. MESTRE J.

Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} avr. 1998, n° 96-18.381

Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20.361, *D.* 1999, p. 514, note CHAUVEL P.; *JCP E* 1999, p. 579, note SCHMIDT-SZALEWSKI J.; *ibid.* p. 169, obs. MOUSSERON P.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1998, *RCDIP* 1999, p.122, note MUIR WATT H.

Cass. civ. 3^{ème}, 10 févr. 1999, n° 95-19.217, *Bull. civ. III*, n° 37, p. 25; *RTD civ.* 1999, p. 616, obs. MESTRE J.

Cass. com., 9 mars 1999, n° 96-16.559, *Bull. civ. IV*, n° 54

Cass. com. 23 mars 1999, *RCDIP* 2000, p. 224, note LECLERC F.

Cass. civ. 3^{ème}, 24 mars 1999, n° 96-16.040, *Bull. civ. III*, n° 80; *D.* 1999, p. 112; *Defrénois* 1999, art. 37008, note DELEBECQUE Ph.; *RTD civ.* 1999, p. 617, obs. MESTRE J.

Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999, *Société Mobil North Sea*, *RCDIP* 2000, p.199, note BISCHOFF J.-M., *JDI* 1999, p. 1048, note LEGIERG., *JCP éd. G*, 1999, II, 10183, note MUIR WATT H., *D.* 1999, somm. p. 295, obs. AUDIT B.

Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 1999, *Bull. civ. II*, n° 128, p. 91

Cass. com., 5 oct. 1999, *Matuissière et autres c/Société Werk Waldhof Aschaffenburg Graphische Papiere (PWA) GmbH*, *JDI* 2001, p. 133, note HUET A.

Cass. soc., 19 oct. 1999, *RCDIP* 2000, p.29, note LAGARDE P.; *JDI* 2000, p.328, note RACINE J-B., *D.* 2000, p.765, note AUDIT B.

Cass. com., 4 janv. 2000, *CCC* 2000, n° 79, note LEVENEUR L.

Cass. com., 15 févr. 2000, *D.* 2000, p. 364, obs. Delebecque Ph.; *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. Mestre J., Fages B.

Cass. com., 30 mai 2000, *Bull. civ.* n° 98-14.543

Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 2000, n° 98-15.979; *RCDIP* 2001, p. 148, note ANCEL M.-E.

Cass. com., 11 juill. 2000, n° 97-18.275, inédit

Cass. com., 24 oct. 2000, n° 98-18.367, *Bull. civ. IV*, n° 166; *D.* 2001. 1612, obs. THUILLIER H., *RTD com.* 2001, p. 161, note CHAZAL J.-P. , REINHARD Y.

Cass. civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, arrêt *Carrières de Brandefert*, *Bull. civ. III*, n° 171; *D.* 2002, Somm., p. 928, obs. TOURNAFOND O. (2^e esp.); *JCP* 2002, II, 10054, note LIEVREMONT M.; *JCP* 2001, I, p. 301, n° 1, obs. SERINET Y.-M.; *JCPE* 2001, p. 1578, note CHAUVEL P. (2^e esp.); *ibid.* 2002, p. 640, n° 6, obs. MAINGUY D.; *Defrénois* 2001, p. 242, obs. SAVAUX E.; *CCC* 2001, n° 23, note LEVENEUR L.; *RTD civ.* 2001, p. 355, obs. MESTRE J., FAGES B.

Cass. com., 30 janv. 2001, *ING Bank NV Paris C/ Soc. Mantel Holland Beheer BV*, *D.* 2002, p. 1392, obs. AUDIT B.; *RCDIP* 2001, p. 539, note POILLOT-PERUZZETTO S.

Cass. com., 9 mai 2001, n° 98-15.952

Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2001, *JCP G* 2001, II, 10634, note RAYNARD J., *D.* 2002, p. 198, note C. DILOY, *ibid.*, p. 1397, obs. B. AUDIT; *LPA* 30 mai 2002, n° 108, p. 11, note CHANTELOUP H.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 719, COHEN D.

Cass. Com., 27 nov. 2001, *Bull. civ.*, n° 99-13.469

Cass. com., 15 janv. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 11; *D.* 2002, p. 2045, obs. V. BREMOND; *JCP* 2002. II. 10136, note CERMOLACCE A.; *JCPE* 2002, p. 1427, note KEITA M.; *Defrénois* 2002, p.1536, obs. HONORAT J.; *Dr. & patr.*, avr. 2002, p. 92, obs. CHABAS F.; *RTD civ.* 2002, p. 290, obs. MESTRE J., FAGES B.; *RTD com.* 2002, p. 265, obs. SAINTOURENS B.

Cass. com., 26 févr. 2002, n° 99-10.729, *Bull. civ.* IV, n° 43; *JCPE* 2002, n° 24, p. 1003, note D. LEGEAIS; *Dr. sociétés* 2002, n° 105, note BONNEAU T.; *Dr. & patr.* 2002, n° 107, p. 110, obs. PORACCHIA D., *Banque et droit* 2002, n° 83, p. 42, obs. RONTCHEVSKY N., *D.* 2002, som., p. 3331, obs. AYNES L.

Cass. com., 26 févr. 2002, *SA Sofiber c/Banque Populaire de Bourgogne*, *Juris-Data* n° 2002-013246, *JCP E* 2002, p. 918, comm. LEGEAIS D.

Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, *Sisro*, *JCPG*, 2002, II, 10082, note MUIR WATT H.; *D.* 2002, p. 2999, note BOUCHE N.; *D.* 2003, p. 58, note JOSSELIN-GALL M., *RCDIP* 2002, p. 438, note BISCHOFF J.-M.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, 2 espèces : *Rouchette et SCIClanic c./ Sté Fortis banque et Les Fondettes et Le Gouellec c./ Sté Fortis banque*, *JDI* 2003, I, p. 145, chron. HUET A.

Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-16.488, *RTD civ.* 2003, p. 282, obs. MESTRE J., FAGES B.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, n° 00-17.048, inédit

Cass. civ. 3^{ème}, 3 juill. 2002, *Sté Poree Havlik c/SCI Nouveau Plexi et M.Loysel*, *RTD civ* 2002, p. 804, note MESTRE J., FAGES B.

Cass. mixte, 6 sept. 2002, *Bull. civ.* n° 4; *D.* 2002, p. 2963, note MAZEAUD D.; *ibid.*, p. 2531, obs. LIENHARD A.; *JCP* 2002, II, 10173, note REIFEGERSTE S. (2e esp.); *JCPE* 2002, p. 1687, note VINEY G. (1er esp.); *Gaz. Pal.* 2002, p. 1725, concl. de Gouttes (2e esp.); *Defrénois* 2002, p. 1608, obs. SAVAUX E.; *CCC* 2002, n° 151, note Raymond G. (2e esp.); *LPA* 24 oct. 2002, note HOUTCIEFF D. (2e esp.); *CCE* 2002, n° 156, note STOFFEL-MUNCK Ph.

Cass. civ. 2^{ème}, 10 oct. 2002, n° 01-03.079, *Dr. & patr.* 2003, n° 111, p. 114, obs. CHAUVEL P.

Cass. com., 11 févr. 2003, *D.* 2003. p. 2304, note KENFACK H., *LPA*, 17 sept. 2003, note PERRUCHOT-TRIBOULET V.; *Cah. dr. entr.* 2003, n° 5, p. 41, obs. MAINGUY D.

Cass. com., 25 févr. 2003, n° 01-12.660

Cass. com., 4 mars 2003, *RCDIP* 2003, p. 285, note LAGARDE P., *LPA* 28 oct. 2003, n° 215, p. 8, note LEGROS C.; *DMF* 2003, p. 566, note DELEBECQUE Ph.; *JDI* 2004, p. 197, obs. HUET A.

Cass. civ. 3^{ème}, 27 mai 2003, n° 01-15.099

Cass. com., 17 juin 2003, n° 01-10.272.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, n° 00-11.493

Cass. civ. 3^{ème}, 28 oct. 2003, *RDC* 2004, p. 270, obs. MAZEAUD D.

Cass. soc., 25 nov. 2003, n° 01-17.501, *Bull. civ.* V, n° 294; *JCP* 2004, I, 163, n° 6, obs. VINEY G.; *D.* 2004, p. 2395, note OMARJEE I.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 2003, *RDC* 2004, p. 770, obs. BUREAU D., *JCP G* 2004, II, 10046, note RAYNARD J., *JDI* 2004, p. 1179, note ANCEL M.-E.

Cass. com., 26 nov. 2003, *Aff. Manoukian*, *Bull. civ.* IV, n° 186; *D.* 2004, p. 869, note DUPRE-DALLEMAGNE A.-S.; *ibid.*, *Somm.*, p. 2922, obs. LAMAZEROLLES E.; *JCP* 2004, I, 163, obs. VINEY G.; *JCP E* 2004, p. 738, note STOFFEL-MUNCK Ph.; *ibid.*, p. 601, n° 5, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY ET G. WICKER; *Dr. & patr.*, mars 2004, p. 102, obs. PORACCHIA D.; *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. MESTRE J., FAGES B.; *Rev. sociétés* 2004, p. 325, note MATHEY N.; *RDC* 2004, p. 257, obs. MAZEAUD D.

Cass. civ. 2^{ème}, 4 mars 2004, n° 02-14.022

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-17.800, *Juris-Data* n° 2004-023082; *Bull. civ.* 2004, I, n° 96

Cass. civ. 2^{ème}, 8 avr. 2004, n° 02-16.163, *Juris-Data* n° 2004-023219; *Bull. civ.* 2004, II, n° 162; *RTD civ.* 2004, p. 770, obs. THÉRY Ph.

Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, *RTD civ.* 2004, p. 500, obs. MESTRE J., FAGES B.

Cass. Civ. 2^{ème}, 3 juin 2004, n° 02-12.989; *Bull. civ.* II, n° 265; *RCDIP* 2004, p. 750, note BUREAU D.

Cass. civ. 2^{ème}, 10 juin 2004, n° 02-19.600, *Bull. civ.* II, n° 294; *CCE* 2004, p. 117, note STOFFEL-MUNCK Ph.; *RTD civ.* 2004, p. 728, obs. MESTRE J., FAGES B.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 01-13.018

Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, n° 02-15.188, *Bull. civ.* I, n° 223, *D.* 2006, p. 1025, note BENSAMOUN A., *JCP* 2005, I, 194, n° 1, obs. PERES-DOURDOU C., *CCC* 2005, comm., p. 165, obs. LEVENEUR L., *RDC* 2005, p. 1007, obs. MAZEAUD D.

Cass. com., 22 févr. 2005, *RTD civ.* 2005, p. 773, obs. MESTRE J., FAGES B.

- Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411, *ibid.* III, n° 117, *D.* 2005, panor. 2837, obs. AMRANI MEKKI S.; *JCP* 2005, I, 172, n° 1, obs. GROSSER P.; *CCC* 2005, p. 166, obs. LEVENEUR L.; *RTD civ.* 2005, p. 772, obs. MESTRE J., FAGES B.
- Cass. com., 14 juin 2005, *Bull. civ.* IV, n° 130; *D.* 2005, p. 1775, obs. LIENHARD A.; *JCP* 2005, I, 194, n° 12, obs. WINTGEN R.; *RTD civ.* 2005, p. 774, obs. MESTRE J., FAGES B.; *Rev. Sociétés* 2006, p. 66, note MATHEY N.
- Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, *Plinert c/ M Philippen*, *D.* 2005, p. 2337, obs. COURBE P.
- Cass. com., 20 sept. 2005, n° 03-19.732, *Juris-Data* n° 2005-02-9785; *D.* 2006, p. 2855, obs. CROCQ P.
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, n° 02-18.512; *D.* 2005, p. 2896
- Cass. civ. 1^{ère}, 17 janv. 2006, n°03-11.601, inédit
- Cass. civ. 1^{ère}, 25 avr. 2006, n°05-15.528, *Sté DMN Machinefabrick BV c/ Sté Tripette et Renaud*, *CCC* n° 8, Août 2006, comm. p. 151, note LEVENEUR L.; *RTD Com.* 2006, p. 764, note LOQUIN E.; *RCDIP* 2007, p. 128, note JAULT-SESEKE F.; *Rev. arb.* 2008, p. 299, note Kiffer L.
- Cass. civ. 1^{ère}, 3 oct. 2006, n° 04-14.233, *Bull. civ.* I, n° 423 ; *D.* 2007. Pan., p. 1915, obs. FERRIER D.; *JDI* 2007, p. 132, note EGEEA V., D. MARTEL; *D.* 2006, p. 2548; *JCP* 2007, II, 10028, note ASFAR C.; *RTD com.* 2007, p. 267, obs. DELEBECQUE Ph.
- Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, n°03-15.636, *Bull. civ.* I, n°258
- Cass. mixte, 26 mai 2006, *Bull. civ.* n° 4, p. 330; *D.* 2006, p. 1861, note GAUTIER P.-Y., MAINGUY D.; *ibid.*, p. 2644, obs. FAUVARQUE-COSSON B.; *JCP* 2006, II, 10142, note LEVENEUR L.; *ibid.*, I, 176, obs. LABARTHE F.; *JCP N* 2006, p.1256, note THULLIER B.; *ibid.*, p. 1278, obs. PIEDELIEVRE S.; *JCPE* 2006, p. 2378, note DELEBECQUE Ph.; *Gaz. Pal.* 2006, p. 2525, note DAGORNE-LABBE Y.; *ibid.*, p. 3203, note BÉRENGER F.; *Defrénois* 2006, p. 1206, obs. SAVAUX E.; *CCC* 2006, n° 153, note LEVENEUR L.; *RLDC* 2006, n° 2173, note KENFACK H.; *LPA* 18 sept. 2006, note HOUBRON H.; *ibid.* 11 janv. 2007, note PAULIN A.; *RDC* 2006, p. 1080, obs. MAZEAUD D.; *ibid.*, p. 1131, obs. COLLART-DUTILLEUL F.; *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. MESTRE J., FAGES B.; *Rev. Sociétés* 2006, p. 808, note BARBIERI J.-F.
- Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *Bull. civ.* III, n° 164, *D.* 2006, p. 2963, note MAZEAUD D.; *ibid.* p. 2638, obs. S.AMRANI-MEKKI, FAUVARQUE-COSSON B. *JCP G* 2006, II, p. 10130, note DESHAYES O.; *ibid.*, I, p. 166, obs. STOFFEL-MUNCK Ph.; *RDC* 2006, p. 1069, note MAZEAUD D.; *RTD civ.*, obs. MESTRE J., FAGES B.
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, n° 05-17.460, *D.* 2006, p. 1985
- Cass. Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672; *D.* 2006, p. 2135, note WEILLER L.; *JCP*, 2007, II, 10070, note WIEDERKEHR G.; *JCP* 2006, I, 183, obs. AMRANI-MEKKI S.; *RTD civ.* 2006, p.825, obs. PERROT R.; *Rev.Huissiers* 2006, p.348, obs. FRICERO N.
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n° 05-18.021, *Bull. civ.* I, n° 373; cité au *D.* 2007, Pan., p. 1756, obs. JAULT-SESEKE F.
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n° 03-18.528, *Bull. civ.* I, n° 389; *D.* 2006, p. 2510, note GAUTIER P.-Y.
- Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *Sté So Good International Ltd c/ Sté Laiterie de Saint-Denis de l'Hôtel*, n° 05-10.464, *JDI* 2007, p. 24, comm. DIALLO O.
- Cass. com., 19 déc. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 255; *D.* 2007, p.1755, obs. COURBE P., et p. 2566, obs. BOLLEE S.; *LPA* 30 juill. 2007, obs. JAULT-SESEKE F.; *RDC* 2007, p. 467, obs. DEUMIER P.; *RCDIP* 2007, p. 592, note LAGARDE P.; *RTD com.* 2007, p. 628, obs. DELEBECQUE Ph.
- Cass.com., 23 janv. 2007, n° 05-13.189, *Bull. civ.* IV, n° 12; *D.* 2007, p. 442, obs. DELPECH X.; *Defrénois* 2007, p. 1027, obs. SAVAUX E.; *RDC* 2007, p. 697, note LAITHIER Y.-M.
- Cass. civ. 2^{ème}, 25 janv. 2007, n° 05-19.700; *Bull. civ.* II, n° 17; *JDI* 2007, p.943, note LEGIER G.; *RCDIP* 2008, p. 595, note LAAZOUZI M.
- Cass. civ. 3^{ème}, 31 janv. 2007, *Bull. civ.* III, n° 16; *D.* 2007, p. 1698, note MAINGUY D.; *ibid.*, p. 1301, obs. MONGE A.-C. et NESIF.; *JCPN* 2007, p. 1302, n° 2, obs. PIEDELIEVRE S.; *Defrénois* 2007, p. 1048, obs. LIBCHABER R.; *CCC* 2007, n° 116, note LEVENEUR L.; *AJDI* 2007, p. 772, obs. COHET-CORDEY F.; *Dr.& patr.*, mars 2008, p. 91 obs. MALLET-BRICOUT B.
- Cass. civ. 1^{ère}, 13 févr. 2007, n° 05-17.407; *Bull. civ.* IV, n° 43; *D.* 2007, p. 654, obs. DELPECH X.; *ibid.*, p. 2975, obs. FAUVARQUE-COSSON B.; *JCP* 2007, II, 10063, note SERINET Y.-M.; *ibid.* I, 185, n° 10, obs. STOFFEL-MUNCK Ph.; *JCP E* 2007, p. 2336, étude HUET J.; *Defrénois* 2007, p. 1042, obs.

- LIBCHABER R.; *RLDC* 2007/38, n° 2511, note LOISEAU G.; *RDC* 2007, p. 707, obs. MAZEAUD D.; *RTD civ.* 2007, p. 567, obs. FAGES B.
- Cass. civ. 3^{ème}, 14 févr. 2007, *Bull. civ.* III, n° 25; *D.* 2007. 2444, note THÉRON J.; *ibid.*, p. 2973, obs. FAUVARQUE-COSSON B.; *JCP* 2007, II, 10143, note BERT D.; *JCPE* 2007, p. 1615, note LECUYER H.; *Defrénois* 2007, p. 1048, obs. LIBCHABER R.; *Dr. & patr.*, sept. 2007, p. 97, obs. STOFFEL-MUNCK Ph.; *ibid.* mars 2008, p. 91 obs. MALLET-BRICOUT B.; *RDC* 2007, p. 701, obs. MAZEAUD D.; *ibid.*, p.741, obs. VINEY G.; *RTD civ.* 2007, p. 366, obs. GAUTIER P.-Y; *ibid.*, p. 768, obs. FAGES B.
- Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.882, *Waintraub c/SA Balmain et a.*, *Juris-Data* n° 2007-037498, *JCPE* 2007, p. 1661, comm. DESCORPS DECLERE F.
- Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-17.752, *D.* 2007, p. 795, obs. CHEVRIER E.; *ibid.* 2008, p. 2620, obs. WITZ C.; *RTD civ.* 2007, p. 302, obs. REMY-CORLAY P.; *RTD com.* 2007, p. 586, obs. BOULOC B. et 2008, p. 208, obs. DELEBECQUE Ph.; *RDC* 2007, p. 1255, obs. RACINE J.-B.; *JCP* 2007, I. 172, *Chron. « Droit international et européen », LUBY M., POILLOT-PERUZZETTO S. (dir.)*, n° 1, obs. NADAUD M.
- Cass. com., 20 mars 2007, n° 04-19.679, *Bull. civ.* IV, n°91; *JCP* 2007, II, 10088, note ANCEL M.-E.; *RCDIP* 2008, p. 322, note TREPPOZ E.
- Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, n° 06-14.402, *Bull. civ.* I, n° 130; *D.* 2007, p. 1085, obs. GALLMEISTER I.; *D.* 2007, Pan., p. 2572, obs. BOLLEE S.; *Gaz. Pal.* 2007, p. 2012, note NIBOYET M.-L.
- Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *Bureau Veritas*, n° 05-10.480, *Bull. civ.* I, n° 132; *RCDIP* 2007, p. 405, note BUREAU D.; *JDI* 2007, p. 949, note LEGIER G.; *D.* 2007, p. 1074, obs. GALLMEISTER I.
- Cass. com., 24 avril 2007, 06-12.443
- Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, n° 06-21.372, *Bull. civ.* I, n°352 ;*RCDIP* 2008,p. 139, note MUIR WATT H.; *JCP* 2008,II, 10135, obs. M. ATTAI; *JDI* 2008, p. 521, note JACQUET J.-M.
- Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-20.332; *RTD civ.* 2008, p. 101, obs. FAGES B
- Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-17.289, *CCC* 2008, comm. 6, note MATHEY N.
- Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 2008, *D.* 2008, Pan., p. 2965, obs. AMRANI MEKKI S.; *JCP* 2008, II, 10147, note PILLET S.; *ibid.*, I, p.218, obs. CONSTANTIN A.; *JCP N* 2009, p. 1001, obs. PIEDELIEVRE S.; *Dr. & patr.*, févr. 2009, p. 120, obs. AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph.; *RDC* 2009, p. 143, obs. BRUN Ph.; *RTD civ.* 2008, p. 474, obs. FAGES B.; *RDC* 2008, p. 1239, obs. COLLART-DUTILLEUL F.; *ibid.* 2009, p. 143, obs. BRUN Ph.
- Cass. civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, *Bull. civ.* III, n° 79; *JCP* 2008,I, 179, n° 1, obs. SERINET Y.-M.; *RLDC* 2008, n° 3045, obs. MAUGERI V.; *ibid.* 2009, n° 3367, note BURDIN E.; *Dr. & patr.*2009, p. 122, obs. AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph.; *RTD civ.* 2008, p. 474, obs. FAGES B.; *RDC* 2008, p. 1109, obs. GENICON T.; *ibid.*, p. 1239, obs. COLLART-DUTILLEUL F.; *D.* 2008, p.2965, note FAUVARQUE-COSSON B., AMRANI MEKKI S.; *D.* 2009, p.440, note MATHIEU-IZORCHE M.-L.
- Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2008, *Bull. civ.* I, n° 184; *D.* 2008, p. 1997; *JCP* 2008,I, 218, n° 6, obs. LABARTHE F.; *ibid.*, II, 10205, note SIGUOIRT L.; *CCC* 2008, comm., n° 254, obs. LEVENEUR L.
- Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2008, n° 07-17.295, *Bull. civ.* I, n°192; *RCDIP* 2008, p.863, note SINDRES D.; *D.* 2008, p. 2154; *CCC* 2008, p. 227, obs. MALAURIE-VIGNAL M.
- Cass. com., 21 oct. 2008, *JCPE* 2009, n° 19, p. 26, obs. MAINGUY D.;*CCC* 2009, n° 8, obs. MATHEY N.; *RDC* 2009, p. 197, obs. BEHAR-TOUCHAIS M.;*RLDA* déc. 2008, p. 45, obs. ANADON C., *Lettre distrib.* déc. 2008, p. 4
- Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, *Sté Monster Cable Products Inc c/Sté AMS*,*JDI* 2009, p. 599, note JOBARD-BACHELLIER M.-N., TRAIN F.-X.; *JCPG* 2008, II, 10187, note D'AVOUT L.; *JCPE* 2008, p. 2535, note MATHEY N.; *D.* 2008, p. 2790, obs. GALLMEISTER I.; *Procédures* 2008, comm. p. 331, obs. NOURISSAT C.; *CCC* 2008, comm. p. 270, obs. MALAURIE-VIGNAL M.; *Gaz. Pal* 20-21 févr.2009, p. 27, note GHEZ Ph.; *D.* 2009, p. 200, note JAULT-SESEKE F. et *chron.* HUET A., p. 684
- Cass. Civ. 3^{ème}, 7 janv. 2009, n° 07-20.783, *D.* 2009 p. 297
- Cass. civ. 3^{ème}, 25 mars 2009, *Bull. civ.* III, n° 69; *D.* 2010, p. 224, obs. AMRANI MEKKI S.; *JCP* 2009, n° 37, p. 23, obs. LABARTHE F.; *AJDI* 2010, p. 72, obs. PRIGENT S.; *Dr. & patr.*, juill. 2009, p. 84, obs. AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph.; *RLDC* 2009, n° 3409, obs. MAUGERI V.; *Defrénois* 2009, p. 1270, obs. LIBCHABER R.; *RDC* 2009, p. 995, obs. LAITHIER Y.-M.; *ibid.* 1089, obs. PIMONT S.

Cass. com., 5 mai 2009, CCC 2009, n° 191, obs. MATHEY N.; *RLC* juill.-sept. 2009, p. 40, obs. BEHAR-TOUCHAIS M., *RDLC* 2009, n° 3, p. 100, obs. MITCHELL M-C.

Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, *Bull. civ.* III, n° 118; *D.* 2009, p. 1537; CCC 2009, n° 214, obs. LEVENEUR L.; *Gaz. Pal.* 2009, p. 2604, obs. DUMERY A.; *RLDC* 2009, n° 3486, obs. MAUGERI V.; *RDC* 2009, p. 1325, obs. LAITHIER Y.-M.; *RTD civ.* 2009, p. 524, obs. FAGES B.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, *JCP* 2010, n° 921, note GHESTIN J., *RDC* 2010, p. 811, note MAZEAUD D.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 2010, *Bull. civ. I*, n° 106; *D.* 2010, p. 2196, obs. GALLMEISTER I., note BOLZE A., PERREAU-SAUSSINE L.; *RCDIP* 2010, p. 558, note GAUDEMET-TALLON H.; *RTD civ.* 2010, p. 808, obs. THERY Ph.

Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, n° 09-65.906, inédit

Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 07-17.788, *D.* 2010, p. 1869, obs. DELPECH X.; *ibid.* p. 2323, obs. D'AVOUT L., BOLLEE S.; *RTD Civ.* 2010, p. 780, obs. FAGES B.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2010, *Bull. civ. I*, n° 213; *D.* 2011, p. 566, note Mazeaud D.; *ibid.*, p. 2011; *JCP* 2011, n° 303, note AUBERT DE VINCELLES C.; Defrénois 2011, p. 808, obs. SEUBE S.-B.; *Dr. et patr.*, mai 2011, p. 72, obs. Aynès L.

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2010, *D.* 2011, p. 423, obs. GALLMEISTER I., *RCDIP* 2011, p. 93, note GAUDEMET-TALLON H.; *RTD civ.* 2011, p. 122, obs. FAGES B.

Cass. com., 18 janvier 2011, n° 09-14.617

Cass. civ. 1^{ère}, 9 févr. 2011, n° 10-12.000

Cass. com., 8 mars 2011, 09-11.751, Inédit

Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, *D.* 2011, p. 946; *RLDC* 2011, n° 4228, obs. PAULIN A.

Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, *D.* 2011, p. 1457, note MAZEAUD D.

2. Jurisprudence anglaise et américaine

A-G of Hong Kong v. Humphreys Estate Ltd., [1987], 1 A.C., 114

Adrian Daily Telegram v. Thompson Newspapers, Inc., [1974], 214 N.L.R.B. 1103

Agnew et autres c/Lansförsäkringsbolagens AB, House of Lords, 17 févr. 2000, *The All England Law Reports* 2000, Vol. 1, p. 737. Disponible sur le site : <http://www.curia.eu.int/common/recdoc/convention/fr/2000/40-2000.htm>, Information n° 2000/40

American Motorists Insurance v. Cellstar, [2002] EWHC 421 and [2003] Lloyd's Rep. IR 295 (A.C)

Armar Shipping Co. Ltd. v. Caisse Algérienne d'Assurance, [1981] 1 W. L. R. 207 (A.C)

Armitage v. Nurse, [1998], Ch 241, 251

Arok Construction Co. v. Indian Construction services, [1993], 174 Ariz. 291, 848 P.2d 870

Austotel Property Ltd v. Franklins Selfserve Property Ltd, [1989], 16 NSWLR 582

Balfour v. Balfour, [1919], 2 KB 571

Barton v. Armstrong, [1976] AC 104

Bennett, Walden & Co. V. Wood, 2 All E.R., [1950], 134 (CA)

Bigg v. Boyd-Gibbins Ltd, [1971], 2 All ER 183 (CA)

BMW of North America v. Gore, [1996], 517 US 559, 116 S Ct. 1589

Boss Group Ltd. v. Boss France S.A., [1997], 1 W.L.R. 351

British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd, [1984], 1 All ER 504.

Brogden v. Directors of The Metropolitan Railway Company, House of Lords, [1877] 2 App.Cas .666

Byrne & Co v. Van Tienhoven & Co, [1880], 5 CPD 344, Common Pleas Division

Call Carl, Inc. v. BP Oil Corp, [1977], 554 F.2d 623(4th Cir.)

Car and Universal Finance Co Ltd v. Caldwell, [1965], 1 QB 525

Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd, [1947], 1 KB 130

Chappell & Co. Ltd. V. The Nestlé Co. Ltd., [1969], AC 87 71, p. 329.

Charles Church Developments Ltd. v. Pacific Western Oil Corp., [1980], Q.B., p 914 (CA)

Chevron Oil Co. v. NLRB, [1971], 442 F.2d 1067, 1072-73 (5th Cir.)

City University of New York v. Finalco, Inc., [1987], 129 AD2d 494

Clifton v. Palumbo, Court of Appeal, [1944], 2 All ER 497
Courtney and Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels), Ltd., [1975], 1, All E.R. 716
Derry v. Peek, 1889, 14 1pp Cas, 337, 374; *Downs v. Chappel*, [1997], 1 WLR 426, CA
Dickinson v. Dodds, [1876], 2 ch. D 463
Donwin Productions Ltd. v. E.M.I. Films, Ltd., [1984], T.L.R., Mars 9
Dorton v. Collins & Aikman Corp., United States Court of Appeals, 6 th Circuit [1972], 453 F.2d 1161.
Drennan v. Star Paving Co., Supreme Court of California, [1958], 51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757
Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Selfridge & Co. [1915], AC 847, p. 66
Earhart v. William Low Co., [1979], 25.Cal. 3d 503, 600 P.2d 1344.158, Cal Rptr.887
East v. Maurer, [1990], EWCA Civ 6
Erlanger v New Sombrero Phosphate Co, [1878], 3 App Cas 1218
Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon, [1976], 2 All ER 5(CA)
Evans v. James, [2001], C.P. Rep. 36
Federal Mogul Corp., [1974], 212 N.L.R.B. 950
Feldman v. Allegheny International, [1988], 850 F.2d 1217 (7th Cir.)
Felthouse v. Bindley, [1862], 11 CB (NS) 869
General Elec. Co. v. NLRB, [1969], 412 F. 2d 512, 516-17 (2d Cir.)
Gillett v. Holt, [2001], Ch. 210
Goodman v. Dicker, [1948], 169 F.2d 684, 83 US App. DC 353
Harvey v. Facey [1893] AC 552; BEALE H., HARTKAMP A., KÖTZ H., TALLON D., Cases, *Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 18
Hawker Pacific Pty Ltd v Helicopter Charter Pty Ltd, [1991], 22 NSWLR 298
Heates v. Cadogan, [1851], 10 CB 591
Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd, [1963], UKHL 4
Hedley Byrne v. Heller and Partners, [1964], AC 465
Heyder Products Co. v. United States, [1956], 140 F Supp. 409
Hoffman v. Red Owl Stores [1965], 26 Wis. 2d 683 N.W.2d 267
Huron Tool v. Precision Consulting Serv, [1995], 209 Mich. App. 365 [532 N.W.2d 544]
Hyde v. Wrench 1840, 3 Beav 334; *Trollope & Colls Ltd v. Atomic Power Constructions Ltd*, [1963], 1 WLR 333, 337
Idaho Power Co. v. Westinghouse Elec. Corp., [1979], 596 F.2d 924, 926 (9th Cir.)
Interfoto Library Ltd v. Stilleto Ltd, [1989], 1 QB 433, 439
James Spencer & Co. Ltd v. Tame valley Padding Co. Ltd, [1998], inédit
JT Developments v. Quinn, [1991], 62 P & CR 33
Kaloti Enterprises., Inc. v. Kellogg Sales Co., [2005], WI 111, 283 Wis. 2d 555, 699 N.W. 2d 205
Lambert v. Co-op Insurance Ltd, [1975], 2 Lloyd's Rep 485
Markov v. ABC Transfer & Storage Co., [1969], 76 Wash. 2d 388, 457 P 2d 535
Mooney v. Graddock, [1974], 35 Colo. App.20, 26, 530 P.2d 1302, 1305 (CA)
NLRB v. Herman Sausage Co., [1960], 275 F.2d 229, 231 (5th Cir.)
NLRB v. Patent Trader, Inc., [1969], 415 F.2d 190. (2d Cir.)
Polhill v. Walter, [1932], 3B&Ad 114, 110 ER 43
R.D. Greenfield v. UdoHeckenbach Greenfield, [2002], 144 Md. App. 108, 797 A.2d 63
Re McArdle, [1951], ch.669, 1 All.ER, p. 905
Redgrave v. Hurd, 1881, 20 Ch D 1
Regalian Properties plc v. London Docklands Development Corp, [1995] 1 WLR 212
Ridgeway Coal Co. v. FMC Corp., [1985], 616 F.Supp. 404, 408 (S.D.W.Va.)
Ridgeway v. Wharton, [1857], 10 Eng. Rep., 1287
Rolls Court, Hyde v. Wrench, [1840], 3 Beav. 334
Rose and Frank Co. v J.R. Crompton & Bros Ltd, [1924], 2 KB 261; 1925, AC 445, (CA)
Routledge v. Grant, [1828], 4 Bing 653
Royscot Trust Ltd v. Rogerson, [1991], EWCA Civ 12
Saamco v. York Montague Ltd, [1996], UKHL 10
Santa Fe Land Co. v. Forrestal Land, Timber & Ry. Co., [1910], 26 T.L.R. 534

Sacramento Regional Transit Dist. v. Grumman Flexible, [1984], 158 Cal.App.3d 289, 294
Seager v. Copydex Ltd., [1967] 2 All ER 415 (CA)
Seely v. White Motor Co., [1965], 63 Cal.2d 9
Shogun Finance Ltd v. Hudson, [2003], UKHL 62
Smith v. Hughes, [1871], LR 6 QB 59
Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corp., [1995], 2 Lloyd's Rep 365, 373
Teachers Ins. and Annuity Ass'n of Am. v. Tribune Co., [1987], 670 F. Supp. 491, 499 (S.D.N.Y.)
TeeVeeToons, Inc. et al. v. Gerhard Schubert GmgH, [2006], *Federal District Court, New York*, CISG-online n°1272
Texaco, Inc. v. Pennzoil Co., [1987], 729 S.W.2D 768
Thomas Witter Ltd. v. TBP Industries Ltd., [1996], 2 All ER 573, 587
Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth., [1982], 646 P.2d 900
Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd., [1969] A.C. at 290
Walford v. Miles, [1992], 2 AC 128
Werner v. Xerox Corporation, [1984], 732 F.2d 580 (7th Cir.)
Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd. v. James Miller and Partners Ltd. [1970], A.C. 583
William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis, [1957], 1 W.L.R. 932, 934 (Q.B.)

3. Jurisprudence italienne

Tar Lazio-Roma, sez. III, 10 sept. 2007, n° 8761
 Tribunale di Bolzano, sez. II civile, 20 oct. 2007, n° 1305;
 Tribunale di Lecco, 14 juin 2007, n° 657
 Cass. It., 28 janv. 1972, n° 199, *Foro it.* 1972, I, 2088; *Giur.it.* 1972, I, 1.1315; BEALE H., HARTKAMP A., KÖTZ H., TALLON D., *op. cit.*, pp. 243 et s.
 Cass. it., 17 juin 1974, n° 1781, *Foro it.* 1975, I, 80, note PRANDI F.; *Temi*, 175. p. 408, note FAJELLA A.
 Cass. It., 20 août 1980, n°4942, *Foro it.* 1980, p.78
 Cass. civ. sez. II, 25 juin 1988, n° 582
 Cass. civ. sez. II., 29 mai 1991, n° 6058
 Cass. it., 12 mars 1993, n° 2973; *Foro it.* 1993, I, 956
 Cass.civ. sez. I, 30 août 1995, n° 9157
 Cass. civ. sez. III 13 Mars 1996, n° 2057
 Cass. civ. sez III, 14 fév. 2000, n° 1632
 Cass. it., 11 août 2000, *Gaz. Pal* 29 avr.-3 mai 2001, pan., p. 72, obs. TAMPIERI T.
 Cass it. sez. I., 16 juill. 2001, *Giust. it. Civ. mass.* 2001, p. 1404; Cass. 29 avril 1999, n° 4299, *Giur. It.* 2000, p. 932.
 Cass. it. sez., 7 mai 2003, *Gillian A. Corkran c. Howard E. Cashin et Casa Napoleone Ltd*, RCDIP 2004, p.612, note PRETELLI I.
 Cass. civ. sez. lav. 7 Mai 2004, n° 8723
 Cass. civ. sez I, 10 juin 2005, n° 12313
 Cass. civ. sez II, 7 fev. 2006, n° 2525
 Cass. civ. sez. III, 8 oct. 2008, n° 24791
 Cass. Civ. sez. III, 8 oct. 2008, n° 24795

4. Jurisprudence allemande

T. Hambourg, 29 oct. 1975, *Rép. De jur. dr. comm.*, série D, I-5-1.1, B2
OLG Stuttgart, 9 nov. 1990 cité par BORNH., FALLON M. et VAN BOXSTAEEL J.-L., *Droit judiciaire international*, Chronique de jurisprudence 1991-1998, Larcier, 2001, p. 364
OLG Frankfurt am Main, Allemagne, 4 mars 1994, *CLOUT* case n° 121. Disponible à l'adresse <http://international.westlaw.com>
OLG Stuttgart, 5. Zivilsenat, 28 févr. 2000. Disponible sur<http://www.unilex.info/case.cfm?id=829>
RG, 16 mai 1903, *Seufferts Archiv.*, n°58, p. 314
RG, 14 janv. 1910, 74 *R.G.Z.* 124
RG, 7 déc. 1911, 78 *R.G.Z.* 239, decision reproduite en anglais in BEALE H., HARTKAMP A., KÖTZ H., TALLON D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pp. 291-292
RG, 26 avril 1912, *juristische Wochenschrift*, p. 743
RG, 25 oct. 1917, *R.G.Z.* 91, 60 ; BEALE H., HARTKAMP A., KÖTZ H., TALLON D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 195
RG, 19 janv. 1934, *R.G.Z.* 143, 219
BGH, 19 oct. 1960, *NJW* 61.169; *MDR* 1961, p. 49
BGH, 6 févr. 1969, *WM* 1969, p. 595
BGH, 10 juill. 1970, *NJW* 1970, p. 1840; BEALE H., HARTKAMP A., KÖTZ H., TALLON D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 252
BGH, 3 mars 1982, *NJW* 1982, p. 1386
BGH, 25 nov. 1992, *NJW* 1992, p. 520
BGH, 19 janvier 2000, *NJW* 2000, p. 20
BGH, 13 déc. 2005, XI ZR 82/05

5. Jurisprudence belge

C.T.Liège, 29 oct. 1980, *B.A.* 1982, p. 303
C.T.Mons, 10 déc. 1985, *Revue de droit commercial belge* 1986, p. 670
C.T.Mons, 30 janv. 1987, *J.L.M.B.* 1987, p. 889
C.T.Bruxelles, 14 oct. 1987, *Recueil général.* 82, p. 1645
C.T.Liège, 29 juin 1989, *C.D.S* 1990, p. 129
C.T.Liège, 20 oct. 1989, *Revue de droit commercial belge*, 1990, p. 521, note DIEUX X.
Cass. Belge, 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, 1127
Cass. Belge, 16 mars 1989, *Pas.* 1989, I, p. 737

6. Jurisprudence néerlandaise

Gerechtshof Arnhem, 14 nov.1983, *NJ* 1984, p.499.
Gerechtshof Amsterdam, 7 mai 1987, *NJ* 1988, p. 430 ; BEALE H.,HARTKAMP A., KÖTZ H., TALLON D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pp. 275 et s
HogeRaad, 15 nov.1957, *NJ* 1958, p.67, note RUTTEN Ch.
HogeRaad, 18 juin 1982, *NJ* 1983, p.723, note BRUNNER C. J. H.; AA. 32 1983, p.758, note VAN SCHILFGAARDE P.; BEALE H., HARTKAMP A., KÖTZ H., TALLON D.,*Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pp. 262 et 263.
HogeRaad, 23 oct. 1987, *NJ* 1988, p. 1017
HogeRaad, 14 juin 1996, *NJ* 1997, p. 481

ANNEXES

ANNEXE 1 : REGLEMENT BRUXELLE I

ANNEXE 2 : REGLEMENT ROME II

ANNEXE 3 : REGLEMENT ROME I

INDEX

A

Acceptation :

- involontaire : 60
- tacite : 65 ; 101 ; 385 ; 774

Accord de négociation :

- notion : 292
- qualification : 364
- règles de conflit de juridictions : 556 ; 572 et s.
- règles de conflit de lois : 500 et s.

Accord de principe :

- notion : 283 et s.
- règles de conflit de juridictions : 582 et s.
- règles de conflit de lois : 764

Accord de volonté : 175 ; 285 ; 368

Action en nullité : v. nullité du contrat

Accord partiel :

- notion : 291
- faculté du juge de le compléter : 764
- qualification : 432 et s.
- règles de conflit de juridictions : 545 et s.
- règles de conflit de lois : 760-761

Agreement to agree : 286

Agreement to negotiate : v. accord de principe

All or nothing (théorie) : 285

Arbitrage :

- arbitrage international : 128 et s.
- principe d'autonomie de la clause d'arbitrage : 852 et s.
- principe de compétence-compétence : 866 et s.
- compétence en matière de *culpa in contrahendo* contractuelle : 857
- extension de compétence à la *culpa in contrahendo* délictuelle : 890 ; 900 et s.
- recherche de la loi applicable : 350 ; 952 et s.
- ordre public : 1030

Avant-contrat :

- notion : 267 et s.
- qualification : 433 et s. ; 501 et s.
- règles de conflit de juridictions : 554 et s.
- règles de conflit de lois : 749 et s.
- arbitrage : 876 et s.

B

Bargain : 183 ; 193

Battle of forms : 71 ; 509

Bonne foi :

- caractère évanescent : 212 ; 1019
- rejet de la bonne foi en *common law* : 211 et s. ; 222 et s.
- réception de la bonne foi par la *civil law* : 218 et s.
- réception par la *lex mercatoria* : 216
- réception par les principes codifiés : 199 et s. ; 989 et s. ; 1020 et s.

C

Capacité : 322 ; 333 ; 379

Clause attributive de juridiction : v. *electio fori*

Clause compromissoire : v. arbitrage

Clause de confidentialité (manquement) :

- qualification de l'action en responsabilité : 521
- règles de conflit de juridictions : 546 et s.
- règles de conflit de lois : 741 et s. ; 767

Clause d'exclusivité : 297 ; 513

Clause d'intégralité : 114

Clause des quatre coins : v. clause d'intégralité

Clause *subject to contract* : 281 ; 444 et s.

Clause d'*electio fori* : v. *electio fori*

Clause d'*electio juris* : v. *electio juris*

Concurrence déloyale : 491 et s.

Condition potestative : 70 ; 302

Condition suspensive : 69 ; 302 ; 369

Confiance légitime : v. *estoppel*

Confidentialité :

- qualification de l'action en responsabilité : 403 et s.
- accord de confidentialité v. clause de confidentialité
- Devoir de confidentialité, de réserve : 107
- exploitation d'informations confidentielles : 76 ; 20
- règles de conflit de juridictions : 620 et s.
- règles de conflit de lois : 655 et s. ; 786 et s. ; 827 et s.

Conflit mobile : 705 et s.

Consideration : 183 et s.

Consommateur : 23 ; 133 ; 467

Contrat :

- notion autonome en droit communautaire : 411 et s.
- notion en *civil law* : 176
- notion en *common law* : 183
- définition communautaire de la matière contractuelle : 428 et s.
- international : v. internationalité
- contrat de représentation : v. mandat
- Contrat d'adhésion : 48
- Contrat de franchise : v. franchise

Coopération : devoir de coopération : 89 ; 176 ; 213 ; 992

Croyance légitime (dans la réussite des pourparlers) : 208 ; 235 ; 261

Culpa in contrahendo contractuelle :

- domaine (des règles de conflit de juridictions) : 420 et s. ; 432 et s. ; 464 et s.
- domaine (des règles de conflit de lois) : 495 et s.
- règles de conflit de juridictions : 536 et s.
- règles de conflit de lois :
 - o principe d'autonomie : v. *electio juris*
 - o localisation objective du contrat : 694 et s.
 - o clause d'exception : 741 et s.
 - o avant-contrat : 749 et s.
 - o résidence habituelle de la partie qui n'a pas consentie : 772 et s.

Culpa in contrahendo délictuelle :

- théorie de Jhering : 220 et s.
- domaine (des règles de conflit de juridictions) : 452 et s.
- domaine de l'article 12 du Règlement Rome II : 472 et s.
- règles de conflit de juridictions
 - o option de compétence : 590 et s.
 - o localisation du fait générateur : 613 et s.
 - o localisation du dommage : 633 et s.
- règles de conflit de lois :
 - o loi du contrat négocié : 655 et s.
 - o *lex loci delicti* : 785 et s.
 - o clause d'exception : 807 et s.

D

Dépeçage du contrat : 661 et sS

Devoir précontractuel :

- devoir de bonne foi :
 - o notion : v. bonne foi
 - o localisation : 584 et s.
- devoir d'exclusivité : 232 et s.
- devoir de loyauté : 210 et s.
- devoir de révélation : v. obligation d'information
- devoir de coopération : v. coopération
- devoir de confidentialité : v. confidentialité
- devoir de négociation : 202

Dirigeant social :

- contentieux précontractuel : 334 ; 382
- pouvoir du dirigeant (règles de conflit) : 322
- *lex societatis* : 322

Documents précontractuels :

- interprétation : 101 et s.
- valeur : 372 et s.
- choix de loi tacite : 675 et s.

Dol :

- action en nullité du contrat
 - o notion : 67 et s.
 - o qualification : 462
 - o règles de conflit de juridictions : 549 et s.
 - o règles de conflit de lois : 772 et s.
- action responsabilité :
 - o notion : 74
 - o qualification : 462 et s.
- règles de conflit de juridictions : 620 et s.
- règles de conflit de lois : 655 et s. ; 786 et s. ; 827 et s.
- Réticence dolosive : 214 ; 243 ; 497 ; 519 ; 621

Dommmage corporel :

- notion : 77
- difficulté de qualification : 374 et s.
- exclusion de la *culpa in contrahendo* : 473 ; 515

Dommmage précontractuel :

- définition : 259 ; 634 et s.
- pertes subies : 259 ; 260
- gains manqués : 259 ; 261
- localisation : 637 et s.
- *economic loss* : 242
- frais de rupture/ de négociation : v. frais engagés dans la négociation

Dommmages-intérêts : v. dommage précontractuel

Duress : 68

E

Electio fori :

- qualification : 318
- principe d'autonomie : 854 ; 857
- question préalable à la compétence : 883 et s.
- compétence sur le fond : 901 ; 912 et s.

Electio juris :

- existence : 716 et s.
- exprès : 657 et s.
- tacite : 668
- *via* la clause attributive de compétence : 925 et s.
- *via* la clause compromissaire : 938
- distinction entre le choix tacite et implicite : 672 et s.
- contenu du choix de loi : 732 ; 721 et s.

Embargo : 982 et s.

Engagement librement assumé : 429 et s.

Enrichissement sans cause :

- notion : 123
- qualification : 397 ; 465 et s.
- règles de conflit de lois : 494 ; 833

Ensemble contractuel : 691 et s.

Entire clause agreement : v. clause d'intégralité

Estoppel : 1022 et s.

Exception d'ordre public : v. ordre public

Exclusivité : v. devoir d'exclusivité

Exécution forcée : v. maintien forcé

Existence du contrat : v. formation du contrat

F

Formation du contrat :

- difficulté de qualification : 386 et s.
- qualification en droit international : 420 et s. ; 495 et s.
- règles de conflit de juridictions : 546 et s.
- règles de conflit de lois : 657 et s. ; 749

Frais engagés dans la négociation :

- Frais de rupture : 260
- Frais de négociation : 194 ; 260

Franchise : 97

Fraudulent misrepresentation : v. *misrepresentation*

Freedom :

- *from contract* : 190
- *to contract* : 189

G

Gains manqués : 259 ; 261

Gentlemen's agreement :

- notion : 59
- conflit de lois et de juridictions : v. avant-contrat 180 ; 276

H

Hardship : 51

Heads of agreement : 59 ; 387

I

Immeuble : 316

Indue influence : 68

Informations : v. obligation d'information

Interdiction de se contredire : 1023

Internationalité :

- arbitrage : 129
- doctrine *Matter* : 158
- Convention de Vienne : 161
- élément d'extranéité : 164 et s.

J

Jhering (théorie) : v. *culpa in contrahendo* délictuelle

L

Langue des négociations :

- choix de la langue : 148
- difficulté d'interprétation : 150
- choix de loi tacite : 151 ; 687 et s.

Law shopping : 166

Légèreté blâmable : 1021

Lettre de confort : 279 ; 576

Lettre d'intention : v. avant-contrat

Lex loci delicti : 785 et s.

Lex mercatoria :

- notion : 130
- bonne foi : 216 ; 303
- contenu : 992 ; 997
- applicabilité : 667 ; 962 et s.
- arbitrage : 963

Lex societatis : 322

Liberté contractuelle :

- notion : 187 et s.
- réception par la *common law* : 192 et s.
- réception par la *civil law* : 195 et s.

Lois de police : 971 et s.

M

Maintien forcé :

- De l'offre : 62 ; 258 ; 556 ; 991
- Des négociations : 258

Mandat : (v. contrat de mandat) :

- notion : 187
- qualification : 331 et s.
- règles de conflit de lois : 323

Matière contractuelle : v. contrat

Mirror image rule : 98

Misrepresentation :

- *fraudulent misrepresentation* : 67 ; 225 ; 241
- *negligent misrepresentation* : 226 ; 241
- qualification : v. dol
- règles de conflit de juridictions : v. dol
- règles de conflit de lois v. dol

Motifs légitimes de rupture des négociations : 196 ; 213

N

Negligent misrepresentation : (v. *misrepresentation*)

Négociations parallèles : 232 et s.

Nullité du contrat :

- qualification : 386 et s.
- règles de conflit de juridictions : 549 et s.
- règles de conflit de lois : 496 et s.

O

Obligation d'information :

- notion : 240 et s.
- étendue : 399 et s.
- qualification : 462 et s. ; 477 et s. ; 519 et s.
- règles de conflit de juridictions : 620 et s.
- règles de conflit de lois : 655 et s. ; 786 et s. ; 827 et s.

Obligation de minimiser son dommage : 1024

Obligations précontractuelles : V. devoirs précontractuels

Offre :

- contre-offre : 99
- précision : 92 et s.
- fermeté : 96 et s.
- engagement de l'offrant : 247 ; 250
- retrait :
 - o notion : 62
 - o qualification : 389 ; 449
 - o inefficace : v. formation du contrat
 - o anticipé : v. rupture des pourparlers

Ordre public : 1026 et s.

***Out-of-pocket expenses* : v. pertes subies**

P

Pertes subies : 259 ; 260

Potestativité : v. condition potestative

Pourparlers :

- Initiation pour des motifs illégitimes : 199
- Poursuite sans intention réelle de contracter : 201 et s.
- Rupture : v. rupture des pourparlers

Prestation caractéristique : 695 et s. ; 738

Principe d'autonomie de la clause de compétence :

- Autonomie de la clause attributive de juridiction : 854 et s. ; 857
- Autonomie de la clause d'arbitrage : 852 et s. ; 857

Principe d'autonomie de la volonté : 656 et s.

Principe de proximité : 581 ; 597 ; 793 ; 821 ; 836 ; 845

Promesse de contrat :

- qualification : 365
- règles de conflit de juridictions : 548 et s.
- localisation : 573 et s.

Promesse synallagmatique :

- Notion : 301
- Règles de conflit de juridictions : v. formation du contrat
- règles de conflit de lois : 752 et s.

Promesse unilatérale :

- notion : 179
- Règles de conflit de juridictions : 548 et s.
- règles de conflit de lois : 758 et s.

Promissory estoppel : 83 ; 341

Propriété intellectuelle : 493 et s.

Punctatio : 293 ; 433 ; 727 ; 762

Q

Qualification :

- conflit de qualifications : 337 et s.
- concurrence de qualifications : 325 et s.
- qualification *lege fori* : 348
- qualification *lege causae* : 348 ; 414
- qualification en sous ordre : 359 ; 514
- qualification *sui generis* : 384 et s.

R

Refus de vente : 450 et s. ; 603 et s.

Renégociations :

- et négociations : 51
- obligation de négocier : 257

Réparation :

- en nature : 245 et s.
- par équivalent : 259 et s.

Représentation : v. contrat de mandat

Retrait de l'offre : v. offre

Rupture des pourparlers :

- qualification :
 - o en droit français : 207
 - o en droit allemand : 339
 - o en droit communautaire : 451 et s. ; 477 et s. ; 510 et s.
- règles de conflit de juridictions : 608 et s.
 - o localisation du fait générateur : 614 et s.
 - o localisation du dommage : 637 et s.
- règles de conflit de lois : 655 et s. ; 786 et s.

Rupture des relations commerciales établies : 981

S

Statut personnel : v. capacité

Statut réel : v. immeuble

T

Tiers :

- tiers victime du dommage précontractuel : 86
- tiers auteur du dommage précontractuel : 78 ; 85
- refus d'extension du devoir de bonne foi : 237
- qualification :
 - o nationales : 376
 - o communautaire : 523

U

Unfair advantage : 203

V

Valeur juridique des avant-contrats : v. avant-contrat

Validité du contrat : v. nullité du contrat

Vente internationale de marchandises (CVIM) :

- applicabilité à la *culpa in contrahendo* : 993 ; 999
- bonne foi : 1019
- obligation de minimiser son dommage : 1024
- règles de conflit de lois : 699

Violence : 58

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	- 3 -
LISTE DES ABREVIATIONS	- 5 -
INTRODUCTION GENERALE	- 9 -
PARTIE 1. LA QUALIFICATION DES NEGOCIATIONS INTERNATIONALES PRECONTRACTUELLES	- 27 -
TITRE 1. L'IDENTIFICATION DE LA QUESTION DE DROIT, OBJET DE LA QUALIFICATION	- 31 -
<i>Chapitre 1. La définition des négociations internationales précontractuelles</i>	<i>- 33 -</i>
Section 1. La définition des négociations précontractuelles.....	- 33 -
§1. La définition positive des négociations précontractuelles	- 34 -
A. La singularité des négociations précontractuelles	- 34 -
1. Négociations précontractuelles et contrats d'adhésion	- 34 -
2. Négociations précontractuelles et renégociations	- 36 -
B. La polymorphie du contentieux précontractuel.....	- 38 -
1. Les contentieux générés par l'existence du contrat négocié	- 38 -
a. Le doute portant sur l'existence du contrat.....	- 39 -
b. Les contentieux impliquant l'existence du contrat	- 44 -
2. Les contentieux générés par l'inexistence de contrat	- 47 -
a. Les contentieux indifférents à l'existence du contrat	- 47 -
b. Les contentieux générés par l'absence de contrat	- 51 -
§2. La définition négative des négociations précontractuelles.....	- 55 -
A. La frontière entre le précontractuel et le contractuel.....	- 56 -
1. La formation du contrat par la formulation d'une offre	- 57 -
a. Une exigence de précision	- 57 -
b. Une exigence de fermeté.....	- 59 -
2. La formation du contrat par la formulation d'une acceptation	- 60 -
a. La contestation de l'acceptation	- 60 -
b. La constatation de l'acceptation	- 62 -
B. Les interactions entre le précontractuel et le contractuel	- 64 -
1. La prolongation du précontractuel dans le contractuel.....	- 64 -
a. L'expression de la violation d'une obligation précontractuelle au cours de la phase contractuelle.....	- 64 -
b. La réalisation de la violation d'une obligation précontractuelle au cours de la phase contractuelle.....	- 66 -
2. L'action du précontractuel dans le contractuel	- 68 -
a. L'expression des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat	- 68 -
b. L'inhibition des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat	- 70 -
Section 2. La définition des négociations internationales.....	- 72 -
§1. L'impact de l'internationalité.....	- 72 -
A. Les conséquences juridiques de l'internationalité	- 72 -
1. Les règles de conflits	- 73 -
a. Les règles de conflit de juridictions.....	- 73 -
b. Les règles de conflit de lois	- 74 -
2. les règles matérielles	- 78 -
a. Les règles matérielles relatives à la compétence juridictionnelle.....	- 78 -
b. Les règles matérielles relatives au droit applicable	- 79 -
B. Les conséquences pratiques de l'internationalité	- 83 -

1.	L'éloignement géographique	- 83 -
a.	L'organisation complexe de rencontres.....	- 83 -
b.	La communication à distance	- 84 -
2.	L'éloignement culturel.....	- 85 -
a.	Les divergences de comportements	- 85 -
b.	La barrière de la langue	- 86 -
§2.	L'expression de l'internationalité.....	- 88 -
A.	La pertinence variable des éléments d'extranéité	- 88 -
B.	La considération pratique des éléments d'extranéité.....	- 91 -
1.	Le niveau d'appréciation de l'élément d'extranéité	- 92 -
2.	La détermination des éléments d'extranéité pertinents	- 94 -
<i>Conclusion du chapitre 1</i>		- 97 -
<i>Chapitre 2. Les singularités nationales dans l'appréciation des négociations précontractuelles</i>		- 98 -
Section 1. Les divergences nationales dans l'appréhension des principes directeurs des négociations		- 99 -
§1.	Les différentes appréhensions de la notion de contrat	- 99 -
A.	La notion d'engagement contractuel	- 99 -
1.	La réception par les droits de <i>civil law</i> : le contrat, accord de volonté.....	- 100 -
2.	La réception par les droits de la <i>common law</i> : le contrat, <i>bargain</i>	- 103 -
B.	La notion de liberté contractuelle	- 105 -
1.	La signification du principe de liberté contractuelle	- 106 -
2.	L'expression du principe de liberté contractuelle.....	- 108 -
§2.	Les différentes appréhensions de la notion de bonne foi.....	- 111 -
A.	La contribution de la bonne foi dans les négociations	- 112 -
1.	Les devoirs des parties dans la conduite des pourparlers	- 112 -
2.	Les devoirs des parties dans la clôture des pourparlers	- 116 -
B.	La réception de la bonne foi par les différents droits.....	- 118 -
1.	Les arguments de réfutation de la bonne foi dans les négociations.....	- 118 -
2.	L'application contrastée du devoir général de bonne foi dans les négociations	- 121 -
a.	La reconnaissance manifeste du devoir de bonne foi précontractuel	- 121 -
b.	La négation de principe du devoir de bonne foi précontractuel.....	- 125 -
Section 2. Les divergences nationales dans la réglementation des négociations		- 131 -
§1.	Les différences de réglementation des négociations informelles.....	- 132 -
A.	Une appréciation dissemblable de la faute commise lors des pourparlers.....	- 132 -
1.	Les négociations parallèles	- 132 -
2.	Le manquement au devoir d'information.....	- 138 -
B.	Une appréciation dissemblable des sanctions applicables aux pourparlers	- 140 -
1.	La réparation en nature ou par équivalent	- 141 -
a.	Le maintien forcé de l'offre.....	- 141 -
b.	Le maintien forcé des négociations	- 147 -
2.	Les dommages-intérêts positifs ou négatifs	- 148 -
a.	La définition des dommages réparables	- 149 -
b.	L'accueil des dommages réparables	- 151 -
§2.	Les différences de réglementation des négociations formelles.....	- 154 -
A.	La question de l'existence des avant-contrats	- 154 -
1.	La distinction délicate des documents précontractuels.....	- 154 -
a.	La description pratique des négociations formelles	- 154 -
b.	La traduction juridique des négociations formelles.....	- 155 -
2.	La reconnaissance contrastée d'un engagement contractuel	- 157 -
B.	La question de l'inexécution des avant-contrats.....	- 160 -
1.	Les contrats organisant la négociation du contrat définitif	- 160 -
a.	L'obligation de négocier le contrat définitif	- 161 -

b. Les obligations organisant la négociation	- 163 -
2. Les contrats organisant la conclusion du contrat définitif	- 166 -
<i>Conclusion du chapitre 2</i>	- 169 -
CONCLUSION DU TITRE 1	- 172 -
TITRE 2. LE CLASSEMENT DE LA QUESTION DE DROIT, OBJET DE LA QUALIFICATION	- 174 -
<i>Chapitre 1. La nécessité d'une qualification autonome</i>	- 176 -
Section 1. L'autonomie par rapport aux qualifications nationales	- 176 -
§1. Le choix obscur de la qualification	- 176 -
A. La fonction de la qualification	- 177 -
1. La détermination des règles de conflit de juridictions	- 177 -
2. La détermination des règles de conflit de lois	- 179 -
B. Les concurrences de qualifications	- 181 -
1. La concurrence entre délit et contrat	- 181 -
2. La question de la capacité	- 183 -
a. L'étendue des pouvoirs du mandataire	- 183 -
b. La capacité des parties à la négociation	- 184 -
§2. La prévention du conflit de qualifications	- 186 -
A. La survenance du conflit de qualifications	- 186 -
1. L'absence d'homogénéité de qualification	- 186 -
2. L'expression du conflit de qualifications	- 190 -
B. Les méthodes de résolution du conflit de qualifications	- 191 -
1. Le constat : l'inadaptation de la qualification <i>lege fori</i>	- 192 -
a. Le choix de la qualification <i>lege fori</i>	- 192 -
b. Les écueils de la qualification <i>lege fori</i>	- 194 -
2. La réponse : la pertinence d'une qualification autonome	- 195 -
Section 2. L'autonomie par rapport aux catégories existantes	- 198 -
§1 Les questions intégrables dans les catégories existantes	- 198 -
A. Les questions directement liées à l'exécution d'un contrat	- 199 -
1. Les questions liées à l'exécution d'un avant-contrat	- 199 -
a. L'exécution d'une promesse de contrat	- 199 -
b. l'exécution d'un avant-contrat d'organisation des négociations	- 200 -
2. Les questions liées à l'exécution du contrat principal	- 201 -
a. Les contrats conditionnés	- 201 -
b. Le contenu du contrat	- 203 -
B. Les questions transcendant la relation précontractuelle	- 204 -
1. Les questions de nature délictuelle	- 204 -
a. Les dommages causés à la personne	- 204 -
b. L'intervention du tiers	- 206 -
2. La capacité à contracter	- 207 -
§2. Les questions exigeant une qualification <i>sui generis</i>	- 209 -
A. La reconnaissance de l'existence d'un contrat	- 209 -
1. L'interprétation de la volonté incertaine d'une des parties	- 210 -
2. La sanction du retrait d'une des parties	- 211 -
B. La violation des obligations précontractuelles	- 218 -
1. Les manquements à l'obligation d'information	- 218 -
2. Les manquements à l'obligation de confidentialité	- 220 -
<i>Conclusion du chapitre 1</i>	- 223 -

<i>Chapitre 2. Les essais de qualification</i>	- 224 -
Section 1. Les acquis de la jurisprudence communautaire	- 224 -
§1. La définition de la matière contractuelle	- 225 -
A. Les éléments de définition	- 225 -
1. Le principe de qualification autonome du droit communautaire	- 225 -
a. L'évolution jurisprudentielle	- 225 -
b. Conclusion de ces jurisprudences	- 229 -
2. Les critères dégagés par la jurisprudence communautaire	- 230 -
a. La question de l'existence du contrat	- 230 -
b. La notion d'engagement librement assumé	- 235 -
B. L'application au contentieux précontractuel.....	- 238 -
1. L'application aux négociations formelles.....	- 238 -
a. La nature contractuelle de principe des avant-contrats	- 239 -
b. L'exception des avant-contrats non contraignants.....	- 242 -
2. L'application aux négociations informelles.....	- 246 -
§2. La qualification des obligations précontractuelles.....	- 249 -
A. La question spécifique de l'échec des pourparlers informels.....	- 249 -
1. Une jurisprudence circonscrite à des faits spécifiques	- 251 -
a. Une hypothèse concernant un tiers.....	- 251 -
b. Une solution limitée à la compétence juridictionnelle	- 252 -
c. Une solution limitée à la rupture des pourparlers	- 253 -
2. Une jurisprudence circonscrite à une absence de contrat.....	- 254 -
a. Une jurisprudence limitée à l'absence d'avant-contrat	- 254 -
b. Une jurisprudence limitée à l'absence de contrat principal	- 255 -
B. La question générale des obligations précontractuelles	- 256 -
Section 2. L'apport du droit règlementaire.....	- 260 -
§1. La notion de " <i>culpa in contrahendo</i> "	- 261 -
A. Le domaine de l'article 12	- 261 -
1. Les exclusions et inclusions expresses du domaine de l'article 12	- 262 -
a. L'exclusion des dommages physiques.....	- 262 -
b. L'inclusion de la « violation du devoir d'informer » et de la « rupture des négociations contractuelles »	- 264 -
2. Les conditions d'intégration du contentieux	- 266 -
a. L'exigence d'une obligation non contractuelle	- 266 -
b. L'exigence d'un lien « direct » avec le contrat	- 268 -
B. La combinaison de l'article 12 avec les autres dispositions	- 271 -
1. L'articulation entre l'article 12 et les autres dispositions du Règlement Rome II.....	- 271 -
a. L'articulation entre l'article 12 et l'article 6.....	- 271 -
b. L'articulation entre l'article 12 et l'article 8.....	- 273 -
c. L'articulation entre l'article 12 et l'article 10.....	- 273 -
2. L'articulation entre l'article 12 et les dispositions du Règlement Rome I.....	- 274 -
a. La question de l'existence et la validité du contrat principal	- 274 -
b. La question de l'existence et la validité d'un avant-contrat	- 277 -
§2. L'articulation du droit communautaire	- 278 -
A. Une harmonisation de qualification	- 279 -
1. Les harmonisations acquises avant l'intervention du Règlement Rome II.....	- 279 -
2. Les harmonisations obtenues depuis l'intervention du Règlement Rome II.....	- 282 -
a. La qualification de l'action en responsabilité pour rupture des pourparlers.....	- 282 -
b. La qualification des dommages corporels et de l'enrichissement sans cause	- 286 -
B. Des dissociations de qualifications.....	- 287 -
1. Des diversités de qualifications.....	- 287 -
2. Des qualifications douteuses	- 289 -
a. Les accords de confidentialité.....	- 289 -
b. Les contentieux concernant des tiers	- 290 -
<i>Conclusion du chapitre 2</i>	- 292 -

CONCLUSION DU TITRE 2	- 293 -
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	- 294 -
PARTIE 2. LE TRAITEMENT DES NEGOCIATIONS INTERNATIONALES PRECONTRACTUELLES	- 296 -
TITRE 1. LE REGIME GENERAL DU TRAITEMENT DES NEGOCIATIONS	- 297 -
<i>Chapitre 1. L'application des règles de conflit de juridictions</i>	<i>- 297 -</i>
Section 1. Juge compétent et <i>culpa in contrahendo</i> contractuelle	- 298 -
§1. L'identification de l'obligation qui sert de base à la demande	- 298 -
A. La notion d'obligation qui sert de base à la demande	- 298 -
1. L'obligation qui sert de base à la demande	- 299 -
2. La qualification du contrat litigieux	- 300 -
B. L'application à la phase précontractuelle	- 301 -
1. Le contentieux portant sur l'existence du contrat	- 302 -
2. L'engagement de la responsabilité de l'auteur d'un manquement à une obligation	- 305 -
§2. La localisation de l'obligation qui sert de base à la demande	- 310 -
A. La méthode de localisation de l'obligation	- 310 -
1. La complexité de la méthode <i>Tessili</i>	- 310 -
2. L'intervention d'une règle matérielle de localisation	- 311 -
B. L'application au contentieux précontractuel	- 313 -
1. Le constat établi	- 313 -
a. Une localisation en fait	- 313 -
b. L'inspiration des lettres de confort	- 317 -
2. Les solutions proposées	- 318 -
a. Une transposition du raisonnement retenu en matière délictuelle	- 318 -
b. La localisation de l'obligation de négocier de bonne foi	- 321 -
Section 2. Juge compétent et <i>culpa in contrahendo</i> délictuelle	- 323 -
§1. L'option de compétence	- 323 -
A. Définition de l'option de compétence	- 323 -
1. La définition du fait dommageable	- 324 -
2. La dualité de compétences	- 326 -
B. Une ouverture contestée de l'option en matière de <i>culpa in contrahendo</i>	- 329 -
1. L'analyse du refus de vente	- 330 -
2. L'extension au refus général de contracter	- 333 -
§2. La localisation du fait dommageable	- 335 -
A. L'identification du lieu du fait générateur	- 335 -
1. Le constat établi	- 335 -
a. L'échec des négociations	- 336 -
b. Le vice des négociations	- 338 -
2. Les solutions proposées	- 339 -
a. La compétence du lieu d'adoption de la décision litigieuse	- 340 -
b. La compétence du lieu d'extériorisation de la décision litigieuse	- 342 -
B. L'identification du lieu du dommage	- 344 -
1. La définition du dommage précontractuel	- 344 -
2. La localisation du dommage précontractuel	- 347 -
a. La localisation du dommage au siège de la victime	- 347 -
b. La localisation du dommage au lieu de souffrance des pertes	- 348 -
<i>Conclusion du chapitre I</i>	<i>- 352 -</i>

Chapitre 2. L'application des règles de conflit de lois.....	354 -
Section 1. La fusion précaire entre la <i>lex contractus</i> et la loi applicable à la <i>culpa in contrahendo</i>	356 -
§1. La détermination incertaine de la loi du contrat putatif.....	357 -
A. La détermination subjective de la loi applicable.....	357 -
1. Les difficultés d'identification du choix exprès.....	357 -
a. Le caractère tardif du choix de loi.....	357 -
b. Le caractère multiple du choix de loi.....	360 -
2. Les difficultés d'identification du choix tacite.....	363 -
a. La reconnaissance de l'existence de la volonté des parties.....	364 -
b. La reconnaissance du contenu de la volonté des parties.....	367 -
B. La détermination objective de la loi applicable.....	376 -
1. Les difficultés d'identification de la prestation caractéristique.....	376 -
a. La détermination de la prestation caractéristique des contrats nommés négociés.....	376 -
b. La détermination de la prestation caractéristique des contrats complexes négociés.....	379 -
2. Les difficultés d'identification de la résidence habituelle du débiteur.....	380 -
§2. La pertinence discutable du rattachement à la <i>lex contractus</i>	383 -
A. La conformité incertaine de la <i>lex contractus</i> à la <i>culpa in contrahendo</i>	383 -
1. <i>Electio juris</i> et principe de liberté contractuelle.....	384 -
a. L'existence incertaine du choix de loi applicable au contrat.....	385 -
b. La correspondance incertaine entre le choix de loi applicable au contrat et aux négociations précontractuelles.....	387 -
2. <i>Electio juris</i> et principe d'autonomie de la clause.....	389 -
B. Le champ d'application douteux des règles de conflit objectives.....	393 -
1. L'impossibilité de déterminer la <i>lex contractus</i> via la règle de conflit subjective.....	393 -
2. L'impossibilité de déterminer la <i>lex contractus</i> via la règle de conflit objective.....	395 -
a. La détermination du caractère identifiable de la prestation caractéristique.....	396 -
b. La recherche incertaine des liens les plus étroits avec le contrat.....	397 -
Section 2. La scission opérée par l'intervention d'une loi tierce.....	401 -
§1. L'intervention d'une loi contractuelle tierce.....	401 -
A. La loi de l'avant-contrat.....	401 -
1. Les avant-contrats dont l'autonomie de la loi applicable est incertaine.....	402 -
a. Les promesses de contrat.....	402 -
b. Les accords partiels.....	408 -
2. Les avant-contrats dont l'autonomie de la loi applicable est certaine.....	410 -
a. Les modèles d'avant-contrats autonomes.....	410 -
b. La loi applicable aux avant-contrats autonomes.....	412 -
B. La loi de la résidence habituelle de la partie qui n'a pas consenti.....	414 -
1. La réception en matière de <i>culpa in contrahendo</i> contractuelle.....	414 -
2. Le refus d'extension à la <i>culpa in contrahendo</i> délictuelle.....	417 -
§2. Le retour à la compétence de la loi délictuelle.....	419 -
A. La loi du lieu du dommage.....	420 -
1. La difficulté résolue: un choix unique en faveur de la loi du dommage.....	420 -
a. La détection d'un délit complexe.....	420 -
b. L'adoption d'un critère de rattachement unique.....	422 -
2. La difficulté persistante : la localisation du dommage.....	424 -
a. Une précision : l'éviction des conséquences indirectes.....	424 -
b. Une lacune : l'absence de définition du lieu de survenance du dommage.....	426 -
B. La loi présentant les liens les plus étroits.....	430 -
1. <i>De lege lata</i> : l'actuelle clause d'exception.....	430 -
a. L'intervention de la loi de l'Etat de résidence commun aux parties.....	431 -
b. L'intervention de la loi de l'Etat présentant les liens les plus étroits.....	436 -
2. <i>De lege ferenda</i> : la solution alternative proposée.....	440 -
a. La nouvelle délimitation de la <i>culpa in contrahendo</i> délictuelle.....	440 -
b. La nouvelle règle applicable à la <i>culpa in contrahendo</i> délictuelle.....	443 -

Conclusion du Chapitre 2	447 -
CONCLUSION DU TITRE 1	450 -
TITRE 2. LES FACTEURS PERTURBATEURS DU TRAITEMENT DES NEGOCIATIONS	452 -
Chapitre 1. Les compétences concurrentes en matière de conflit de juridictions	453 -
Section 1. L'efficacité de la clause sur la compétence juridictionnelle en matière de <i>culpa in contrahendo</i>	453 -
§1. L'expression du principe d'autonomie en matière de <i>culpa in contrahendo contractuelle</i>	454 -
A. La reconnaissance du principe d'autonomie en matière de <i>culpa in contrahendo</i>	454 -
1. L'autonomie de la clause compromissoire	454 -
2. L'autonomie de la clause attributive de juridiction	456 -
B. L'application du principe d'autonomie en matière de <i>culpa in contrahendo</i>	458 -
1. La signification du principe d'autonomie en matière de <i>culpa in contrahendo</i>	458 -
2. La justification du principe d'autonomie en matière de <i>culpa in contrahendo</i>	461 -
§2. L'extension de la compétence à la <i>culpa in contrahendo</i> extracontractuelle	462 -
A. La question préalable à la compétence	464 -
1. Une compétence de principe de la juridiction arbitrale désignée	464 -
a. Inapplicabilité manifeste et responsabilité délictuelle	464 -
b. Inapplicabilité manifeste et avant-contracts	467 -
2. Une compétence de principe de la juridiction étatique saisie	472 -
a. De lege lata : la compétence de la juridiction saisie en matière de question préalable à la compétence	472 -
b. De lege ferenda : La compétence de principe de la juridiction élue en matière de question préalable à la compétence	475 -
B. La compétence sur le fond	480 -
1. L'extensibilité de la clause attributive de compétence à la matière extracontractuelle	480 -
a. Le principe d'extensibilité en matière d'arbitrage	480 -
b. Le principe d'extensibilité en matière d' <i>electio fori</i>	481 -
2. L'extension de la clause attributive de compétence à la matière extracontractuelle	483 -
a. Les difficultés d'interprétation	483 -
b. Les méthodes d'interprétation	486 -
Section 2. Les effets de la clause sur la loi applicable en matière de <i>culpa in contrahendo</i>	495 -
§1. Le choix tacite de la loi applicable en présence d'une clause attributive de compétence	496 -
A. La valeur reconnue à la clause attributive de compétence	496 -
1. La présence d'une disposition relative aux élections de juridiction au sein du Règlement Rome I	497 -
2. La place de la disposition relative aux élections de juridiction au sein du Préambule	499 -
B. La portée reconnue à la clause attributive de compétence	502 -
1. Le domaine réservé aux clauses en faveur des juridictions d'Etat membre	502 -
a. L'exclusion implicite des conventions d'arbitrage	502 -
b. L'exclusion implicite des clauses attribuant compétence aux juridictions d'un Etat tiers ...	504 -
2. Le caractère exclusif du facteur constitué par la clause attributive de juridiction	505 -
a. La clause attributive de juridiction reconnue comme un facteur suffisant	505 -
b. La clause attributive de juridiction reconnue comme un facteur à compléter	506 -
§2. L'affranchissement de l'application des règles de conflit de lois	508 -
A. Les méthodes de détermination de la <i>lex contractus</i> propres à l'arbitre	509 -
1. La méthode conflictualiste de détermination de la loi applicable	509 -
a. Les règles de conflit jugées applicables ou appropriées	509 -
b. Les règles de conflit imposées	511 -
2. La méthode directe de détermination de la loi applicable	511 -
B. La voie des règles non étatiques	512 -
1. La fermeture de la voie au juge	512 -

2. L'application des règles non étatiques.....	- 514 -
<i>Conclusion du chapitre 1</i>	- 516 -
<i>Chapitre 2. Les compétences concurrentes en matière de conflit de lois</i>	- 518 -
Section 1. Les perturbations de la règle de conflit de lois	- 519 -
§1. Les règles matérielles impératives : les lois de police	- 519 -
A. L'applicabilité des lois de police en matière de négociations précontractuelles.....	- 519 -
1. La définition générale des lois de police	- 519 -
2. Le régime des lois de police en matière de <i>culpa in contrahendo</i>	- 521 -
a. Le régime des lois de police en matière de culpa in contrahendo contractuelle.....	- 521 -
b. Le régime des lois de police en matière de culpa in contrahendo délictuelle	- 522 -
B. L'application des lois de police en matière de négociations précontractuelles	- 524 -
1. L'obligation d'information du franchiseur	- 524 -
2. La rupture brutale des relations commerciales établies.....	- 525 -
3. Les mesures d'embargo	- 526 -
§2. Les règles matérielles non impératives.....	- 528 -
A. L'existence de règles non impératives en matière de négociations précontractuelles	- 528 -
1. La <i>soft law</i>	- 528 -
a. Les principes codifiés	- 529 -
b. Les principes non codifiés	- 531 -
2. Les règles d'origine conventionnelle.....	- 531 -
B. L'applicabilité des règles non impératives en matière de négociations précontractuelles.....	- 532 -
1. L'applicabilité des règles matérielles traditionnellement liée à l'exigence d'un contrat	- 533 -
a. Les principes anationaux.....	- 533 -
b. Le droit conventionnel.....	- 535 -
2. L'applicabilité des règles matérielles remises en question par l'intervention du Règlement Rome II.....	- 536 -
a. Les effets du Règlement Rome II sur l'applicabilité de la <i>soft law</i>	- 537 -
b. Les effets du Règlement Rome II sur l'applicabilité du droit conventionnel.....	- 538 -
Section 2. Les perturbations de la mise œuvre du droit applicable	- 540 -
§1. L'existence d'Un droit lacunaire.....	- 540 -
A. Le contenu lacunaire des règles matérielles	- 541 -
1. Les carences des règles matérielles	- 541 -
2. Le retour inopportun à la loi nationale	- 544 -
B. L'évanescence des concepts des règles matérielles	- 545 -
1. Le principe de bonne foi	- 546 -
2. L'interdiction de se contredire.....	- 547 -
3. L'obligation de minimiser son dommage.....	- 548 -
§2.L'exception d'ordre public international.....	- 549 -
A. L'exception d'ordre public international devant les juridictions étatiques	- 549 -
B. L'exception d'ordre public international devant les juridictions arbitrales	- 553 -
<i>Conclusion du chapitre 2</i>	- 554 -
CONCLUSION DU TITRE 2.....	- 556 -
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	- 558 -
CONCLUSION GENERALE	- 560 -

BIBLIOGRAPHIE	- 566 -
I. Références portant sur le droit français ou en langue française.....	- 568 -
II. Références portant sur un droit étranger ou en langue étrangère.....	- 577 -
III. Jurisprudence	- 581 -
ANNEXES.....	- 598 -
ANNEXE 1 : REGLEMENT BRUXELLE I.....	- 600 -
ANNEXE 2 : REGLEMENT ROME II.....	- 602 -
ANNEXE 3 : REGLEMENT ROME I.....	- 604 -
INDEX.....	- 606 -
TABLE DES MATIERES	- 618 -