

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

**Négociation et formation des
contrats internationaux :
Droit comparé et pratique des
Affaires
(conclusions générales)**

par Marcel FONTAINE

Doc. 90/8

Colloque des 13/14 nov. 1989.
Formation des contrats et respon-
sabilité pré-contractuelle

Colloque des 13/14 novembre 1989

Formation des contrats et responsabilité pré-contractuelle

CONCLUSIONS GENERALES

NÉGOCIATION ET FORMATION DES CONTRATS INTERNATIONAUX : DROIT COMPARÉ ET PRATIQUE DES AFFAIRES

par le Prof. M. FONTAINE

Le rapporteur général d'un colloque est à première vue dans une position facile, puisqu'il a le dernier mot. En réalité, la tâche est très périlleuse. Il s'agit en effet de dégager à la fois une synthèse, des idées fortes, des enseignements, tout en rendant justice à l'apport de chacun. L'exercice est ici d'autant plus difficile que le colloque s'est avéré particulièrement riche. Une vingtaine de rapporteurs provenant d'horizons variés, chacun avec son message, et de très nombreuses interventions pertinentes de la salle. Je vais tenter d'en ramasser l'essentiel. Je vous demande de l'indulgence pour toutes les lacunes que présentera nécessairement cet exposé.

Mon introduction d'hier évoquait la double confrontation dans laquelle nous allions nous engager, celle des différents systèmes juridiques, et celle du droit et des enseignements de la pratique. Cette approche dualiste fournira le plan du présent exposé de clôture, mais sans trop de rigidité : certains enseignements de la pratique alimenteront déjà la première partie.

* *

*

I. FORMATION DU CONTRAT ET RESPONSABILITÉ PRÉ-CONTRACTUELLE : DROIT COMPARÉ

Notre première confrontation était celle des différents systèmes juridiques.

Confrontation, il y a eu. Des différences sont apparues tant au niveau d'aspects particuliers, qu'à propos de certaines approches fondamentales. J'évoquerai successivement les problèmes relatifs à la négociation et à la responsabilité précontractuelle éventuelle, et les questions relatives à la

détermination du moment de la formation du contrat. Je conclurai cette première partie par quelques réflexions concernant le problème du droit applicable.

1) Négociations, pour parlerz.

a) Avant d'examiner quelques problèmes plus spécifiques, il importe de mettre en évidence une question fondamentale : dans quelle mesure le droit doit-il imposer des contraintes au comportement des négociateurs ?

Des divergences sont clairement apparues. L'accueil d'une responsabilité précontractuelle est selon les systèmes, tantôt très réservé, tantôt au contraire très ouvert. Comment comprendre ces différences ?

Une première explication vient à l'esprit. Si l'on se réfère à la pratique du siècle passé, le phénomène de la négociation n'était guère apparent. Les contrats de jadis étaient en général des contrats simples, vite conclus. Il y avait bien quelques marchandages sur les foires et les marchés, mais cela ne ressemblait en rien aux longues négociations que connaît la pratique actuelle. Il est donc normal que le droit traditionnel se soit montré discret ou silencieux à propos des négociations. Il n'en est pas question dans le Code Napoléon, ni même dans des codes plus récents, comme le Code civil allemand ou le Code suisse des obligations. Il faudra attendre le Code civil italien de 1942 pour trouver une première référence à la négociation.

La pratique a évolué. De nombreux cas sont apparus où un contrat est précédé de négociations d'une vaste ampleur. Certes, le droit doit s'adapter et rencontrer ces nouveaux problèmes, mais l'adaptation prend du temps, et l'évolution juridique n'atteint pas toujours le même degré selon les pays. Il est donc normal que l'on rencontre ces divergences.

Cette première explication contient peut-être une part de vérité, mais elle reste à la surface des choses. Il y a des justifications plus fondamentales dans les différences constatées, des divergences de philosophie concernant les régimes juridiques des négociations.

Pour les uns, la liberté de négociation doit rester le principe fondamental. Ce principe repose sur une justification économique, liée au régime de libre concurrence. Il est bon que l'on garde les mains libres jusqu'au bout, afin

de pouvoir faire jouer au maximum la concurrence tant que l'on n'a pas choisi de conclure avec un partenaire déterminé. Il faut pouvoir discuter, comparer, opposer, et par conséquent, rompre avec certains. Le droit ne doit pas gêner cette liberté de manœuvre.

Cette conception a été exposée avec brio par le Professeur Farnsworth. Sur base d'une vue aléatoire des négociations, où chacun prend ses risques, on expose des frais bien qu'une rupture soit possible à tout moment. Par ailleurs, la liberté de rompre encourage à engager des négociations, et à ne pas prendre de décisions précipitées.

Cette justification connaît une version moins idéaliste. Certains soulignent que la négociation est dure. Chacun poursuit son intérêt. Comme le disait le Professeur Goode, "*Business life is rough, tough, brutal*". D'après un autre intervenant, "négocier, c'est chercher à faire de bonnes affaires sur le dos des autres". Le négociateur doit être "astucieux", et non "raisonnable".

Pour les autres, cette conception n'est pas à rejeter intégralement ; dans tous les pays considérés, la liberté de négociation reste le principe. Mais la tendance opposée introduit un tempérament à cette liberté, avec l'introduction d'une certaine déontologie. Tout comme la liberté de concurrence a pour limite la concurrence déloyale, il y a des règles du jeu à respecter. La liberté de négociation est elle-même limitée. Elle ne va pas jusqu'à cautionner certains comportements jugés répréhensibles. Le principe est affirmé d'une négociation de "bonne foi", d'une référence aux critères de "good faith and fair dealing" (l'expression permet de faire ressortir le sens particulier de cette référence à la "bonne foi").

Il en résulte une certaine moralisation de la négociation par le droit. La liberté, le jeu de la concurrence, les impératifs des affaires doivent se comprendre dans le cadre d'une certaine loyauté.

Cette opposition de conceptions correspond plus ou moins au clivage entre le *common law* et la *civil law*; mais on y introduira toutes les nuances nécessaires. En *common law*, le principe de la liberté de négociation a été mis en évidence. Tant le Professeur Farnsworth que le Professeur Goode ont exposé que les tribunaux américains et anglais ne reconnaissent pas le principe général de la négociation de bonne foi. En *civil law*, au contraire, on a entendu affirmer le principe par les rapporteurs allemand, suisse, hollandais et égyptien. Ce principe

est même inscrit dans le Code civil italien. La solution est largement acquise dans les pays de *civil law*. Le Professeur Bonell a même défendu l'idée que le principe pouvait être déduit des dispositions de la Convention de Vienne, malgré le rejet d'une proposition qui avait été formulée de l'y rendre explicite.

Il ne faut pas trop schématiser. La *common law* sanctionne aussi certains abus, par exemple sur base des *misrepresentations*, si le contrat est conclu, ou sur base de l'enrichissement sans cause. En *civil law*, d'autre part, les tribunaux sont quand même restrictifs. La liberté de négociation n'est pas perdue de vue, et seuls les abus sont sanctionnés. Mais il est vrai qu'un comportement sera plus facilement jugé abusif là où existe un principe général de la négociation de bonne foi que dans les systèmes où pareil principe est inconnu.

b) J'aborde à présent quelques problèmes plus spécifiques de la responsabilité précontractuelle.

1. Quelle est la nature de cette responsabilité là où elle est reconnue ?

La question fait l'objet de controverses en Europe continentale, où l'on se demande si cette responsabilité est contractuelle ou délictuelle (en l'absence d'un avant-contrat). En droit français, la responsabilité ne peut être que délictuelle, puisque le contrat n'est pas encore conclu. Mais en Allemagne et en Suisse, notamment, le fondement contractuel est souvent défendu. On a montré qu'en Allemagne, cette conception s'explique en partie par l'insuffisance des remèdes qu'offre la responsabilité délictuelle, donnant ainsi un intérêt à la distinction.

En ce qui concerne la nature de cette responsabilité précontractuelle, l'enrichissement sans cause est également évoqué, notamment en *common law*. Ce fondement est concevable, mais seulement dans un cas particulier, celui où le comportement qui a causé un dommage à une partie, a également apporté un avantage à l'autre.

Dans certains cas, le fondement de la responsabilité, si le contrat est conclu ultérieurement, peut encore reposer sur les régimes respectifs du dol ou des *misrepresentations*.

2. Un deuxième problème spécifique est celui du contenu de ce principe de la négociation de bonne foi.

Malgré le scepticisme de certains *common lawyers*, différentes applications ont été évoquées par plusieurs de nos rapporteurs. Qu'implique une négociation de bonne foi ? Participer de manière constructive aux pourparlers, ne pas formuler de propositions manifestement inacceptables, ne pas revenir à la légère sur un point acquis, ne pas commettre de réticences, respecter le caractère confidentiel de certaines informations communiquées, faire preuve de loyauté si l'on mène des négociations parallèles avec des tiers, dans certains cas en révéler l'existence ou même s'en abstenir, déployer des efforts adéquats en vue d'obtenir les autorisations et les concours de tiers nécessaires à la conclusion du contrat, etc ... Ces différentes facettes du contenu de la négociation de bonne foi ont été décrites notamment par nos rapporteurs Farnsworth, Ebke, Dreyer, Schmidt, Goode et Bonell.

On soulignera cependant que dans tout ceci, il faut se situer dans le contexte, en tenant compte notamment du degré d'avancement des négociations, ainsi que de certains autres critères, comme l'importance des frais exposés ou le degré d'attente créé chez le partenaire.

3. Quelles sont les sanctions de la responsabilité précontractuelle ?

L'importance du problème est appréciée différemment par les *civil lawyers* et les *common lawyers*. Les premiers ont parfois tendance à affirmer le principe de l'obligation de négocier de bonne foi sans trop se soucier des sanctions. Cela paraît être une question quelque peu secondaire, à laquelle il sera temps de penser en cas de litige. Les *common lawyers*, au contraire, accordent souvent à la question des sanctions une attention prioritaire. Il semble même que la difficulté de sanctionner adéquatement figure parmi les raisons de leur réticence à admettre une obligation de bonne foi pendant la négociation.

En tout cas, de part et d'autre, les dommages-intérêts paraissent constituer le remède normal (le Professeur Bonell, cependant, a évoqué la possibilité de demander l'exécution en nature ou d'obtenir une injonction en présence de violations de certaines obligations particulières, notamment en matière de confidentialité). Mais de nouvelles divergences apparaissent lorsque l'on envisage la manière dont ces dommages-intérêts sont calculés. Certains droits

sont très précis concernant les critères à retenir. Je me réfère notamment aux distinctions des droits allemand et suisse, entre autres, entre les dommages-intérêts négatifs et les dommages-intérêts positifs, les premiers étant la forme de réparation la plus adéquate en matière de responsabilité précontractuelle. Le droit français, par contre, est très vague ; il laisse au juge un large pouvoir d'appréciation pour attribuer des dommages-intérêts, sans trop se préoccuper de justifier leur mode de calcul.

Quelques beaux cas ont été cités. Le Professeur Goldman, notamment, a évoqué un arbitrage gabonnais où les dommages-intérêts résultant de la perte d'une chance avaient été calculés de manière très précise ; le Professeur Ebke a exposé un cas où une nette distinction avait été faite entre l'indemnisation des frais d'avocats et les frais d'experts comptables.

4. Quatrième et dernier problème particulier relatif au droit commun des négociations : est-il possible d'écarter tout engagement, toute responsabilité pendant la phase pré-contractuelle ? La prudence s'impose notamment aux négociateurs de *common law*, qui pourraient craindre d'être pris à leur insu dans les filets de la responsabilité précontractuelle lorsqu'un droit de *civil law* est applicable. Il est par conséquent fréquent que des accords précontractuels excluent tout engagement aux différentes phases de la négociation. Tel est notamment l'objectif des clauses "*subject to contract*".

Il semble que la validité de tels accords soit incontestée en principe. On relèvera cependant que ces stipulations sont proches des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, et que leur validité doit être appréciée selon les principes qui gouvernent ces dernières clauses. A cet égard, les régimes nationaux interdisent toujours d'exclure la responsabilité en cas de dol, souvent aussi en cas de faute lourde. D'autre part, dans certains pays, les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité ne peuvent valablement écarter la responsabilité délictuelle. Cette dernière réflexion est de nature à jeter un nouvel éclairage sur le problème de la validité des accords excluant toute responsabilité dans la phase précontractuelle.

2) Moment de la formation du contrat

Le deuxième groupe de problèmes suscités par la confrontation des systèmes juridiques a trait à la détermination du moment précis où le contrat est

formé. Quand la négociation débouche-t-elle sur un contrat ? Il est essentiel de le savoir si l'on ne veut pas aller trop loin et se retrouver lié.

A cet égard, l'approche traditionnelle raisonne sur les concepts de l'offre et de l'acceptation, mais une autre approche, peut-être plus pertinente dans certains types de négociations, est celle de la théorie de la *punctatio*. La problématique traditionnelle de l'offre et de l'acceptation n'a pas été au centre de nos débats. Ce fut délibéré. Nous avons voulu nous concentrer sur certains problèmes moins classiques. Mais les rapports écrits s'y sont quand même beaucoup référés Il s'en dégage quelques enseignements.

Concernant l'offre, on remarquera d'abord l'omniprésence de la notion, même en *common law*. Partout, l'offre a la portée de rendre vulnérable à la conclusion du contrat ; si elle est acceptée, le contrat est conclu.

Des divergences importantes surviennent quant au point de savoir si l'offre est révocable ou irrévocable. A cet égard, l'opposition ne sépare pas *civil law* et *common law* ; elle passe par d'autres frontières. Si la *common law* est pour la révocabilité de l'offre, en raison de la doctrine de la *consideration*, la *civil law* est en effet divisée. L'offre est révocable en droit français, mais elle est irrévocable notamment en droit allemand, en droit suisse et en droit belge. D'autres pays connaissent des régimes plus nuancés comme l'Egypte, et l'on connaît le système de la Convention de Vienne, qu'a rappelé le Professeur Bonell.

En ce qui concerne l'acceptation, la notion est également omniprésente. Elle a le même effet fondamental de provoquer la formation du contrat.

Les divergences apparaissent cette fois en ce qui concerne la théorie du contrat entre absents, problème dont l'importance ne peut être sous-estimée dans le commerce international. Si la théorie de la réception l'emporte notamment en Allemagne et en Belgique, c'est la théorie de l'expédition qui est préférée en France. D'autres pays adoptent des solutions nuancées. La Suisse accueille la théorie de la réception, mais avec un certain emprunt à la théorie de l'expédition ; l'Egypte retient la théorie de l'information, mais elle présume la connaissance au moment de la réception ; l'Angleterre adopte la théorie de l'expédition en cas d'envoi par la poste, mais une solution proche de la théorie de la réception en cas de communication par un mode tel que le télex, le téléphone ou le téléfax.

De manière plus fondamentale, cependant, on s'est demandé quelle était encore, pour les négociations de contrats internationaux, la validité de l'approche classique offre/acceptation. Si plusieurs de nos rapporteurs s'y sont référés sans réserve, les Professeurs Farnsworth et Bonell en ont mis en cause la pertinence.

Le Professeur Farnsworth a décrit le processus de négociation des grands contrats. De longs pourparlers sont engagés avec le concours de multiples participants, ingénieurs, commerçants, managers d'abord, juristes ensuite. Un processus graduel conduit à des accords successifs, où se pose à chaque niveau le problème des pouvoirs des négociateurs. Dans un tel processus, il est devenu impossible de déceler le moment où apparaît une offre précise et celui où elle serait acceptée. L'analyse classique n'était adéquate qu'au XIX^{ème} siècle. Pareillement, le Professeur Bonell a décrit la fréquence des contrats conclus après des négociations prolongées, donnant lieu à une série de communications entre les parties.

Personnellement, je réagis de manière nuancée à ces critiques. En premier lieu, la théorie classique n'était pas tout-à-fait simpliste. Elle comportait déjà, par exemple, des développements concernant l'offre avec réserve et l'acceptation qualifiée. D'autre part, actuellement, il est toujours de nombreux contrats où l'on décèle nettement une offre et une acceptation. Le Professeur Bonell a reconnu que cela restait le cas de la plupart des ventes internationales. Dans les marchés publics, la procédure d'appel d'offre et de soumission connaît aussi des étapes précises, bien identifiables, où la théorie de l'offre a un rôle à jouer malgré le contexte réglementaire qui l'entoure. Tous les contrats internationaux ne sont pas conclus dans les conditions décrites plus haut. Et même dans ces longues négociations qui nous préoccupent, il arrive souvent qu'une partie en vienne à proposer le dernier élément qui porte l'ensemble des résultats acquis au niveau d'une offre, que l'on a plus qu'à accepter. Il est vrai que l'on est loin des schémas simples, et qu'il est souvent très difficile de localiser cette offre. Il n'empêche qu'il y a toujours une certaine place pour cette approche en la situant dans son nouveau contexte, et qu'elle reste un outil d'analyse précieux.

2. Là cependant où cet outil est difficilement applicable, une autre approche pourrait jouer un rôle important. C'est la théorie de la *punctatio*, selon laquelle le contrat peut être formé dès que l'on est d'accord sur des points essentiels.

Il convient de situer le problème. Il ne s'agit pas de savoir si un contrat peut être conclu alors que des points secondaires n'ont pas été négociés. Il y a des règles supplétives, des *implied terms* pour rencontrer cette hypothèse. Il ne s'agit pas non plus de la situation où l'on a décidé de laisser des points même essentiels à une détermination ultérieure (des *agreements with open terms*), problème lié aux exigences de la déterminabilité de l'objet ou du prix. Mais il s'agit de savoir si un contrat peut être conclu avant qu'un accord ne se soit formé sur tous les points à propos desquels on avait décidé de négocier.

Quelles sont les solutions ? La théorie de la *punctatio* est accueillie de manière explicite dans le Code suisse des obligations. Une solution analogue a été empruntée par le Code civil égyptien. Au contraire, le Code civil allemand rejette apparemment cette théorie de la *punctatio* bien que le Professeur Ebke ait déterminé les difficultés pratiques d'établir lorsqu'un accord était complet. En France, le Professeur Schmidt a expliqué que la théorie de la *punctatio* était une théorie étrangère, mais qu'un contrat pouvait quand même être considéré par les juges français comme conclu en cas d'absence d'accord sur certains points non essentiels. Des idées analogues ont été défendues pour l'Angleterre par le Professeur Goode.

C'est l'occasion d'une nouvelle mise en garde pour les négociateurs : sous l'empire de certains droits, ils pourraient se trouver liés par un contrat avant l'achèvement de la négociation, alors que certains points restent en suspens.

3) Droit applicable

Quel est le droit applicable aux incidents qui peuvent survenir lors d'une négociation ?

Le Professeur Rigaux a finement dégagé les principes, en distinguant d'une part, le droit applicable à la formation du contrat et d'autre part, le droit applicable au comportement des parties pendant la négociation.

Quant au premier point, le principe est que le droit applicable est la loi du contrat. D'autres règles peuvent gouverner certains aspects particuliers, par exemple la règle *locus regit actum* en ce qui concerne la forme du contrat. Encore faut-il que la volonté de s'engager soit présente ; le problème a été évoqué de l'acceptation par le silence.

Quant au droit applicable au comportement des parties pendant la négociation, le Professeur Rigaux a sous-distingué. Si le contrat est finalement formé et que l'on recherche dans la négociation des éléments d'interprétation, on appliquera la loi du contrat. Mais si le contrat n'est pas formé et que le litige concerne la négociation, ce sera sans doute la *lex loci delicti* qui s'appliquera, la responsabilité en cause étant délictuelle. La même loi s'impose si la responsabilité est invoquée sur base de l'enrichissement sans cause. Mais le principe change si un contrat préparatoire est intervenu, ou si la responsabilité précontractuelle est considérée comme étant de nature contractuelle. Ceci renforce l'intérêt des discussions évoquées plus haut quant à la nature de la responsabilité précontractuelle.

Le Professeur Rigaux a sans doute été trop modeste en tentant de minimiser l'importance du problème de droit applicable. Je crois au contraire que c'est un problème fort important, même si la littérature est peu abondante et la jurisprudence rare. Etant donné l'importance des différences entre les systèmes juridiques concernant les différents aspects de la négociation et de la formation du contrat, l'existence ou non d'une obligation générale de négocier de bonne foi, la valeur reconnue aux avant-contrats, la force obligatoire de l'offre, le moment de la formation, le contrat entre absents, la théorie de la *punctatio*, etc ..., il est essentiel de déterminer la loi applicable. On réservera évidemment l'application des usages si ceux-ci sont bien établis, et cette réflexion me sert de transition pour aborder la seconde partie.

II. PRATIQUE ET DROIT DE LA NÉGOCIATION

Dans cette seconde partie, consacrée à l'examen des apports de la pratique des négociations, j'examinerai d'abord l'incidence des accords préparatoires, ensuite les particularités sectorielles et le rôle des usages.

1) Accords préparatoires

Le phénomène des accords préparatoires n'était pas entièrement ignoré dans le passé. Dans la plupart des pays, la théorie classique connaît notamment les promesses de contrat. Mais l'importance que prend le phénomène dans la pratique

actuelle, à l'occasion de la négociation des grands contrats, appelle une nouvelle attention.

Lorsqu'une négociation prend une certaine ampleur, les participants mettent au point une série de documents, de la première lettre d'intention à l'avant-dernier projet de contrat presque complet, en passant par toutes les phases intermédiaires : déclaration initiale de l'intention d'entrer en pourparlers, établissement d'un programme de négociation, mise au point progressive des différents aspects du futur contrat, dont les contours et le contenu se précisent peu à peu au fur et à mesure des documents successifs. Ces accords préliminaires comportent également des conventions relatives à l'organisation de la négociation elle-même : où et quand se tiendra-t-elle, qui représentera les parties, quelle sera la langue utilisée, qui supportera les frais, etc.

Le phénomène a attiré l'attention de la doctrine récente, et diverses classifications ont été proposées, bien qu'elles soient difficiles à établir en raison de la très grande variété des pratiques. Le problème majeur est de déterminer la valeur juridique de ces documents. Ajoutent-ils quelque chose à ce que l'on a dit antérieurement concernant la portée juridique possible du comportement des parties pendant la négociation? On devra aussi se demander quelle valeur pourraient conserver ces documents précontractuels si le contrat venait à être conclu.

a) Quant au premier point, celui de la valeur juridique des documents précontractuels pendant la négociation ou après la négociation si celle-ci a échoué, on retrouve l'opposition de principe entre la *civil law* et la *common law*. D'une part, en *civil law*, l'attitude est très positive, dans le sens d'une reconnaissance facile d'un caractère juridique à ces engagements précontractuels. Le Professeur Schmidt, par exemple, a expliqué comment les tribunaux français sont peu exigeants pour reconnaître l'existence d'un engagement contractuel. Les Professeurs Ebke et Dreyer ont également reconnu le caractère contractuel à certains de ces documents préparatoires. Par contre, de nettes réserves se marquent en *common law*, notamment dans les exposés des Professeurs Earnsworth et Goode. On évoque la jurisprudence anglaise concernant les *contracts to contract* et les *contracts to negotiate*, l'obligation de négocier étant considérée comme trop vague pour servir de support à un engagement juridique. Cette attitude conduit parfois à des résultats extrêmes. Dans la célèbre affaire

Texaco/Fensoil dont nous reparlerons, le *memorandum of agreement* a dû être considéré comme un accord définitif afin d'en tirer les conséquences que l'on sait.

Il me paraît en tout cas que sont de vrais contrats, quel que soit le droit applicable, les accords concernant l'organisation de la négociation, ainsi que ceux qui permettent d'engager déjà une phase de l'exécution du contrat avant la formation de celui-ci.

Quant aux accords qui concernent l'élaboration du futur contrat, l'appréciation de leur force juridique dépendra sans doute du droit applicable. On sera fort restrictif en *common law*; tandis qu'on les admettra plus facilement en *civil law*. A tout le moins, ces accords devraient faciliter la preuve d'un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi sur le plan délictuel, si on ne leur reconnaît pas de caractère contractuel.

Le problème des sanctions applicables aux manquements à ces engagements dépend du caractère contractuel ou non qu'on leur reconnaît. On remarquera qu'il est possible d'assortir ces accords précontractuels d'une clause pénale sanctionnant certains manquements, cette clause ayant elle-même un caractère contractuel incontestable. Pareille clause serait de nature à éviter les difficultés évoquées plus haut, à propos de l'évaluation des dommages-intérêts en cas de responsabilité précontractuelle.

On rappellera aussi la question de savoir s'il est possible d'écarter toute portée juridique à ces engagements souscrits lors de la négociation. C'est le problème de la fameuse clause *subject to contract*. Nous en avons déjà parlé.

b) Les accords précontractuels conservent-ils une quelconque portée après la conclusion du contrat si les négociations ont abouti ? Peuvent-ils notamment jouer un rôle quant à l'interprétation du contrat ?

Sur ce point encore, des divergences apparaissent entre la *civil law* et la *common law* qui correspondent à la prévalence de principes d'interprétation différentes, respectivement mis en évidence par les Professeurs Schmidt et Goode. C'est du moins une opposition de principe, car M. Derains a décrit plusieurs cas où même en *common law* des documents précontractuels ont pu être invoqués à titre interprétatif, par exemple pour interpréter *a contrario* une clause du contrat.

Si l'on souhaite éviter tout risque que certains documents précontractuels puissent ultérieurement jouer un rôle interprétatif, il faut incorporer dans le contrat la clause dite des quatre coins, ou "*entire agreement*", d'après laquelle le seul document permettant de déterminer la portée des engagements des parties et constitué par le contrat lui-même.

Toujours sur ce thème, M. Derains a évoqué un cas fort intéressant où un conseiller technique était chargé de négocier la vente d'armement ; une décision assez audacieuse a conduit à s'interroger sur les relations entre la clause "*entire agreement*" et l'application des règles qui, dans certains pays, gouvernent la simulation.

2) Particularités sectorielles, usages

Les enseignements de la pratique sont également très riches lorsque l'attention se porte sur les particularités de la négociation dans certains secteurs économiques, et sur les usages qui peuvent y prévaloir.

Je vais procéder à quelques regroupements entre certains des exposés que vous avez entendus, en évoquant successivement le secteur de la construction et la pratique des garanties de soumission, les contrats pétroliers et leur ambiance particulière, le rôle important que joue l'obligation de confidentialité dans les transferts de technologie et l'importance de certains documents précontractuels dans les acquisitions de sociétés.

a) **Le secteur de la construction** nous a donné l'occasion d'entendre en premier lieu un intéressant rapport de M. Goldsmith, qui nous a montré combien la jurisprudence néerlandaise était en pointe quant à la reconnaissance sur le plan général de liens juridiques précontractuels basés sur la bonne foi.

M. Goldsmith a également souligné la façon très particulière dont ces problèmes de négociation étaient vécus dans le secteur de la construction. Ils sont d'abord caractérisés par l'existence de cette phase organisée et réglementée, faisant même l'objet d'une directive européenne, celle des appels d'offre et des soumissions, phase où l'on est nécessairement en concurrence avec des tiers. La négociation ne commence qu'en second lieu, avec l'entreprise ou les entreprises retenues au terme de la première phase. Le problème mis en évidence par M. Goldsmith est de savoir si l'exigence de la bonne foi joue déjà dans la première

phase. Le rapporteur a développé une intéressante argumentation en ce sens, confortée par l'organisation aux Pays-Bas d'une procédure d'arbitrage particulière à ce secteur de la vie économique.

La pratique des garanties de soumission a connu de grands développements ces dernières années. D'une manière générale, les garanties bancaires ont fait beaucoup parler d'elles, surtout à propos d'appels abusifs à des garanties à première demande. Un des aspects est intimement lié à notre problématique de la formation du contrat. En effet, les garanties de soumission viennent conforter la soumission, donner au maître de l'ouvrage l'assurance que l'entrepreneur conclura le contrat sur base de sa soumission, et fournira une garantie d'exécution si le contrat est conclu avec lui. M. Jones en a donné une description très fouillée, mettant en évidence les variantes selon qu'il s'agit d'une garantie à première demande ou d'une garantie conditionnelle, cette dernière expression recouvrant d'ailleurs toute une variété de situations.

Je voudrais mettre en évidence le lien certain entre la pratique des garanties de soumission et notre discussion précédente sur la force obligatoire de l'offre. La *bid bond* couvre bien sûr qu'un certain pourcentage de la valeur du contrat, mais elle vient quand même garantir la conclusion du contrat si la soumission est acceptée. Il me semble que l'incidence des *bid bonds* mérite d'être intégrée dans les réflexions concernant la force obligatoire de l'offre.

b) Décrivant le **secteur pétrolier**, M. David a dégagé l'image d'un domaine où les négociations présentent également des caractéristiques très spécifiques. On retrouve des procédures d'appel d'offres dans des contrats avec les Etats. D'autre part, l'entrée en vigueur du contrat est souvent subordonnée à la signature ou à la ratification d'autorités ; comme cela prend du temps, il est fréquent de prévoir une autorisation d'engager déjà certaines phases des travaux avant la conclusion finale du contrat. On retiendra aussi l'ambiance particulière qui entoure la conclusion des contrats entre sociétés pétrolières : quelques grandes sociétés qui se connaissent et qui se rencontrent souvent accordent un rôle fort important aux usages, dont on ne peut impunément s'écarter. On aura encore relevé, avec un certain amusement, le recours à la pratique du serment comme mode de preuve des réserves qui auraient été exprimées lors de la conclusion de l'accord.

c) L'étude du secteur des **transferts de technologies** a fourni l'occasion d'évoquer certains problèmes relatifs à la protection de l'information en général. Ces problèmes ont été mis en évidence par les trois rapports complémentaires des Professeurs Huet et Hertig et de Maître Toubol. Est principalement en cause la valeur des informations non protégées par un brevet ou autrement : informations techniques en matière pharmaceutique ou informatique, informations financières à propos des acquisitions de sociétés, informations d'autres natures, telles que l'idée d'un film. Il y a deux aspects dans cette problématique, le respect de la confidentialité et le non-usage de l'information si le contrat n'est pas conclu.

Il est fréquent que de telles informations soient révélées lors de la négociation ; elles jouissent alors d'une moins bonne protection parce qu'elles ne sont pas encore encadrées par un contrat. En droit commun, le Professeur Huet a montré que tout abus de confidentialité pourrait donner lieu à une responsabilité civile tant en France qu'aux Etats-Unis, mais les difficultés sont de prouver la faute et l'étendue du dommage. Ceci explique l'intérêt et la fréquence des clauses de confidentialité, décrites par le Professeur Hertig et Maître Toubol. Ces clauses sont incontestablement de nature contractuelle, mais leur rédaction est délicate. Il est difficile de définir ce qui sera confidentiel, ce qui ne le sera pas, de délimiter les bénéficiaires du secret, des débiteurs de l'obligation de confidentialité, de prévoir des sanctions. De ces exposés se sont dégagés de nombreux conseils pratiques, utiles malgré l'expression fréquente d'un certain scepticisme concernant l'efficacité réelle de telles clauses.

Ces trois intervenants ont mis en évidence à quel point la confidentialité est l'un des problèmes majeurs de la négociation dans certains secteurs. Une place importante doit lui être réservée dans tout examen des exigences de la bonne foi lors des négociations et des accords précontractuels.

d) Le secteur des **acquisitions de sociétés** est au premier rang de l'actualité avec tous les regroupements qui se réalisent en Europe dans la perspective de 1992, mais aussi partout dans le monde. Dans ce secteur, les négociations sont nécessairement complexes et difficiles. Nous avons entendu deux contributions du plus grand intérêt, de M. Baum et du Professeur Draetta. M. Baum a décrit quatre cas vécus, très bien choisis en fonction de la variété des situations respectives. Il en a tiré quelques conseils pour la pratique. Quant au Professeur Draetta, il lui revenait d'exposer ce superbe cas *Texaco-Pensoil* qui démontre

l'importance du thème de notre colloque : cette affaire a conduit à une condamnation d'un montant astronomique et à la faillite d'une puissante société pétrolière, à propos d'un problème d'accord précontractuel.

La présentation du Professeur Draetta offrait un double intérêt, d'abord quant à l'interprétation d'un document précontractuel, ensuite par la comparaison des approches de *common law* et *civil law*. Il s'agissait d'un cas exemplaire de la rupture d'une négociation en méconnaissance d'un *memorandum of agreement*. Mais étant donné l'insuffisance du droit américain quant à la responsabilité précontractuelle, le litige n'a pas été porté contre le partenaire défaillant Getty, mais contre ce que nous appellerions le tiers complice. La question a été posée de savoir si le *memorandum of agreement* constituait un accord définitif. La réponse des tribunaux fut affirmative. Le Professeur Draetta a montré que les solutions de la *civil law* auraient sans doute conduit à des raisonnements moins artificiels, puisqu'il aurait été possible de reconnaître une responsabilité même en l'absence de contrat définitif.

Le rapporteur a également présenté, par comparaison, le cas italien SME/Bultoni. Ce dernier litige s'est déroulé entre les parties à la lettre d'intention elles-mêmes, et les tribunaux italiens ont finalement rejeté l'idée qu'un contrat définitif ait été conclu.

A cet égard, je vous renverrai à une décision fort intéressante qui se trouve dans le dossier. C'est un jugement du Tribunal de commerce de Bruxelles, à propos d'une situation qui, toutes proportions gardées, était dans ses données fort similaire à l'affaire *Texaco/Pensoil*. Cette décision mérite l'attention dans la mesure où elle reconnaît et sanctionne l'obligation de négocier de bonne foi entre les parties à l'accord de principe, tout en rejetant l'action dirigée contre le tiers complice.

* *

*

Quelles conclusions finales tirer de ce très riche colloque ?

Il se dégage en premier lieu des enseignements pour la théorie juridique. Nos travaux ont contribué à une meilleure compréhension des divergences entre les systèmes juridiques, soit sur des détails techniques, (encore

que ces détails puissent prendre une importance majeure dans un litige déterminé ; je pense par exemple aux règles qui gouvernent la formation des contrats entre absents, ou à celles qui déterminent le calcul des dommages-intérêts), soit sur des règles plus fondamentales (savoir par exemple si l'offre est révocable ou non), soit même sur des problèmes de philosophie de base, l'opposition entre la liberté de la négociation et le principe de la négociation de bonne foi.

La théorie juridique se voit également enrichie d'un certain nombre d'apports de la pratique. A mon avis, devraient y être intégrés non seulement les apports des documents précontractuels, mais encore certaines particularités sectorielles, comme le mécanisme des marchés publics, l'importance de la confidentialité, le rôle des usages, ou celui des garanties de soumission, qui peuvent totalement modifier l'esprit d'une négociation.

Par ailleurs, notre colloque a apporté des enseignements pour la pratique elle-même. Il se dégage d'abord une sérieuse mise en garde concernant les différences de régimes selon la loi applicable. L'opposition est constante entre la *civil law* et la *common law*; mais des divergences importantes existent aussi au sein d'un même système. Pensez par exemple aux différences qui séparent la France et la Belgique, pays pourtant aussi proches quant au droit des obligations, en ce qui concerne la révocabilité de l'offre ou le moment de la formation du contrat entre absents. Il est important d'être attentif au droit applicable à la négociation, aux documents précontractuels, à la formation du contrat.

Le colloque a par ailleurs fourni une série d'indications concernant le contenu de la bonne foi dans la négociation, à garder présentes à l'esprit lorsque les pourparlers sont soumis à un droit qui reconnaît ce principe de la bonne foi. Chacun doit être conscient des risques juridiques d'une négociation. De nombreuses mises en garde ont également été formulées concernant les questions de pouvoir, le rôle des intermédiaires, les approbations nécessaires des organes de la société, etc ...

Enfin, de nombreux conseils ont été donnés quant à la rédaction de documents précontractuels, notamment à propos des engagements de confidentialité. On retiendra aussi les conseils donnés par M. Baum à la suite de ses quatre exemples, et notamment celui de se demander lucidement si l'on veut s'engager ou non, et si on veut engager le partenaire ou non. Tenter de le dire

clairement n'est pas facile, car les objectifs sont souvent contradictoires. On peut essayer de dissocier éventuellement ce qui oblige du reste (par exemple, mettre à part l'obligation de confidentialité ou celle de rembourser certains coûts). On soulignera surtout le caractère indispensable de l'intervention de juristes dans la rédaction de tels documents. Les juristes ne doivent pas accepter de rester dans la chambre d'à côté, pour être appelés en dernière minute. Tel n'est certainement pas l'intérêt de l'entreprise.

Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs, tels me paraissent être, ramenés à quelques traits principaux, les enseignements de ce colloque. Le chapitre relatif à la formation du contrat est décidément inépuisable. Ce colloque y a ajouté plusieurs notes en bas de page, et même invité à introduire quelques nouveaux paragraphes.

Je dois remercier tous nos rapporteurs pour l'important travail qu'ils ont accompli, ainsi que tous les intervenants pour leurs judicieuses contributions. Je vous remercie enfin tous d'avoir bien voulu écouter ces conclusions.