

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|-----------------------------|------|
| LISTE DES ABREVIATIONS..... | XXXI |
|-----------------------------|------|

| | |
|---------------------|-----|
| BIBLIOGRAPHIE | XLI |
|---------------------|-----|

| | |
|------------------------|---|
| § 1 Introduction | 1 |
|------------------------|---|

| | |
|--------------------------|---|
| <i>I. Le thème</i> | 1 |
|--------------------------|---|

| | |
|------------------------------------|---|
| A. La phase précontractuelle | 1 |
|------------------------------------|---|

| | |
|---|---|
| B. La responsabilité précontractuelle | 1 |
|---|---|

| | |
|-------------------------------------|---|
| <i>II. L'intérêt du thème</i> | 3 |
|-------------------------------------|---|

| | |
|---|---|
| <i>III. Le plan général de la thèse</i> | 4 |
|---|---|

| | |
|---|----------|
| 1^{ÈRE} PARTIE: LES FONDEMENTS | 5 |
|---|----------|

| | |
|-----------------------|---|
| § 2 Le problème | 7 |
|-----------------------|---|

| | |
|---|---|
| <i>I. Le principe d'une responsabilité précontractuelle</i> | 7 |
|---|---|

| | |
|---|---|
| A. La responsabilité précontractuelle: une entorse à la liberté de conclure | 8 |
|---|---|

| | |
|--|---|
| B. La responsabilité précontractuelle : une entorse à la liberté de l'objet du contrat | 8 |
|--|---|

| | |
|---|---|
| C. La responsabilité précontractuelle : une entorse à la liberté de conclure des contrats déséquilibrés | 9 |
|---|---|

| | |
|--------------------|---|
| D. Conclusion..... | 9 |
|--------------------|---|

| | |
|--|----|
| <i>II. La nature de la responsabilité précontractuelle</i> | 10 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| <i>III. L'obligation de réparer le dommage en vertu d'une responsabilité précontractuelle</i> | 11 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| A. L'étendue du préjudice réparable | 11 |
|---|----|

| | |
|-------------------------------------|----|
| B. La fixation de l'indemnité | 12 |
|-------------------------------------|----|

| | |
|--|----|
| § 3 Les prémisses de la responsabilité précontractuelle..... | 15 |
|--|----|

| | |
|---------------------------------|----|
| <i>I. Le droit romain</i> | 15 |
|---------------------------------|----|

| | |
|--|----|
| A. Le principe d'une responsabilité précontractuelle | 15 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 1. Les principales hypothèses de fait | 17 |
|---|----|

| | |
|-----------------------------|----|
| 1.1. Ulp. D. 11,7,8,1 | 18 |
|-----------------------------|----|

| | |
|-------------------------------------|----|
| 1.1.1. L'identité des parties | 18 |
|-------------------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 1.1.2. La connaissance du vice de l'objet par les parties | 21 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 1.2. Mod. D. 18,1,62,1..... | 21 |
| 1.3. Inst. 3,23,5..... | 22 |
| 2. Les conditions communes de l'action en réparation..... | 24 |
| 2.1. L'invalidité du contrat..... | 24 |
| 2.1.1. Le principe de la nullité et la portée de D. 18,1,22-24..... | 24 |
| 2.1.2. La distinction avec la vente de l'homme libre..... | 27 |
| 2.2. L'existence d'un préjudice..... | 32 |
| 2.3. La connaissance du vice de l'objet par les parties..... | 32 |
| B. La nature de la responsabilité précontractuelle..... | 33 |
| 1. Vers l'octroi de l'action contractuelle : l'actio in factum..... | 34 |
| 1.1. Les raisons de l'octroi d'une actio in factum..... | 34 |
| 1.1.1. L'exclusion de l' <i>actio legis Aquiliae</i> : la nature du préjudice..... | 34 |
| 1.1.2. L'exclusion de l' <i>actio doli</i> : la difficulté de la preuve..... | 35 |
| 1.1.3. L'exclusion de l' <i>actio empti</i> : l'absence de contrat valable..... | 38 |
| 1.2. La nature de l'actio in factum..... | 39 |
| 2. L'octroi de l'action contractuelle : l'actio empti..... | 41 |
| 2.1. Les raisons de l'octroi de l'actio empti..... | 41 |
| 2.1.1. Un changement procédural : l'apparition de la <i>cognitio extra ordinem</i> | 42 |
| 2.1.2. La conception de la nullité et la formule de l'action..... | 42 |
| 2.1.3. L'action contractuelle comme action en inexécution du contrat..... | 44 |
| 2.1.4. Un résumé : une évolution progressive vers l'extension du champ de l'action contractuelle..... | 44 |
| 2.2. La nature de l'actio empti..... | 46 |
| 3. Conclusion..... | 49 |
| C. L'obligation de réparer le préjudice..... | 50 |
| 1. Les caractéristiques de l'obligation..... | 50 |
| 2. L'étendue de l'obligation de réparer..... | 52 |
| D. Conclusions..... | 57 |
| 1. Les conclusions de l'analyse des sources..... | 57 |
| 2. Les conclusions pour notre étude..... | 58 |
| II. Un aperçu de la conception des Glossateurs et des Commentateurs..... | 60 |
| A. La conception des Glossateurs..... | 60 |
| 1. L'interprétation du texte d'Ulpien (D. 11,7,8,1)..... | 60 |
| 2. L'interprétation du texte de Modestin (D. 18,1,62,1)..... | 61 |
| 3. L'interprétation du texte des Institutes (Inst.3,23,5)..... | 62 |
| 4. Conclusions..... | 63 |
| B. La conception des Commentateurs (survol)..... | 63 |
| 1. Les Commentateurs italiens..... | 64 |

| | |
|---|-----------|
| 1.1. Les cas d'impossibilité initiale | 64 |
| 1.2. Une opinion particulière de Baldus | 65 |
| 2. Les Commentateurs français | 65 |
| 3. Conclusions | 66 |
| § 4 Aperçu de l'évolution historique | 67 |
| <i>I. La première construction contractuelle : Doneau et les Humanistes</i> | <i>67</i> |
| A. La portée de la règle " <i>Impossibilium nulla obligatio est</i> " | 67 |
| 1. Le principe de la nullité | 68 |
| 2. L'"exception": La reconnaissance d'une obligation secondaire | 69 |
| 2.1. Les effets de la vente d'une res extra commercium | 69 |
| 2.2. La conciliation : la justification d'une obligation secon- | |
| daire indépendante | 70 |
| B. La nature contractuelle de la responsabilité | 72 |
| C. L'obligation de réparer le préjudice | 75 |
| <i>II. L'extension de la responsabilité délictuelle : Grotius et l'Ecole du</i> | <i>76</i> |
| <i>droit naturel</i> | <i>76</i> |
| A. La conception de Grotius | 76 |
| 1. La clause générale de responsabilité civile | 76 |
| 2. La nature et les conditions de la responsabilité | 77 |
| 2.1. Les conséquences d'une promesse nulle | 79 |
| 2.2. Les conséquences d'une promesse valable | 81 |
| 3. L'obligation de réparer le préjudice | 82 |
| 4. Excursus : Grotius et la phase précontractuelle | 82 |
| B. Le droit naturel en Allemagne : Pufendorf et Wolff | 84 |
| 1. La conception de Pufendorf | 84 |
| 1.1. La responsabilité précontractuelle en cas d'erreur | 84 |
| 1.1.1. La responsabilité délictuelle du promettant | 85 |
| 1.1.2. La responsabilité délictuelle du bénéficiaire de la | |
| promesse ou d'un tiers | 85 |
| 1.2. La responsabilité précontractuelle dans les cas | |
| d'impossibilité initiale | 86 |
| 2. La conception de Wolff | 88 |
| 2.1. La responsabilité délictuelle du promettant | 88 |
| 2.2. La responsabilité délictuelle du bénéficiaire de la | |
| promesse (ou d'un tiers) | 90 |
| C. Le droit naturel en France: Domat et Pothier | 91 |
| 1. La conception de Domat | 91 |
| 1.1. Une responsabilité de nature contractuelle | 92 |
| 1.2. L'obligation de réparer le préjudice | 95 |
| 2. La conception de Pothier | 96 |

| | |
|---|-----|
| 2.1. Les hypothèses de fait générant une responsabilité précontractuelle | 97 |
| 2.2. La nature et les conditions de la responsabilité | 99 |
| 2.2.1. Une responsabilité délictuelle? | 99 |
| 2.2.2. Une responsabilité quasi-contractuelle | 101 |
| 2.3. L'obligation de réparer le préjudice | 103 |
| 2.3.1. L'étendue de l'obligation d'indemniser dans les cas particuliers | 103 |
| 2.3.2. L'étendue de l'obligation d'indemniser en général: quelques constats | 104 |
| <i>III. Le triomphe de la voie délictuelle : les premières codifications de droit naturel</i> | 105 |
| A. L'ALR de 1794..... | 105 |
| 1. Le principe de la responsabilité | 106 |
| 1.1. L'incapacité d'une partie | 106 |
| 1.2. Le vice de l'objet du contrat | 107 |
| 1.3. Le vice de la volonté..... | 107 |
| 2. La nature et les conditions de la responsabilité | 110 |
| 2.1. La responsabilité en cas d'incapacité d'une partie | 110 |
| 2.2. La responsabilité en cas de vice de l'objet | 111 |
| 2.3. La responsabilité en cas de vice de la volonté | 112 |
| 3. L'obligation de réparer le préjudice | 113 |
| 3.1. La réglementation de la réparation du préjudice | 113 |
| 3.2. La portée du § 284 ALR I 5..... | 114 |
| 3.3. Le préjudice réparable dans les hypothèses sujettes à responsabilité précontractuelle | 115 |
| B. L'ABGB de 1811..... | 116 |
| 1. Les hypothèses, la nature et les conditions de la responsabilité..... | 116 |
| 1.1. La responsabilité en cas d'incapacité d'une partie..... | 117 |
| 1.2. La responsabilité en cas de vice de l'objet | 117 |
| 1.3. La responsabilité en cas de vice de la volonté | 119 |
| 2. L'obligation de réparer le préjudice | 122 |
| C. Le Code Napoléon de 1804 et la doctrine française du XIX ^e siècle..... | 124 |
| 1. Le principe de la responsabilité | 124 |
| 2. Une responsabilité délictuelle..... | 127 |
| 2.1. Les hypothèses de fait sujettes à responsabilité précontractuelle | 127 |
| 2.1.1. Le cas de l'anéantissement d'une offre..... | 127 |
| 2.1.2. Le cas de l'impossibilité initiale de l'objet | 129 |
| 2.1.3. Le cas des vices du consentement | 130 |

| | |
|--|------------|
| 2.1.4. Le cas particulier de l'incapacité d'une partie (art. 1124, 1125, 1305 ss CCfr.) | 131 |
| 2.2. La nature et les conditions de la responsabilité | 132 |
| 3. L'obligation de réparer le préjudice | 134 |
| <i>IV. Le retour à la construction contractuelle : Rudolf von Jhering et l'opinion des Pandectistes allemands.....</i> | <i>136</i> |
| A. La méthode sous-jacente à la théorie de Jhering | 136 |
| 1. JHERING et la science pandectiste | 137 |
| 2. Jhering et la "naturhistorische Methode" | 138 |
| B. La théorie de la <i>culpa in contrahendo</i> | 140 |
| 1. La responsabilité précontractuelle: son principe et son champ d'application | 140 |
| 1.1. Le principe..... | 140 |
| 1.2. Les hypothèses de fait sujettes à responsabilité précontractuelle | 141 |
| 2. La nature et les conditions de la responsabilité pour <i>culpa in contrahendo</i> | 142 |
| 2.1. La nature contractuelle de la <i>culpa in contrahendo</i> | 143 |
| 2.2.1. L'argument négatif : le champ d'application limité de la responsabilité délictuelle..... | 143 |
| 2.2.2. L'argument positif : la nature contractuelle de la relation précontractuelle | 146 |
| 2.2. La condition de la faute (<i>culpa in contrahendo</i>)..... | 148 |
| 2.2.1. Les raisons de l'exigence de la faute | 148 |
| 2.2.2. La nature contractuelle de la faute précontractuelle .. | 150 |
| 2.3. Le régime de la <i>culpa in contrahendo</i> | 152 |
| 2.4. L'influence de la <i>culpa in contrahendo</i> de JHERING en France | 153 |
| 3. L'obligation de réparer le préjudice | 155 |
| 4. Excursus : la relation précontractuelle comme contrat de mandat | 157 |
| <i>V. Entre deux feux : les codifications de la fin du XIX^e siècle</i> | <i>158</i> |
| A. Le Code des obligations suisse de 1881 | 158 |
| 1. Les principales hypothèses et le principe de la responsabilité. 159 | |
| 1.1. Les règles sur la conclusion du contrat..... | 159 |
| 1.2. La responsabilité précontractuelle de la partie incapable. 161 | |
| 1.3. La responsabilité précontractuelle en cas de vice de l'objet | 162 |
| 1.4. La responsabilité précontractuelle en cas de vice de la volonté | 162 |
| 1.4.1. Le cas de l'erreur fautive | 162 |
| 1.4.2. Le cas du dol et de la crainte fondée..... | 163 |

| | |
|--|------------|
| 1.4.3. Le cas de la représentation sans pouvoirs..... | 164 |
| 2. La nature délictuelle de la responsabilité et ses conditions | 166 |
| 3. L'obligation de réparer le préjudice et son étendue | 169 |
| B. Le Bürgerliches Gesetzbuch de 1897 | 170 |
| 1. Le principe de la responsabilité précontractuelle, ses hypothèses et leurs conditions | 171 |
| 1.1. L'absence d'un principe général..... | 171 |
| 1.2. Les hypothèses sujettes à responsabilité précontractuelle et leurs conditions..... | 172 |
| 1.2.1. Les règles sur la conclusion du contrat..... | 172 |
| 1.2.2. La responsabilité précontractuelle de la partie incapable..... | 173 |
| 1.2.3. La responsabilité précontractuelle en cas de vice de l'objet | 174 |
| 1.2.4. La responsabilité en cas de vice de la volonté..... | 175 |
| 2. La nature de la responsabilité précontractuelle..... | 178 |
| 2.1. L'opinion de la doctrine | 178 |
| 2.1.1. La conception traditionnelle: une responsabilité générale délictuelle..... | 178 |
| 2.1.2. Les conceptions nouvelles | 180 |
| a. Le rapport juridique quasi-contractuel (VON TUHR) | 180 |
| b. La théorie strictement contractuelle (LEONHARD)..... | 181 |
| 2.2. L'opinion de la jurisprudence : d'une responsabilité délictuelle vers une responsabilité contractuelle | 182 |
| 2.2.1. Les premiers pas : l'application de la responsabilité délictuelle | 182 |
| 2.2.2. Le développement de la théorie contractuelle | 183 |
| 3. L'obligation de réparer le préjudice | 186 |
| 3.1. La définition du préjudice réparable dans la loi | 186 |
| 3.1.1. La limitation formelle : le droit à l'intérêt négatif..... | 186 |
| 3.1.2. La limitation matérielle: le montant de l'intérêt positif..... | 187 |
| a. La réglementation et sa justification | 188 |
| b. Quelques constats | 189 |
| 3.2. La définition du préjudice réparable par la jurisprudence | 190 |
| § 5 Synthèse..... | 193 |
| I. <i>Le principe de la responsabilité précontractuelle</i> | 193 |
| A. Les hypothèses de fait sujettes à responsabilité précontractuelle | 193 |
| B. Les méthodes sous-jacentes au principe de la responsabilité..... | 194 |
| II. <i>La nature de la responsabilité précontractuelle et ses conditions..</i> | 195 |

| | |
|--|------------|
| A. Le point de départ de la controverse..... | 195 |
| B. les fondements de la controverse sur la nature de la responsabilité..... | 196 |
| 1. La réparation du préjudice purement économique | 197 |
| 2. Les deux conceptions dans leur contexte juridique historique | 198 |
| 2.1. Le degré de la faute requis en responsabilité précontractuelle | 198 |
| 2.2. Le rapport général entre les domaines contractuel et délictuel | 198 |
| C. Notre conclusion..... | 200 |
| <i>III. L'obligation de réparer le préjudice et son étendue.....</i> | <i>202</i> |
| A. L'enjeu : la réparation du gain manqué..... | 202 |
| B. Les principales conceptions | 203 |
| 1. Les facteurs déterminant la définition du préjudice réparable. | 204 |
| 2. Les deux approches fondamentales | 205 |
| 2.1. L'approche pragmatique | 205 |
| 2.2. L'approche systématique | 206 |
| C. Notre conclusion..... | 206 |
| 2^{ÈME} PARTIE: LA RELATION PRECONTRACTUELLE | 209 |
| Chapitre Ier: La phase précontractuelle | 211 |
| § 6 Les négociations..... | 211 |
| <i>I. Quelques remarques socio-économiques.....</i> | <i>211</i> |
| A. La relation précontractuelle d'un point de vue sociologique..... | 211 |
| 1. La relation précontractuelle comme relation d'antagonisme coopératif..... | 212 |
| 2. La confiance légitime en tant que cause finale des devoirs précontractuels..... | 213 |
| B. L'objet de la responsabilité précontractuelle | 214 |
| 1. Le contexte : la protection des investissements précontractuels..... | 215 |
| 1.1. L'investissement précontractuel et le risque précontractuel | 215 |
| 1.2. Le rapport entre les investissements mutuels des parties: le <i>holdup</i> | 216 |
| 2. La ventilation du risque précontractuel | 219 |
| 2.1. L'absence totale de responsabilité précontractuelle | 219 |
| 2.2. Le report total du risque précontractuel sur autrui..... | 220 |
| 2.3. La nécessité d'un mécanisme de responsabilité précontractuelle | 220 |

| | |
|--|------------|
| 2.3.1 La réduction du risque précontractuel individuel | 220 |
| 2.3.2. La réduction des coûts de transaction | 221 |
| <i>II. Le processus précontractuel</i> | 222 |
| A. Le début des négociations | 222 |
| 1. La situation en pratique | 223 |
| 2. L'analyse théorique | 223 |
| B. Le déroulement des négociations | 225 |
| 1. Quelques remarques générales | 225 |
| 2. Un aperçu des différents stades précontractuels | 226 |
| 2.1. La premier stade: l'entente de principe | 226 |
| 2.2. La deuxième étape: la concrétisation de l'entente de principe | 227 |
| 2.3. La troisième étape : la finalisation du contrat | 227 |
| § 7 La fin des négociations par la conclusion d'un contrat | 229 |
| <i>I. La conclusion instantanée du contrat: une approche dépassée?</i> | 229 |
| <i>II. L'offre</i> | 231 |
| A. La nature de l'offre | 231 |
| B. Le contenu et la forme de l'offre | 233 |
| 1. Le contenu minimal de l'offre | 233 |
| 1.1. Les éléments essentiels du contrat | 233 |
| 1.2. Quelques distinctions | 234 |
| 2. La forme de l'offre | 235 |
| C. Les effets de l'offre | 235 |
| 1. Le maintien de l'offre en droit suisse | 235 |
| 2. Une critique de lege ferenda à l'aune du droit comparé | 236 |
| D. L'anéantissement de l'offre et la responsabilité | 242 |
| 1. Les causes volontaires: la révocation et le retrait | 242 |
| 2. Les causes involontaires | 245 |
| 2.1. La solution en droit suisse | 246 |
| 2.2. La solution en droit français | 246 |
| <i>III. L'acceptation</i> | 248 |
| A. La nature, le contenu et la forme de l'acceptation | 248 |
| B. Les effets de l'acceptation et l'acceptation tardive | 251 |
| 1. La conclusion du contrat | 251 |
| 2. L'acceptation tardive | 251 |
| C. Le rejet de l'offre, l'anéantissement de l'acceptation et la responsabilité | 252 |
| 1. Le rejet de l'offre | 253 |
| 1.1. En général | 253 |
| 1.2. Dans les procédures de soumission (aperçu) | 254 |

| | |
|--|------------|
| 2. L'anéantissement de l'acceptation | 255 |
| 2.1. Les causes volontaires: la révocation et le retrait | 255 |
| 2.2. Les causes involontaires | 256 |
| Chapitre II: Les actes précontractuels | 257 |
| § 8 Les actes obligatoires..... | 257 |
| I. <i>Les précontrats</i> | 257 |
| A. La promesse de contracter | 257 |
| B. Le contrat-cadre | 262 |
| II. <i>Le contrat de négociation</i> | 264 |
| A. La notion..... | 264 |
| B. Le contenu du contrat | 264 |
| 1. Quelques généralités..... | 264 |
| 2. Les clauses principales du contrat | 265 |
| 2.1. La clause de négociation..... | 265 |
| 2.2. La clause de confidentialité ("confidentiality clause") | 266 |
| 2.3. La clause de "meilleurs efforts" et les clauses apparentées | 269 |
| 2.4. La clause d'exclusivité | 271 |
| 2.5. Le pacte de préférence | 271 |
| 2.6. Les clauses exclusives de responsabilité précontractuelle..... | 272 |
| C. L'inexécution du contrat..... | 276 |
| 1. La nature de la sanction | 276 |
| 2. L'étendue des dommages-intérêts | 277 |
| 2.1. La détermination légale des dommages-intérêts..... | 277 |
| 2.1.1. La violation d'une obligation de négocier | 278 |
| 2.1.2. La violation d'autres obligations découlant d'un contrat de négociation..... | 279 |
| 2.2. La détermination conventionnelle des dommages-intérêts..... | 279 |
| III. <i>Les lettres d'intention emportant un engagement contractuel</i> | 279 |
| A. Les lettres d'intention bilatérales | 279 |
| 1. Les lettres bilatérales et les lettres avec effet contractuel | 279 |
| 2. Les lettres d'intention mixtes | 281 |
| B. Les lettres d'intention unilatérales emportant une volonté contractuelle | 281 |
| 1. Les lettres d'intention comportant une offre | 282 |
| 1.1. La réserve (clause subject to contract, non-binding clause)..... | 282 |
| 2.2. Les effets de la réserve | 283 |
| 2. Les lettres d'intention comportant une acceptation..... | 285 |

| | |
|--|------------|
| 3. La lettre d'intention autorisant l'exécution (authority to proceed)..... | 286 |
| § 9 Les actes non obligatoires | 289 |
| <i>I. Les accords de principe.....</i> | <i>289</i> |
| A. La notion..... | 289 |
| B. Les effets de l'accord de principe..... | 290 |
| 1. L'accord de principe comme contrat de négociation | 290 |
| 2. L'accord de principe comme précontrat..... | 291 |
| 2.1. L'effet contractuel de l'accord de principe..... | 291 |
| 2.1.1. La volonté des parties de se lier..... | 291 |
| 2.1.2. L'accord sur les éléments essentiels du contrat | 293 |
| 2.1.3. La portée de l'art. 2 al. 1 CO..... | 294 |
| 2.2.2. La sanction d'une violation de l'accord de principe..... | 298 |
| C. La " punctuation " | 299 |
| <i>II. Les engagements d'honneur.....</i> | <i>300</i> |
| A. La notion..... | 301 |
| B. Les effets de l'engagement d'honneur | 301 |
| 1. L'absence générale d'effet contractuel | 302 |
| 2. Un effet contractuel de droit dispositif? | 303 |
| <i>III. Les lettres d'intention proprement dites.....</i> | <i>304</i> |
| A. La notion..... | 305 |
| 1. Les caractéristiques des lettres d'intention proprement dites...305 | |
| 2. Quelques genres de lettres d'intention proprement dites | 305 |
| 2.1. Les lettres d'intention relatives aux négociations | 306 |
| 2.2. Les lettres d'intention relatives au contrat projeté | 306 |
| B. La portée juridique des lettres d'intention proprement dites | 306 |
| 1. La force probante des lettres d'intention | 307 |
| 1.1. La preuve de l'existence de négociations et de leur avancement..... | 307 |
| 1.2. La preuve des déclarations de l'auteur de la lettre d'intention | 308 |
| 2. Le renforcement de la confiance et la responsabilité précontractuelle | 308 |
| 2.1. La confiance portant sur un comportement futur..... | 308 |
| 2.2. La confiance portant sur une situation présente ou passée..... | 309 |
| C. Les lettres de confort ("comfort letters") | 310 |
| 1. Les principales caractéristiques de la lettre de confort | 310 |
| 2. La portée juridique de la lettre de confort | 311 |
| <i>IV. La lettre de confirmation.....</i> | <i>313</i> |

| | |
|--|------------|
| A. La notion..... | 313 |
| B. Les effets d'une lettre de confirmation inexacte..... | 314 |
| 1. La règle: l'absence d'effets juridiques..... | 314 |
| 2. L'exception: "l'effet constitutif"..... | 314 |
| 3^{ÈME} PARTIE:THEORIE GENERALE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT SUISSE..... | 323 |

| | |
|---|------------|
| Chapitre Ier: La nature juridique de la responsabilité précontractuelle..... | 325 |
|---|------------|

§ 10 Une responsabilité (quasi-)contractuelle?325

| | |
|--|------------|
| <i>I. Une responsabilité contractuelle fondée sur le contrat projeté (régime de la culpa in contrahendo au sens propre).....</i> | <i>325</i> |
| A. La construction proposée..... | 326 |
| B. Notre appréciation..... | 326 |
| <i>II. Une responsabilité contractuelle par analogie.....</i> | <i>327</i> |
| A. La construction proposée..... | 328 |
| B. Notre appréciation..... | 329 |
| 1. Un problème de méthode : un renversement de la logique juridique..... | 329 |
| 2. Un problème de fond : la notion de quasi-contrat | 331 |
| <i>III. Une responsabilité strictement contractuelle</i> | <i>334</i> |
| A. Les constructions proposées | 334 |
| B. Notre appréciation..... | 335 |
| 1. La formation du contrat de négociation : une fiction..... | 336 |
| 2. Les négociations de la relation précontractuelle : un non-sens..... | 337 |
| 3. L'inadéquation du régime de la société simple | 338 |
| 3.1. L'inadéquation de la société simple en tant que telle | 339 |
| 3.2. L'inadéquation des règles sur la société simple..... | 339 |
| 3.2.1. La fin du contrat de société et la rupture des négociations..... | 340 |
| 3.2.2. La responsabilité des associés et la responsabilité précontractuelle | 341 |
| 3.2.3. Le devoir de fidélité des associés et les négociations parallèles..... | 341 |
| <i>IV. Une responsabilité fondée sur l'inexécution d'obligations légales</i> | <i>342</i> |

§ 11 Une responsabilité autonome fondée sur la confiance?.....345

| | |
|---|------------|
| <i>I. La responsabilité fondée sur la confiance</i> | <i>345</i> |
|---|------------|

| | |
|--|-----|
| A. La construction proposée..... | 345 |
| 1. Le contexte de la responsabilité pour la confiance..... | 345 |
| 1.1. La conception traditionnelle de l'illicéité et le dommage purement économique | 346 |
| 1.2. Le rapport entre responsabilité fondée sur la confiance et responsabilité précontractuelle | 348 |
| 2. Les fondements théoriques de la responsabilité pour la confiance | 349 |
| 2.1. Une création jurisprudentielle fondée sur l'existence d'une lacune | 349 |
| 2.2. Les conditions de la responsabilité pour la confiance précontractuelle | 351 |
| 2.2.1. Le rapport juridique spécial (" <i>rechtliche Sonderverbindung</i> ")..... | 351 |
| 2.2.2. Les autres conditions spéciales..... | 356 |
| 2.3. Le régime de la responsabilité pour la confiance | 356 |
| B. Notre appréciation..... | 359 |
| 1. Les raisons générales..... | 359 |
| 1.1. La reconnaissance d'une lacune : une incohérence | 359 |
| 1.2. Les fondements incertains de la responsabilité et leurs conséquences | 360 |
| 1.2.1. Le rapport juridique spécial: un concept vide de sens | 360 |
| 1.2.2. Le rapport spécial : un concept vague | 362 |
| 2. La raison spécifique : le rapport juridique spécial comme source d'obligations..... | 364 |
| 3. Une appréciation finale générale | 365 |
| 3.1. Une appréciation de la voie choisie..... | 365 |
| 3.2. Une appréciation de l'utilité de la voie choisie..... | 366 |
| II. La théorie du rapport de protection uniforme..... | 367 |
| A. La construction proposée..... | 367 |
| 1. Le but poursuivi..... | 367 |
| 2. Les traits essentiels du rapport de protection uniforme | 369 |
| 2.1. L'objet du rapport de protection uniforme : les devoirs de protection | 369 |
| 2.1.1. Les devoirs de prestation | 369 |
| 2.1.2. Les devoirs de protection ou de comportement | 370 |
| 2.2. La naissance et la fin du rapport de protection uniforme | 371 |
| 2.3. La nature et le régime du rapport de protection uniforme | 372 |
| 2.3.1. La nature du rapport de protection uniforme | 372 |
| 2.3.2. Le régime du rapport de protection uniforme..... | 373 |
| B. Notre appréciation..... | 374 |

| | |
|---|------------|
| 1. Quelques remarques générales | 374 |
| 2. Quelques critiques particulières..... | 375 |
| 2.1. Les devoirs de prestation et de comportement : une distinction peu praticable..... | 375 |
| 2.2. Le rapport légal de protection uniforme : une solution dogmatique d'opportunité..... | 378 |
| § 12 Une responsabilité délictuelle | 381 |
| <i>I. Les arguments fondamentaux</i> | <i>381</i> |
| A. L'argument fondé sur les enseignements de l'évolution historique..... | 381 |
| 1. La prééminence de l'approche systématique..... | 381 |
| 2. La prééminence de la voie délictuelle | 383 |
| B. L'argument dogmatique : une relation factuelle caractérisant des devoirs au sens propre..... | 384 |
| 1. La nature factuelle de la relation précontractuelle..... | 384 |
| 1.1. L'absence de relation juridique | 384 |
| 1.2. Les devoirs précontractuels comme devoirs caractérisés | 386 |
| 2. Les devoirs précontractuels comme devoirs au sens propre..... | 388 |
| 2.1. L'inutilité de la distinction entre devoir général et devoir relatif | 388 |
| 2.1.1. Le problème..... | 388 |
| 2.1.2. Notre conception..... | 389 |
| 2.2. Les devoirs précontractuels et les obligations de moyens..... | 390 |
| 2.3. Vers une distinction entre le devoir et l'obligation (quasi-)contractuelle | 393 |
| 2.3.1. Le critère fondé sur la notion de protection et de prestation | 393 |
| 2.3.2. Les critères de politique juridique | 395 |
| a. Le critère fondé sur l'existence d'une alternative..... | 396 |
| b. Le critère fondé sur la sanction primaire de la violation..... | 396 |
| 2.3. Notre conclusion..... | 400 |
| 3. La relation entre devoirs précontractuels généraux et spéciaux..... | 401 |
| <i>II. La construction proposée en droit suisse</i> | <i>403</i> |
| A. La conception traditionnelle de l'illicéité | 404 |
| 1. Les fondements et les justifications de la conception objective | 404 |
| 2. Le caractère hétéronome de la conception objective..... | 408 |
| 3. Le rôle des deux formes d'illicéité en matière précontractuelle | 409 |

| | |
|--|------------|
| 3.1. Le rôle mineur de la notion d'illicéité du résultat..... | 409 |
| 3.2. Le rôle majeur de la notion d'illicéité du comportement..... | 410 |
| B. La remise en cause de la conception traditionnelle de l'illicéité | 412 |
| 1. Le préjudice purement économique comme bien juridique protégé..... | 413 |
| 1.1. La remise en cause d'une hiérarchie des biens juridiques en matière délictuelle..... | 413 |
| 1.1.1. Une incohérence historique | 413 |
| 1.1.2. Une hiérarchie dépassée | 415 |
| 1.2. Notre conception | 416 |
| 1.2.1. Les raisons de réparer le préjudice purement économique..... | 417 |
| 1.2.2. Les limites de la réparation du préjudice purement économique..... | 419 |
| 2. L'illicéité comme violation d'un devoir de diligence..... | 421 |
| 2.1. L'illicéité et la faute..... | 421 |
| 2.2. La fonction résiduelle de la faute (la faute subjective)..... | 423 |
| 2.3. Excursus : l'incidence de la définition sur les responsabilités objectives aggravées | 423 |
| Chapitre II : Le régime de la responsabilité précontractuelle..... | 427 |
| § 13 Les conditions de la responsabilité précontractuelle..... | 427 |
| 1. <i>L'acte illicite et la faute objective: la violation d'un devoir précontractuel</i> | 427 |
| A. La source des devoirs précontractuels | 428 |
| 1. La conception traditionnelle : la bonne foi comme source des devoirs..... | 428 |
| 1.1. Le rôle de la bonne foi en droit suisse | 429 |
| 1.2. Le rôle de la bonne foi dans les systèmes étrangers ou internationaux..... | 430 |
| 1.2.1. Dans les systèmes de <i>civil law</i> | 430 |
| 1.2.2. Dans les systèmes de <i>common law</i> | 431 |
| 1.2.3. Dans les principes de droit uniforme | 433 |
| 2. Notre conception : la diligence comme source des devoirs..... | 437 |
| 2.1. Une critique du recours au principe de la bonne foi dans la relation précontractuelle | 437 |
| 2.2. Le devoir de diligence précontractuel et le rôle résiduel éventuel de la bonne foi..... | 443 |
| B. Les principaux devoirs précontractuels | 443 |
| 1. Le devoir strictement précontractuel : Le devoir de négocier sérieusement | 444 |

| | |
|---|-----|
| 1.1. Le devoir de rompre les négociations..... | 445 |
| 1.2. Le devoir ne pas rompre les négociations..... | 445 |
| 2. Les devoirs précontractuels d'information au sens large..... | 448 |
| 2.1. Le devoir d'information au sens strict..... | 448 |
| 2.2. Le devoir de se renseigner..... | 450 |
| 2.3. Le devoir de vérité..... | 453 |
| 3. Le devoir précontractuel de ne pas compromettre l'objet du contrat (CO 20)..... | 453 |
| 4. Le devoir précontractuel de prendre des mesures de protection ?..... | 454 |
| 5. Un devoir précontractuel de confidentialité ?..... | 455 |
| C. Le devoir de diligence précontractuel et l'étendue de la responsabilité..... | 456 |
| 1. Le devoir de diligence, la confiance et la faute concomitante..... | 456 |
| 1.1. L'intensité du devoir de diligence et la théorie du consentement mutuel..... | 456 |
| 1.2. Quelques règles directrices..... | 457 |
| 1.2.1. Les objectifs généraux (rappel)..... | 457 |
| 1.2.2. L'intensification graduelle du devoir de diligence..... | 458 |
| 2. Le cas particulier du devoir de négocier sérieusement..... | 459 |
| 2.1. Les règles générales..... | 460 |
| 2.2. Quelques exemples et situations particulières..... | 461 |
| 2.2.1. Le cas particulier du contrat soumis à une règle de forme..... | 462 |
| 2.2.2. Le cas particulier du contrat soumis au consentement d'un tiers..... | 464 |
| 2.2.3. Le cas particulier du contrat soumis à condition suspensive..... | 465 |
| D. Les principaux motifs justificatifs..... | 466 |
| II. <i>Le préjudice précontractuel</i> | 467 |
| III. <i>Le rapport de causalité</i> | 467 |
| A. Le devoir de diligence précontractuel et la causalité..... | 467 |
| 1. Le rapport de causalité naturelle..... | 467 |
| 2. Le rapport de causalité adéquate..... | 468 |
| B. La causalité dans les cas particuliers de responsabilité..... | 470 |
| 1. A propos de la violation du devoir de négocier sérieusement..... | 470 |
| 2. A propos de la violation d'un devoir d'information..... | 471 |
| IV. <i>La faute subjective</i> | 473 |
| V. <i>La bonne foi de la partie lésée ?</i> | 473 |
| A. Les régimes spéciaux : les dispositions légales sur la responsabilité..... | 474 |

| | |
|--|------------|
| B. Le régime général : la faute concomitante (CO 44)..... | 476 |
| 1. L'exclusion de la bonne foi comme condition de la responsabilité..... | 476 |
| 1.1. Les raisons dogmatiques..... | 477 |
| 1.1.1. La conception générale de la responsabilité civile | 477 |
| 1.1.2. La responsabilité précontractuelle de l'incapable (CC 411 II) | 479 |
| 1.1.3. La bonne foi et la confiance..... | 479 |
| 1.2. Les raisons d'équité..... | 480 |
| 1.3. Les raisons de politique juridique et économique | 480 |
| 2. Le régime de la "faute" concomitante et son application (CO 44)..... | 481 |
| 2.1. Une question conceptuelle..... | 481 |
| 2.2. Le contexte général..... | 481 |
| 2.3. L'application de l'art. 44 CO à la responsabilité précontractuelle | 482 |
| 2.3.1. L'exclusion de la responsabilité précontractuelle..... | 482 |
| 2.3.2. La réduction des dommages-intérêts précontractuels..... | 483 |
| § 14 Quelques questions particulières..... | 485 |
| <i>I. La responsabilité précontractuelle pour le fait de l'auxiliaire.....</i> | <i>485</i> |
| A. Le régime de l'art. 55 CO..... | 485 |
| 1. La nature de la responsabilité | 486 |
| 2. La notion d'auxiliaire et l'exigence du lien de subordination | 486 |
| 2.1. La personne de l'auxiliaire | 486 |
| 2.2. L'exigence du lien de subordination..... | 487 |
| 2. La portée des preuves libératoires | 488 |
| B. L'application de l'art. 55 CO à la responsabilité précontractuelle | 488 |
| 1. L'application positive de l'art. 55 CO | 489 |
| 1.1. La critique d'un régime spécial fondé sur les règles du consentement | 490 |
| 1.1.1. Les règles sur le dol et la crainte fondée (CO 28, 29 et 31)..... | 490 |
| 1.1.2. La règle sur l'erreur de transmission (CO 27) | 492 |
| 1.2. La critique d'un régime spécial de responsabilité purement objective | 493 |
| 2. L'application négative de l'art. 55 CO | 494 |
| 2.1. La conception traditionnelle : l'application de l'art. 101 CO..... | 494 |
| 2.2. Notre conception : l'application de l'art. 55 CO | 496 |

| | |
|---|------------|
| 2.2.1. Rapport de subordination ou rapport de contrôle ?..... | 496 |
| 2.2.2. Les moyens libératoires | 503 |
| <i>II. La responsabilité précontractuelle plurale</i> | <i>504</i> |
| A. L'application des articles 50 et 51 CO..... | 505 |
| B. Le régime des articles 50 et 51 CO | 505 |
| 1. La responsabilité plurale par action commune (CO 50)..... | 505 |
| 2. Le simple concours des responsabilités (CO 51)..... | 506 |
| <i>III. La prescription de l'action en responsabilité précontractuelle.....</i> | <i>508</i> |
| A. L'application de l'art. 60 CO..... | 509 |
| B. Le système de l'art. 60 CO | 510 |
| 1. Le point de départ du délai de prescription | 510 |
| 1.1. Le point de départ subjectif | 510 |
| 1.2. Le point de départ objectif..... | 511 |
| 2. En matière de responsabilité précontractuelle | 512 |
| 2.1. Quelques remarques générales | 512 |
| 2.2. Le(s) point(s) de départ du délai de prescription dans certains cas particuliers..... | 513 |
| <i>IV. La preuve</i> | <i>514</i> |
| A. Généralités..... | 514 |
| B. Le régime de la preuve..... | 514 |
| 1. La preuve de l'acte illicite et fautif..... | 514 |
| 1.1. L'exclusion de l'art. 97 CO | 514 |
| 1.2. La preuve de la violation du devoir de diligence..... | 515 |
| 2. La preuve du préjudice | 518 |
| 3. La preuve de la causalité | 518 |
| <i>IV. Les "exceptions" légales partielles au régime de la responsabilité précontractuelle.....</i> | <i>519</i> |
| A. La responsabilité dans la représentation (CO 36, 39)..... | 519 |
| 1. La responsabilité du pseudo-représenté (CO 36 II)..... | 519 |
| 2. La responsabilité du pseudo-représentant (CO 39)..... | 520 |
| 2.1. Une exception au régime général | 521 |
| 2.2. Une règle de responsabilité précontractuelle..... | 521 |
| 3. Le rapport entre les responsabilités | 522 |
| B. La responsabilité de l'incapable (CC 411 II, CO 54)..... | 522 |
| 1. La responsabilité en cas de capacité civile restreinte (en part. CC 411 II) | 523 |
| 1.1. Un rappel historique | 523 |
| 1.2. Le régime de l'art. 411 al. 2 CC | 523 |
| 1.3. La responsabilité précontractuelle générale de la personne capable de discernement (CC 19 III)..... | 525 |
| 2. L'incapacité de discernement : le régime de l'art. 54 CO | 526 |

| | |
|---|------------|
| 2.1. La violation d'un devoir précontractuel en état d'incapacité de discernement..... | 527 |
| 2.2. La conclusion d'un contrat en état d'incapacité de discernement..... | 527 |
| <i>V. Les problèmes de conflit et de concours</i> | 530 |
| A. Le concours avec la responsabilité contractuelle..... | 530 |
| 1. Le problème : la concurrence des domaines précontractuel et contractuel | 530 |
| 2. La solution : le concours d'actions | 531 |
| 2.1. La conception majoritaire : l'absorption relative..... | 531 |
| 2.2. Notre conception : le concours d'actions..... | 533 |
| B. Le rapport avec l'invalidation du contrat..... | 537 |
| 1. Le rapport avec l'invalidation pour vice du consentement (CO 23 ss)..... | 537 |
| 1.1. Quelques remarques générales | 538 |
| 1.2. En cas d'invalidation du contrat | 539 |
| 1.3. En cas de ratification du contrat | 539 |
| 2. Le rapport avec l'annulation pour cause de lésion (CO 21) | 540 |
| 2.1. Le contrôle de l'équilibre contractuel : la lésion et la responsabilité précontractuelle | 541 |
| 2.2. Le concours entre la lésion et la responsabilité précontractuelle | 541 |
| 3. Le rapport avec la protection de la personnalité (CC 27 II) | 544 |
| Chapitre III : La réparation du préjudice précontractuel | 547 |
| § 15 L'étendue de la réparation du préjudice (unique) | 547 |
| <i>I. La théorie générale</i> | 547 |
| A. La conception traditionnelle fondée sur les intérêts "contractuels" | 547 |
| 1. L'intérêt précontractuel comme intérêt négatif | 548 |
| 1.1. La distinction entre l'intérêt négatif et l'intérêt positif : un bref rappel historique..... | 548 |
| 1.2. La règle : l'octroi de l'intérêt négatif..... | 548 |
| 1.2.1. L'étendue des dommages-intérêts négatifs..... | 549 |
| 1.2.2. Une limitation à l'intérêt positif ?..... | 555 |
| 1.3. Les nouvelles tendances : l'octroi occasionnel de l'intérêt positif | 557 |
| 1.3.1. Un aperçu de quelques solutions en droit comparé ... | 558 |
| 1.3.2. Le droit suisse | 562 |
| 2. Une critique de la doctrine "contractuelle" des intérêts..... | 568 |
| B. Notre conception : la redéfinition de l'intérêt précontractuel | 569 |

| | |
|---|------------|
| 2.1. La définition générale du préjudice précontractuel | 570 |
| 2.2. Le rapport entre le préjudice précontractuel et l'intérêt précontractuel | 572 |
| 2.3. La réparation du gain manqué direct et de la perte de sa chance | 573 |
| 2.3.1. L'atténuation de la conception traditionnelle | 573 |
| 2.3.2. Notre conception : la réparation de la perte d'une chance | 575 |
| 2.4. La méthode générale de détermination du préjudice réparable | 580 |
| <i>II. Les cas d'application</i> | 580 |
| A. La violation du devoir de négocier sérieusement | 581 |
| 1. Le principe : l'intérêt rétrospectif | 581 |
| 2. L'exception : l'intérêt prospectif | 582 |
| 3. Le rapport entre les deux formes de réparation | 584 |
| 3.1. Le non-cumul des formes de réparation | 584 |
| 3.2. L'absence d'option de la partie lésée | 585 |
| 3.3. Le rapport de subsidiarité | 586 |
| B. La violation du devoir d'information au sens large | 587 |
| 1. La violation du devoir d'information au sens strict | 587 |
| 1.1. Les informations influençant le contenu du contrat | 588 |
| 1.2. Les informations influençant les conditions de validité du contrat | 589 |
| 1.2.1. En général | 589 |
| 1.2.2. L'information sur la forme du contrat | 591 |
| 2. La violation du devoir de se renseigner (CO 26) | 592 |
| C. La violation du devoir ne pas conclure sans pouvoirs (CO 39) | 592 |
| D. La violation du devoir de ne pas compromettre l'objet du contrat | 593 |
| Conclusions principales | 595 |
| Répertoire alphabétique des matières | 591 |