

La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen

Perspectives pour l'ordre juridique suisse

Analyse historique, comparative et prospective

Thèse présentée à la Faculté de droit

Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du grade de docteur en droit

Par

Olivier Riske

Acceptée sur proposition du jury

Président:

Prof. Evelyne Clerc, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Directeur de thèse:

Prof. Christoph Müller, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Rapporteur interne:

Prof. Jean-Philippe Dunand, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Rapporteur externe:

Prof. Christine Chappuis, Faculté de droit de l'Université de Genève

Soutenue le 10 novembre 2015

Université de Neuchâtel 2015

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE DANS LE PROCESSUS D'UNIFORMISATION
DU DROIT PRIVÉ EUROPÉEN**

**Perspectives pour l'ordre juridique suisse
Analyse historique, comparative et prospective**

Olivier RISKE

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

Mme Evelyne Clerc (président)
M. Christoph Müller (directeur de thèse)
M. Jean-Philippe Dunand (rapporteur interne)
Mme Christine Chappuis (Professeure à l'Université de Genève, rap-
porteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 10 novembre 2015



Christoph Müller
Doyen de la Faculté de droit

Mots-clés:

responsabilité précontractuelle, responsabilité fondée sur la confiance, responsabilité extracontractuelle, responsabilité délictuelle, responsabilité contractuelle, culpa in contrahendo, ius variandi, venire contra factum proprium, bonne foi, devoirs précontractuels, relation précontractuelle, négociations, lettres d'intention, common law, civil law, histoire du droit, Rome, ius commune, codification, droit privé européen, droit civil comparé, droit privé uniforme, uniformisation, harmonisation, européanisation, unification, TFUE, TUE, directive, règlement, Avant-projet de Cadre Commun de Référence, Principes de droit européen, Principes d'UNIDROIT, Principes de droit européen de la responsabilité civile, Principes du droit européen du contrat, Principes de l'acquis communautaire, Code européen des contrats, Code civil européen, droit commun européen de la vente, CVIM, Loi type franchise, OR/CO 2020

Keywords:

pre-contractual liability, liability for legitimate reliance, non-contractual liability, tort law, contractual liability, culpa in contrahendo, ius variandi, venire contra factum proprium, good faith, pre-contractual duties, pre-contractual relationship, negotiations, letters of intent, common law, civil law, history of law, Rome, ius commune, codification, european private law, comparative private law, uniform private law, standardisation, harmonisation, europeanisation, unification, TFEU, TEU, directive, regulation, Draft Common Frame of Reference, Principles of European Law, UNIDROIT Principles, Principles of European Tort Law, Principles of European Contract Law, Acquis Principles, European Contract Code, European Civil Code, Common European Sales Law, CISG, Model Franchise Disclosure Law, OR/CO 2020

RÉSUMÉ

Bien que ne faisant pas l'unanimité dans les cercles politiques et académiques, un processus d'uniformisation du droit privé européen – légitimé par un héritage juridique commun européen – est en marche depuis plus d'une trentaine d'années déjà. Une des innovations les plus remarquables de l'*Avant-projet de Cadre Commun de Référence* proposé par les académiciens européens est la formulation d'une clause générale de responsabilité précontractuelle. Faute de volonté politique et de base légale incontestable dans les traités européens, la responsabilité précontractuelle ne fait en effet l'objet d'aucune réglementation générale au niveau européen. Au contraire, la problématique est laissée aux législateurs nationaux. Alors que l'Allemagne a codifié la *culpa in contrahendo* dans son Code civil, la France prévoit de consacrer des dispositions spécifiques relatives à la responsabilité précontractuelle dans ses projets de réforme du droit des obligations. Pour l'heure toutefois, la responsabilité précontractuelle se résume à une expression jurisprudentielle de la clause générale de responsabilité délictuelle inscrite dans le Code civil français. Le droit anglo-américain admet dans certaines hypothèses précises une responsabilité précontractuelle, sans pour autant en faire une institution à portée générale. Cependant, un bon nombre de résultats que les droits romano-germaniques atteignent par la responsabilité pour *culpa in contrahendo* sont obtenus par les mécanismes spécifiques du «*promissory estoppel*», de l'«*unjust enrichment*» et de la «*misrepresentation*». Le droit suisse présentant une lacune dans la loi quant à l'institution de la responsabilité précontractuelle, la jurisprudence s'est évertuée à mettre en place un régime hybride de modalités de mise œuvre de l'obligation de réparer. Par ailleurs, la doctrine s'entre-déchire toujours à propos de la nature de la responsabilité précontractuelle (contractuelle, délictuelle, *sui generis*). La sécurité et la prévisibilité juridiques nous imposent désormais de codifier dans la loi les principales solutions jurisprudentielles suisses, tout en s'inspirant de certaines solutions des droits positif et prospectif étrangers et européen, dans l'optique d'une uniformisation européenne du droit de la responsabilité précontractuelle. Une clause générale de responsabilité précontractuelle trouverait sa place naturelle dans le Code des obligations au moyen d'un nouvel article 22a. Nous formulons une proposition d'article en quatre alinéas. Le premier alinéa consacre le fondement de l'obligation de réparer le préjudice causé par un manquement présumé fautif au devoir fondamental de bonne foi précontractuelle, et ce même par une personne n'ayant pas vocation à devenir elle-même une partie au contrat. Le deuxième alinéa dresse une liste exemplative de devoirs découlant du standard de la bonne foi dans les affaires. Il

mentionne d'abord deux devoirs emblématiques des négociations précontractuelles, à savoir le devoir de négocier conformément à ses intentions véritables et le devoir de ne pas rompre les négociations sans motif justifié. Il soumet ensuite à l'obligation de réparer la violation des devoirs précontractuels expressément prévus par ailleurs par le législateur. Un régime de responsabilité unique est ainsi instauré pour la violation de tous les devoirs précontractuels – implicites ou explicites. Le troisième alinéa codifie une responsabilité purement objective du cocontractant prospectif pour le préjudice causé par son préposé à l'occasion de l'accomplissement de l'activité précontractuelle dont il l'a chargé. Enfin, le quatrième alinéa renvoie aux règles de la responsabilité délictuelle quant à la prescription de l'action en réparation et à l'étendue de la responsabilité. En tant que pendant en matière précontractuelle de l'article 99 al. 3 CO, l'alinéa en question permet d'atténuer les différences entre les responsabilités délictuelle, contractuelle et précontractuelle.

AVANT-PROPOS

Nous y sommes. Tel le spéléologue solitaire émergeant des entrailles de la terre, nous revenons soulagés et déjà nostalgiques d'une longue exploration intérieure pour coucher sur papier ces dernières lignes. A l'inverse de l'aventurier mentionné, nous n'avons certes pas entrepris cette expédition au péril de notre vie, mais nos nerfs (ainsi que ceux de nos proches) furent parfois mis à rude épreuve lorsque nous nous perdions trop longtemps dans d'obscures galeries et autres *compactus* de bibliothèques peu fréquentés par le commun des mortels.

L'intérêt que nous portons à la responsabilité précontractuelle trouve ses origines dans le cours de droit des obligations dispensé par M. le Prof. PIERRE WESSNER. Ce dernier n'a pas hésité à nous faire profiter de sa maîtrise absolue du sujet et à nous pointer dans la bonne direction à chaque fois que nous entamions quelques discussions de couloir. Qu'il soit ici chaleureusement remercié pour son amabilité constante à notre égard.

S'agissant de l'intérêt porté tant au droit romain qu'à l'histoire du droit, nous le devons à la science de M. le Prof. JEAN-PHILIPPE DUNAND, sous la direction duquel nous avons eu la chance d'effectuer notre tout premier travail de rédaction juridique. Nous ne le savions pas encore à l'époque, mais ses encouragements allaient contribuer à forger la confiance nécessaire pour envisager la possibilité d'une thèse. C'est donc avec autant plus de bonheur que nous le remercions pour l'honneur qu'il nous fait de contribuer au prestige hors du commun de notre jury de thèse.

En parlant d'excellence, notre profonde gratitude va également à Mme la Prof. CHRISTINE CHAPPUIS qui a accepté de fonctionner comme rapporteur externe, et ce malgré sa charge de Doyenne de la Faculté de droit de l'Université de Genève. Outre le privilège de soumettre la présente thèse à son expertise, nous n'oublierons pas la gentillesse de son accueil à l'occasion du Colloque organisé à Genève le 3 février 2012 pour la version 2010 des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Bien que doctorant débutant, elle n'avait pas hésité à nous prendre sous son aile et nous présenter notamment à Mme la Prof. BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON et à M. le Prof. MARCEL FONTAINE.

Rien de tout ceci n'aurait toutefois été possible sans le soutien indéfectible de notre Maître et Mentor M. le Prof. CHRISTOPH MÜLLER, Doyen de la Faculté de droit de notre *alma mater*. Si nous sommes arrivés jusqu'ici, c'est aussi à lui qu'en revient le mérite. Pour reprendre l'image du spéléologue, il a été notre «ligne de vie» tout au long de cette longue expédition en solitaire. Il nous a

offert son aide en toute circonstance, toujours disponible, quel que soit l'obstacle à surmonter. D'abord, ses qualités tant scientifiques que pédagogiques ont été une véritable révélation pour nous. Son cours de droit privé comparé et européen en particulier nous a permis d'accéder à la hauteur d'esprit nécessaire pour développer le sens critique indispensable à tout académicien. Nous n'avons donc pas hésité à répondre présent lorsqu'il nous a proposé de travailler avec lui, d'abord en tant qu'assistant-étudiant, puis en qualité d'assistant-doctorant. Ensuite, si nous avons déjà quelques publications à notre actif, c'est encore à lui que nous le devons. A chaque fois que la possibilité lui était offerte, il nous a proposé de collaborer en tant que coauteur à des publications toujours passionnantes et très souvent en rapport avec notre sujet de thèse. Il nous a également confié, pendant quatre ans, le rôle de «*coach*» des équipes neuchâteloises participantes au concours interuniversitaire annuel «*Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*». Enfin, si nous avons l'opportunité de faire nos premiers pas dans l'enseignement universitaire, c'est toujours à lui que nous le devons. Pour tout ceci et bien d'avantage encore, nous lui serons éternellement reconnaissants.

Nous tenons à exprimer nos plus vifs remerciements à notre ami et notaire en devenir M. PATRICK DE MONTOLLIN, MLaw, ainsi qu'à son épouse CÉLINE DE MONTMOLLIN, historienne, pour la relecture attentive de ce manuscrit. Cette thèse a été rédigée en partie à l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) à Lausanne. Nous remercions l'ensemble de son personnel pour l'accueil bienveillant qu'il nous a réservé et l'aide précieuse qu'il nous a apportée.

Enfin, notre profonde gratitude va également à nos proches qui, toujours patients, ont dû faire face à un individu souvent physiquement ou mentalement absent.

Neuchâtel, juillet 2015

Olivier Riske

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ E

AVANT-PROPOS I

TABLE DES MATIÈRES III

TABLE DES ABRÉVIATIONS XXIII

BIBLIOGRAPHIE XXXV

I. Doctrine.....XXXV

II. Principaux travaux préparatoires LXXXI

 A. Allemagne LXXXI

 B. France LXXXI

 C. Royaume-Uni.....LXXXI

 D. Suisse.....LXXXI

 E. Union européenne LXXXII

III. Principaux textes législatifs.....LXXXV

 A. Allemagne LXXXV

 B. France LXXXV

 C. Royaume-Uni.....LXXXV

 D. Suisse.....LXXXV

 E. Union européenne LXXXVI

IV. Principales conventions internationales XC

INTRODUCTION 1

I. Intérêt et actualité de la thématique 1

II. Perspectives de droit comparé.....4

III. Structure des arguments 5

 A. Présentation.....5

 B. Partie première 6

 C. Partie deuxième.....7

 D. Partie troisième 8

**PARTIE PREMIÈRE: PROCESSUS D'UNIFORMISATION DU
DROIT PRIVÉ EUROPÉEN 11**

I.	Racines du droit privé européen	12
A.	Introduction	12
B.	Origines historiques	13
1.	Rome	13
a)	Introduction	13
b)	Héritage hellénique	14
c)	Loi des XXII Tables.....	15
d)	Développement des actions judiciaires.....	17
e)	<i>Ius gentium</i>	21
f)	<i>Iurisprudentia</i>	27
2.	<i>Ius commune</i>	28
a)	Introduction	28
b)	Invasions et compilations.....	29
c)	Rôle de l'Eglise	32
d)	Redécouverte du <i>Corpus Iuris Civilis</i>	34
e)	<i>Ratio scripta</i>	35
f)	<i>Common law</i>	38
g)	Suisse.....	45
3.	Codifications	48
a)	Introduction	48
b)	Définition.....	48
c)	Origine terminologique	49
d)	Contexte idéologique	50
e)	Code comme arme politique.....	52
i.	Contexte historique	52
ii.	Codes conservateurs.....	52
iii.	Codes révolutionnaires.....	54
f)	Code comme œuvre scientifique	55
i.	Contexte historique	55
ii.	Environnement juridique	56
iii.	Ecole historique.....	57
iv.	Doctrines pandectistes.....	57
g)	Suisse.....	59
4.	XX ^e siècle.....	61
a)	Introduction	61
b)	Naissance du droit civil comparé.....	62
c)	Période de l'après-guerre	63

d) Suisse.....	64
C. Conclusions intermédiaires.....	65
II. Vecteurs politiques d'européanisation du droit privé.....	67
A. Introduction.....	67
B. Terminologie.....	67
1. Introduction.....	67
2. Droit privé européen	67
3. Droit privé communautaire.....	68
4. Européanisation du droit privé	69
5. Harmonisation des législations.....	69
C. Acquis communautaire	70
1. Introduction.....	70
2. Emergence du droit privé communautaire	71
a) Introduction.....	71
b) Historique.....	72
c) Politique juridique.....	74
3. Compétences communautaires	75
a) Introduction.....	75
b) Fondements	76
i. Principes.....	76
(a) Introduction.....	76
(b) Principe d'attribution	76
(c) Principe de subsidiarité.....	77
(d) Principe de proportionnalité	77
ii. Typologie	78
(a) Introduction.....	78
(b) Compétences partagées.....	78
(c) Compétences exclusives	79
(d) Compétences d'appui.....	80
iii. Incidence sur l'harmonisation des législations	80
c) En matière de droit privé	81
i. Absence de base légale générale	81
ii. Nature.....	82
iii. Typologie	82
(a) Introduction.....	82
(b) Dispositions spécifiques	82
(c) Dispositions transversales.....	83
d) Bases légales d'harmonisation privilégiées.....	84
i. Introduction.....	84

ii.	Article 114 TFUE.....	86
(a)	Teneur.....	86
(b)	Fonction.....	89
(c)	Déroations	90
(d)	Champ d'application matériel.....	91
iii.	Article 115 TFUE.....	91
(a)	Teneur.....	91
(b)	Champ d'application et fonction subsidiaries	93
iv.	Article 352 TFUE.....	93
(a)	Teneur.....	93
(b)	Clause de flexibilité.....	94
4.	Instruments d'harmonisation	96
a)	Typologie.....	96
b)	Directives.....	97
i.	Introduction	97
ii.	Harmonisation partielle	98
iii.	Harmonisation complète	100
iv.	Harmonisation totale	101
c)	Communications	103
i.	Introduction	103
ii.	Communication sur le droit européen des contrats	104
(a)	Objet	104
(b)	Options	105
(c)	Résultats des consultations	106
iii.	Plan d'Action pour le droit européen des contrats	106
(a)	Objet	106
(b)	Identification des problèmes	107
(c)	Solutions envisagées	108
(d)	Proposition d'un CCR.....	108
iv.	Voie à suivre en matière de droit européen des contrats et de la révision de l'acquis.....	109
(a)	Objet	109
(b)	Fonctions du CCR.....	110
(c)	Contenu du CCR.....	111
v.	Livre vert sur la création d'un droit européen des contrats	111

	(a) Objet.....	111
	(b) Options	114
	(c) Résultats des consultations	120
	(d) Suivi politique	122
	(e) Enjeux	123
d)	CJUE	124
	i. Introduction	124
	ii. Fonctions	124
	iii. Action	125
	iv. Impact.....	127
5.	Harmonisation totale horizontale	128
	a) Introduction	128
	b) Historique	128
	c) Directive relative aux droits des consommateurs	130
	i. Objectifs	130
	ii. Harmonisation horizontale	132
	iii. Harmonisation totale.....	135
	iv. Impact.....	138
d)	Proposition de règlement relatif à un droit européen commun de la vente (CESL)	138
	i. Objectifs	138
	ii. Nature	139
	iii. Champ d'application.....	140
	iv. Critique.....	141
	v. Récurrences et autres obstacles à une codification européenne.....	142
	(a) Controverse	142
	(b) Argument scientifique.....	142
	(c) Argument culturel	144
	(d) Obstacle juridique	145
e)	Synthèse	145
D.	Droit privé conventionnel	146
	1. Notion.....	146
	2. Lois uniformes sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels (LUVI et LUFC).....	147
	3. Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)	148
	a) Présentation.....	148
	b) Champ d'application.....	148

c) Impact	149
E. Conclusions intermédiaires	151
III. Modèles d'uniformisation du droit privé	159
A. Introduction	159
B. Projets académiques paneuropéens	161
1. Principes du droit européen du contrat (PECL)	161
a) Présentation	161
b) Contenu	161
c) Impact	163
2. Principes de droit européen de la responsabilité civile (PETL)	163
a) Présentation	163
b) Contenu	164
c) Impact	165
3. Principes de droit européen (PEL)	165
a) Présentation	165
b) Contenu	166
c) Impact	167
4. Principes de l'acquis communautaire (ACQP)	167
a) Présentation	167
b) Contenu	168
c) Impact	169
5. Avant-projet de Code européen des contrats (Projet GANDOLFI)	170
a) Présentation	170
b) Contenu	171
c) Impact	171
6. Avant-projet de Cadre Commun de Référence (DCFR)	172
a) Présentation	172
b) Contenu	173
i. Définitions	173
ii. Règles modèles	174
iii. Notes et commentaires	175
iv. Principes	175
c) Impact	177
C. Instruments d'organisations internationales	179
1. Typologie	179
2. Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (PICC)	182

a)	Présentation.....	182
b)	Contenu	183
c)	Impact.....	183
D.	Conclusions intermédiaires.....	184
IV.	Schéma récapitulatif: Processus d'uniformisation du droit privé européen.....	187
 PARTIE DEUXIÈME: RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE 189		
I.	Fondements dogmatiques	190
A.	Introduction.....	190
B.	Terminologie.....	191
1.	Introduction.....	191
2.	<i>Culpa in contrahendo</i>	192
3.	Responsabilité précontractuelle.....	192
4.	Phase précontractuelle	192
5.	Négociations précontractuelles.....	193
6.	Relation précontractuelle.....	193
7.	Devoir fondamental de bonne foi précontractuelle.....	194
C.	Principes.....	195
1.	Introduction.....	195
2.	Liberté contractuelle	195
a)	Notion.....	195
b)	Aspects	196
c)	<i>Ius variandi</i>	196
i.	Principe	196
ii.	Restrictions.....	197
(a)	Introduction.....	197
(b)	Directes	197
(c)	Indirecte.....	198
d)	Liberté de l'objet du contrat	198
i.	Principe	198
ii.	Restrictions.....	199
(a)	Introduction.....	199
(b)	Objet des prestations	199
(c)	Relation entre les prestations.....	199
3.	Bonne foi.....	200
a)	Notion.....	200

i.	Subjective	201
ii.	Objective	201
iii.	Norme de comportement	202
b)	Fonctions	204
i.	Introduction	204
ii.	Standard de comportement créateur de confiance précontractuelle	205
iii.	Standard objectif de mesure de la protection de la confiance précontractuelle	208
(a)	Objet de la confiance.....	208
(b)	Objet de la protection.....	208
(c)	Protection de la confiance légitime dans la conclusion d'un contrat.....	209
c)	Synthèse.....	211
D.	Champ d'application	211
1.	Introduction	211
2.	Historique	211
3.	Classique	214
4.	Moderne.....	215
E.	Devoirs précontractuels spécifiques	216
1.	Introduction	216
2.	Devoir de négocier de bonne foi.....	217
a)	Notion.....	217
b)	Rupture des négociations	219
i.	Introduction	219
ii.	Principe.....	219
(a)	Introduction	219
(b)	Intensification du devoir de diligence.....	219
(c)	Critique	222
(d)	Synthèse.....	223
iii.	Exceptions	226
(a)	Introduction	226
(b)	Engagements précontractuels valant renonciation au <i>ius variandi</i>	227
(c)	Déclarations d'intention concordantes sur les éléments essentiels.....	229
(d)	Autres déceptions déloyales de la confiance éveillée	232
3.	Devoirs d'information.....	234

a)	Introduction.....	234
b)	Devoir de se renseigner.....	235
c)	Devoirs d'informer le cocontractant prospectif	236
i.	Devoirs d'information spéciaux	236
ii.	Devoir d'information général	237
4.	Devoirs de protection spéciaux.....	241
5.	Devoir de confidentialité	243
F.	Conclusions intermédiaires.....	244
II.	Origines	253
A.	Introduction.....	253
B.	Sources romaines	253
1.	Introduction.....	253
2.	<i>Actio in factum</i>	255
3.	<i>Actio empti</i>	257
4.	Synthèse	259
C.	Survol de l'évolution historique	260
1.	Introduction.....	260
2.	Glose d'ACCURSE	260
3.	Humanisme de DONEAU	261
4.	Jusnaturalisme de GROTIUS	262
5.	Pandectisme de VON JHERING	265
D.	Conclusions intermédiaires.....	268
III.	Appréhension par les deux cultures juridiques.....	270
A.	Introduction.....	270
B.	<i>Civil law</i> romano-germanique	271
1.	Introduction.....	271
2.	Allemagne	271
a)	Introduction.....	271
b)	Fondements	271
i.	Bonne foi (§ 242 BGB).....	271
ii.	Rapport d'obligation (§ 241 al. 1 BGB).....	273
iii.	<i>Culpa in contrahendo</i> (§§ 241 al. 2, 311 al. 2 et 3 BGB)	275
(a)	Historique	275
(b)	Bases légales (§§ 241 al. 2, 311 al. 2 et 3 BGB)	276
c)	Devoirs précontractuels (§ 241 al. 2 BGB).....	277
i.	Présentation	277

ii.	Devoirs découlant du principe de la bonne foi.....	279
iii.	Devoirs de protection spéciaux.....	279
d)	Hypothèses génératrices de devoirs précontractuels (§ 311 al. 2 BGB).....	280
i.	Introduction	280
ii.	Entame de négociations (§ 311 al. 2 ch. 1 BGB)	281
iii.	Contexte préparatoire à la conclusion (§ 311 al. 2 ch. 2 BGB).....	281
iv.	Contacts commerciaux similaires (§ 311 al. 2 ch. 3 BGB).....	282
e)	Effets obligationnels envers les tiers (§ 311 al. 3 BGB)	284
i.	Présentation	284
ii.	<i>Sachwalterhaftung</i>	284
iii.	Effet protecteur pour les tiers.....	285
f)	Nature	286
g)	Synthèse.....	287
3.	France	287
a)	Introduction	287
b)	<i>De lege lata</i>	288
i.	Introduction	288
ii.	Principes	288
iii.	Bases légales (art. 1382 et 1383 CCfr.).....	288
iv.	Faute précontractuelle	289
v.	Nature	293
c)	<i>De lege ferenda</i>	294
i.	Réforme du droit des obligations.....	294
(a)	Introduction	294
(b)	Motifs	294
(c)	Projets.....	295
ii.	Projet CATALA.....	297
(a)	Présentation	297
(b)	Bonne foi dans les négociations (art. 1104 à 1104-2 Projet CATALA).....	297
(c)	Devoir d'information général (art. 1110 et 1110-1 Projet CATALA).....	300
iii.	Projet CHANCELLERIE	303
(a)	Présentation	303

	(b) Principes généraux (art. 5 et 6 Projet CHANCELLERIE)	304
	(c) Bonne foi dans les négociations (art. 16 et 17 Projet CHANCELLERIE)	305
	(d) Devoir d'information général (art. 44 Projet CHANCELLERIE)	308
iv.	Projet TERRÉ	309
	(a) Présentation	309
	(b) Principes généraux (art. 3 à 6 Projet TERRÉ).....	310
	(c) Bonne foi dans les négociations (art. 24 à 27 Projet TERRÉ).....	315
	(d) Devoir d'information général (art. 33 et 34 Projet TERRÉ).....	318
v.	Projet TERRÉ RC	320
	(a) Présentation	320
	(b) Illicéité.....	320
	(c) Devoir général de prudence et de diligence	323
	d) Synthèse	323
C.	<i>Common law</i> anglo-américaine	324
	1. Introduction.....	324
	2. Bonne foi.....	325
	a) Présentation.....	325
	b) Phase précontractuelle	326
	3. <i>Promissory estoppel</i>	329
	a) Présentation.....	329
	b) Applications	329
	4. <i>Restitution for Unjust Enrichment</i>	332
	a) Présentation.....	332
	b) Applications	332
	5. <i>Misrepresentation</i>	333
	a) Présentation.....	333
	b) <i>Fraudulent Misrepresentation</i>	334
	c) <i>Negligent Misrepresentation</i>	336
	d) <i>Innocent Misrepresentation</i>	337
	6. Synthèse	338
D.	Conclusions comparatives	339
	1. Systèmes allemand et français.....	339

2.	Approches romano-germanique et anglo-américaine	342
IV.	Solutions retenues par le droit privé uniforme.....	346
A.	Introduction	346
B.	Principes du droit européen du contrat (PECL)	346
1.	Introduction	346
2.	Bonne foi (art.1:201 PECL).....	347
3.	Négociations contraires à la bonne foi (art. 2:301 PECL)	349
4.	Manquement à la confidentialité (art. 2:302 PECL)	352
5.	Synthèse.....	354
C.	Principes de l'acquis communautaire (ACQP)	354
1.	Introduction	354
2.	Bonne foi précontractuelle (art. 2:101 ACQP).....	355
3.	Attentes légitimes (art. 2:102 ACQP).....	356
4.	Négociations contraires à la bonne foi (art. 2:103 ACQP)	359
5.	Devoirs d'information (art. 2:201 à 2:208 ACQP)	362
a)	Introduction	362
b)	Devoir d'informer sur les biens et services (art. 2:201 ACQP).....	362
c)	Devoirs d'information en cas de commercialisation visant des consommateurs (art. 2:202 ACQP)	363
d)	Devoirs d'information envers les consommateurs désavantagés (art. 2:203 ACQP).....	365
e)	Clarté et forme de l'information (art. 2:204 ACQP)	366
f)	Information sur l'adresse et l'identité (art. 2:205 ACQP)	368
g)	Information sur le prix (art. 2:206 ACQP)	369
h)	Fardeau de la preuve (art. 2:207 ACQP).....	370
i)	Sanctions (art. 2:208 ACQP)	371
6.	Synthèse.....	374
D.	Principes de droit européen sur la responsabilité extracontractuelle pour dommage causé à autrui (PEL Liab. Dam.).....	374
1.	Introduction	374
2.	Règle de base (art. 1:101 PEL Liab. Dam.).....	375
3.	Perte du fait de la foi accordée à des avis ou des informations inexactes (art. 2:207 PEL Liab. Dam.)	377
4.	Synthèse.....	380
E.	Principes de droit européen de la responsabilité civile (PETL).....	380
1.	Introduction	380

2.	Norme de base (art. 1:101 PETL)	381
3.	Responsabilité pour faute (art. 4:401 PETL)	383
4.	Devoir de protéger autrui d'un dommage (art. 4:103 PETL)	385
5.	Synthèse	386
F.	Avant-projet de Cadre Commun de Référence (DCFR).....	386
1.	Introduction.....	386
2.	Négociations contraires à la bonne foi (art. II.-3:301 DCFR)	387
3.	Manquement à la confidentialité (art. II.-3:302 DCFR)	391
4.	Devoirs d'information (art. II.-3:101 à II.-3:109 DCFR)	393
a)	Introduction	393
b)	Devoirs d'information en cas de communication à distance en temps réel (art. II.-3:104 DCFR)	394
c)	Formation par moyens électroniques (art. II.-3:105 DCFR)	395
d)	Devoir de divulguer les informations sur les marchandises, autres biens ou services (art. II.-3:101 DCFR)	397
e)	Devoirs spécifiques pour les entreprises en cas de commercialisation visant des consommateurs (art. II.-3:102 DCFR).....	398
f)	Devoir d'informer en cas de conclusion d'un contrat avec un consommateur particulièrement désavantagé (art. II.-3:103 DCFR)	398
g)	Clarté et forme de l'information (art. II.-3:106 DCFR)	399
h)	Information sur le prix et les charges additionnelles (art. II.-3:107 DCFR)	399
i)	Information sur l'adresse et l'identité des entreprises (art. II.-3:108 DCFR)	400
j)	Moyens sanctionnant la violation des devoirs d'information (art. II.-3:109 DCFR)	400
5.	Clause générale de responsabilité précontractuelle (art. II.-3:501 DCFR).....	402
6.	Responsabilité extracontractuelle pour dommages causés à autrui (livre VI DCFR).....	405
7.	Synthèse	405
G.	Avant-projet de Code européen des contrats (Projet GANDOLFI)...	405

1.	Présentation	405
2.	Devoir de correction et responsabilité pour sa violation (art. 6 Projet GANDOLFI)	406
3.	Devoirs d'information, de confidentialité et de respect des us et coutumes (art. 7 à 9 Projet GANDOLFI)	409
4.	Synthèse.....	411
H.	Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (PICC).....	411
1.	Introduction	411
2.	Bonne foi précontractuelle.....	412
3.	Mauvaise foi dans les négociations (art. 2.1.15 PICC)	412
4.	Devoir de confidentialité (art. 2.1.16 PICC)	414
5.	Interdiction de se contredire (art. 1.8 PICC)	415
6.	Synthèse.....	416
I.	Loi type d'UNIDROIT sur la divulgation des informations en matière de franchise (Loi type franchise).....	417
1.	Introduction	417
2.	Champs d'application (art. 1 Loi type franchise).....	418
3.	Devoir d'information précontractuel (art. 6 Loi type franchise).....	419
4.	Modalités du devoir d'information (art. 3 à 5 Loi type franchise)	420
5.	Sanctions (art. 8 Loi type franchise).....	420
6.	Synthèse.....	422
J.	Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente (CESL).....	423
1.	Introduction	423
2.	Bonne foi	424
3.	Devoirs de négocier de bonne foi et de confidentialité	426
a)	Absence de dispositions.....	426
b)	Applicabilité du droit national supplétif	426
4.	Devoirs d'information précontractuels.....	428
a)	Introduction	428
b)	Relations B2C	429
i.	Avis d'application du CESL	429
ii.	Forme et éléments de base du devoir d'informer.....	430
iii.	Devoirs supplémentaires lors de contacts par moyens de communication à distance	431

c)	Relations B2B	432
d)	Devoirs supplémentaires en cas de conclusion par voie électronique	434
i.	Relations B2B ou B2C.....	434
ii.	Relations B2C	435
e)	Sanctions	436
f)	Caractère impératif et fardeau de la preuve	437
5.	Synthèse	438
K.	Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises (CVIM)	438
1.	Introduction.....	438
2.	Absence de disposition expresse	439
3.	Champ d'application.....	440
4.	Responsabilité précontractuelle en cas de conclusion d'un contrat vicié.....	441
5.	Responsabilité précontractuelle sans conclusion d'un contrat.....	441
6.	Responsabilité précontractuelle en cas de conclusion d'un contrat valable	443
7.	Synthèse	443
L.	Conclusions intermédiaires.....	443
M.	Tableaux de concordances.....	447
1.	Liberté, bonne foi et responsabilité précontractuelle pour manquement aux devoirs y trouvant leurs sources	447
2.	Devoirs d'information précontractuels spéciaux et responsabilité pour leur violation	448

PARTIE TROISIÈME: PERSPECTIVES POUR L'ORDRE

JURIDIQUE SUISSE..... 449

I.	Responsabilité précontractuelle <i>de lege lata</i>	450
A.	Introduction	450
B.	Nature	450
1.	Introduction.....	450
2.	Contractuelle et quasi-contractuelle	451
a)	Introduction.....	451
b)	Contractuelle	451
i.	Rétroactivité du contrat projeté	451
ii.	Fiction de contrat	452

c)	Quasi-contractuelle	453
3.	Délictuelle	454
a)	Introduction	454
b)	Concept étroit de l'illicéité.....	455
c)	Régime délictuel inadapté.....	458
4.	Autonome	459
a)	Introduction	459
b)	<i>Tertio datur</i>	459
5.	Fondée sur la confiance.....	462
a)	Introduction	462
b)	Notion	462
c)	Généralisation d'une généralisation	464
d)	Examen quant à l'existence d'une lacune	471
C.	Absorptions et concours.....	473
1.	Introduction	473
2.	Action aquilienne	474
a)	Introduction	474
b)	Absorption.....	474
c)	Concours.....	474
3.	Action contractuelle	475
a)	Introduction	475
b)	Absorption.....	476
i.	Doctrine	476
ii.	Jurisprudence.....	477
c)	Concours.....	479
i.	Principe.....	479
ii.	Garantie pour les défauts.....	483
(a)	Introduction	483
(b)	Absence d'une qualité promise.....	484
(c)	Absence d'une qualité attendue	485
(d)	Concours alternatif restreint.....	486
(e)	Exclusivité de l'action en garantie.....	487
(f)	Exclusivité de l'action précontractuelle.....	488
D.	Lettres d'intention	489
1.	Introduction	489
2.	Notion	490
3.	Typologie.....	492
a)	Selon la réciprocité.....	492
i.	Lettre d'intention unilatérale.....	493

ii.	Lettre d'intention multilatérale	494
b)	Selon le contenu	495
i.	Lettre d'intention proprement dite.....	496
ii.	Lettres d'intention improprement dites	497
(a)	Notion.....	497
(b)	Accord d'entrée en négociation.....	497
(c)	Accord de principe.....	498
(d)	Accord précontractuel obligatoire	500
E.	Conclusions intermédiaires.....	501
II.	Responsabilité précontractuelle <i>de lege ferenda</i>.....	510
A.	Introduction	510
B.	Avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile (AP WIDMER/WESSNER).....	510
1.	Introduction.....	510
2.	Historique	510
3.	Contenu	513
a)	Règles générales.....	513
b)	Règles spéciales	515
4.	Impact.....	515
a)	National	515
i.	Politique législative.....	515
ii.	Scientifique	516
b)	International	516
i.	Politique législative.....	516
ii.	Scientifique	517
5.	Responsabilité fondée sur la confiance comme responsabilité délictuelle.....	518
a)	Approche choisie	518
b)	Article 46 AP WIDMER/WESSNER.....	518
i.	Teneur	518
ii.	Notion générale d'illicéité (art. 46 al. 1 AP WIDMER/WESSNER).....	519
iii.	Notion particulière d'illicéité par le comportement (art. 46 al. 2 AP WIDMER/WESSNER).....	520
c)	Bonne foi comme norme de protection fondamentale..	522
C.	Code des obligations suisse 2020: Projet relatif à une nouvelle partie générale (Projet OR/CO 2020).....	526
1.	Introduction.....	526

2.	Buts.....	527
3.	Clause générale de responsabilité du fait personnel (art. 46 OR/CO 2020)	528
	a) Teneur.....	528
	b) Absorption de l'illicéité par la faute objective	529
4.	Arguments contre la suppression de l'illicéité	530
	a) Manque de sécurité juridique et de prévisibilité	530
	b) Responsabilité sans limites	533
	c) Evolution du droit européen	534
5.	Illicéité comme concept unique	537
	a) Abandon de la théorie objective de l'illicéité.....	537
	b) Illicéité par la violation d'un devoir de protection concret	538
D.	Proposition de codification	540
1.	Introduction	540
2.	Motifs	540
3.	Approche choisie.....	542
	a) Constat initial	542
	b) Différenciation	543
	c) Critère de distinction.....	545
	d) Régime extracontractuel autonome	545
	e) Responsabilité fondée sur la confiance non-précontractuelle	546
4.	Clause générale de responsabilité précontractuelle (art. 22a nCO).....	547
	a) Introduction	547
	b) Intégration systématique	548
	i. Au sein de la partie générale du CO	548
	ii. Au sein du chapitre premier du titre premier.....	550
	c) Teneur.....	550
	d) Formulation et structure.....	551
	e) Hypothèse générique (art. 22a al. 1 nCO).....	552
	i. Introduction	552
	ii. Conditions matérielles.....	553
	(a) Principe.....	553
	(b) Préjudice	553
	(c) Violation du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle.....	558
	(d) Lien de causalité naturel et adéquat.....	560

	(e) Faute présumée	562
iii.	Sujets de la responsabilité.....	567
	(a) Principe	567
	(b) Cocontractant prospectif.....	567
	(c) Auxiliaire du cocontractant prospectif (<i>Sachwalterhaftung</i>).....	567
f)	Liste exemplative de devoirs spécifiques (art. 22a al. 2 nCO).....	568
i.	Principe	568
ii.	Devoir de négocier conformément à ses intentions véritables (art. 22a al. 2, let. a nCO) ...	569
iii.	Devoir de ne pas rompre les négociations sans motif justifié (art. 22a al. 2, let. b nCO)	570
iv.	Devoir de s'acquitter diligemment des devoirs précontractuels prévus par la loi (art. 22a al. 2, let. c nCO)	572
g)	Responsabilité du fait de l'auxiliaire du cocontractant prospectif (art. 22a al. 3 nCO)	574
i.	Principe	574
ii.	Concours d'actions	576
h)	Prescription et étendue de la responsabilité (art. 22a al. 4 nCO)	576
i.	Principe	576
ii.	Prescription	577
iii.	Etendue de la responsabilité	578
E.	Conclusions intermédiaires.....	579
CONCLUSION		585

TABLE DES ABRÉVIATIONS

§(§)	<i>Paragraf(en)/Paragraph(s)/paragraphe(s)</i>
a	ancien(ne)
A.C.	<i>Law Reports, Appeal Cases</i> (Royaume-Uni)
ABGB	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil autrichien)
aBGB	ancien BGB (antérieur à la Loi de modernisation du droit des obligations de 2002)
Abs.	<i>Absatz</i> (= al.)
aCO	ancien Code fédéral des obligations suisse, du 14 juin 1881
AcP	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i> (Allemagne)
ACQP	<i>Acquis Principles</i> (= Principes de l'acquis communautaire)
aCst.	ancienne Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874
ADHGB	<i>Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch</i> (ancien Code commercial allemand)
AEUV	<i>Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union</i> (= TFUE)
AG	Argovie
AHC	Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures
AJP/PJA	<i>Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle</i>
al.	alinéa(s)
ALI	<i>American Law Institute</i>
All E.R.	<i>All England Law Reports</i> (Royaume-Uni)
ALR	<i>Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten</i> (Code prussien)

Alt.	<i>Alternative</i>
Anm.	<i>Anmerkung</i>
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures
aTUE	ancien traité sur l'UE (traité de Maastricht du 7 février 1992 instituant l'UE)
av.	avant
B2B	<i>Business to Business</i> (= entreprise à entreprise)
B2C	<i>Business to Consumer</i> (= entreprise à consommateur)
BE	Berne
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Allemagne)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Allemagne)
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen</i> (Allemagne)
BK	<i>Berner Kommentar</i> (Suisse)
BL	Bâle-Campagne
BO	Bulletin officiel des procès-verbaux du Conseil national (N) et du Conseil des Etats (E).
BS	Bâle-Ville
BSK	<i>Basler Kommentar</i> (Suisse)
BT	<i>Bundestag</i> (Allemagne)
Bull.	Bulletin/Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (France)
Burr.	<i>Burrow's Reports</i> (Royaume-Uni)
c.	considérant(s)
C.L.C.	<i>Commercial Law Cases</i> (Angleterre et Pays de Galles)
C.L.R.	<i>Commonwealth Law Reports</i> (Australie)
C2C	<i>Consumer to Consumer</i> (= consommateur à consommateur)

Cass. civ.	Cour de cassation, Chambre civile (France)
Cass. com.	Cour de cassation, Chambres commerciales et financières (France)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCesp.	Code civil espagnol
CCfr.	Code civil français
CCit.	Code civil italien
CCport.	Code civil portugais
CCR	Cadre Commun de Référence (= <i>Common Frame of Reference</i> – CFR)
CE	Communauté européenne
CECA	Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l’acier du 8 avril 1951
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des Droits de l’Homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
CEE	Traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957
CEEA	Traité instituant la Communauté européenne de l’énergie atomique du 25 mars 1957 (aussi «Euratom»)
CESL	<i>Common European Sales Law</i> (= droit commun européen de la vente)
cf.	<i>confer</i> (reportez-vous à/comparez)
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre
CHK	<i>Handkommentar zum Schweizer Privatrecht</i> (Suisse)
Cir.	<i>Circuit</i> (USA)
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes (dénomination de la CJUE avant l’adoption du traité de Lisbonne en 2009)

CJUE	Cour de Justice de l'UE (dénomination de la CJCE après l'adoption du traité de Lisbonne en 2009)
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (= <i>United Nation Commission on International Trade Law</i> – UNCITRAL)
CO	Code des obligations suisse du 30 mars 1911 (RS 220)
coaut.	coauteur(s)
col.	colonne(s)
Colum. J. Eur. L.	<i>Columbia Journal of European Law</i> (USA)
Colum. L. Rev.	<i>Columbia Law Review</i> (USA)
COM	Communication de la Commission européenne
Comm.	<i>Commercial court</i>
coord.	coordinateur(s)
COt	Code des obligations turc
Cour EDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPJP	Coopération policière et judiciaire en matière pénale
CR	Commentaire romand (Suisse)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (RS 0.221.211.1)
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i> (= Avant-projet du Cadre Commun de Référence)
DE	version allemande
DFJP	Département fédéral de justice et police
dir.	directeur(s)/sous la direction de
Drs.	<i>Drucksache</i>

E.-U.	Etats-Unis d'Amérique (= USA)
EC	<i>European Community</i> (= CE)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EG(V)	<i>Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft</i> (= TCE)
ég.	également
EN	version anglaise
env.	environ
E.R.	<i>English Reports</i> (Angleterre)
ERCL	<i>European Review of Contract Law</i> (Allemagne)
ERPL	<i>European Review of Private Law</i> (Pays-Bas)
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
etc.	<i>et cætera</i>
EUV	<i>Vertrag über die Europäische Union</i> (= TUE)
ex.	exemple
F.2d	<i>Federal Reporter, Second Series</i> (USA)
FR	Fribourg/version française
GE	Genève
GL	Glaris
GPR	<i>Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht</i> (Allemagne)
GR	Grisons
Hansard	<i>Hansard Official Report of debates in Parliament</i> (Angleterre et Pays de Galles)
Harv. L. Rev.	<i>Harvard Law Review</i> (USA)
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i> (Code commercial allemand)
HL	<i>House of Lords</i> (Royaume-Uni)
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>

<i>i.f.</i>	<i>in fine</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (le[s] même[s] au[x] même[s] endroit[s])
IBLJ/RDAI	<i>International Business Law Journal</i> /Revue de droit des affaires internationales (Royaume-Uni)
Incoterms	<i>International Commercial Terms</i>
InDret	<i>Revista para el análisis del derecho</i> (Espagne)
Intr./Intro.	<i>Introduction</i> /Introduction
J.	<i>Judge/Justice</i>
J.-C.	Jésus Christ
JAR	<i>Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts</i> (Suisse)
JCP G	Jurisqueur périodique (La Semaine Juridique – Edition générale) (France)
JO	Journal officiel de l'UE
JORF	Journal officiel de la République française (Lois et décrets)
JT	Journaux des Tribunaux (Suisse)
JU	Jura
JZ	<i>Juristenzeitung</i> (Allemagne)
K.B.	<i>King's Bench</i> (Angleterre et Pays de Galles)
KUKO	<i>Kurzkomentar</i> (Suisse)
L.R.	<i>Law Reports</i> (Angleterre et Pays de Galles)
LCA	Loi fédérale du 2 août 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCC	Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (RS 241)
let.	lettre
LParl	Loi sur le Parlement (Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002) (RS 171.10)
LU	Lucerne

LVF	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3)
MA	<i>Massachusetts</i> (USA)
Mél.	Mélanges
MK	<i>Münchener Kommentar</i> (Allemagne)
n.	numéro(s)
N.B.	<i>Nota Bene</i>
N.W.(2d)	<i>North Western Reporter, (Second Series)</i> (USA)
N.Y.(3d)	<i>New York Reports, (Third Series)</i> (USA)
nCO	nouveau CO
NE	Neuchâtel
not.	notamment
Nr.	<i>Nummer</i> (= ch.)
NW	Nidwald
Nw. J. Int'l L. & Bus.	<i>Northwestern Journal of International Law & Business</i> (USA)
NY Slip Op	<i>New York Slip Opinion Service</i> (USA)
OGer	<i>Obergericht</i>
OGH	<i>Oberster Gerichtshof</i> (Autriche)
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OJF	Office fédéral de la justice
ÖJZ	<i>Österreichische Juristen-Zeitung</i> (Autriche)
ONU	Organisation internationale des Nations Unies (= <i>United Nations</i> – UN)
op. cit.	<i>opus citatum</i>
OW	Obwald
p.	page(s)

p.ex.	par exemple
PCC	Principes Contractuels Communs
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i> (= Principes du droit européen du contrat)
PEL	<i>Principles of European Law</i> (= Principes de droit européen)
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i> (= Principes de droit européen de la responsabilité civile)
PICC	<i>Principles of International Commercial Contracts</i> (= Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international)
PME	petite(s) et moyenne(s) entreprise(s)
prép.	préparateur(s)
Princ.	<i>Principle</i>
Q.B.	<i>Queen's Bench</i> (Angleterre et Pays de Galles)
Qual Saf Health Care	<i>Quality and safety in health care</i> (Angleterre)
R.J.T.	Revue juridique Thémis (Canada)
RDC	Revue des contrats (France)
RDS/ZSR	Revue de droit suisse/ <i>Zeitschrift für Schweizerisches Recht</i> (Suisse)
Rec.	Recueil/Recueil des arrêts de la CJUE (CJCE av. 2009)
Red.	<i>Redaktor</i>
rééd.	réédition
réf.	référence(s)
réimpr.	réimpression
reprod.	reproduction
RG	<i>Reichsgericht</i> (Allemagne)

RGZ	<i>Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen</i> (Allemagne)
RIDC	Revue internationale de droit comparé (France)
RIW	<i>Recht der Internationalen Wirtschaft</i> (Allemagne)
RJB/ZBJV	Revue des juristes bernois/ <i>Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins</i> (Suisse)
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise (Suisse)
R.J.T.	Revue juridique Thémis (Canada)
RS	Recueil systématique (Suisse)
RSDA/SZW	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier/ <i>Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht</i> (Suisse)
RSDIE/SZIER	Revue suisse de droit international et européen/ <i>Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht</i> (Suisse)
RSJ/SJZ	Revue suisse de jurisprudence/ <i>Schweizerische Juristen-Zeitung</i> (Suisse)
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil (France)
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique (France)
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence (Suisse)
s.	et suivant
Sct.	<i>Section</i>
SG	Saint-Gall
SH	Schaffhouse
SI	<i>Statutory Instrument</i> (Royaume-Uni)
SJ	Semaine Judiciaire (Suisse)
SLC	Société de législation comparée
SO	Soleure
ss	et suivant(e)s

SZ	Schwytz
TC	Tribunal cantonal
TCE	Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne
TF	Tribunal fédéral suisse
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'UE (modifie le TCE par le traité de Lisbonne entré en vigueur le 1 ^{er} décembre 2009)
TG	Thurgovie
TI	Tessin
TUE	Traité sur l'UE (tel que modifié par le traité de Lisbonne entré en vigueur le 1 ^{er} décembre 2009)
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i> (USA)
UE	Union européenne
UKHL	<i>United Kingdom House of Lords</i> (Royaume-Uni)
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
UR	Uri
<i>Urt. v.</i>	<i>Urteil vom</i>
USA	<i>United States of America</i> (= E.-U.)
v	<i>versus/and</i>
VD	Vaud
vers. élect.	version électronique
vol.	volume
Vorb.	<i>Vorbemerkung(en)</i>
VS	Valais
W.L.R.	<i>Weekly Law Reports</i> (Angleterre et Pays de Galles)
Wash.(2d)	<i>Washington Reports, (Second Series)</i> (USA)
Wis.(2d)	<i>Wisconsin Reports, (Second Series)</i> (USA)

ZEuP	<i>Zeitschrift für Europäisches Privatrecht</i> (Allemagne)
ZG	Zoug
ZH	Zurich
Ziff.	<i>Ziffer</i> (= ch.)
ZK	<i>Zürcher Kommentar</i> (Suisse)

BIBLIOGRAPHIE

I. Doctrine

A

ACADÉMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS (GANDOLFI GUISEPPE [coord.]), *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier, Des contrats en général*, 3^e éd., Milan 2002 (cité: Projet GANDOLFI).

ACCURSIUS, *Corpus iuris civilis Iustinianei, cum commentariis Accursii, scholiis Contii et D. Gothofredi lucubrationibus ad Accursium*, Lyon 1627, ([uni-heidelberg.de](http://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/justinian1627ga/)), p.<<http://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/justinian1627ga/>> (visité le 26.06.2015).

ALBORS-LLORENS ALBERTINA, *Consumer Law, Competition Law and the Europeanization of Private Law*, in: CAFAGGI FABRIZIO (édit.), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford 2006, p. 245 ss.

ALLEN DAVID K., *England*, in: HONDIUS EWOUT (édit.), *Precontractual Liability: Reports to the XIIIth Congress: International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990*, Deventer/Boston 1991 (cité: ALLEN, *England*).

AMSTUTZ MARC, *Interpretatio multiplex: zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335*, in: EPINEY ASTRID/RIVIÈRE FLORENCE (édit.), *Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*, Zurich 2006, p. 67 ss.

AMSTUTZ MARC/PICHONNAZ PASCAL/PROBST THOMAS/WERRO FRANZ (édit.), *Droit privé européen: Directives choisies*, 2^e éd., Berne 2011.

ANCEL MARC, *Utilité et méthode du droit comparé*, Neuchâtel 1971.

ANEX JEAN, *L'intérêt négatif, sa nature et son étendue*, thèse Lausanne 1977.

ARISTOTE, *Etique à Nicomaque, Livre V*, traduction française par RICHARD BODÉÛS, Paris 2004.

ARROYO I AMAYUELAS ESTHER, *Die Basistexte des Europäischen Privatrechts*, in: SCHULZE REINER/AJANI GIANMARIA (édit.), *Common Principles of European Private Law: Studies of a Research Network*, Baden-Baden 2003, p. 305 ss.

ARTZ MARKUS, *Die „vollständige Harmonisierung“ des europäischen Verbraucherprivatrechts*, in: GPR 2009, p. 171 ss.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Réponse à la Commission européenne: A propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, 2011,

(ec.europa.eu),

p.<http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/16_fr.pdf> (visité le 26.06.2015).

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE/SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE (FAUVARQUE-COSSON BÉNÉDICTE/MAZEAUD DENIS [coord.]), *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Paris 2008 (cité: PCC).

AUBERT DE VINCELLES CAROLE, *Le processus de conclusion du contrat*, in: GROUPE DE TRAVAIL DE L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES (TERRÉ FRANÇOIS [dir.]), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris 2009, p. 119 ss.

AUBERT DE VINCELLES CAROLE, *Les principes généraux relatifs au droit des contrats*, in: GROUPE DE TRAVAIL DE L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES (TERRÉ FRANÇOIS [dir.]), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris 2009, p. 113 ss (cité: AUBERT DE VINCELLES, *Les principes généraux*).

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003.

AUBERT MAURICE/BÉGUIN PIERRE-ANDRÉ/BERNASCONI PAOLO/GRAZIANO-VON BURG JOHANNA/SCHWOB RENATE/TREUILLAUD RAPHAËL, *Le secret bancaire suisse, Droit privé, pénal, administratif, fiscal, procédure, entraide et conventions internationales*, 3^e éd., Berne 1995.

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse, vol. I: L'Etat*, 3^e éd., Berne 2013 (cité: AUER/MALINVERNI/HOTTELIER I).

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse, vol. II: Les droits fondamentaux*, 3^e éd., Berne 2013 (cité: AUER/MALINVERNI/HOTTELIER II).

B

BAKER JOHN H., *An Introduction to English Legal History*, Londres/Edinbourg 1990.

BALDUS CHRISTIAN/GRUNDMANN STEFAN/JAEGER JUNIOR
AUGUSTO/WEATHERILL STEPHEN/ZACCARIA ALESSIO/ZOLL
FRYDERYK/MÜLLER-GRAFF PETER-CHRISTIAN, *Gemeinschaftsprivatrecht, Unionsprivatrecht, Europäisches Privatrecht?*, in: GPR 2011, p. 270 ss.

BALSCHKE PHILLIP, *Konsumvertragsrecht und E-Commerce: Eine Übersicht*, thèse Bâle, Berne 2005.

BANAKAS STATHIS, *Unde venis et quo vadis? European Tort Law Revisited*, in: RSDIE/SZIER 2008, p. 295 ss.

BAR COUNCIL OF ENGLAND AND WALES, *Response to the European Commission Consultation on Contract Law*, 2011, (ec.europa.eu), p.<http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/25_en.pdf> (visité le 26.06.2015).

BASEDOW JÜRGEN, *Freedom of Contract in the European Union*, in: ERPL 2008, p. 901 ss (cité: BASEDOW, *Freedom of Contract*).

BASEDOW JÜRGEN, *Un droit commun des contrats pour le Marché commun*, in: RIDC 1998, p. 7 ss.

BAUMANN MAX, *Vorbemerkungen Art. 2/3, Art. 2, Art. 3*, in: GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (édit.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, 1. Teilband, Art 1–7 ZGB*, 3^e éd., Zurich 1998 (cité: ZK-BAUMANN).

BEALE HUGH, *European Contract Law: The Common Frame of Reference and Beyond*, in: TWIGG-FLESNER CHRISTIAN (édit.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge 2010, p. 115 ss (cité: BEALE, *European Contract Law*).

BEALE HUGH, *The DCFR: Mistake and Duties of Disclosure*, in: ERCL 2008, p. 317 ss (cité: BEALE, ERCL 2008).

BEALE HUGH, *The European Commission's Common Frame of Reference Project: A Progress Report*, in: ERCL 2006, p. 303 ss (cite: BEALE, ERCL 2006).

BEAUCAMB BERND, *Das Bewerbungsschuldverhältnis nach § 311 II BGB als rechtlicher Kernbereich des Wettbewerbs*, in: NJW 2003, p. 3096 s.

BEHAR-TOUCHAIS MARTINE/FAUVARQUE-COSSON BÉNÉDICTE/JACQUEMIN ZOÉ, *Droit commun européen de la vente: L'unité sans l'uniformisation*, in: RDC 2012, p. 191 ss.

BEHRENDTS OKKO, *Zur Wirkungsgeschichte des Corpus Iuris Civilis*, in: BEHRENDTS OKKO/KNÜTEL ROLF/KUPISCH BERTHOLD/SEILER HANS HERMANN (édit.), *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung II, Digesten 1–10*, Heidelberg 1995, p. XIII ss.

BENÖHR HANS-PETER, *L'unification du droit civil en Allemagne*, in: CARONI PIO (édit.), *L'unification du droit privé au XIX^{ème} siècle*, Fribourg 1986, p. 217 ss.

BERBERAT DIDIER/PERDRIZAT DANIEL, *L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé*, in: CARONI PIO (édit.), *L'unification du droit privé au XIX^{ème} siècle*, Fribourg 1986, p. 13 ss.

BERGER BERNHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, 2^e éd., Berne 2012.

BESSON SAMANTHA, *Fundamental Rights and European Private Law*, in: BUSSANI MAURO/WERRO FRANZ (édit.), *European Private Law: A Handbook*, vol. 1, Berne 2009, p. 7 ss.

BLACK HENRY CAMPBELL, *Black's Law Dictionary*, 9^e éd., Saint Paul 2009.

BLESSING MARC, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Bâle 1999.

BOGDAN MICHEAL, *Concise Introduction to Comparative Law*, Groningen 2013.

BONNELL MICHEAL JOACHIM, *An International Restatement of Contract Law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3^e éd., Ardsley 2005 (cité: BONNELL, *Restatement*).

BONNELL MICHEAL JOACHIM, *Formation of Contracts and Precontractual Liability under the Vienna Convention on International Sale of Goods*, in: INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (édit.), *Formation of Contracts and Precontractual Liability: The Dossiers of the Institute of International Business Law and Practice*, Paris 1990, p. 157 ss (cité: BONNELL, *CISG*).

BONNELL MICHEAL JOACHIM, *The UNIDROIT Principles: A Modern Approach to Contract Law*, in: WEYERS HANS-LEO (édit.), *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden 1997, p. 9 ss (cité: BONNELL, *Approach*).

BRAND PAUL, *The Making of the Common Law*, Londres 1992.

BREHM ROLAND, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41-61 OR, 4^e éd., Berne 2013.

BRETONE MARIO, *Geschichte des römischen Rechts, Von den Anfängen bis zu Justinian*, Munich 1992.

BROWNSWORD ROGER, *Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law*, in: BROWNSWORD ROGER et al. (édit.), *Good Faith in Contract*, Burlington 2002, p. 13 ss.

BRUNNER CHRISTOPH (édit.), *Un-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht*, 2^e éd., Berne 2014 (cité: BRUNNER[/AUTEUR], *UN-Kaufrecht – CISG*).

BUCHER EUGEN, Art. 1–10 OR, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 5^e éd., Bâle 2011 (cité: BSK-BUCHER).

BUCHER EUGEN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2^e éd., Zurich 1988.

BUCHER EUGEN, *Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?* in: FORSTMOSER PETER/HONSELL HEINRICH/WIEGAND WOLFGANG (édit.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter*, Berne 2005, p. 231 ss (cité: BUCHER, *Vertrauenshaftung*).

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER, *Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zu dem Grünbuch „Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen“*, 2011, (ec.europa.eu),

p.<http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/42_de.pdf> (visité le 26.06.2015).

C

CANARIS CLAUS-WILHELM, *Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen*, in: JZ 1965, p. 475 ss (cité: CANARIS, JZ 1965).

CANARIS CLAUS-WILHELM, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in: JZ 2001, p. 499 ss (cité: CANARIS, JZ 2001).

CANARIS CLAUS-WILHELM, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Munich 1971.

CANARIS CLAUS-WILHELM, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, in: CANARIS CLAUS-WILHELM/DIEDERICHSEN UWE (édit.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, Munich 1981, p. 27 ss (cité: CANARIS, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*).

CARRON BLAISE, *La protection du consommateur lors de la formation du contrat*, in: CARRON BLAISE/MÜLLER CHRISTOPH (édit.), *Droits de la consommation et de la distribution: Les nouveaux défis*, Bâle/Neuchâtel 2013, p. 95 ss.

CARTWRIGHT JOHN, *The English Law of Contract: Time for Review?*, in: ERPL 2009, p. 155 ss.

CARTWRIGHT JOHN/HESSELINK MARTIJN, *Case 13: Editors' Comparative Observations*, in: CARTWRIGHT JOHN/HESSELINK MARTIJN (édit.), *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge 2008, p. 395 ss. (cité: CARTWRIGHT/HESSELINK, *Case 13*).

CARTWRIGHT JOHN/HESSELINK MARTIJN, *Conclusions*, in: CARTWRIGHT JOHN/HESSELINK MARTIJN (édit.), *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge 2008, p. 449 ss.

CARVAL SUZANNE, *Notion et rôle de la faute dans les projets européens*, in: GROUPE DE RECHERCHE EUROPÉEN SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET L'ASSURANCE (GRERCA) (édit.), *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris 2012, p. 187 ss.

CASTETS-RENARD CÉLINE, *La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats*, in: Recueil Dalloz 2009, p. 1158 ss.

CASTETS-RENARD CÉLINE, *Les projets de réforme du droit français des contrats*, in: Osaka University Law Review 57 (2010), p. 65 ss (cité: CASTETS-RENARD CÉLINE, *Les projets de réforme*).

CASTRONOVO CARLO, *Information Duties and Precontractual Good Faith*, in: ERPL 2009, p. 559 ss.

CATALA PIERRE et al., *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, (justice.gouv.fr),

p.<http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf> (visité le 26.06.2015) (cité: Projet CATALA).

CATALA PIERRE, *Présentation générale de l'avant-projet*, in: CATALA PIERRE et al., *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, ([justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr)), p.<http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf> (visité le 26.06.2015), p. 11 ss.

CHAPPUIS CHRISTINE, Art. 2, 304–306 CC, in: PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT (édit.), *Commentaire romand, Code civil I, Art. 1–359 CC*, Bâle 2010 (cité: CR CC I-CHAPPUIS).

CHAPPUIS CHRISTINE, *La responsabilité fondée sur la confiance*, in: SJ 1997, p. 165 ss (cité: CHAPPUIS, *La responsabilité fondée sur la confiance*).

CHAPPUIS CHRISTINE, *Les règles de la bonne foi entre contrat et délit*, in: DUFOUR ALFRED/RENS IVO/MEYER-PRITZL RUDOLF/WINIGER BÉNÉDICT (édit.), *Pacte, convention, contrat, Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998, p. 227 ss (cité: CHAPPUIS, *Les règles de la bonne foi entre contrat et délit*).

CHAPPUIS CHRISTINE, *Une nouvelle clause générale de responsabilité pour faute*, in: HAVE/REAS 2013, p. 360 ss (cité: CHAPPUIS, *Une nouvelle clause générale*).

CHAPPUIS CHRISTINE/WERRO FRANZ, *La responsabilité civile: à la croisée des chemins*, in: RDS/ZSR II/2003, p. 287 ss.

CICERO, *de officiis*, with an English translation by WALTER MILLER, Cambridge (MA)/Londres 1913.

CICERO, *de re publica de legibus*, with an English translation by CLINTON WALKER KEYES, Cambridge (MA)/Londres 1928.

CICÉRON, *de officiis*, traduction: CHARLES APPUHN, Paris 1933.

CITY OF LONDON LAW SOCIETY, *Response to European Commission Green Paper on Contract Law*, 2011, (ec.europa.eu), p.<http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/68_en.pdf> (visité le 26.06.2015).

CLAVEL SANDRINE, *La confiance dans les instruments internationaux et européens de droit uniforme*, in: BÉNABOU VALÉRIE-LAURE/MURIEL CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Paris 2008, p. 11 ss.

COLOMBI CIACCHI AURELIA, *An Optional Instrument for Consumer Contracts in the EU: Conflict of Laws and Conflict of Policies*, in: SOMMA ALESSANDRO (édit.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Alphen aan den Rijn 2009, p. 3 ss.

COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (LANDO OLE/BEALE HUGH [édit.]), *Principles of European Contract Law, part I*, Dordrecht/Boston/Londres 1995 (cité: PECL I).

COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (LANDO OLE/BEALE HUGH [édit.]), *Principles of European Contract Law, parts I and II*, Dordrecht 2000 (cité: PECL II).

COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (LANDO OLE/CLIVE ERIC/PRÜM ANDRÉ/ZIMMERMAN REINHARD [édit.]), *Principles of European Contract Law, part III*, La Haye Londres/New York 2003 (cité: PECL III).

COQUILLETTE DANIEL R., *The Civilian Writers of Doctors' Commons, London: Three Centuries of Juristic Innovation in Comparative, Commercial and International law*, in: COING HELMUT/NÖRR KNUT WOLFGANG (édit.) *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, Band 3*, Berlin 1988.

CORNU GÉRARD, *Sources des obligations – Définitions (art. 1101 à 1103)*, in: CATALA PIERRE et al., *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, *Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, 22 Septembre 2005, ([justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr)), p.<http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf> (visité le 26.06.2015), p. 19 ss.

COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2006, La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, ([courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)), p.<http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_cassation-rapport_2006.pdf> (visité le 26.06.2015) (cité: COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2006*).

CRAIG PAUL, *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford 2010.

CRAVETTO CHIARA/PASA BARBARA, *The “Non-Sense” of Pre-contractual Information Duties in Case of Non-concluded Contracts*, in: ERPL 2011, p. 759 ss.

D

DANNEMANN GERHARD/FERRERI SILVIA/GRAZIADEI MICHELE, *Language and Terminology*, in: TWIGG-FLESNER CHRISTIAN (édit.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge 2010, p. 70 ss.

DASSER FELIX, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria: rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht*, Zurich 1989.

DAVID RENÉ/JAUFFRET-SPINOSI CAMILLE, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd., Paris 2002.

DE BOER NIK J., *The Theoretical Foundations of the Common Core of European Private Law Project: A Critical Appraisal*, in: ERPL 2009, p. 841 ss.

DE BOOYS TIMOTHY Q./HESSELINK MARTIJN W./MAK CHANTAL, *How the CFR Can Improve the Consumer Rights Directive: a Comparison Between the Provisions of the Draft Common Frame of Reference and the European Commission's Proposal for a Consumer Rights Directive*, in: CENTRE FOR THE STUDY OF EUROPEAN CONTRACT LAW, Working Paper Series, No. 2009/09, ([ssrn.com](http://papers.ssrn.com)), p. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492660> (visité le 26.06.2015).

DE CONINCK BERTRAND, *Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles*, in: FONTAINE MARCEL (dir.), *Le processus de formation du contrat, contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles 2002, p. 17 ss.

DE GEEST GERRIT/KOVAC MITJA, *The Formation of Contracts in the Draft Common Frame of Reference*, in: ERPL 2009, p. 113 ss.

DE ZULUETA FRANCIS/STEIN PETER, *The Teaching of Roman Law in England Around 1200*, Londres 1990.

DEHOUSSE RENAUD, *La Cour de Justice des Communautés européennes*, Paris 1997.

DELBECQUE PHILLIPPE/MAZEAUD DENIS, *Formation du contrat (art. 1104 à 1107)*, in: CATALA PIERRE et al., *Avant-projet de réforme du droit des*

obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, (justice.gouv.fr), p.<http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf> (visité le 26.06.2015), p. 27 ss.

DELMAS-MARTY MIREILLE, *Le phénomène de l'harmonisation, l'expérience contemporaine*, in: JAMIN CHRISTOPH/MAZEAUD DENIS (édit.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris 2001, p. 23 ss.

DEROUSSIN DAVID, *Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927: chant du cygne de la culture juridique latine?*, in: Clio@Themis numéro 2, 2009, (cliothemis.com), p.<<http://www.cliothemis.com/Le-Projet-de-Code-des-obligations>> (visité le 26.06.2015)

DESCHENAUX HENRI, *Traité de droit civil suisse, Tome II/1, Le titre préliminaire du code civil*, Fribourg 1969.

DESHAYES OLIVIER, *Dits et non-dits du livre vert*, in: DESHAYES OLIVIER (édit.) *Le livre vert «relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises»*, Contributions du LEJEP, Cergy-Pontoise 2011, p. 11 ss.

DESHAYES OLIVIER, *La faute dans la rupture des pourparlers peut-elle résulter de l'absence de motifs?*, in: RDC 2013, p. 545 ss (cité: DESHAYES, *La faute dans la rupture*).

DESHAYES OLIVIER, *Le dommage réparable en cas de faute commise lors des pourparlers*, in: RDC 2013, p. 98 ss (cité: DESHAYES, *Le dommage réparable*).

DÖLEMEYER BARBARA, *Kodifikationspläne in deutschen Territorien des 18. Jahrhundert*, in: DÖLEMEYER/KLIPPEL (édit.), *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der Frühen Neuzeit, Beiheft 22*, Zeitschrift für Historische Forschung, Berlin 1998, p. 201 ss.

DONELLI HUGONIS, *Opera omnia: Commentariorum de iure civili tomus tertius cum notis Osualdi Hilligeri*, 1763, (books.google.ch/), p.<http://books.google.ch/books?id=XidGAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> (visité le 26.06.2015) (cité: DONELLUS, *Commentarii de iure civili*).

DREW KATHERINE FISCHER, *Law and Society in Early Medieval Europe*, Londres 1988.

DRUEY JEAN-NICOLAS, *Vertrauenshaftung – eine Revolution?*, in: HONSELL HEINRICH *et al.* (édit.), *Privatrecht und Methode, Mélanges E. A. Kramer*, Bâle/Genève/Munich 2004, p. 347 ss.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/KELLER ALEXIS, *Préface*, in: STEIN PETER, *Le droit romain et l'Europe: Essai d'interprétation historique*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2004, p. VII ss.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/PICHONNAZ PASCAL, *Lexique de droit romain*, Genève/Zurich/Bâle 2006.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/SCHMIDLIN BRUNO/WINIGER BÉNÉDICT, *Droit privé romain II, Obligations*, 2^e éd., Genève 2012 (cité: DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, *Droit privé romain II*).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/WYSSBROD ADRIEN, *Histoire du droit privé: 45 textes fondamentaux*, Neuchâtel 2015.

E

EBEL FRIEDRICH/THIELMANN GEORG, *Rechtsgeschichte, Ein Lehrbuch, Band I, Antike und Mittelalter*, Heidelberg 1989.

ELSENER FERDINAND, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16.–19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, Die Kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zurich 1975.

ENGEL PIERRE, *Contrats de droit suisse*, 2^e éd., Berne 2000 (cité: ENGEL, *Contrats*).

ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne 1997.

ERNST WOLFGANG, *Art. 38-45 OR 2020*, in: HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO (édit.), *OR/CO 2020: Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale*, Zurich/Bâle/Genève 2013.

ERNST WOLFGANG, *Einleitung*, in: SÄCKER FRANZ JÜRGEN/RIXECKER ROLAND/OETKER HARTMUT (édit.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, 6^e éd., Munich 2012 (cité: MK-BGB-ERNST).

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Vienne 2005 (cité: PETL-AUTEUR).

EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *A European contract law for consumers and business: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, 2011, (ec.europa.eu), p.<http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf (visité le 26.06.2015).

F

FABRE-MAGNAN MURIEL, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, thèse Paris 1992 (cité: FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information*).

FABRE-MAGNAN MURIEL, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Paris 2008.

FAGES BERTRAND, *Pre-contractual Duties in the DCFR*, in: ERCL 2008, p. 304 ss.

FARGNOLI IOLE, *Culpa in contrahendo im "Dornröschenschlaf"*? – Zur vorvertraglichen Haftung beim zustande gekommenen Vertrag, in: RSJ/SJZ 2011, p. 173 ss.

FARNSWORTH E. ALLAN, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, in: 87 Colum. L. Rev. 217 (1987), p. 217 ss (cité: FARNSWORTH, *Precontractual Liability*).

FARNSWORTH E. ALLAN, *Contracts*, 3^e éd., New York 1999 (cité: FARNSWORTH, *Contracts*).

FARNSWORTH E. ALLAN, *General Report*, in: INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (édit.), *Formation of Contracts and Precontractual Liability: The Dossiers of the Institute of International Business Law and Practice*, Paris 1990, p. 15 ss (cité: FARNSWORTH, *General Report*).

FARNSWORTH E. ALLAN, *Good Faith in the Contract Performance*, in: BEATSON JACK/FRIEDMANN DANIEL (édit.), *Good Faith in Contract Law*, Oxford 1995, p. 153 ss (cité: FARNSWORTH, *Good Faith*).

FAUVARQUE-COSSON BÉNÉDICTE, *L'estoppel du droit anglais*, in: BEHAR-TOUCHAIS MARTINE (édit.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Paris 2001, p. 3 ss.

FAUVARQUE-COSSON BÉNÉDICTE, *Vers un droit commun européen de la vente*, Recueil Dalloz 2012, p. 34 ss (cité: FAUVARQUE-COSSON, Dalloz 2012).

FAUVARQUE-COSSON BÉNÉDICTE/MAZEAUD DENIS (édit.), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich 2008.

FELLMANN WALTER, *Revision der Revision – Abkehr von einer Generalklausel der Gefährdungshaftung*, in: HAVE/REAS 2013, p. 363 ss.

FELLMANN WALTER, *Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht*, in: RSJ/SJZ 1995, p. 41 ss (cité: FELLMANN, *Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit*).

FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftung des OR, ZGB und PrHG*, Berne 2012.

FELLMANN WALTER/MÜLLER CHRISTOPH/WERRO FRANZ, Art. 46-63 OR 2020, in: HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO (édit.), *OR/CO 2020: Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale*, Zurich/Bâle/Genève 2013.

FENOUILLET DOMINIQUE, *La réforme du droit français des contrats en droit positif, Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres: présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat*, in: RDC 2009, p. 279 ss.

FERRARI FRANCO, *Kapitel I. Anwendungsbereich, Kapitel II. Allgemeine Bestimmungen, Teil IV. Schlussbestimmungen*, in: SCHWENZER INGEBORG (édit.), *Schlechtriem/Schwenzer Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf – CISG –*, 6^e éd., Munich 2013 (cité: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/FERRARI).

FISCHER KLEMENS H., *Der Vertrag von Lissabon: Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag*, 2^e éd., Baden-Baden/Vienne/Berne 2010.

FISHER ROGER/URY WILLIAM/PATTON BRUCE, *Comment réussir une négociation, Traduit de l'anglais par LÉON BRAHEM*, 3^e éd., Paris 2006.

FONTAINE MARCEL, *Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats – Avant-projet*, 2006, (droit-afrique.com), p.<[http://www.droit-](http://www.droit-afrique.com)

afrique.com/images/textes/Ohada/AU/OHADA%20-%20Avant%20projet%20AU%20contrats.pdf> (visité le 26.06.2015) (cité FONTAINE, *Avant-projet OHADA*).

FONTAINE MARCEL, *Ius commune et harmonisation du droit des contrats*, in: WIJFFELS ALAIN (édit.), *Le Code civil, entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles 2005, p. 75 ss.

FONTAINE MARCEL, *Le processus de formation du contrat dans tous ses états*, in: BELLANGER FRANÇOIS/CHAIX FRANÇOIS/CHAPPUIS CHRISTINE/HÉRITIER LACHAT ANNE (dir.), *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004, p. 227 ss (cité: FONTAINE, *processus*).

FRANZEN MARTIN, *Privatrechtsangleichung durch die europäische Gemeinschaft*, Berlin/New York 1999.

FURMSTON MICHAEL/TOLHURST GREG J., *Contract Formation: Law and Practice*, Oxford 2010.

FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.

G

GAIUS, *Institutiones*, herausgegeben, überstetzt und kommentiert von ULRICH MANTHE, Darmstadt 2004.

GAMBARO ANTONIO/SACCO RODOLFO/VOGEL LOUIS, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris 2011.

GANDOFLI GIUSEPPE, *Le code européen des contrats*, in: DUNAND JEAN-PHILIPPE/WINIGER BÉNÉDICT (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 275 ss (cité: GANDOFLI, *Le code*).

GANDOLFI GUISEPPE, *Académie des Privatistes Européens: Livre vert de la Commission du 1.7.2010 COM(2010)348 final*, 2011, (ec.europa.eu), p.<http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/2_fr.pdf> (visité le 26.06.2015) (cité: GANDOLFI, *Livre vert 2010*).

GARY LOW, *The (Ir)Relevance of Harmonization and Legal Diversity to European Contract Law: A Perspective from Psychology*, in: ERPL 2010, p. 285 ss.

GAUCH PETER, *Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts*, in: recht 1996, p. 225 ss.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, 10^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014.

GEIGER RUDOLF, Art. 1-55 EUV, in: GEIGER RUDOLF/KHAN DANIEL-ERASMUS/KOTZUR MARKUS, *EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar*, 5^e éd., Munich 2010.

GHESTIN JACQUES, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers*, in: JCP G 2007 I 155, p. 15 ss (cité: GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive*).

GHESTIN JACQUES, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat: Formation*, 2^e éd., Paris 1988.

GILISSEN JOHN, *Introduction historique au droit, Esquisse d'une histoire universelle du droit, Les sources du droit depuis le XIII^{ième} siècle, Eléments d'histoire du droit privé*, Bruxelles 1979.

GIRARD PAUL FRÉDÉRIC, *L'histoire des XII Tables*, Paris 1902 (cité: GIRARD, *XII Tables*).

GIRARD PAUL FRÉDÉRIC, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris 1929.

GIRAUD CHARLES, *Histoire du droit romain, ou introduction historique à l'étude de cette législation*, Paris 1841.

GMÜR RUDOLF, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, Bern 1965.

GODERRE DIANE MADELINE, *International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention*, in: 66 U. Cin. L. Rev. 257 (1997), p. 257 ss.

GONZENBACH RAINER, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, thèse Berne 1987.

GOYARD-FABRE SIMONE, *La rationalisation de la loi en France au XVIII^{ème} siècle*, in: DÖLEMAYER BARBARA/KLIPPEL DIETHELM (édit.), *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der Frühen Neuzeit, Beiheft 22, Zeitschrift für Historische Forschung*, Berlin 1998, p. 55 ss.

GROTII HUGONIS, *De jure belli ac pacis libri tres, in quibus jus naturae & gentium, item juris publici praecipua explicantur, Editio nova*, réimpr., Washington 1913 (cité: GROTIUS, *De jure belli ac pacis*).

GROTIUS HUGO, *Le droit de la guerre et de la paix, traduit par PAUL PRADIER-FODÉRE*, (ALLAND DENIS/GOYARD-FABRE SIMONE [édit.]), Paris 2005.

GROUPE DE TRAVAIL DE L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES (TERRÉ FRANÇOIS [dir.]), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris 2009 (cité: Projet TERRÉ).

GROUPE DE TRAVAIL DE L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES (TERRÉ FRANÇOIS [dir.]), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris 2011 (cité: Projet TERRÉ RC).

GRUNDMANN STEFAN, *The Future of Contract Law*, in: ERCL 2011, p. 490 ss.

GRUNEWALD BARBARA, *Das Scheitern von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund*, JZ 1984, p. 708 ss.

GUILLOD OLIVIER/ROTH ROBERT, *Préface*, in: DUNAND JEAN-PHILIPPE/WINIGER BÉNÉDICT (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. V s.

GUTMAN KATHLEEN, *The Commission's 2010 Green Paper on European Contract Law: Reflections on Union Competence in Light of the Proposed Options*, in: ERCL 2011, p. 151 ss.

GUYAZ ALEXANDRE/VAUTIER EIGENMANN MURIEL, *Le dommage purement économique*, in: WERRO FRANZ/PICHONNAZ PASCAL (édit.), *Le dommage dans tous ses états, Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Berne 2013, p. 195 ss.

H

HAAS JOSIANE, *La responsabilité de l'entreprise en Europe: Un droit unique pour le Marché unique?*, thèse Fribourg, Berne 2004.

HAGE-CHAHINE NAJIB, *Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation*, in: 32 Nw. J. Int'l. & Bus. 451 (2012), p. 451 ss.

HALPÉRIN JEAN-LOUIS, *Le regard de l'historien*, in: CARBIONNER JEAN et al., *Le Code civil 1804-2004: Livre du Bicentenaire*, Paris 2004, p. 43 ss (cité: HALPÉRIN, *Le Code civil*).

L

HARKE JAN DIRK, *Irrtum und culpa in contrahendo in den Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht: Eine Kritik*, in: ZEuP 2006, p. 326 ss (cité: HARKE, ZEuP 2006).

HARTMANN STEPHAN, *Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht*, thèse Fribourg 2001.

HATTENHAUER HANS, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4     d., Heidelberg 2004.

HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, *Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB*, Berne 2003.

HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998*, in: ZBJV/RJB 135 (1999), p. 401 ss (cité: HAUSHEER/JAUN, *Die privatrechtliche Rechtsprechung*).

HEHLI CHRISTOPH, *Die alternativen Rechtsbehelfe des Käufers, unter besonderer Berücksichtigung der Haftung aus culpa in contrahendo*, Zürich/B  le/Genève 2008.

HEIDERHOFF BETTINA, *Gemeinschaftsprivatrecht*, 2     d., Munich 2007.

HEIRBAUT DIRK/STORME MATTHIAS E., *The Historical Evolution of European Private Law*, in: TWIGG-FLESNER CHRISTIAN (  dit.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge 2010, p. 20 ss.

HERRNFELD HANS-HOLGER, Art. 48, 49, 53-55 EUV; Art. 67-76, 114-177, 217 AEUV, in: SCHWARZE JÜRGEN (  dit.), *EU-Kommentar*, 3     d., Baden-Baden 2012.

HESELINK MARTIJN W., *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, in: ERPL 2012, p. 195 ss (cité: HESELINK, ERPL 2012).

HESELINK MARTIJN W., *The Concept of Good Faith*, in: HARTKAMP ARTHUR et al. (  dit.), *Towards a European Civil Code*, 4     d., Nijmegen 2011, p. 619 ss (cité: HESELINK, *Good Faith*).

HESELINK MARTIJN W., *The Politics of a European Civil Code*, in: HESELINK MARTIJN W. (  dit.), *The Politics of a European Civil Code*, La Haye 2006, p. 143 ss (cité: HESELINK, *Politics*).

HESELINK MARTIJN W./RUTGERS JACOBIE W./DE BOOYS TIMOTHY Q., *The Legal Basis for an Optional Instrument on Contract Law*, in: CENTER FOR THE STUDY OF EUROPEAN CONTRACT LAW, Working paper 04/2007, (ssrn.com),

p.<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091119> (visité le 26.06.2015).

HEUZÉ VINCENT, *La réception du droit communautaire dans le droit des Etats membres et le droit des contrats*, in: BERGÉ JEAN-SYLVESTRE/NIBOYET MARIE-LAURE (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruxelles 2003, p. 128 ss.

HIRSCH GÜNTER, *Die Europäisierung des Privatrechts*, in: RIESENHUBER KARL (édit.) *Die Europäisierung des Privatrechts, Praxishefte zum Europäischen Privatrecht, Heft 1*, Berlin 2006.

HOFSTETTER KARL, *Gutachterhaftung gegenüber Dritten im schweizerischen Recht*, in: PJA/AJP 1998, p. 261 ss.

HOGG MARTIN, *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*, Cambridge 2011.

HOLDSWORTH WILLIAM, *A History of English Law*, vol. I, 7^e éd. réimp., Londres 1971.

HONDIUS EWOUT, *England and the European Civil Code*, in: ERPL 2009, p. 85 ss (cité: HONDIUS, ERPL 2009).

HONDIUS EWOUT, *General Report*, in: HONDIUS EWOUT (édit.), *Precontractual Liability: Reports to the XIIIth Congress: International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990*, Deventer/Boston 1991, p. 3 ss (cité: HONDIUS, *General Report*).

HONDIUS EWOUT, *PECL versus PICC: One up for UNIDROIT*, in: ERPL 2009, p. 745 ss (cité: HONDIUS, *One Up for UNIDROIT*).

HONDIUS EWOUT, *The Draft Common Frame of Reference: Building Block or Stumbling Block for a European Civil Code?*, in: ERPL 2009, p. 483 ss (cité: HONDIUS, *Draft*).

HONDIUS EWOUT, *Towards a New Swiss Law of Obligations*, in: ERPL 2014, p. 1 ss (cité: HONDIUS, ERPL 2014).

HONSELL HEINRICH, Art. 1–4, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (édit.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB*, 4^e éd., Bâle 2010 (cité: BSK-HONSELL).

HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

HUBER EUGEN, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*, (4 vol.), Bâle 1886-1893 (cité: HUBER, I-IV).

HUGUENIN CLAIRE, *Europäisches Vertragsrecht auf dem Weg vom Konsumentenrecht zum Allgemeinen Vertragsrecht*, in: KELLERHALS ANDREAS (édit.), *Einführung ins europäische Wirtschaftsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 173 ss.

HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité: HUGUENIN, OR).

HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO (édit.), *Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020: Projet relatif à une nouvelle partie générale*, Zurich/Bâle/Genève 2013 (cité: OR/CO 2020).

HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO, *Einleitung vor Art. 1 ff.*, in: HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO (édit.), *Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des Obligations suisse 2020: Projet relatif à une nouvelle partie générale*, Zurich/Bâle/Genève 2013 (cité: HUGUENIN/HILTY, n. NN ad Einleitung vor Art. 1 ff.)

HÜTTE FELIX/HÜTTE MARLENA, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 7^e éd., Grasberg bei Bremen 2012.

I

IMMENHAUSER MARTIN, *Das Dogma von Vertrag und Delikt, Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der zweigeteilten Haftungsordnung*, Cologne/Weimar/Vienne 2006.

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ (UNIDROIT), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2010*, Rome 2010 (cité: Principes d'UNIDROIT 2010).

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ (UNIDROIT), *Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise et son Rapport explicatif*, ([unidroit.org/fr/](http://www.unidroit.org/fr/)), p. <<http://www.unidroit.org/french/modellaws/2002franchise/2002modellaw-f.pdf>> (visité le 26.06.2015) (cité: Loi type franchise/Rapport explicatif sur la Loi type franchise).

ISLER PETER R., *Letter of Intent*, in: *Mergers and Acquisitions VI*, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 1 ss.

J

JACQUÉ JEAN PAUL, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris 2010.

JÄGGI PETER, *Kommentar zu den Art. 1-17 OR*, in: SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER (édit.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), Teilband V/1a, Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR*, Zurich 1973 (cité: ZK-JÄGGI).

JAMIN CHRISTOPHE, *Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité – A propos du centenaire du congrès international de droit comparé de Paris*, in: RIDC 4/2000, p. 733 ss.

JANET PAUL, *Morale des stoïciens*, in: *Encyclopédie de l'Agora pour un monde durable*, 2010, (agora.qc.ca), p.<http://agora.qc.ca/Documents/Stoicisme--Morale_des_stoiciens_par_Paul_Janet> (visité le 26.06.2015).

JAUN MANUEL, *Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung – Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen*, Berne 2007.

JOHNSTON ANGUS/UNBERATH HANNES, *European Private Law by Directives: Approach and Challenges*, in: TWIGG-FLESNER CHRISTIAN (édit.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge 2010, p. 85 ss.

JOHNSTON ANGUS/UNBERATH HANNES, *Law at, to or from the Centre? The European Court of Justice and the Harmonization of Private Law in the European Union*, in: CAFAGGI FABRIZIO (édit.), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford 2006, p. 149 ss (cité: JOHNSTON/UNBERATH, *Law at, to or from the Centre?*).

JOURDAIN PATRICE, *Avant-propos*, in: GROUPE DE RECHERCHE EUROPÉEN SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET L'ASSURANCE (GRERCA) (édit.), *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris 2012, p. V ss (cité JOURDAIN, *Avant-propos*).

JOURDAIN PATRICE, *La distinction des responsabilités délictuelles et contractuelle en droit positif français*, in: GROUPE DE RECHERCHE EUROPÉEN SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET L'ASSURANCE (GRERCA) (édit.), *Le droit français de la responsabilité civile confrontés aux projets européens d'harmonisation*, Paris 2012, p. 67 ss.

JUD BRIGITTA/WENDEHORST CHRISTIANE, *Proposal for a Directive on Consumer Rights: An Academic Position Paper*, in: GPR 2009, p. 68 ss.

JUNG PETER, *Der Einfluss der UNIDROIT Principles auf das Gemeinschaftsprivatrecht*, in: RITAINE CASHIN ELEANOR/LEIN EVA (édit.), *The UNIDROIT Principles 2004: Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification*, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 77 ss.

JUSTINIEN FLAVIEN, *Corps de droit civil romain, Tome 12, Les Institutes de l'Empereur Justinien*, traduites en français par HENRI HULOT, réimpr., Aalen 1979.

JUSTINIEN FLAVIEN, *Les cinquantes livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, traduits en français par HENRI HULOT (44 premiers livres) et JEAN-FRANÇOIS BERTHELOT (6 derniers livres), Metz/Paris 1803.

K

KADDOUS CHRISTINE/TOBLER CHRISTA, *Europarecht: Schweiz, Europäische Union*, in: RSDIE/SZIER 2008, p. 351 ss.

KADNER GRAZIANO THOMAS, *Aufstieg, Fall und Renaissance der internationalen Perspektive im europäischen Internationalen Privatrecht – Lehre aus der Geschichte*, in: SCHULZE REINER/AJANI GIANMARIA (édit.), *Common Principles of European Private Law: Studies of a Research Network*, Baden-Baden 2003, p. 41 ss.

KAHL WOLFGANG, Art. 94-97, in: CALLIESS CHRISTIAN/RUFFERT MATTHIAS (édit.), *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV –*, Neuwied/Kriftel 1999.

KAKATSAKIS SPYRIDON, *Die culpa in contrahendo nach neuem Schuldrecht*, thèse Tübingen 2007.

KASER MAX, *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2^e éd., Munich 1971 (cité: KASER, *Privatrecht*).

KASER MAX, *Ius gentium*, Cologne/Weimar/Vienne 1993 (cité: KASER, *Ius gentium*).

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, *Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2^e éd., Berne 2010.

KELLER MAX, *Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?*, in: recht 1987, p. 136 s.

KELLER MAX/GABI SONJA/GABI KARIN, *Haftpflichtrecht*, 3^e éd., Bâle 2012.

KENNY MEL, *Constructing a European Civil Code: quis custodiet ipsos custodes?*, in: 12 Colum. J. Eur. L. 775 (2006), p. 755 ss.

KESSLER FRIEDRICH/FINE EDITH, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, in: 77 Harv. L. Rev. 401 (1964), p. 401 ss.

KHAN DANIEL-ERASMUS, Art. 90-144 AEUV, in: GEIGER RUDOLF/KHAN DANIEL-ERASMUS/KOTZUR MARKUS, *EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar*, 5^e éd., Munich 2010.

KIRCHNER CHRISTIAN, *Europäisches Vertragsrecht*, in: WEYERS HANS-LEO (édit.), *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden 1997, p. 103 ss.

KLAUER IRENE, *Die Europäisierung des Privatrechts – Der EuGH als Zivilrichter –*, thèse St-Gall 1997.

KLIPPEL DIETHELM, *Die Philosophie der Gesetzgebung: Naturrecht und Rechtsphilosophie als Gesetzgebungswissenschaft im 18. und 19. Jahrhundert*, in: DÖLEMAYER/KLIPPEL (édit.), *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der Frühen Neuzeit, Beiheft 22, Zeitschrift für Historische Forschung*, Berlin 1998, p. 225 ss.

KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht*, 3^e éd., Berne 2009.

KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-318 OR*, Berne 2012 (cité: KOLLER, OR BT).

KÖNDGEN JOHANNES, *Selbstbindung ohne Vertrag: zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tübingen 1981.

KORPIOLA MIA, *On the Reception of the Jus Commune and Foreign Law in Sweden, ca. 1550-1615*, in: Clio@Themis Revue électronique d'histoire du droit, n. 2, 2009, (cliothemis.com), p. <<http://www.cliothemis.com/On-the-Reception-of-the-Jus>> (visité le 26.06.2015).

KÖTZ HEIN, *Europäisches Vertragsrecht, Band I: Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages, Die Beteiligung Dritter am Vertrag*, Tübingen 1996.

KOTZUR MARKUS, Art. 1-17 AEUV, Art. 146-309 AEUV, in: GEIGER RUDOLF/KHAN DANIEL-ERASMUS/KOTZUR MARKUS, *EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäische Union, Kommentar*, 5^e éd., Munich 2010.

KOZIOL HELMUT, *Die „Principles of European Tort Law“ der „European Group on Tort Law“*, in: ZEuP 2004, p. 234 ss.

KOZIOL HELMUT, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts – Sicht aus dem Ausland*, in: WEBER STEPHAN/FUHRER STEPHAN (édit.), *Retouchen oder Reformen? Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand*, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 23 ss (cité: KOZIOL, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*).

KRAMER ERNST A., *Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR*, in: MEIER-HAYOZ ARTHUR (édit.), *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, Berne 1986 (cité: BK-KRAMER, n. NN ad Allg. Einl.).

KRAMER ERNST A., *Die Europäisierung des Privatrechts*, Bâle 2001.

KRAMER ERNST A., *Einleitung*, in: REBMANN KARL et al. (édit.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432)*, 4^e éd., München 2003 (cité: MK-BGB-KRAMER).

KRAMER ERNST A., *Kommentar zu Art. 19-22 OR*, in: MEIER-HAYOZ ARTHUR (édit.), *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages*, Berne 1991 (cité: BK-KRAMER).

KRAMER ERNST A., *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bâle 2009 (cité: KRAMER, OR AT).

KREBS PETER, § 311, in: DAUNER-LIEB BARBARA et al. (édit.), *AnwKommSchuldrecht: Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mitrecht*, Bonn 2002 (cité: AnwKomm-BGB-KREBS).

KREBS PETER, §§ 241-242, § 311, §§ 313-314, in: DAUNER-LIEB BARBARA/LANGEN WERNER (édit.), *NomosKommentar BGB, Schuldrecht, Band 2/1: §§ 241-610*, 2^e éd., Baden-Baden 2012 (cité: NK-BGB-KREBS).

KÜHNE GÜNTHER, *Reliance, Promissory Estoppel and Culpa in Contrahendo: a Comparative Analysis*, in: 10 Tel Aviv University Studies in Law 279 (1990), p. 279 ss, (trans-lex.org/), p.<<http://www.trans-lex.org/114700>> (visité le 26.06.2015).

KUONEN NICOLAS, *La responsabilité précontractuelle*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2007.

KUONEN NICOLAS, *Rupture des négociations et perte d'une chance de conclure*, in: SJ 2008, p. 249 ss (cité: KUONEN, *Rupture des négociations et perte d'une chance de conclure*).

KUYVEN LUIZ FERNANDO MARTINS, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international: Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, thèse Strasbourg 2010.

L

LAITHIER YVES-MARIE, *Réflexions à partir de l'expérience des Etats-Unis sur le postulat selon lequel un droit unique des contrats est la condition nécessaire d'un meilleur fonctionnement du marché intérieur*, in: OLIVIER DESHAYES (édit.), *Le livre vert «relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises»*, Contributions du LEJEP, Cergy-Pointoise 2011, p. 49 ss.

LANDBRECHT JOHANNES, *Treu und Glauben im englischen Vertragsrecht*, in: RIW 2013, p. 592 ss.

LANDO OLE, *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, in: ERPL 2011, p. 717 ss (cité: LANDO, ERPL 2011).

LANDO OLE, *European Contract Law*, in: WEYERS HANS-LEO (édit.), *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden 1997, p. 81 ss (cité: LANDO).

LANDO OLE, *Have the PECL Been a Success or a Failure?*, in: ERPL 2009, p. 367 ss (cité: LANDO, *Success or Failure?*).

LARENZ KARL, *Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil*, 14^e éd., Munich 1997 (cité: LARENZ, *Schuldrecht I*).

LE TOURNEAU PHILIPPE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6^e éd., Paris 2008.

LEGRAND PIERRE, *Against a European Civil Code*, in: *The Modern Law Review*, 1/1997, p. 44 ss.

LEHMANN MATTHIAS, *Auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht: Die „Feasibility Study“ der Expert Group on European Contract Law*, in: *GPR* 2011, p. 218 ss (cité: LEHMANN, *GPR*).

LENAERTS KOEN/VAN NUFFEL PIET, *Constitutionnal Law of the European Union*, 2^e éd., réimpr., Londres 2006.

LEONHARD FRANZ, *Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse*, Göttingen 1896 (réimpr. 1970).

LEQUETTE YVES/LOISEAU GRÉGOIRE/SERINET YVES-MAIRE, *Validité du contrat – Constantement (art. 1108 à 1115-1)*, in: CATALA PIERRE et al., *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, (justice.gouv.fr), p. <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf> (visité le 26.06.2015), p. 11 ss.

LERNER PABLO, *The Relationship Between “Common Principles”, Comparative Law and the New “ius commune”*, in: *ERPL* 2008, p. 949 ss.

LÉVY JEAN-PHILIPPE, *La Révolution française et le droit civil*, in: LEQUETTE YVES/LEVEUR LAURENT (édit.), *1804-2004: Le Code Civil: Un passé, un présent, un avenir*, Paris 2004.

LIENBACHER GEORG, *Art. 5, 10 EUV; Art. 285-287 AEUV*, in: SCHWARZE JÜRGEN (édit.), *EU-Kommentar*, 3^e éd., Baden-Baden 2012.

LILLEHOLT KÅRE, *Notes on the Proposal for a New Directive on Consumer Rights*, in: *ERPL* 2009, p. 335 ss.

LOOSCHELDERS DIRK/OLZEN DIRK, § 242, in: MARTINEK MICHAEL (Red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241-243 (Treu und Glauben)*, Neubearbeitung 2009, Berlin 2009 (cité: STAUDINGER/LOOSCHELDERS/OLZEN).

LÓPEZ RODRÍGUEZ ANA M., *Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU*, Copenhagen 2003.

LORENZ WERNER, *Germany*, in: HONDIUS EWOUT (édit.), *Precontractual Liability: Reports to the XIIIth Congress: International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990*, Deventer/Boston 1991, p. 161 ss.

LOSER PETER, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung*, Berne 2006.

LOSER-KROGH PETER, *Kritische Ueberlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung*, in: RDS/ZSR II/2003, p. 127 ss.

LÖWISCH MANFRED/CORNELIA FELDMANN, §§ 311, 311a, in: MANSEL HEINZ PETER (Red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311, 311a, 312, 312a-i (Vertragsschluss)*, Berlin 2013 (cité: STAUDINGER/LÖWISCH/FELDMANN).

LUBITZ SANDRA M., *Die Angleichung des Privatrechts in den Mitgliedstaaten durch die europäische Richtlinie und Verordnung: Durchsetzung einheitlicher Wirkung und Anwendung der europäischen Richtlinie und Verordnung in den Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der indirekten Kollision*, thèse Cologne 2000.

LÜCHINGER NICLAUS, *Die Verjährung von Ansprüchen aus culpa in contrahendo*, in: RSJ/SJZ 2006, p. 197 ss.

LUPOI MAURIZIO, *The Origins of the European Legal Order*, Cambridge 2000.

LUTTER MARKUS, *Der Letter of Intent, Zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1982.

M

MABILLARD RAMON, *Gesellschaftsrechtliche Aspekte der Vertragsverhandlungen, Eine Untersuchung der Culpa in contrahendo*, thèse Fribourg, Bâle/Genève/Münich 2004.

MAISONNEUVE CAROLINE, *Approche historique du droit européen des contrats*, in: DESHAYES OLIVIER (édit.), *Le livre vert «relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises»*, Contributions du LEJEP, Cergy-Pointoise 2011, p. 27 ss.

MAK CHANTAL, *The Constitutional Momentum of European Contract Law: On the Interpretation of the DCFR in Light of Fundamental Rights*, in: ERPL 2009, p. 513 ss (cité: MAK C., *Constitutional Momentum*).

MAK VANESSA, *Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonisation*, in: ERPL 2009, p. 55 ss (cité: MAK V., *Review*).

MARCHAND SYLVAIN, *Clauses contractuelles, Du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle 2008 (cité: MARCHAND, *Clauses contractuelles*).

MARCHAND SYLVAIN, *Les limites de l'uniformisation mati rielle du droit de la vente internationale*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994.

MARCHAND SYLVAIN, *Responsabilité fondée sur la confiance: vie et mort d'un ornithoryque juridique*, in: CHAPPUIS CHRISTINE/WINIGER BÉNÉDICT ( dit.), *La responsabilité fondée sur la confiance*, Zurich 2001, p. 163 ss (cité: MARCHAND, *ornithoryque juridique*).

MAZEAUD DENIS, *La confiance légitime et l'estoppel*, in: RIDC 2006, p. 263 ss (cité: MAZEAUD, *La confiance légitime*).

MAZEAUD DENIS, *La période précontractuelle en droits positifs et prospectif français européen et international: comparaisons*, in: DESHAYES OLIVIER (dir.), *L'avant-contrat, Actualit s du processus de formation des contrats*, Paris 2008, p. 13 ss.

MCGREGOR HARVEY, *Contract Code Drawn on Behalf of the English Law Commission*, Milan/Londres 1993.

MCKENDRICK EWAN, *Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In*, in: VOGENAUER/WEATHERILL ( dit.), *The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford/Portland 2006, p. 5 ss.

MEDICUS DIETER, *Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt*, in: FORSTMOSER PETER et al. ( dit.), *Festschrift Max Keller*, Zurich 1989, p. 205 ss (cité: MEDICUS, *Culpa*).

MEDICUS DIETER, *Zur Entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo*, in: BENÖHR HANS-PETER et al. ( dit.), *Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Vienne/Cologne/Graz 1986, p. 169 ss (cité: MEDICUS, *Entdeckung*).

MEDICUS DIETER/LORENZ STEPHAN, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 20   d., Munich 2012.

MEKKI MUSTAPHA/KLOEPFER-PELÈSE MARTINE, *Good Faith and Fair Dealing in the DCFR*, in: ERCL 2008, p. 338 ss.

MERZ HANS, *Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1975*, in: ZBJV/RBJ 113 (1977), p. 177 ss (cité: MERZ, ZBJV 113).

MICKLITZ HANS-W., *The EU as a Federal Order of Competences and the Private Law*, in: AZOULAI LOÏC (édit.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford 2014, p. 125 ss.

MIGNON VINCENT, *Le droit privé suisse à l'épreuve du droit privé communautaire*, thèse Fribourg, Berne 2010.

MILLER LUCINDA, *The Emergence of EU Contract Law: Exploring Europeanization*, Oxford 2011.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, *Projet de réforme du droit des contrats (Mai 2009)*, (droit.wester.ouisse.free.fr) p.<http://droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD_contrats/projet_contrats_mai_2009.pdf> (visité le 22.06.2015) (cité: Projet CHANCELLERIE).

MISTELI CHRISTOPHE, *La responsabilité pour le dommage purement économique*, thèse Lausanne, Zurich 1999.

MOMMSEN FRIEDRICH, *Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen*, Braunschweig 1879.

MONIER RAYMOND, *Manuel élémentaire de droit romain*, Tome 1, Paris 1947.

MONN VALENTIN, *Die Verhandlungsabrede: Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2010.

MORIN ARIANE, *Définition de la responsabilité fondée sur la confiance au regard de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral*, in: SJ 2000 II, p. 161 ss.

MORIN ARIANE, *La responsabilité fondée sur la confiance, Etude critique des fondements d'une innovation controversée*, thèse Genève, Genève/Bâle/Munich 2002 (cité: MORIN, *La responsabilité fondée sur la confiance*).

MOUSOURAKIS GEORGE, *Fundamentals of Roman Private Law*, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2012.

MOUSSERON PIERRE, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, in: RTD com. 1998, p. 243 ss.

MUIR-WATT HORATIA, *Les pourparlers: de la confiance trompée à la relation de confiance*, in: RÉMY-CORLAY PAULINE/FENOUILLET DOMINIQUE (dir.), *Les*

concepts contractuels français à l'heure des Principes européen des contrats, Paris 2003, p. 53 ss (cité: MUIR-WATT, *Les pourparlers*).

MUIR-WATT HORATIA, *The Role of the Conflict of Laws in European Private Law*, in: TWIGG-FLESNER CHRISTIAN (édit.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge 2010, p. 44 ss.

MÜLLER CHRISTOPH, Art. 41-49, 52-61 OR, in: FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, (cité: CHK-MÜLLER).

MÜLLER CHRISTOPH, *Contrats de droit suisse*, Berne 2012 (cité: MÜLLER [/AUTEUR]).

MÜLLER CHRISTOPH, *La perte d'une chance: Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment en matière médicale*, thèse Neuchâtel, Berne 2002 (cité: MÜLLER, *La perte d'une chance*).

MÜLLER CHRISTOPH, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013 (cité: MÜLLER, RC).

MÜLLER CHRISTOPH, *Les contrats de distribution*, in: CARRON BLAISE/MÜLLER CHRISTOPH (édit.), *Droits de la consommation et de la distribution: Les nouveaux défis*, Bâle/Neuchâtel 2013, p. 59 ss (cité: MÜLLER, *Les contrats de distribution*).

MÜLLER CHRISTOPH/RISKE OLIVIER, *Commentaire critique de l'article 46 OR/CO 2020 – plaidoyer en faveur de l'illicéité*, in: HAVE/REAS 2014, p. 119 ss (cité: MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*).

MÜLLER CHRISTOPH/RISKE OLIVIER, *Cross-Fertilization between Swiss and Turkish Tort Laws*, in: ERPL 2014, p. 879 ss (cité: MÜLLER/RISKE, *Cross-Fertilization*).

MÜLLER CHRISTOPH/RISKE OLIVIER, *L'offre arnaqueuse – notamment par Internet*, in: BOHNET FRANÇOIS (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, p. 1 ss (cité: MÜLLER/RISKE, *L'offre arnaqueuse*).

MÜLLER CHRISTOPH/RISKE OLIVIER, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention en droits suisse et français/Abritation Agreement by Letter of Intent Under Swiss and French Law*, in: RDAI/IBLJ 2013, p. 191 ss (cité: MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitration par lettre d'intention*).

MÜLLER-CHEN MARKUS/MÜLLER CHRISTOPH/WIDMER LÜCHINGER CORINNE (édit.), *Comparative Private Law*, Zurich/St. Gall 2015.

MÜLLER-GRAFF PETER-CHRISTIAN, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Ansatzpunkte, Ausgangsfragen, Ausfaltungen*, in: MÜLLER-GRAFF PETER-CHRISTIAN (édit.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2^e éd., Baden-Baden 1999, p. 9 ss.

MUTHERS CHRISTOPH, § 311, in: HENSSLER MARTIN/GRAF VON WESTPHALEN FRIEDRICH (édit.), *Praxis der Schuldrechtsreform*, 2^e éd., Recklinghausen 2003.

N

NICKEL CARSTEN, *Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo*, Berlin 2004.

O

OBERHAMMER PAUL, *II. Gerichtstand für Vertragsklagen (Art. 5 Nr. 1 LugÜ)*, in: DASSER FELIX/OBERHAMMER PAUL (édit.), *Kommentar zum Lugano Übereinkommen (LugÜ)*, 2^e éd., Berne 2011.

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftung, Haftung aus Gewässerverschmutzung*, 4^e éd., Zurich 1987.

ORTOLAN JOSEPH-LOUIS-ELZÉAR, *Histoire de la législation romaine, depuis son origine jusqu'à la législation moderne, et généralisation du droit romain*, Paris 1884.

P

PEEL EDWIN, *The Law of Contract*, 12^e éd., Londres 2007.

PÉLOQUIN LOUIS/ASSIÉ CHRISTOPHER K, *La lettre d'intention*, in: 40 R.J.T. 175 (2006), p. 175 ss.

PFEIFFER THOMAS, *Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht*, in: SCHULTE-NÖLKE HANS/SCHULZE REINER (édit.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden 1999, p. 21 ss.

PICHONNAZ PASCAL, *Les principes en droit européen des contrats: De règles communes à une compréhension partagée*, in: BESSON SAMANTHA/PICHONNAZ PASCAL (édit.), *Les principes en droit européen – Principles in European Law*, Genève 2011, p. 281 ss.

PICKER EDUARD, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo: Zur Problematik der Haftung „zwischen“ Vertrag und Delikt*, in: AcP 183/1983, p. 369 ss.

PICOD YVES, *Les projets français sur la réforme du droit des obligations*, in: IndRet Comparado 4/2009, p. 1 ss, ([indret.com](http://www.indret.com)), p.<http://www.indret.com/pdf/677_fr.pdf> (visité le 26.06.2015).

PIOTET PAUL, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Berne 1963.

PIOTET PAUL, *Développements récents de la théorie de la culpa in contrahendo*, in: DUTOIT BERNARD/HOFSTETTER JOSEF/PIOTET PAUL (édit.), *Mélanges Guy Flattet: Recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet, Professeur honoraire à l'Université de Lausanne*, Lausanne 1985, p. 363 ss (cité: PIOTET, *Développements*).

PIOTET PAUL, *Nature et modalité de la responsabilité précontractuelle*, in: RDS/ZSR I/1975, p. 252 ss (cité: PIOTET, *Nature et modalité de la responsabilité précontractuelle*).

PIPKORN JÖRN/BARDENHEWER-RATING ANGELA/TASCHNER HANS CLAUDIUS, *Artikel 95 EG*, in: VON DEN GROEBEN HANS/SCHWARZE JÜRGEN (édit.), *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: Kommentar, Band 2: Art. 81-97 EGV*, 6^e éd., Baden-Baden 2003.

PIRIS JEAN-CLAUDE, *The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis*, Cambridge 2010.

PORTMANN WOLFGANG, *Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?*, in: RSJ/SJZ 1997, p. 273 ss.

PRIOLLAUD FRANÇOIS-XAVIER/SIRITZKI DAVID, *Le traité de Lisbonne: Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, Paris 2008.

PROBST THOMAS, *Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht*, in: WERRO FRANZ/PROBST THOMAS (édit.), *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Berne 2004, p. 13 ss (cité: PROBST, *Einfluss*).

PROBST THOMAS, *La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes: un nouveau défi pour la pratique juridique en droit privé suisse*, in: RJN 2004, p. 15 ss.

PUJOL-REVERSAT MARIE-CHRISTINE, *La bonne foi, principe général du droit dans la jurisprudence communautaire*, in: Revue trimestrielle de droit européen 2/2009, p. 201 ss.

R

RAMPELBERG RENÉ-MARIE, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, Paris 2005.

RANIERI FILIPPO, *Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du venire contra factum proprium dans les droits allemand et suisse et sa diffusion en Europe*, in: BEHAR-TOUCHAIS MARTINE (édit.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Paris 2001, p. 25 ss.

REICH NORBERT, *Von der Minimal- zur Voll- zur „Halbharmonisierung“*, in: ZEuP 2010, p. 7 ss.

REMY PHILIPPE, *Réflexions préliminaires sur le chapitre Des délits*, in: GROUPE DE TRAVAIL DE L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES (TERRÉ FRANÇOIS [dir.]), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris 2011, p. 15 ss.

REMY PHILIPPE/BORGHETTI JEAN-SÉBASTIEN, *Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle*, in: GROUPE DE TRAVAIL DE L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES (TERRÉ FRANÇOIS [dir.]), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris 2011, p. 61 ss.

REMY-CORLEY PAULINE/FENOUILLET DOMINIQUE, *Le consentement*, in: GROUPE DE TRAVAIL DE L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES (TERRÉ FRANÇOIS [dir.]), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris 2009, p. 147 ss.

RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Munich 2007 (cité: ACQP I).

RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Munich 2009 (cité: ACQP II[-AUTEUR]).

REY HEINZ, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008.

RICHELMANN HEINRICH, *Der Einfluß des Irrthums auf Verträge: ein civilistischer Versuch*, Hanovre 1837.

RIEBLE VOLKER, *Die Kodifikation der culpa in contrahendo*, in: DAUNER-LIEB BARBARA/KONZEN HORST/SCHMIDT KARSTEN (édit.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich 2003, p. 137 ss.

RIEMER HANS MICHAEL, *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10 ZGB), Eine Einführung*, 2^e éd., Berne 2003.

RIESENHUBER KARL, *A Competitive Approach to EU Contract Law*, in: ERCL 2011, p. 115 ss (cité: RIESENHUBER, ERCL).

RISKE OLIVIER, *Le processus d'uniformisation du droit privé européen et la responsabilité précontractuelle*, 2010, (weblaw.ch), p. <http://epub.weblaw.ch/?method=list&categorie=5&pref_lang=fr> (visité: 26.06.2015).

RITAINÉ CASHIN ELEANOR/LEIN EVA (édit.), *The UNIDROIT Principles 2004, Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification*, Zurich/Bâle/Genève 2007.

ROBAYE RÉNÉ, *Le droit romain*, 3^e éd., Louvain-la-Neuve 2005.

ROBERTO VITO, *Haftpflichtrecht*, Berne 2013.

ROLLAND WALTER, *1. Kapitel. Einführung*, in: HAAS LOTHAR/MEDICUS DIETER/ROLLAND WALTER/SCHÄFER CARSTEN/WENDTLAND HOLGER, *Das neue Schuldrecht*, München 2002.

ROSSEL VIRGILE, *Manuel de droit civil de la Suisse romande*, Bâle/Genève/Lyon 1886.

ROTH GÜNTHER H./BACHMANN GREGOR, § 241 Abs. 2, in: SÄCKER FRANZ JÜRGEN/RIXECKER ROLAND/OETKER HARTMUT (édit.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432*, 6^e éd., Munich 2012 (cité: MK-BGB-ROTH/BACHMANN).

ROTH GÜNTHER H./SCHUBERT CLAUDIA, § 242, in: SÄCKER FRANZ JÜRGEN/RIXECKER ROLAND/OETKER HARTMUT (édit.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432*, 6^e éd., Munich 2012 (cité: MK-BGB-ROTH/SCHUBERT).

ROTH WULF-HENNING, *Kompetenzen der EG zur vollharmonisierenden Angleichung des Privatrechts*, in: GSELL BEATE/HERRESTHAL CARSTEN (édit.), *Vollharmonisierung im Privatrecht: Die Konzeption der Richtlinie am Scheideweg?*, Tübingen 2009, p. 13 ss.

ROUHETTE GEORGES, *Principes du droit européen du contrat*, vol. 2, Paris 2003.

ROUHETTE GEORGES, *Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, in: RDC 2007, p. 1371 ss (cité: ROUHETTE, RDC).

ROUILLER NICOLAS, *Culpa in contrahendo et liberté de rompre les négociations: existe-t-il des devoirs précontractuels hors de l'obligation d'information? L'identification exacte du devoir violé et ses conséquences*, in: JT 2006 I, p. 163 ss (cité: ROUILLER, *Culpa*).

ROUILLER NICOLAS, *Devoirs précontractuels (culpa in contrahendo): L'identification exacte de leur violation et ses conséquences, Droit suisse et travaux d'harmonisation internationaux et européens*, in: Bull. CEDIDAC 45 (2006), p. 1 ss (cité: ROUILLER, *Devoirs précontractuels*).

ROUILLER NICOLAS, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, Lausanne 2007 (cité: ROUILLER).

S

SALEILLES RAYMOND, *Conception et objet de la science du droit comparé*, Paris 1900.

SCHENKER FRANZ, *Precontractual Liability in Swiss Law*, in: *Rapports suisses présentés au XIIIème Congrès international de droit comparé*, Zurich 1990, p. 89 ss.

SCHILLIG MICHEAL, *Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht*, Berlin 2009.

SCHLECHTRIEM PETER/SCHMIDT-KESSEL MARTIN, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 6^e éd., Tübingen 2005.

SCHLOSSER RALPH, *Les lettres d'intention: portée et sanction des accords précontractuels*, in: BÉNÉDICT JÉRÔME et al. (édit.), *Responsabilité civile et assurance, Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi*, Lausanne 2000, p. 345 ss.

SCHMID CHRISTOPH U., *The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code*, in: GRUNDMANN STEFAN/SCHAUER MARTIN (édit.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Alphen aan den Rijn 2006, p. 255 ss.

SCHMIDLIN BRUNO, *Art. 21, 23-31 CO*, in: THÉNENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), *Commentaire romand, Code des Obligations I, Art. 1-529 CO*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité: CR CO-SCHMIDLIN).

SCHMIDLIN BRUNO, *Droit privé romain I: Sources – Famille – Biens*, 2^e éd., Genève 2012 (cité: SCHMIDLIN, *Droit privé romain I*).

SCHMIDLIN BRUNO/CANNATA CARLO AUGUSTO, *Le droit privé romain II: Obligations, Successions, Procédure*, 2^e éd., Lausanne 1991.

SCHMIDT JOANNA, *La sanction de la faute précontractuelle*, in: RTD civ. 1974, p. 46 ss (cité: SCHMIDT, RTD civ.).

SCHMIDT JOANNA, *Négociation et conclusion de contrats*, Paris 1982.

SCHMIDT-KESSEL MARTIN, *Ein Gespenst geht um Europa – das Optionale Instrument*, in: GPR 2011, p. 105 (cité: SCHMIDT-KESSEL, GPR).

SCHMIDT-SZALEWSKI JOANNA, *France*, in: HONDIUS EWOUT (édit.), *Precontractual Liability: Reports to the XIIIth Congress: International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990*, Deventer/Boston 1991, p. 145 ss.

SCHMIDT-SZALEWSKI JOANNA, *La force obligatoire à l'épreuve des avants-contrats*, RTD civ. 2000, p. 25 ss (cité SCHMIDT-SZALEWSKI, *La force obligatoire*).

SCHNEIDER WINFRIED-THOMAS, *La codification d'institutions prétoriennes*, in: RANIERI FILIPPO/WITZ CLAUDE (édit.), *La réforme du droit allemand des obligations*, Paris 2004, p. 39 ss.

SCHNYDER ANTON K., *Art. 41-61 OR*, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 4^e éd., Bâle 2007 (cité: BSK-SCHNYDER).

SCHÖNENBERGER BEAT, *Die Dritte Widerrechtlichkeitstheorie*, in: REAS/HAVE 2004, p. 3 ss.

SCHULTE-NÖLKE HANS, *Der Blue Button kommt – Konturen einer neuen rechtlichen Infrastruktur für den Binnenmarkt*, in: ZEuP 2011, p. 749 ss (cité: SCHULTE-NÖLKE, ZEuP).

SCHULZE REINER, *Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsgeschichte*, in: MUELLER-GRAFF PETER-CHRISTIAN (édit.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1993, p. 71 ss (cité: SCHULZE).

SCHULZE REINER, *Le droit privé commun européen*, in: RIDC 1995, p. 7 ss (cité: SCHULZE, RIDC 1995).

SCHULZE REINER, *The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law*, in: SCHULZE REINER (édit.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich 2008, p. 3 ss (cité: SCHULZE, CFR).

SCHÜTZ MARKUS, *UN-Kaufrecht und culpa in contrahendo*, thèse Heidelberg, Francfort-sur-le-Main/Berlin/Berne/New York/Paris/Vienne 1996.

SCHWARTZ ALAN/SCOTT ROBERT E., *Precontractual Liability and Precontractual Agreements*, in: 120 Harv. L. Rev. 661 (2007), p. 661 ss.

SCHWENZER INGEBORG, *Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht*, in: SCHWENZER INGEBORG (édit.), *Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung and der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium aus Anlass des 65. Geburtstags von Peter Schlechtriem*, Tübingen 1999, p. 59 ss (cité: SCHWENZER, *Rezeption*).

SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 6^e éd., Berne 2012.

SCHWENZER INGEBORG/HACHEM PASCAL, *Preamble, Articles 1-7, 10 CISG*, in: SCHWENZER INGEBORG (édit.), *Slechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3^e éd., Oxford 2010.

SEFTON-GREEN RUTH, *Choice, Certainty and Diversity: Why More is Less*, in: ERCL 2011, p. 134 ss.

SEFTON-GREEN RUTH, *How far can we go when using the English language for private law in the EU?*, in: ERCL 2012, p. 30 ss (cité: SEFTON-GREEN, ERCL 2012).

SENN MARCEL, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2007.

SENN MARCEL/GSCHWEND LUKAS/PAHUD DE MORTANGES RÉNÉ, *Rechtsgeschichte auf kulturgeschichtlicher Grundlage*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009.

SIMON DENYS, *La directive européenne*, Paris 1997.

SMITS JAN, *Full Harmonization of Consumer Law? A critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, in: ERPL 2010, p. 5 ss.

SOMMER UELI, *Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?*, in: PJA/AJP 2006, p. 1031 ss.

SOURIOUX JEAN-LOUIS, *Le rôle du Premier Consul dans les travaux préparatoires du Code Civil*, in: LEQUETTE YVES/LEVENEUR LAURENT (édit.), *1804-2004: Le Code Civil: Un passé, un présent, un avenir*, Paris 2004.

SPIRO KARL, *Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgehilfen, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo*, in: RDS/ZSR I/1986, p. 619 ss.

SPIRO KARL, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, Berne 1984 (cité: SPIRO, *Haftung für Erfüllungsgehilfen*).

STARCK BORIS/ROLAND HENRI/BOYER LAURENT, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, 6^e éd., Paris 1998.

STEIN PETER, *Donellus and the Origins of the Modern Civil Law*, in: ANKUM JOHAN ALBERT et al. (édit.), *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg 1993, p. 439 ss (cité: STEIN, *Origins*).

STEIN PETER, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edimbourg/Londres 1958 (cité: STEIN, *Fault*).

STEIN PETER, *Roman Law in European History*, Cambridge 1999 (cité: STEIN).

STEIN PETER, *The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays*, Londres/Ronceverte 1988 (cité: STEIN, *Influence of the Roman Civil Law*).

STEINAUER PAUL-HENRY, *Traité de droit privé suisse, vol. II/1: Le Titre préliminaire du Code civil*, Bâle 2009.

STOLL HANS, *Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo*, in: FICKER HANS CLAUDIUS et al. (édit.), *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1978, p. 433 ss.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (BARENDRECHT MAURITS et al. [prép.]), *Principles of European Law: Service Contracts (PEL SC)*, Munich 2006 (cité: PEL SC).

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (DROBNIG ULRICH et al. [prép.]), *Principles of European Law: Personal Security (PEL Pers.Sec.)*, Munich 2007 (cité: PEL Pers. Sec.).

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (HESSELINK MARTIJN W. *et al.* [prép.]), *Principles of European Law: Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFD)*, Munich 2006 (cité: PEL CAFD).

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (HONDIUS EWOUT *et al.* [prép.]), *Principles of European Law: Sales (PEL S)*, Munich 2008 (cité: PEL S).

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (LILLEHOLT KÅRE *et al.* [prép.]), *Principles of European Law, Lease of Goods (PEL LG)*, Munich 2008 (cité: PEL LG).

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (LOOS MARCO B. M./BUENO DÍAZ ODAVIA [prép.]), *Principles of European Law, Mandate (PEL MC)*, Munich 2013 (cité: PEL MC).

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (LURGER BRIGITTA/FABER WOLFGANG [prép.]), *Principles of European Law, Acquisition and Loss of Ownership of Goods (PEL Acq. Own.)*, Munich 2011 (cité: PEL Acq. Own.).

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (VON BAR CHRISTIAN [prép.]), *Principles of European Law, Benevolent Intervention in Another's Affairs (PEL Ben. Int.)*, Munich 2006 (cité: PEL Ben. Int.).

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (VON BAR CHRISTIAN [prép.]), *Principles of European Law, Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, Munich 2009 (cité: PEL Liab. Dam.).

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (VON BAR CHRISTIAN/SWANN STEPHEN [prép.]), *Principles of European Law, Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)*, Munich 2010 (cité: PEL Unj. Enr.).

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP [prép.]) (VON BAR CHRISTIAN/CLIVE ERIC [édit.]), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Munich 2009 (cité: DCFR, *Full Edition*).

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP [prép.]) (VON BAR CHRISTIAN *et al.* [édit.]), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, Munich 2008 (cité: DCFR, *Interim Outline Edition*).

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP [prép.]) (VON BAR CHRISTIAN *et al.* [édit.]), *Principles,*

Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, Munich 2009 (cité: DCFR, Outline Edition).

ST RNER MICHEAL, *Kollisionsrecht und Optionales Instrument: Aspekte einer noch ungekl rten Beziehung*, in: GPR 2011, p. 218 ss (cité: ST RNER, GPR).

STUYCK JULES, *The European Court of Justice as Motor of Private Law*, in: TWIGG-FLESNER CHRISTIAN ( dit.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge 2010, p. 101 ss.

T

TASCHNER HANS CLAUDIUS, *Vorbemerkungen zu den Artikeln 94 bis 97 EG, Artikel 94 EG*, in: VON DEN GROEBEN HANS/SCHWARZE JÜRGEN ( dit.), *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: Kommentar, Band 2: Art. 81-97 EGV*, 6   d., Baden-Baden 2003.

TENENBAUM ALINE/CHAINAIS CÉCILE/GUILLAUME GHISLAIN, *Terminology*, in: FAUVARQUE-COSSON/MAZEAUD ( dit.), *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich 2008, p. 3 ss.

TERCIER PIERRE, *La culpa in contrahendo*, in: *Premières journées juridiques yougoslavo-suisse*, Zurich 1984, p. 225 ss (cité: TERCIER, *culpa*).

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G./[AUTEUR], *Les contrats spéciaux*, 4   d., Genève/Zürich/Bâle 2009.

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5   d., Zurich 2012.

THÉVENOZ LUC, *Art. 97-109, 119 CO*, in: THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ ( dit.), *Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO*, 2   d., Bâle 2012.

THIER ANDREAS, *Art. 97-109, 119*, in: HONSELL HEINRICH ( dit.), *Kurzkommentar OR, Art. 1-529*, Bâle 2008.

TH R GERHARD, *Gab es „Rechtscorpora“ im archaischen Griechenland?*, in: WITTE MARKUS/F GEN MARIE THERES ( dit.), *Kodifizierung und Legitimierung des Rechts in der Antike und im Alten Orient*, Wiesbaden 2005.

TICHADOU EVELYNE, *Le rôle du juge dans le droit dérivé européen des contrats*, in: JUNG PETER (édit.), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint, Richterliche Eingriffe in den Vertrag/Droit privé européen: l'unité dans la diversité, L'intervention du juge dans le contrat*, Munich 2013, p. 43 ss.

TIETJE CHRISTIAN, Art. 114-117, in: GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD/NETTESHEIM MARTIN (édit.), *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar, Band II: EUV/AEUV*, Munich 2011.

TIETJE CHRISTIAN, *Vorbemerkungen Art. 94-97, Art. 94, Art. 95*, in: GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD/NETTESHEIM MARTIN (édit.), *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar, Band II: EUV/EGV*, Munich 2009 (cité: EUV/EGV-TIETJE).

TISSEYRE SANDRINE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats – essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, thèse Aix-Marseille, Aix-en-Provence 2012.

TWIGG-FLESNER CHRISTIAN, “*Good-Bye Harmonisation by Directives, Hello Cross-Border only Regulation?*” – *A Way Forward for EU Consumer Contract Law*, in: ERCL 2011, p. 235 ss (cité: TWIGG-FLESNER, ERCL).

TWIGG-FLESNER CHRISTIAN, *Introduction: Key Features of European Union Private Law*, in: TWIGG-FLESNER CHRISTIAN (édit.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge 2010, p. 1 ss (cité: TWIGG-FLESNER, *European Union Private Law*).

TWIGG-FLESNER CHRISTIAN, *Precontractual Duties: From the Acquis to the Common Frame of Reference*, in: SCHULZE REINER (édit.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich 2008, p. 97 ss.

TWIGG-FLESNER CHRISTIAN, *The Europeanisation of Contract Law*, 2^e éd., Londres 2013 (cité: TWIGG-FLESNER, *Europeanisation*).

V

VAN ERP J.H.M., *The Pre-contractual Stage*, in: HARTKAMP ARTHUR et al. (édit.), *Towards a European Civil Code*, 4^e éd., Nijmegen 2011, p. 493 ss.

VAN GERVEN WALTER, *Bringing (Private) Laws Closer at the European Level*, in: CAFAGGI FABRIZIO (édit.), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford 2006, p. 37 ss.

VANDERLINDEN JACQUES, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^{ème} au XIX^{ème} siècle: Essai de définition*, Bruxelles 1967.

VAQUER ANTONI, *Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft Common Frame of Reference*, in: ERPL 2009, p. 487 ss.

VIGNERON-MAGGIO-APRILE SANDRA, *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, thèse Genève, Genève/Zürich/Bâle 2006.

VINEY GENEVIÈVE, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., Paris 2008.

VOGEL LOUIS, *Le monde des codes civils*, in: LEQUETTE YVES/LEVENEUR LAURENT (édit.), *1804-2004: Le Code Civil: Un passé, un présent, un avenir*, Paris 2004.

VOGENAUER STEFAN, *The Spectre of a European Contract Law*, in: VOGENAUER STEFAN/WEATHERILL STEPHEN (édit.), *The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford/Portland 2006, p. 1 ss.

VOGENAUER STEFAN/WEATHERILL STEPHEN, *The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law: An Empirical Contribution to the Debate*, in: VOGENAUER STEFAN/WEATHERILL STEPHEN (édit.), *The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford/Portland 2006, p. 105 ss.

VON BAR CHRISTIAN, *A Common Frame of Reference for European Private Law: Academic Efforts and Political Realities*, in: Electronic Journal of Comparative Law, vol. 12.1, 2008, ([ejcl.org](http://www.ejcl.org)), p.<<http://www.ejcl.org/121/art121-27.pdf>> (visité le 26.06.2015) (cité: VON BAR, EJCL).

VON BAR CHRISTIAN/ZIMMERMANN REINHARD, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II*, Munich 2002.

VON BOGDANDY ARMIN/JACOB MARC, *Art. 340 AEUV*, in: GRABNITZ EBERHARD/HILF MEINHARD/NETTESHEIM MARTIN (édit.), *Das Recht der Europäischen Union, Band III, EUV/AEUV*, Munich 2013.

VON JHERING RUDOLF, *Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, 4. Band, 1861, (reprod. Berlin/Zurich 1969) (cité: VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. éd. 1861).

VON JHERING RUDOLF, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, erster Theil*, (4 vol.), 6^e éd., Leipzig 1907 (cité: VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*).

VON PUFENDORF SAMUEL, *De jure naturae et gentium libri octo*, réimpr., vol. I, Londres 1934 (cité: VON PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*).

VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, (6 vol.), Heidelberg 1815 (cité: VON SAVIGNY I-VI).

VON THUR ANDREAS, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. II/1: *Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft*, Munich/Leipzig 1918, réimpr. Goldbach 1997.

VON THUR ANDREAS, *Streifzüge im revidierten Obligationenrecht*, in: RSJ/SJZ 1922, p. 365 ss (cité: VON THUR, RSJ/SJZ 1922).

VON THUR ANDREAS/PETER HANS, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht*, vol. I, 3^e éd., Zurich 1979.

VON VANGEROW KARL ADOLPH, *Lehrbuch der Pandekten*, vol. I, Marburg 1863.

W

WAGNER GERHARD, §§ 823-838, in: HABERSACK MATHIAS (Red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsrecht, Produkthaftungsgesetz*, 6^e éd., Munich 2013 (cité: MK-BGB-WAGNER).

WAHRENBERGER ANDRÉ, *Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts), Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo*, thèse Zurich 1992.

WALTER HANS PETER, *La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, in: CHAPPUIS CHRISTINE/WINIGER BÉNÉDICT (édit.), *La responsabilité fondée sur la confiance*, Zurich 2001, p. 147 ss (cité: WALTER, *jurisprudence*).

WALTER HANS PETER, *Responsabilité fondée sur la confiance et devoir d'information*, in: CHAPPUIS CHRISTINE/WINIGER BÉNÉDICT (édit.), *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Genève/Zürich/Bâle 2009, p. 153 ss (cité: WALTER, *Responsabilité fondée sur la confiance 2009*).

WEATHERILL STEPHEN, *Competence and European Private Law*, in: TWIGG-FLESNER CHRISTIAN (édit.), *The Cambridge Companion to European Private Law*, Cambridge 2010, p. 58 ss.

WEATHERILL STEPHEN, *European Private Law and the Constitutional Dimension*, in: CAFAGGI FABRIZIO (édit.), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford 2006, p. 79 ss (cité: WEATHERILL, *European Private Law and the Constitutional Dimension*).

WEATHERILL STEPHEN, *Interpretation of the Directives: The Role of the Court*, in: HARTKAMP ARTHUR et al. (  dit.), *Towards a European Civil Code*, 4     d., Nijmegen 2011, p. 185 ss (cité: WEATHERILL, *Interpretation of the Directives*).

WEIMAR PETER, *Zur Renaissance der Rechtswissenschaft im Mittelalter*, Goldbach 1997.

WERRO FRANZ, Art. 41-64, 394-406 CO, in: TH  NENOZ LUC/WERRO FRANZ (  dit.), *Commentaire romand, Code des Obligations I, Art. 1-529 CO*, 2     d., Bâle 2012 (cité: CR CO-WERRO).

WERRO FRANZ, *L'européanisation du droit privé, vers un code civil européen ?*, Fribourg 1998.

WERRO FRANZ, *L'unification du droit privé en Europe: une question de légitimité culturelle*, in: DUNAND JEAN-PHILLIPE/WINIGER BÉNÉDICT (  dit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 287 ss (cité: WERRO, *Unification*).

WERRO FRANZ, *La responsabilité fondée sur la confiance: quelques variations sur un thème commun ou les leçons du droit comparé*, in: CHAPPUIS CHRISTINE/WINIGER BÉNÉDICT (  dit.), *La responsabilité fondée sur la confiance*, Zurich 2001, p. 109 ss (cité: WERRO, *La responsabilité fondée sur la confiance*).

WERRO FRANZ, *La responsabilité civile*, 2     d., Berne 2011 (cité: WERRO, RC).

WERRO FRANZ/MÜLLER CHRISTOPH, *Forum: OR 2020 – Das neue Deliktsrecht/CO 2020 – Le nouveau droit de la responsabilité civile, Introduction*, in: HAVE/REAS 2013, p. 352 ss.

WESEL UWE, *Geschichte des Rechts in Europa: Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon*, Munich 2010.

WESEL UWE, *Geschichte des Rechts: Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 2     d., Munich 2001 (cité: WESEL UWE, *Geschichte des Rechts: Von den Frühformen bis zur Gegenwart*).

WESSNER PIERRE, *La responsabilité fondée sur la confiance au regard de la révision totale du droit de la responsabilité civile*, in: CHAPPUIS CHRISTINE/WINIGER BÉNÉDICT (édit.), *La responsabilité fondée sur la confiance*, Zurich 2001, p. 129 ss (cité: WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*).

WESSNER PIERRE, *La responsabilité fondée sur la confiance: une fausse bonne idée*, in: BOHNET FRANÇOIS (édit.), *Quelques actions en responsabilité*, Neuchâtel 2008, p. 39 ss (cité: WESSNER, *une fausse bonne idée*).

WESSNER PIERRE, *Quelques figures libres et imposées du devoir d'information durant la période précontractuelle: user, abuser, méduser*, in: GAUCH PETER/WERRO FRANZ/PICHONNAZ PASCAL, *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 513 ss (cité: WESSNER, *User, abuser, méduser*).

WESSNER PIERRE/WINIGER BÉNÉDICT, *La faute et les intérêts protégés*, (univ-rennes1.fr/),
p.<http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288514_wesnerwiniger.pdf>
visité le 26.06.2015.

WHITTAKER SIMON, *The Optional Instrument of European Contract Law*, in: ERCL 2011, p. 371 ss (cité: WHITTAKER, ERCL).

WICK MARKUS, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, Versuch einer kurzen Orientierung nach dem Swissair-Entscheid*, in: PJA/AJP 1995, p. 1270 ss.

WICKER GUILLAUME, *La réforme du droit français du contrat: de la cause à la causalité juridique*, in: MÄSCH GERALD/MAZEAUD DENIS/SCHULZE REINER (édit.), *Nouveaux défis du droit des contrats en France et Europe*, Munich 2009, p. 53 ss.

WICKER GUILLAUME/SAUTONIE-LAGUIONIE LAURA/BUJOLI FRÉDÉRIC, *Guiding Principles of European Contract Law*, in: FAUVARQUE-COSSON/MAZEAUD (édit.), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich 2008, p. 421 ss.

WIDMER CORINNE, *A Civil Lawyer's Introduction to Anglo-American Law: Torts*, Vienne 2008 (cité: WIDMER C.).

WIDMER CORINNE, *Umfang des Schadenersatzes bei nicht zur Perfektion gelangten Verträgen: Dargestellt anhand der Willensmängel und des Abbruchs*

der Vertragsverhandlungen, thèse Bâle, Bâle/Genève/Münich 2003 (cité: WIDMER C., *Umfang des Schadenersatzes*).

WIDMER CORINNE, *Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen*, in: RDS/ZSR I/2001, p. 101 ss (cité: WIDMER C., *Vertrauenshaftung*).

WIDMER PIERRE, *Anything goes – Haftpflichtrecht im Offside*, *Kritische Betrachtungen zum turnaround in der neueren Lehre und zum Entwurf OR 2020*, in: REAS/HAVE 2014, p. 363 ss (cité: WIDMER, *Anything goes – Haftpflichtrecht im Offside*).

WIDMER PIERRE, *Les principes des principes ou: les fondements de la responsabilité selon les «Principes de droit européen de la responsabilité civile» (PETL)*, in: GUILLOD OLIVIER/MÜLLER CHRISTOPH (édit.), *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner*, Bâle 2011, p. 241 ss (cité: WIDMER, *Les principes des principes*).

WIDMER PIERRE, *Les Principes UNIDROIT, une nouvelle forme de «codification» au niveau transnational*, in: DUNAND JEAN-PHILIPPE/WINIGER BÉNÉDICT (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 235 ss (cité: WIDMER).

WIDMER PIERRE, *Privatrechtliche Haftung*, in: MÜNCH PETER/GEISER THOMAS (édit.), *Schaden – Haftung – Versicherung*, Bâle/Genève/Munich 1999, p. 7 ss (cité: WIDMER, *Privatrechtliche Haftung*).

WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile – Rapport explicatif*, Berne 2000, (admin.ch), p.<<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-f.pdf>> (visité le 26.06.2015) (cité: WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*).

WIEACKER FRANZ, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2^e éd., Göttingen 1967.

WIEGAND WOLFGANG, *Obligationenrecht*, in: RJB/ZBVJ 1996, p. 319 ss.

WINIGER BÉNÉDICT, *Conclusions: Etendre les concepts ou les multiplier?*, in: CHAPPUIS CHRISTINE/WINIGER BÉNÉDICT (édit.), *La responsabilité fondée sur la confiance*, Zurich 2001, p. 193 ss (cité: WINIGER, *Conclusions*).

WINIGER BÉNÉDICT, *Droit romain*, Berne 2006, (hls-dhs-dss.ch), p.<<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8933.php>> (visité le 26.06.2015).

WINIGER BÉNÉDICT, *Les intérêts protégés par la responsabilité civile – Les clauses générales dans les Principles of European Tort Law et dans les Principles of European Law: liability for damage*, p. 1 ss, (univ-rennes1.fr), p.<http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280039_bwiniger2.pdf> (visité le 26.06.2015) (cité WINIGER, *Les intérêts protégés*).

WINKEL LAURENS C., *Culpa in contrahendo in Roman Law and in Some Modern Dutch Court Decisions*, in: DE LIGT LUUK et al. (édit.), *Viva vox iuris romani, Essays in honour of Johannes Emil Spruit*, Amsterdam 2002, p. 149 ss.

WITZ CLAUDE, *Le rôle du juge dans les codifications doctrinales internationales du droit des contrats*, in: JUNG PETER (édit.), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint, Richterliche Eingriffe in den Vertrag/Droit privé européen: l'unité dans la diversité, L'intervention du juge dans le contrat*, Munich 2013, p. 27 ss.

WOLF MANFRED/NEUNER JÖRG, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 10^e éd., Munich 2012.

WOLFIO CRISTIANO, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum, Pars III, De modo derivato acquirendi dominium et jus quodcunque praesertim in re altibus ubi et agitur de officiis circa sermonem juramentis ac votis, nec non usucapione et praescriptione*, Halle/Madgeburg 1743, (books.google.ch/), p.<http://books.google.ch/books?id=gTE_AAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> (visité le 26.06.2015) (cité: VON WOLFF, *Jus naturae*).

Z

ZIEGLER KARL-HEINZ, *Völkerrechtsgeschichte*, Munich 1994.

ZIMMERMANN REINHARD, *Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact*, in: KOZIOL HELMUT/STEININGER BARBARA C. (édit.), *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law 2003*, Vienne 2004, p. 2 ss (cité: ZIMMERMANN, *Principles*).

ZIMMERMANN REINHARD, *Roman Law, Contemporary Law, European Law – The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001.

ZWEIGERT KONRAD/KÖTZ HEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^e éd., Tübingen 1996.

II. Principaux travaux préparatoires

A. Allemagne

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/6040 vom 14.05.2001, BT-Drs. 14/6040, p. 1-288, (bundestag.de), p.<<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406040.pdf>> (visité le 26.06.2015) (cité: BT-Drs. 14/6040).

B. France

FENET P. ANTOINE., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome treizième. Discussions, motifs, rapports et discours. Tome huitième. Livre troisième. Des différentes manières dont on acquiert la propriété. Titre troisième. Des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général. Discussion du Conseil d'état*, Paris 1827 (cité: Travaux préparatoires du Code civil, Tome 13^e).

C. Royaume-Uni

Misrepresentation Bill [HL], HL Deb 17 May 1966 vol 274 cc921-57, 17 May 1966 (Lords sitting), Hansard, p. 921-957, (hansard.millbanksystems.com), p.<http://hansard.millbanksystems.com/lords/1966/may/17/misrepresentation-bill-hl#S5LV0274P0_19660517_HOL_151> (visité le 26.06.2015) (cité: Misrepresentation Bill).

D. Suisse

Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), du 18 mai 1983, FF 1983 II 1037, p. 1037-1137.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à la révision de la constitution fédérale en vue d'introduire l'unification du droit, du 28 novembre 1896, FF 1896 IV 574, p. 574-619.

Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant la révision de la Constitution fédérale, du 4 juillet 1873, FF 1873 II 909, p. 909-943.

Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, du 27 novembre 1879, FF 1880 I 115, p. 115-189.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final), du 3 mars 1905, FF 1905 II 1, p. 1-528.

Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription), du 29 novembre 2013, FF 2014 221, p. 221-272.

Message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, du 24 février 1993, FF 1993 I 757, p. 757-942.

E. Union européenne

Communication de la Commission – Plan d'action «simplifier et améliorer l'environnement réglementaire», du 6 juin 2002, COM(2002) 278 final/2, (eur-lex.europa.eu),
p.<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0278:FIN:fr:PDF>>
(visité le 26.06.2015).

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, du 11 juillet 2001, COM(2001) 398 final, (eur-lex.europa.eu),
p.<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0398:FIN:FR:PDF>>
(visité le 26.06.2015).

Communication de la Commission au Parlement européen – Un droit européen des contrats plus cohérent – un Plan d'Action, du 12 février 2003, COM(2003) 68 final, JO C 63 du 15 mars 2003, p. 1-44.

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Droit européen des contrats et révision de l'acquis: la voie à suivre, du 11 octobre 2004, COM(2004) 651 final, (eur-lex.europa.eu),
p.<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0651:FIN:FR:PDF>>
(visité le 26.06.2015).

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité social et économique et au Comité des régions – Stratégie pour la

politique des consommateurs 2002-2006, du 7 mai 2002, COM(2002) 208 final, JO C 137 du 8 juin 2002, p. 2–23.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur le commerce électronique transfrontalier entre entreprises et consommateurs dans l'Union européenne, du 22 octobre 2009, COM(2009) 557 final, (eur-lex.europa.eu),

p.<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0557:FIN:FR:PDF>> (visité le 26.06.2015).

Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, du 18 février 2013, 2011/0284(COD),

(europa.eu),

p.<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/pr/927/927290/927290en.pdf> (visité le 26.06.2015).

Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, 8 February, 2007, COM(2006) 744 final [EN], (eur-lex.europa.eu),

p.<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0744:FIN:EN:PDF>> (visité le 26.06.2015).

Grünbuch: Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz, den 8. Februar 2007, KOM(2006) 744 endgültig [DE], (eur-lex.europa.eu),

p.<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0744:FIN:de:PDF>> (visité le 26.06.2015).

Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, du 1 juillet 2010, COM(2010) 348 final, (eur-lex.europa.eu),

p.<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:FR:PDF>> (visité le 26.06.2015).

Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection de consommateurs, du 8 février 2007, COM(2006) 744 final, (ec.europa.eu),

p.<http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/green-paper_cons_acquis_fr.pdf> (visité le 26.06.2015).

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, du 8 octobre 2008, COM(2008) 614 final, (eur-lex.europa.eu),

p.<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0614:FIN:FR:PDF>> (visité le 26.06.2015).

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, du 11 septembre 2011, COM(2011) 635 final, (eur-lex.europa.eu),

p.<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:FR:PDF>> (visité le 26.06.2015).

Rapport de la Commission – Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis, du 23 septembre 2005, COM(2005) 465 final, (ec.europa.eu), p.<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0456:FIN:FR:PDF>> (visité le 26.06.2015).

Rapport de la Commission – Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence, du 25 juillet 2007, COM(2007) 447 final, (eur-lex.europa.eu),

p.<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0447:FIN:FR:PDF>> (visité le 26.06.2015).

Rapport de la Commission des affaires juridiques sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, du 24 septembre 2012, A7-0301/2013, (europarl.europa.eu),

p.<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0301+0+DOC+PDF+V0//FR>> (visité le 26.06.2015).

III. Principaux textes législatifs

A. Allemagne

Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I 42, 2909; 2003 I 738), das durch Artikel 4 Absatz 5 des Gesetzes vom 1. Oktober 2013 (BGBl. I 3719) geändert worden ist (BGB).

Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I 3138) (Loi modernisant le droit des obligations).

B. France

Code Civile, version consolidée au 1 janvier 2014 (CCfr.), (Articles 1382 et 1383 créé par Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804) (legifrance.gouv.fr) (visité le 26.06.2015).

Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n° 0141 du 18 juin 2008.

C. Royaume-Uni

Misrepresentation Act 1967, 1967 Chapter 7, An Act to amend the law relating to innocent misrepresentations and to amend sections 11 and 35 of the Sale of Goods Act 1893. [22nd March 1967] (Misrepresentation Act 1967) (legislation.gov.uk) (visité le 26.06.2015).

SI 1999 No. 2083, Consumer Protection, The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, 22nd July 1999, amended by SI 2001 No. 1186, The Unfair Terms in Consumer Contracts (Amendment) Regulations 2001, 25th March 2001 (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999) (legislation.gov.uk) (visité le 26.06.2015).

D. Suisse

Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 (aCO), RO 5 577.

Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0.

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (aCst.), RO 1 1.

Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1989 (LCD), RS 241.

Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), RS 291.

Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (LVF), RS 944.3.

Loi fédérale du 2 août 1908 sur le contrat d'assurance (LCA), RS 221.229.1.

Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse, Livre cinquième: Droit des obligations (CO), RS 220.

Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002, (Loi sur le Parlement, LParl), RS 171.10.

E. Union européenne

Déclarations annexées à l'acte final de la conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007: Déclarations relatives à des dispositions des traités: 42. Déclaration ad article 352 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (Déclaration [n. 42] ad art. 352 TFUE), JO C 83/01 du 30 mars 2010, p. 351.

Directive 1999/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 mai 1999, modifiant la directive 85/374/CEE du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (directive 1999/34/CE «responsabilité du fait des produits») JO L 141 du 4 juin 1999, p. 20-21.

Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (directive 1999/44/CE «vente de biens de consommations»), JO L 171 du 7 juillet 1999, p. 12-16.

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information,

et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive 2000/31/CE «commerce électronique»), JO L 178 du 17 juillet 2000, p. 1-16.

Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 juin 2000, concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (directive 2000/35/CE «retard de paiement»), JO L 200 du 8 août 2000, p. 35-38.

Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE (directive 2002/65/CE, «services financiers à distance»), JO L 271 du 9 octobre 2002, p. 16-24.

Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales») (directive 2005/29/CE «pratiques commerciales déloyales»), JO L 149 du 11 juin 2005, p. 22-39.

Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (directive 2006/123/CE «services»), JO L 376 du 27 décembre 2006, p. 36-68.

Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 novembre 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE (directive 2007/64/CE «services de paiement»), JO L 319 du 5 décembre 2007, p. 1-36.

Directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 janvier 2009, relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange (directive 2008/122/CE «utilisation de biens à temps partagé»), JO L 33 du 3 février 2009, p. 10-30.

Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive

87/102/CEE du Conseil (directive 2008/48/CE «crédit à la consommation»), JO L 133 du 22 mai 2008, p. 66-92.

Directive 2011/83/UE du Parlement Européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (directive 2011/83/UE «droits des consommateurs»), JO L 304 du 22 novembre 2011, p. 64-88.

Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (directive 85/374/CEE «responsabilité du fait des produits»), JO L 210 du 7 août 1985, p. 29-33.

Directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (directive 85/577/CEE «contrats conclus à domicile»), JO L 372 du 31 décembre 1985, p. 31-33.

Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (directive 86/653/CEE «agents commerciaux indépendants»), JO L 283 du 31 décembre 1986, p. 17-21.

Directive 87/102/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation (directive 87/102/CEE «crédit à la consommation»), JO L 42 du 12 février 1987, p. 48-53.

Directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait (directive 90/314/CEE «voyages à forfait»), JO L 158 du 23 juin 1990, p. 59-64.

Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive 93/13/CEE «clauses abusives»), JO L 95 du 21 avril 1993, p. 29-34.

Directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation partiel de biens immobiliers (directive 94/47/CE «droit d'utilisation partiel»), JO L 280 du 29 octobre 1994, p. 83-87.

Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (directive 97/7/CE «contrats à distance»), JO L 144 du 4 juin 1997, p. 19-27.

Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 mai 1998, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (directive 98/27/CE «actions en cessation»), JO L 166 du 11 juin 1998, p. 51-55.

Directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs (directive 98/6/CE «indication des prix»), JO L 80 du 18 mars 1998, p. 27-30.

Protocole (n° 30) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (Protocole (n. 30) annexé au TCE sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité), JO C 340/105 du 10 novembre 1997, p. 150-152.

Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (Protocole à annexer au traité de Lisbonne sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité), JO C 306/150 du 17 décembre 2007, p. 150-152.

Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles), JO L 177 du 4 juillet 2008, p. 6-16.

Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) (règlement «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles), JO L 199 du 31 juillet 2007, p. 40-49.

Version consolidée du traité sur l'Union européenne (TUE), JO C 83/13 du 30 mars 2010, p. 13-46.

Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), JO C 83/47 du 30 mars 2010, p. 47-199.

IV. Principales conventions internationales

Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Conclue à Lugano le 30 octobre 2007 (Convention de Lugano, CL), RS 0.275.12.

Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale / Version consolidée CF 498Y0126(01) */ (Convention de Bruxelles), JO L 299 du 31 décembre 1972, p. 32-42.*

Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), RS 0.221.211.1.

Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101.

Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels, du 1^{er} juillet 1964, (LUFC) ([unidroit.org](http://www.unidroit.org)), p.<<http://www.unidroit.org/fr/instruments/la-vente-internationale/international-sales-lufc-1964-fr>> (visité le 26.06.2015).

Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, du 1^{er} juillet 1964, (LUVI) ([unidroit.org](http://www.unidroit.org)), p.<<http://www.unidroit.org/fr/instruments/la-vente-internationale/international-sales-luvi-1964-fr>> (visité le 26.06.2015).

INTRODUCTION

I. Intérêt et actualité de la thématique

- 1 Une discussion intensive s'est engagée ces 30 dernières années quant à l'opportunité, aux avantages et aux inconvénients de **l'harmonisation et de l'unification du droit privé européen**. Aujourd'hui encore, plusieurs groupes de recherches composés d'éminents académiciens européens travaillent sur l'uniformisation du droit privé européen, notamment en matière de droits des contrats et de la responsabilité civile.
- 2 Dès 2001, l'impulsion donnée par la doctrine paneuropéenne a trouvé son **relais au niveau politique** par le biais des communications successives de la Commission européenne proposant notamment un «*Cadre Commun de Référence*». ¹ Bien que sa concrétisation demeure incertaine, la proposition de la Commission a eu le mérite d'ouvrir un débat politique sur la nécessité d'élaborer un Code des contrats européen.
- 3 En 2009, le groupe de recherche «*Joint Network on European Private Law*» («*Network of Excellence*») ² a publié la version complète et définitive du «*Draft Common Frame of Reference*» (DCFR). ³ Ce dernier fait office d'**avant-projet académique de Cadre Commun de Référence**. Cette publication marque donc une étape décisive dans un long processus d'harmonisation qui laisse entrevoir une uniformisation du droit privé et un nouveau *ius commune* en Europe.
- 4 Fin 2011, faisant suite aux travaux basés sur le DCFR d'un groupe d'experts mandaté par la Commission, ⁴ cette dernière publie une proposition de règlement relatif à un **droit commun européen de la vente** (CESL) ⁵ qui intègre l'acquis communautaire existant en la matière et, en particulier, la directive sur les droits des consommateurs. ⁶ Approuvé par une forte majorité du Parlement européen en

¹ Cf. COM(2001) 398 final; COM(2003) 68 final; COM(2004) 651 final.

² Cf. www.copecl.org (visité le 26.06.2015).

³ Cf. DCFR, *Full Edition*, p. 1 ss.

⁴ Cf. EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW, p. 1 ss.

⁵ COM(2011) 635 final.

⁶ Directive 2011/83/UE «droits des consommateurs».

2014,⁷ le CESL figure au programme de travail de la Commission pour l'année 2015.⁸ Le DCFR a donc d'ores et déjà eu un impact politique concret.

- 5 Une des innovations les plus remarquables du DCFR, par rapport à ce qui existe dans l'acquis communautaire, concerne le domaine de la responsabilité précontractuelle. En effet, le DCFR contient notamment une règle modèle codifiant une **clause générale de responsabilité précontractuelle**.⁹ Cette règle modèle comprend la responsabilité pour négociations contraires à la bonne foi¹⁰ et fait ainsi office de chambre de résonance aux «*Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*» (PICC) et à certains projets académiques d'uniformisation du droit privé européen qui prévoient, à quelques variations près, la même réglementation en la matière.¹¹
- 6 Au niveau suisse, aucune **analyse systématique détaillée** n'a été publiée au sujet de ces développements. Tout au plus faut-il mentionner ici le projet académique paru en 2013 et s'intitulant «*Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020: Projet relatif à une nouvelle partie générale*» (Projet OR/CO 2020).¹² Comme son titre l'indique, le Projet OR/CO 2020 est un projet pour une nouvelle partie générale du Code des obligations. 23 chercheurs provenant de toutes les facultés de droit suisses se sont penchés sur la question de savoir si les articles 1 à 183

⁷ Le Parlement européen a voté par 416 voix pour, 159 voix contre et 65 abstentions en session plénière le 26.02.2014 (Communiqué de presse du 26 février 2014, MEMO/14/137, disponible sur Internet à la p.<[http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-14-137_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-137_fr.htm)> [visité le 26.06.2015]).

⁸ Le CESL figure au n. 60 de la liste des retraits ou des modifications de proposition en attente. Le CESL fait encore l'objet de modifications par rapport à la proposition de règlement initiale «*afin d'exploiter pleinement le potentiel du commerce électronique dans le marché unique numérique*» (Motif du retrait/de la modification N° 60, *Annexe de la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Programme de travail de la Commission pour l'année 2015, Un nouvel élan*, du 16 décembre 2014, (COM(2014) 9010 final ANNEX 2), p. 13, disponible sur Internet à la p.<http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_fr.pdf> (visité le 26.06.2015).

⁹ Cf. art. II.-3:501 DCFR.

¹⁰ Cf. art. II.-3:301(3) DCFR.

¹¹ Cf. art. 2.1.15(2) PICC; art. 2:301(2) PECL; 2:103(2) ACQP; art. 6 al. 4 Projet GANDOLFI.

¹² Cf. OR/CO 2020, p. XXXII ss; é.g. texte non commenté du projet sur Internet à la p.<<http://or2020.ch/>> (visité le 26.06.2015).

CO pouvaient toujours être qualifiés de «*state of the art*». Le Projet OR/CO 2020 est le fruit d'un examen approfondi de la partie générale du CO, de la jurisprudence qui s'y rapporte et d'extensifs travaux de recherche de droit comparé. Toutefois, la responsabilité précontractuelle n'y est pas consacrée expressément.

- 7 **La présente thèse s'inscrit dans la démarche et le cadre de réflexion du Projet OR/CO 2020.** Elle se penche sur la problématique posée par la responsabilité précontractuelle et sur l'opportunité de son éventuelle codification, à l'aune des développements européens récents.
- 8 En effet, même si la responsabilité précontractuelle est bien établie dans notre ordre juridique, elle suscite toujours et encore de nombreuses **discussions doctrinales**, notamment quant à sa nature juridique. Ces controverses ont pour corollaire une incertitude quant aux modalités applicables à la responsabilité précontractuelle.
- 9 Une lecture attentive de la **jurisprudence** suggère que la réglementation légale relative aux responsabilités contractuelle et délictuelle comporte une lacune devant être comblée sur la base du principe formulé à l'article 2 al. 1 CC par la mise en place d'une troisième source de responsabilité, ni contractuelle, ni délictuelle, mais «*fondée sur la confiance*»:¹³ «*La responsabilité fondée sur la confiance ainsi admise par le Tribunal fédéral suscite un vaste débat doctrinal, moins d'ailleurs sur les résultats auxquels elle conduit que sur son fondement dogmatique, la nécessité d'introduire dans le système du droit suisse une nouvelle clause générale de responsabilité et la définition des modalités de celle-ci*».¹⁴
- 10 Alors que la doctrine suisse tourne en rond dans ses divers essais de définition quant à la nature juridique de la responsabilité précontractuelle, l'approche pragmatique du TF¹⁵ quant aux modalités applicables à celle-ci laisse, elle aussi, le justiciable dans l'**incertitude** par rapport à ses droits. Dès lors, il ne fait guère de doute que la thématique est plus que jamais d'actualité à la lumière des solutions innovantes consacrées dans le droit privé prospectif européen.

¹³ Cf. not. ATF 140 III 200 c. 5.2; ATF 133 III 449 c. 4.1; ATF 130 III 345 c. 2.1; ATF 124 III 297 c. 6a; ATF 121 III 350 c. 6c; ATF 120 II 331 c. 5a.

¹⁴ STEINAUER, n. 538.

¹⁵ Cf. not. ATF 134 III 390 c. 4.3.2; ATF 121 III 350 c. 6c; ATF 120 II 331 c. 5a; ATF 108 II 419 c. 5; ATF 101 II 266 c. 4a.

II. Perspectives de droit comparé

- 11 Si l'on admet, avec la doctrine majoritaire,¹⁶ l'existence d'une lacune dans notre ordre juridique à propos de la responsabilité précontractuelle, celle-ci est alors à combler par le tribunal, conformément à l'article 1 al. 2 CC, «*selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*». Or, ce dernier est tenu, s'agissant de projets de lois émanant du Conseil fédéral, de faire une **comparaison** en vue de faire le point sur les liens qu'entretient son projet avec le droit européen.¹⁷ Le TF admet, notamment dans les rapports transnationaux, qu'un comblement de lacune dans les règles de l'art ne peut se faire sans recourir à une base de droit comparé.¹⁸
- 12 Il est dès lors **légitime et nécessaire** d'introduire des perspectives de droit comparé dans notre étude. Il s'agira non seulement d'analyser les éventuelles tensions entre les traditions de la *Common law* et de la *Civil law* par rapport aux problématiques soulevées par la responsabilité précontractuelle, mais également de mettre en évidence les solutions préconisées dans les projets d'uniformisation du droit privé.
- 13 Si une **méthode** comparative selon l'approche légale (étude du contenu matériel de la réglementation)¹⁹ se justifie dans le contexte de l'uniformisation prospective de l'institution de la responsabilité précontractuelle, on ne saura se dispenser entièrement de l'approche factuelle (étude du problème sociétal sous-jacent)²⁰ dans notre analyse.
- 14 En effet, la *Common law* anglo-américaine, que nous étudierons à côté des droits allemand et français, ne connaît pas la responsabilité précontractuelle en tant qu'institution à portée générale. Il sera donc nécessaire de déterminer

¹⁶ Cf. not. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 982; CR OR-THÉVENOZ, n. 22d ad Intro. Art. 97-109 CO; BERGER, n. 1994; STEINAUER, n. 538.

¹⁷ Art. 141 al. 2, let. a LParl: «*Dans son message, le Conseil fédéral motive son projet d'acte et en commente au besoin les dispositions. D'autre part, dans la mesure où des indications substantielles peuvent être fournies, il fait notamment le point sur: a. les bases légales ou constitutionnelles sur lesquelles le projet se fonde, ses effets sur les droits fondamentaux, sa compatibilité avec le droit de rang supérieur et ses relations avec le droit européen*».

¹⁸ ATF 126 III 129 c. 4 («*Namentlich im traditionell grenzüberschreitenden Rechtsverkehr lässt sich überdies eine sachgerechte Rechtsfindung und damit auch Lückenfüllung ohne rechtsvergleichende Grundlage nicht verwirklichen*»).

¹⁹ A ce sujet, cf. MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 181 s.

²⁰ A ce sujet, cf. MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 177 ss.

quelles institutions de la *Common law* sont des **équivalents fonctionnels**²¹ permettant de répondre à la question sociétale sous-jacente à cette responsabilité. Il s'agira d'observer si et, le cas échéant, comment la déception de la confiance légitime d'un cocontractant prospectif est sanctionnée. La question sous-jacente à notre étude comparative est la suivante: dans quelles hypothèses alloue-t-on le risque patrimonial lié à la souscription d'un engagement juridique à la personne s'étant comportée d'une manière considérée comme répréhensible dans la phase précédant cet engagement? Dans le cadre de cette question, nous vouerons une attention particulière à la problématique posée par la rupture des négociations précontractuelles.

III. Structure des arguments

A. Présentation

- 15 Le **but** de notre analyse est de mettre en évidence les perspectives d'avenir pour l'ordre juridique suisse qu'offre le traitement réservé à la responsabilité précontractuelle dans les ordres juridiques européen et nationaux voisins, ainsi que dans les modèles de droit privé uniforme. Cette mise en évidence servira de fondement à notre thèse pour une codification du droit prétorien suisse en la matière.
- 16 Cet objectif nécessite de décomposer notre étude en **trois grandes parties**. La première partie sera réservée à l'étude du processus d'uniformisation du droit privé européen. Le sujet étant encore méconnu des juristes suisses, il s'agira de présenter en détail le phénomène et ses racines historiques. Le législateur de l'ordre juridique en voie d'intégration qu'est l'UE n'a que des compétences limitées en matière de droit privé, de sorte que l'institution de la responsabilité précontractuelle ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique. Au contraire, la problématique est laissée aux législateurs nationaux. L'uniformisation du droit privé en général, et de la responsabilité précontractuelle en particulier, s'opère davantage au moyen des divers modèles académiques de droit uniforme. La deuxième partie de notre analyse sera précisément dédiée à la responsabilité précontractuelle à travers les âges et les

²¹ A ce sujet, cf. MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 237 et 239.

frontières.²² La troisième partie se consacrera aux aspects présents et futurs de la thématique en droit suisse.

B. Partie première

- 17 La première partie sur l'étude du **processus d'uniformisation du droit privé européen** commencera nécessairement par la question de la légitimité d'un tel processus.
- 18 Cette légitimité est à rechercher dans les **racines historiques** du droit privé européen. L'examen des origines du droit privé européen ne sert toutefois pas uniquement de justificatif à la création d'un nouveau *ius commune* européen. Une partie historique pourvoit également à la contextualisation indispensable à toute recherche comparative. La compréhension et l'évaluation critique des ordres juridiques modernes et de leurs institutions ne peuvent se passer d'un examen des facteurs historiques qui ont contribué à leur formation.²³ L'histoire du droit est le fondement du droit comparé en tant que discipline scientifique.²⁴
- 19 Après un aperçu des origines historiques du droit privé européen, nous décrivons le **mécanisme politique** catalyseur de l'eupéanisation du droit privé contemporain qu'est le processus d'intégration de l'UE au moyen notamment des directives européennes relatives aux droits des contrats et de la responsabilité civile. Dans ce cadre, la question des compétences communautaires en matière d'harmonisation du droit privé devra nécessairement être traitée. Aussi, le rôle joué par la Cour de justice européenne (CJUE) dans ce mécanisme ne sera pas passé sous silence. Nous nous consacrerons également aux communications successives de la Commission sur l'amélioration de l'acquis communautaire, ainsi qu'à la stratégie d'harmonisation totale plutôt que minimale. Nous prendrons position sur la controverse autour de la pertinence de la codification à notre époque dans le contexte de l'éventuelle implémentation d'un Code européen des contrats. La

²² N.B.: Certaines considérations figurant aux deux premières parties reprennent et approfondissent les solutions embryonnaires dégagées dans la contribution RISKE, p. 1 ss. Nous tenons à remercier chaleureusement notre Maître et Mentor M. le Prof. MÜLLER pour l'opportunité d'approfondir ici des thématiques qui ne cessent de nous passionner.

²³ MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 6.

²⁴ REINHARD ZIMMERMANN, *Gemeines Recht heute: Das Kreuz des Südens*, in: JÖRG ECKERT (édit), *Der Praktische Nutzen der Rechtsgeschichte – Hans Hattenauer zum 8. September 2001*, Heidelberg 2003, p. 600 ss, p. 600.

section relative au volet politique du processus d'uniformisation du droit privé européen s'achèvera par une mise en évidence du droit privé conventionnel, dont la *Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CVIM) est la figure de proue.

- 20 Après l'étude de l'aspect politique du processus d'uniformisation, son **volet académique** sera abordé par la présentation des divers modèles d'uniformisation du droit privé. Nous porterons notre regard d'abord sur les projets académiques paneuropéens, à savoir les «*Principes du droit européen du contrat*» (PECL), les «*Principes européens de la responsabilité civile*» (PETL) les «*Principes de droit européen*» (PEL), les «*Principes de l'acquis communautaire*» (ACQP), l'«*Avant-projet de Code européen des contrats*» (Projet GANDOLFI) et le DCFR. Enfin, nous présenterons les instruments d'organisations internationales tels que les PICC.

C. *Partie deuxième*

- 21 La deuxième partie se penchera sur le phénomène de la **responsabilité précontractuelle à travers l'Europe**. Avant d'étudier comment les cultures juridiques et les modèles de droit uniforme appréhendent la responsabilité précontractuelle, nous commencerons par esquisser les fondements dogmatiques européens communs de cette institution. Ainsi, les principes juridiques sous-jacents à la responsabilité précontractuelle et les principaux devoirs précontractuels généralement reconnus feront l'objet d'une approche transversale.
- 22 L'examen des **origines** de la responsabilité précontractuelle, par les sources romaines d'abord, et par un bref aperçu de l'évolution historique ensuite, nous donnera l'occasion d'aborder les diverses conceptions possibles quant à sa nature juridique.
- 23 L'étude de la responsabilité précontractuelle contemporaine sera réalisée par l'analyse de son appréhension par les **deux grandes cultures juridiques européennes**. Nous mettrons en évidence les solutions consacrées par les ordres juridiques des deux principaux représentants de la *Civil law* que sont les droits français et allemand. Ensuite, nous examinerons la question que pose la responsabilité précontractuelle sous l'angle de la *Common law* anglo-américaine. Dans le cadre de cette problématique, il est de coutume d'opposer la *Common law* à la *Civil law*. Avant la conclusion d'un contrat, aucun devoir de bonne foi ne serait opposable aux parties en droit de la *Common law*. En droit de

la *Civil law* par contre, un tel devoir existerait systématiquement à charge des parties, qui encourraient de ce fait une responsabilité pour sa violation. Nous vérifierons si cette affirmation n'est pas quelque peu réductrice et caricaturale.

- 24 La deuxième partie s'achèvera par l'analyse de l'accueil réservé à la responsabilité précontractuelle dans les **modèles de droit privé uniforme**. Nous nous concentrerons en particulier sur la problématique des négociations contraires à la bonne foi. Nous commenterons les solutions proposées par les PECL, les ACQP, les PEL, les PETL, le DCFR, le Projet GANDOLFI et les PICC. Enfin, nous analyserons dans quelle mesure la «*Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise*» (Loi type franchise), le CESL et le droit unifié de la CVIM traitent de la responsabilité précontractuelle.

D. Partie troisième

- 25 La troisième et dernière partie de notre étude sera vouée à la **responsabilité précontractuelle en droit suisse positif et prospectif**.
- 26 Nous nous pencherons d'abord sur quelques **problématiques controversées en droit positif**. Ainsi traiterons-nous de la question fondamentale de la nature de la responsabilité précontractuelle, puis des rapports d'absorption et de concours que cette dernière entretient avec les responsabilités aquilienne et contractuelle. Enfin, nous établirons une typologie des acceptions généralement reconnues aux divers documents précontractuels – tels que l'accord d'entrée en négociation, l'accord de principe, l'accord-cadre de négociation, la promesse de contracter, le «*Memorandum of Understanding*», la «*Letter of Intent*» ou les «*Heads of Agreement*» – tous désignés par le terme générique «lettre d'intention». Notre attention à cet égard se portera sur l'impact que ces différents types de lettres d'intention peuvent avoir sur le régime de responsabilité, particulièrement en cas de rupture des négociations.
- 27 Enfin, notre thèse trouvera son aboutissement dans l'**étude du droit suisse prospectif** de la responsabilité précontractuelle. L'analyse de *lege ferenda* passera préalablement par un commentaire des solutions préconisées par l'«*Avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile*» (AP WIDMER/WESSNER) et le Projet OR/CO 2020.
- 28 Fort des conclusions tirées précédemment, **nous proposerons d'intégrer dans le CO une clause générale de responsabilité précontractuelle**. En guise de point d'orgue, une disposition s'adossant sur les règles prétoriennees suisses sera proposée et commentée. Les correspondances avec les solutions pertinentes du

droit national étranger et des modèles de droit uniforme viendront appuyer notre thèse. Notre proposition de codification s'inscrira donc dans une approche intégrative, de sorte à viser une conformité aux fondements dogmatiques européens communs de la responsabilité pour *culpa in contrahendo*.

PARTIE PREMIÈRE: PROCESSUS D'UNIFORMISATION DU DROIT PRIVÉ EUROPÉEN

- 29 La partie première de notre analyse, relative au processus d'uniformisation du droit privé européen, comporte **quatre sections**. Nous traiterons d'abord successivement des racines historiques du droit privé européen (**I.**), des vecteurs politiques d'européanisation du droit privé (**II.**) et des modèles d'uniformisation du droit privé (**III.**). Enfin, nous offrirons, sous forme d'un schéma récapitulatif, une vue d'ensemble du processus d'uniformisation du droit privé européen (**IV.**).

I. Racines du droit privé européen

A. Introduction

- 30 «Un spectre hante l'Europe»!²⁵ D'après VOGENAUER,²⁶ il ne s'agirait certes plus de l'idéal communiste tel que prôné par MARX et ENGELS, mais du spectre du **droit privé européen**. Ce dernier serait fréquemment énigmatique pour le commun des mortels et aurait toutes les caractéristiques d'un ectoplasme.²⁷ Les gens seraient notamment persuadés d'un passé glorieux du droit des contrats européen, à l'époque mythique du «*ius commune*» entre les XII^e et XVIII^e siècles (*infra* n. 67 ss).²⁸ Il se murmure que le droit privé commun européen serait décédé à l'avènement des premiers grands Codes nationaux (*infra* n. 106 ss) pour ne jamais renaître.²⁹
- 31 A l'image de toute apparition fantomatique, le droit des contrats européen n'est **pas entièrement tangible**. Aux yeux de VOGENAUER, c'est ce que nous réaliserions dès lors que nous nous posons des questions légales concrètes, comme par exemple «*quel moyen de droit le droit des contrats européen prévoit-il dans cette situation?*».³⁰ La réponse serait immanquablement précédée d'une autre question: «*quel droit des contrats européen?*».³¹ Or, c'est uniquement lorsque le droit de l'UE (*infra* n. 155 ss) est directement applicable qu'il est qu'exceptionnellement possible de répondre à ces interrogations. Dans le cas contraire, l'existence d'un droit commun européen des contrats est loin d'être évidente.³²
- 32 Le spectre commence toutefois à se matérialiser au fur et à mesure que l'idée d'un **Code des contrats européen** fait son chemin et qu'il hante les milieux scientifiques et politiques (*infra* n. 315 ss). Une figure véritablement cauchemardesque pour tout adversaire d'une codification de droit privé à

²⁵ KARL MARX/FRIEDRICH ENGELS, *Manifeste du parti communiste*, 1847, première phrase.

²⁶ VOGENAUER, p. 1 s.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ KADNER GRAZIANO, p. 41.

²⁹ RISKE, p. 20.

³⁰ VOGENAUER, p. 1.

³¹ *Ibid.*

³² VOGENAUER, p. 1.; RISKE, p. 20.

l'échelle européenne. N'en déplaie aux chantres du *statu quo* (*infra* n. 317 s.), une étape politique vers un texte uniforme européen a déjà été franchie. Il s'agit de la proposition de règlement relatif à un droit européen commun de la vente (CESL; *infra* n. 305 ss).

- 33 Afin de tenter d'élucider quelque peu le mystère de la créature polymorphe qu'est le droit privé européen, il est impératif de se pencher d'abord sur ses **origines historiques** (*infra* n. 35 ss), car c'est indubitablement dans le passé commun de notre culture juridique occidentale que se trouve une des sources de la légitimité d'une uniformisation du droit privé européen contemporain.
- 34 Ainsi, après avoir mis l'accent sur quelques traits saillants de la science juridique du temps de la grandeur de **Rome** (*infra* n. 35 ss), il sera question ci-après de l'histoire et de l'importance du **ius commune** (*infra* n. 67 ss), des bouleversements engendrés par les phases de **codifications** (*infra* n. 106 ss) ainsi que de l'importance du **XX^e siècle** pour le droit privé européen (*infra* n. 131 ss). Nous terminerons par esquisser les **conclusions intermédiaires** de notre analyse relative aux racines historiques du droit privé européen (*infra* n. 139 ss).

B. Origines historiques

1. Rome

a) Introduction

- 35 L'Europe est arrivée à une phase charnière dans un lent processus d'harmonisation (*infra* n. 161 ss) laissant transparaître une **uniformisation** (*infra* n. 285 ss), voire, pour les plus visionnaires, une unification du droit privé européen telle que le continent ne l'avait plus connue depuis l'ère du droit romain.³³
- 36 Le juriste allemand VON JHERING, dans son ouvrage monumental «*Geist des römischen Rechts*», illustre parfaitement l'**influence déterminante** qu'a eue la civilisation romaine sur l'unité du droit.

³³ SCHULZE, p. 73 ss; HEIRBAUT/STORME, p. 20; RISKE, p. 20 s.

VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, p. 1:

Dreimal hat Rom der Welt Gesetze diktiert, dreimal die Völker zur Einheit verbunden, das erstemal, als das römische Volk noch in der Fülle seiner Kraft stand, zur Einheit des Staats, das zweitemal, nachdem dasselbe bereits untergegangen, zur Einheit der Kirche, das drittemal infolge der Rezeption des römischen Rechts, im Mittelalter zur Einheit des Rechts; das erstemal mit äußerem Zwange durch die Macht der Waffen, die beiden andern Male durch die Macht des Geistes.

Rome a, par trois fois, dicté des lois au monde et amené les peuples à l'unité: la première fois par l'unité de l'Etat, lorsque le peuple romain fut encore dans la plénitude de sa force; la deuxième fois par l'unité de l'Eglise, après que celui-ci eût déjà péri; la troisième fois par l'unité du droit, à la suite de la réception du droit romain au Moyen Age; la première fois au moyen de la contrainte extérieure par le pouvoir des armes, les deux autres fois par le pouvoir de l'esprit.³⁴

b) *Héritage hellénique*

- 37 Il est incontesté que les **origines** de notre culture européenne sont à rechercher dans la Grèce antique.³⁵ En songeant à l'héritage de l'Antiquité classique, nous pensons invariablement à l'art, à la dramaturgie et, pour les juristes en particulier, à la philosophie grecques.
- 38 Les Grecs se sont également penchés sur la **nature du droit** et sa place dans la société. Par contre, le droit lui-même n'est guère développé dans les diverses cités-Etats de la Grèce antique, dans le sens où il n'y a que peu de science juridique à proprement parler.³⁶ Pour autant, l'activité législative des Grecs est loin d'être timide.³⁷ Cette dernière ne prend toutefois pas la forme d'une

³⁴ Traduction libre.

³⁵ WESEL, p. 1 ss.

³⁶ STEIN, p. 1.

³⁷ En 1884 fut découvert sur l'île de Crète la plus fameuse et la plus longue des inscriptions connue de textes juridiques datant du milieu du V^{ème} siècle avant J.-C. Il s'agit du «Droit

compilation systématique de règles juridiques d'une cité donnée, ni d'une codification de normes jusqu'alors non-écrites ou nouvelles (*infra* n. 108), mais de règles isolées édictées pour des motifs politiques et sociaux.³⁸

- 39 S'il est vrai que les Romains eux-mêmes ont emprunté une grande partie de la philosophie du droit aux Grecs,³⁹ ce sont bien les **juristes romains** qui ont élaboré des normes et des concepts juridiques d'une sophistication inconnue jusqu'alors.⁴⁰
- 40 La majeure partie de ce que nous a été transmis de l'ancien droit romain trouve son origine dans une **compilation de textes juridiques** effectuée au VI^e siècle sur les ordres de l'empereur byzantin JUSTINIEN 1^{er}. Les textes inclus dans cette collection, le «*Corpus Iuris Civilis*»,⁴¹ sont le fruit d'un développement juridique ininterrompu sur plus d'un millénaire, période durant laquelle le droit a acquis certaines caractéristiques qui ont marqué notre culture juridique commune de façon permanente.⁴²

c) *Loi des XXII Tables*

- 41 Au début de son histoire,⁴³ Rome est une monarchie. C'est alors encore une petite communauté agrarienne installée au bord du Tibre.⁴⁴ Les Romains se transmettent oralement les règles coutumières, de génération en génération

de la cité» de Gortyne inscrit sur plusieurs colonnes comprenant en tout plus de 600 lignes de texte juridique démontrant une activité législative prolifique sur des sujets variés tels que les litiges au sujet de la propriété et la vente d'esclaves, le viol, le partage patrimonial en cas de divorce, le cautionnement, les dettes d'argent, l'adoption, etc. (BRETONNE, p. 57; THÜR, p. 12 ss).

³⁸ WESEL, p. 18.

³⁹ SCHMIDLIN, *Droit privé romain I*, p. 70 ss; KASER, *Privatrecht*, p. 21; BRETONNE, p. 62 ss.

⁴⁰ STEIN, p. 1.

⁴¹ Nom donné à l'ensemble de l'œuvre compilatrice ordonnée par l'empereur JUSTINIEN 1^{er} (483-565 après J.-C.). Il est composé de quatre parties, à savoir **(i)** le Codex (recueil des constitutions impériales), **(ii)** le Digeste (recueil de citations de juristes romains), **(iii)** les Institutes (manuel de droit à l'attention des étudiants) et **(iv)** les Nouvelles (recueil des nouvelles constitutions de JUSTINIEN 1^{er}) (cf. DUNAND/WYSSBROD, p. 23).

⁴² MOUSOURAKIS, p. 2; WESEL, p. 51; ZIMMERMANN, p. 113; GIRAUD, p. 7 s.

⁴³ Sur les débuts de Rome, cf. THEODOR MOMMSEN, *Römische Geschichte, Erster Band: Bis zur Schlacht von Pydna*, Leipzig 1854, p. 30 ss.

⁴⁴ MOUSOURAKIS, p. 8; WESEL, p. 47 s.

(*mores maiorum*). Le droit est **exclusivement non écrit** et ne s'applique qu'à ceux qui peuvent attester de leur statut de citoyen romain (*ius Quiritum*, *ius civile* au sens étroit).⁴⁵

- 42 A la fin du VI^e siècle avant J.-C., la République est instaurée. Peu après, soit en 451 avant J.-C., une commission de citoyens (*decemviri*) est nommée afin de **codifier** les anciennes règles coutumières.⁴⁶ En effet, les Plébéiens soupçonnent les pontifes Patriciens de ne pas toujours être désintéressés dans leur interprétation de la loi. Selon eux, une loi écrite par avance limiterait le champ d'interprétation à la lettre de la loi.⁴⁷
- 43 En approuvant l'ensemble des règles connues sous le nom de «*Loi des XII Tables*» (*lex XII tabularum*), l'assemblée populaire des citoyens n'a pas l'impression de créer un nouveau droit destiné à remplacer l'ancien,⁴⁸ mais plutôt de **fixer plus concrètement ce qui a toujours été le droit** (*ius*).⁴⁹ En le mettant sous forme écrite, il obtient le statut de *lex* (du verbe «*legere*», «proclamer»). Autrement dit, c'est la proclamation publique et officielle du *ius*.⁵⁰
- 44 Bien que nous ne connaissions pas la systématique exacte des différentes dispositions dans la version originale de la *Loi des XII Tables*,⁵¹ les nombreuses citations qui en sont faites ultérieurement nous permettent d'affirmer qu'elle couvrait **tous les domaines** du droit, droit public et droit sacré compris.⁵² La *Loi des XII Tables* est, pour le droit romain, un monument⁵³ fondamental qui marque les prémices du droit romain tel que nous l'appréhendons aujourd'hui et qui a commandé toute son évolution postérieure.⁵⁴

⁴⁵ STEIN, p. 3; GIRARD, p. 17 s.

⁴⁶ Au sens propre, la *Loi des XII Tables* est une compilation (*infra* n. 107 s.).

⁴⁷ GIRARD, *XII Tables*, p. 12; MONIER, p. 32; GIRAUD, p. 17; KASER, *Privatrecht*, p. 31; DUNAND/WYSSBROD, p. 11.

⁴⁸ Les innovations proposées par la *Loi des XII Tables* sont rares et ne concernent que des points litigieux concrets entre Plébéiens et Patriciens (cf. SCHMIDLIN, *Droit privé romain I*, p. 26).

⁴⁹ ROBAYE, p. 38; sur l'étymologie possible du mot «*ius*», cf. KASER, *Privatrecht*, p. 25.

⁵⁰ STEIN, p. 4; GIRARD, p. 27.

⁵¹ BRETONE, p. 68; sur la confection et la transmission de la *Loi des XII Tables*, cf. GIRARD, *XII Tables*, p. 12 ss.

⁵² MONIER, p. 34; ORTOLAN, p. 102 ss.

⁵³ DUNAND/WYSSBROD, p. 11.

⁵⁴ STEIN, p. 4; GIRARD, p. 27; ORTOLAN, p. 100.

45 Le rappel de ce trait marquant de l'histoire du droit romain pourrait paraître bien anodin s'il n'avait pas la vertu de mettre en perspective les **qualités premières et originelles de la codification**. Par la proclamation écrite, publique et officielle de leur droit, les Romains ont mis des garde-fous au monopole d'interprétation des pontifes afin d'accéder à une meilleure prévisibilité et à une plus grande sécurité juridique au service de l'idéal de Justice. En outre, les motivations derrière la rédaction de la *Loi des XII Tables* démontrent que la codification joue un rôle essentiel dans tout processus d'uniformisation du droit. En ramenant le champ d'interprétation au niveau d'un texte officiel accessible à chacun, les initiateurs de la *Loi des XII Tables* visaient une uniformisation dans l'interprétation du droit.

d) *Développement des actions judiciaires*

46 Sous la République naissante, la loi est l'affaire des pontifes qui restent maîtres de l'**interprétation des lois**, qu'il s'agisse des règles coutumières (*ius*) ou de la *Loi des XII Tables* (*lex*).⁵⁵

47 Bien que l'interprétation des pontifes soit suffisamment progressiste pour créer des institutions de toutes pièces,⁵⁶ l'évolution du droit se fait davantage au moyen du développement des actions judiciaires. Au départ, les actions en justice n'existent toutefois qu'en nombre limité et répondent à des **critères formels et techniques très strictes** (*legis actiones*).⁵⁷ Le demandeur s'écartant de la formule orale stéréotypée, même de manière triviale, risque de se voir débouté avant la deuxième étape de l'action judiciaire qui comprend l'instruction de la cause et la sentence.⁵⁸

⁵⁵ STEIN, p. 7; KASER, *Privatrecht*, p. 31.

⁵⁶ P.ex. l'émancipation du fils par l'interprétation de la règle des trois ventes (*emancipatio*) (KASER, *Privatrecht*, p. 31; SCHMIDLIN, *Droit privé romain I*, p. 116 s.).

⁵⁷ La procédure des actions de la loi (*legis actiones*) constitue la forme procédurale la plus ancienne. Elle tire son nom du fait qu'elle est régie essentiellement par la loi, qu'il s'agisse de la *Loi des XII Tables* ou autres. Elle se caractérise par son formalisme très stricte et par le fait qu'elle est réservée aux citoyens romains (DUNAND/PICHONNAZ, p. 91; MOUSOURAKIS, p. 310 ss).

⁵⁸ WESEL, p. 57 s.; STEIN, p. 8 s.; KASER, *Privatrecht*, p. 39; ROBAYE, p. 24.

POMPONIUS, D. I, II, 2, 6:

Deinde ex his legibus, eodem tempore fere, actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus, prout vellet, institueret, certas sollemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris, legis actiones, id est, legitimae actiones. Et ita eodem penè tempore tria haec iura sunt: lege duodecim tabularum: ex his fluere coepit ius civile: ex iisdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia, et actiones, apud collegium pontificum erant: ex quibus constituebatur, qui quoquo anno praeesset privatis: et ferè populus annis propè centum hac consuetudine usus est.

En conséquence de la loi des douze tables, on a introduit, à peu près dans le même temps, des actions par le moyen desquelles chacun défendait son droit. Ces actions ont été fixées solennellement, pour qu'elles ne pussent point varier au gré du peuple, et cette partie du droit s'est appelée actions de la loi, ou actions légitimes. En sorte que, dans le même temps, on vit naître trois parties du droit, [(i)] la loi des douze tables qui donna lieu [(ii)] au droit civil et [(iii)] aux actions de la loi. Cependant le droit d'interpréter ces lois et de fixer les actions, appartenait au collège des pontifes, qui nommaient ceux qui doivent rendre la justice aux particuliers chaque année, et le peuple a gardé cet usage pendant près de cent ans.⁵⁹

- 48 Afin de mettre en lumière les exigences formelles⁶⁰ rigoristes des *legis actiones*, il est nécessaire de rappeler qu'à l'origine les **pouvoirs terrestres et sacrés sont**

⁵⁹ Traduction HENRI HULOT.

⁶⁰ Le formalisme en soi a néanmoins quelques avantages, aujourd'hui comme à l'époque romaine. Il permet de fixer précisément *la nature et le moment exact* de l'engagement, en distinguant l'engagement proprement dit de la période préalable des pourparlers. Cette distinction est naturellement un élément central dans la question de la responsabilité précontractuelle (*infra* n. 577 s.). Par ailleurs, le formalisme romain simplifie le problème des moyens probatoires dans le sens où les paroles et actes rituels requis sont généralement accomplis devant des témoins qui s'en souviendront. Enfin, il permet

indissociables et qu'ils sont exercés sous l'auspice d'une même autorité sanctifiée: le *rex sacrorum*.⁶¹

- 49 Le culte romain primitif consiste essentiellement en l'exécution de rites formalistes, souvent d'**origine magique**, par lesquels les hommes cherchent à concilier les forces surnaturelles et à influencer les dieux.⁶² A nos yeux, les *legis actiones* doivent être comprises comme étant, au départ pour le moins, des rituels⁶³ à vocation magique qui visent à rétablir la balance naturelle de l'univers. A cet égard, il est intéressant de noter que l'on attribue parfois l'origine du mot «*pontifex*» au préposé à la construction des ponts.⁶⁴ Il est bien plus vraisemblable qu'il s'agisse plutôt de la référence au lien que l'individu en question est chargé d'établir avec les pouvoirs surnaturels.⁶⁵ Autrement dit, le *pontifex* «fait le pont» entre les hommes et le domaine du sacré. Il devient alors possible d'élucider quelque peu l'origine de la parenté étymologique entre le terme «magistrat» et le mot «*magus*»⁶⁶ («mage»).
- 50 En 367 avant J.-C., simultanément à la désignation d'un simple citoyen comme juge (*iudex*), l'administration de la justice est confiée à un **magistrat spécial**, le prêteur (*praetor*), élu pour un an. La création de cette charge est dictée par les nécessités de l'expansion de Rome. Au début de la République en effet, la justice est encore administrée exclusivement par les deux consuls annuels qui ont remplacé le roi à la tête de l'Etat et qui sont chargés de la totalité des affaires gouvernementales.⁶⁷
- 51 La **procédure formulaire** (*actiones per formulas*)⁶⁸ est divisée en deux phases. La première phase (*in iure*) est administrée par le prêteur dont la fonction se

également d'attirer l'attention des justiciables sur l'importance de leur engagement (cf. ROBAYE, p. 24).

⁶¹ GIRARD, p. 22; MONIER, p. 15; ORTOLAN, p. 41 s.

⁶² MONIER, p. 28; KASER, *Privatrecht*, p. 25 et 28; ROBAYE, p. 24; SCHMIDLIN, *Droit privé romain I*, p. 16.

⁶³ MOUSOURAKIS, p. 312.

⁶⁴ MONIER, p. 29.

⁶⁵ Extensivement, BRETONE, p. 81 s.

⁶⁶ Terme anglophone emprunté au vieux Perse (cf. A. MEILLET, *Grammaire du vieux Perse*, Paris 1915, p. 10 ss).

⁶⁷ MONIER, p. 14; BRETONE, p. 59; STEIN, p. 8.

⁶⁸ La procédure formulaire (*actiones per formulas*) est, après la procédure des actions de la loi (*legis actiones*) et avant la procédure extraordinaire (*cognitio extra ordinem*), une des trois formes de procédure que le droit romain a connue (DUNAND/PICHONNAZ, p. 11; MOUSOURAKIS, p. 317 ss).

limite à «dire le droit» (*ius dicere*) en le rendant effectif par l'octroi d'une formule appropriée au cas concret. La formule (*formula*) résume de manière concise les prétentions en cause et indique au *iudex* nommé la manière dont il doit juger l'affaire dans la seconde phase de la procédure *in iudicio* (*apud iudicem*).⁶⁹ Dans cette dernière, le juge procède à l'administration des preuves et prononce le jugement dans le cadre des éléments de la formule.

- 52 Une **innovation** procédurale importante a lieu au cours de la deuxième moitié de la République (II^e siècle av. J.-C. env.). En effet, le prêteur a dès lors la faculté de donner aux parties le loisir d'exprimer leurs demandes dans leurs propres mots, au lieu de devoir adhérer à des formules préétablies.⁷⁰ Ayant circonscrit l'objet du litige, le prêteur rédige à l'adresse du *iudex* une formule qui reprend en termes hypothétiques les éléments du litige. Il donne ainsi instruction au *iudex* de condamner le défendeur si les allégations sont prouvées ou de l'absoudre si elles ne le sont pas.⁷¹
- 53 Chaque prêteur nouvellement élu publie désormais une **liste des situations pour lesquelles il accordera une action** (*ius edicendi*). Souvent, il se contente de reprendre l'édit de son prédécesseur.⁷² L'édit acquiert de cette manière une forme fixe et garantit une juridiction stable.⁷³ Cependant, le prêteur a également la faculté d'adapter l'édit à l'évolution de la société. Il a la possibilité de délivrer une formule pour un cas de figure qui lui est inconnu, mais pour lequel l'octroi d'une formule lui apparaît judicieux en vue d'une administration équitable de la justice.⁷⁴
- 54 Officiellement, le prêteur n'édicte pas de nouvelles normes car cela outrepasserait les pouvoirs dont il est investi. En réalité, en octroyant des

⁶⁹ DUNAND/KELLER, p. XI; ROBAYE, p. 25; pour le détail du déroulement des deux étapes procédurales, cf. MOUSOURAKIS, p. 324 ss.

⁷⁰ MOUSOURAKIS, p. 318.

⁷¹ STEIN, p. 9; EBEL/THIELMANN, n. 90; ROBAYE, p. 25.

⁷² Primitivement, les proclamations (*edicta*) sont orales et sont faites devant le peuple assemblé (*in contione*). Bien vite, elles seront rédigées. L'*edictum* est affiché par le prêteur au moment de son entrée en fonction, auprès de son tribunal, sur un tableau peint en blanc (*album*) (BRETONNE, p. 103; MONIER, p. 51; GIRARD, p. 44).

⁷³ DUNAND/WYSSBROD, p. 17; DUNAND/KELLER, p. XI.

⁷⁴ Un exemple marquant de ce moyen prétorien est l'*actio in factum*: la formule, qui n'a aucun fondement en *ius civile*, se rapporte simplement à un fait (*factum*); et ce fait devient juridiquement relevant parce que le prêteur considère qu'il est digne d'une protection légale selon les critères de l'équité et de la justice (*aequitas*) (BRETONNE, p. 107; DUNAND/PICHONNAZ, p. 11; MOUSOURAKIS, p. 318).

nouvelles actions qui ne sont pas prévues dans la loi, il crée bel et bien de **nouveaux droits**.⁷⁵

PAPINIANUS, D. I, I, 7, 1:

Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt, adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorium sic nominatum.

Le droit prétorien est celui qui a été introduit par les préteurs, pour confirmer, suppléer, corriger le droit civil, suivant que l'exige l'utilité publique: on l'appelle aussi droit honoraire, à cause de l'honneur dû aux préteurs.⁷⁶

MARCIANUS, D. I, I, 8:

Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis.

En effet le droit du prêteur est un interprète vivant du droit civil.⁷⁷

- 55 Ainsi, l'institution du **droit prétorien** (*ius praetorium*, *ius honorarium*) – sous sa forme contemporaine comme au début de l'époque classique – assure l'évolution du droit et contribue à favoriser son développement dans tous les domaines.⁷⁸ Il n'en est pas autrement pour la responsabilité précontractuelle, le sujet qui nous occupera plus particulièrement dès la deuxième partie de cet ouvrage (*infra* n. 446 ss).

e) *Ius gentium*

- 56 Au cours de la deuxième moitié de la République, Rome ne cesse d'étendre sa puissance, par la soumission totale de l'Italie d'abord, par sa victoire sur les Carthaginois dans les guerres puniques ensuite. C'est ainsi qu'au III^e siècle

⁷⁵ STEIN, p. 9.

⁷⁶ Traduction HENRI HULOT.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ DUNAND/KELLER, p. XI; BRETONE, p. 107 ss; STEIN, p. 12.

avant J.-C. Rome assure une **domination absolue** sur toute la partie ouest de la méditerranée.⁷⁹

- 57 L'époque où le contact avec les étrangers était rare est désormais révolue. Les relations, notamment commerciales, s'amplifient. Dès lors, les **litiges impliquant une partie n'ayant pas la citoyenneté romaine** augmentent proportionnellement à l'expansion territoriale de Rome. Or, le droit civil ancestral ne s'applique qu'entre citoyens Romains. Il devient urgent d'intégrer ces «pérétrins» (personnes dépourvues de la citoyenneté romaine) dans l'ordre juridique romain.⁸⁰
- 58 En 242 avant J.-C. est créée une deuxième charge de prêtre. Le **prêtre pérétrin** (*praetor peregrinus*, par opposition au *praetor urbanus*) est investi du pouvoir de traiter les litiges dont une des parties au moins est un pérétrin (*qui inter cives et peregrinus ius dicit*).⁸¹
- 59 Les Romains trouvent une solution pragmatique conforme à leur nature pour régler les différends impliquant des pérétrins selon des normes reconnues. Ils considèrent simplement qu'il y a **deux types d'institutions**. Les premières, telles que les cérémoniels traditionnels utilisés par exemple pour transférer la propriété d'une chose, sont typiquement romaines et doivent donc être réservées exclusivement aux citoyens romains. Les secondes, telles que celles découlant des moyens juridictionnels prétoires, sont considérées comme préexistantes dans le droit de tous les peuples civilisés et universellement applicables.⁸²

GAIUS, D. I, I, 9 (*Institutionum I, 1*):

Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est: vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur: vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.

⁷⁹ MONIER, p. 38; ORTOLAN, p. 189.

⁸⁰ STEIN, p. 12; ORTOLAN, p. 190 s.

⁸¹ KASER, *Ius gentium*, p. 5; BRETONNE, p. 100; MONIER, p. 17; ORTOLAN, p. 191.

⁸² KASER, *Ius gentium*, p. 4 s.; STEIN, p. 12 s.

Tous les peuples policés se gouvernent en partie par le droit commun à tous les hommes, et en partie par un droit qui leur est propre; car, lorsqu'une nation se fait un droit, il lui devient particulier, et on l'appelle droit civil: mais le droit que les lumières de la raison ont établi chez tous les hommes, est également observé partout, et on l'appelle droit des gens, parce qu'il oblige toutes les nations.⁸³

- 60 Les Romains désignent le droit commun à tous les hommes par la locution «*ius gentium*» («droit des gens») par opposition au droit civil traditionnel. Comme le *ius gentium* s'applique indistinctement aux citoyens romains comme aux pérégrins, il permet de surmonter le problème des étrangers vivant sous l'administration de Rome. En effet, le *ius gentium* est considéré comme **universel** parce qu'il est non pas fondé sur les pratiques ancestrales romaines mais sur le sens commun, sur la raison «naturelle», que tous les hommes partagent de par leur nature.⁸⁴ C'est pourquoi ce droit à vocation universelle est également appelé «*ius naturale*» («droit naturel») par les romains, concept repris de la philosophie stoïcienne grecque.⁸⁵ CICÉRON⁸⁶ se situe dans la droite ligne de cette école et illustre sa position avec emphase dans deux de ses ouvrages:

CICERO, *de republica*, III, XXII/33:

[...] ⁸⁷ *Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad*

⁸³ Traduction HENRI HULOT.

⁸⁴ KASER, *Ius gentium*, p. 5 s.; SCHMIDLIN, *Droit privé romain I*, p. 21; VON SAVIGNY I, p. 3.

⁸⁵ Le concept fondamental du stoïcisme, déjà ébauché par SOCRATE et PLATON, mais que les premiers stoïciens, ZÉNON, CHRYSIPPE et CLÉANTHE ont reformulé et approfondi, c'est le concept d'une justice naturelle, d'un droit naturel qui trouve sa base dans l'essence même de l'Homme et dans sa parenté avec la divinité (PAUL JANET, p. <http://agora.qc.ca/Documents/Stoicisme--Morale_des_stoiciens_par_Paul_Janet> (visité le 26.06.2015). Pour approfondir, cf. JEAN MONDOT/CATHERINE LARRÈRE (édit.), *Stoïcisme antique et droit naturel moderne*, in: *Lumières* 1/2003, Pessac 2003; ég. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, traduction française par RICHARD BODÉÛS, Paris 2004.

⁸⁶ MARCUS TULLII CICERONIS (106-43 av. J.-C.). Stoïcien et représentant le plus éminent du courant rhétorique, il est Consul de la République au I^{er} siècle avant J.-C.

⁸⁷ Fragment perdu.

officium iubendo, vetando a fraude deterreat, quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat, nec improbos iubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari aliquid ex hac licet, neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpres Sextus Aelius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit.

[...] Il existe certes une vraie loi, c'est la droite raison; elle est conforme à la nature, rependue chez tous les hommes; elle est immuable et éternelle; ses ordres appellent au devoir; ses interdictions détournent de la fraude. Si toutefois elle n'adresse jamais en vain aux honnêtes gens ses ordres et ses interdictions, elle ne peut, par ses moyens, faire impression sur les hommes malhonnêtes. C'est un sacrilège que de la remplacer par une loi contraire, il est interdit de s'en écarter; quant à l'abroger entièrement, personne n'en a la possibilité. Ni le sénat, ni le peuple ne peuvent nous soustraire de cette loi; il est inutile de chercher un Sextus Aelius⁸⁸ pour l'expliquer et l'interpréter; elle sera la même à Rome et à Athènes; la même maintenant et plus tard. Bref, cette loi unique, éternelle et immuable s'imposera à toutes les nations et en tous temps.⁸⁹

CICERO, *de officiis*, III, XVII, 68-69:

Sed aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intellegentia. Ratio ergo hoc postulat, ne quid insidiose, ne quid simulate, ne quid fallaciter. Suntne igitur insidiae tendere plagas, etiam si excitaturus non sis, nec agiturus? Ipsae enim ferae nullo insequente saepe

⁸⁸ SEXTUS AELIUS CATUS (II^e siècle av. J.-C.). Juriste éminent, il est le premier à écrire un commentaire de la *Loi des XII Tables* (cf. POMPONIUS, D. I, II, 2, 38).

⁸⁹ Traduction BRUNO SCHMIDLIN.

incidunt. Sic tu aedes proscribas, tabulam tamquam plagam ponas, [domum propter vitia vendas,] in eam aliquis incurrat imprudens? Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est. Societas est enim (quod etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius), latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, propior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt, quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet. Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur. Eas ipsas utinam sequeremur! Feruntur enim ex optimis naturae et veritatis exemplis.

Les lois d'une part, les philosophes de l'autre, répriment la fraude, mais ce n'est pas de la même façon; les lois, autant qu'elles le peuvent, usent d'un mode positif de répression, les philosophes lui opposent la raison, l'intelligence. La raison demande qu'on s'abstienne de tout piège, de toute feinte, de toute tromperie. Est-ce dresser des embûches que de tendre un filet si l'on n'y attire pas, si l'on n'y pousse pas? Les animaux sauvages eux-mêmes tombent souvent dans un piège, sans qu'aucun chasseur ne les poursuive. Quand vous annoncez une maison à vendre, qu'est-ce que l'écriteau sinon une sorte de panneau [tel un piège] dans lequel un imprudent viendra [tomber]? Je vois bien qu'en raison de la corruption des mœurs, cette façon d'agir n'est pas flétrie par l'opinion; ni la loi, ni la jurisprudence ne la punissent, mais la loi de la nature l'interdit. Car il y a un lien (je l'ai souvent dit mais on ne saurait trop le répéter) qui unit tous les hommes en une société, la plus étendue qui soit; entre ceux qui sont de même race, il y a une union plus étroite, elle est plus intime encore entre les membres d'une même cité. C'est pourquoi nos pères ont distingué le droit des gens du droit qui régit les rapports des citoyens entre eux: les prescriptions du droit civil ne s'étendent pas toutes au droit des gens, mais ce qui est du droit des gens doit être du droit civil. Nous n'avons pas, il est vrai, du droit pur et

de sa sœur la justice une image coulée en bronze dur mais
une simple esquisse. Plût au ciel que du moins elle réglât
notre conduite! La nature et la vérité ont servi de modèle à
ceux qui l'ont tracée.⁹⁰

- 61 Loin de vouloir dissenter sur l'éternelle dichotomie droit naturel/droit positif, nous laissons à d'autres les controverses philosophico-dogmatiques. Pourtant, aujourd'hui plus qu'autrefois peut-être, la question du **fondement du droit naturel** paraît étrangement vague. Bien que l'on conçoive instinctivement que le droit naturel entretient un lien intrinsèque avec l'idéal de Justice et que l'humain tend à réagir d'une manière semblable face aux iniquités grossières, ce qui est juste et raisonnable dans une société ne l'est pas forcément dans une autre. Le droit et la morale sont tous deux des phénomènes culturels, propres à une société à une époque donnée. «*Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur*»!⁹¹ Cependant, en admettant que le droit est une manifestation culturelle et que la culture est naturelle à l'Homme, l'on concède nécessairement également l'existence du droit naturel. Il reste toutefois cantonné dans les limites des valeurs effectivement partagées par tous les humains partout, en tout temps et pour toujours. Autant dire qu'il ne peut s'agir que d'une poignée de certitudes face au Juste et non d'un moyen propre à régler définitivement tous les rapports entre sujets de droit.
- 62 Comprise ainsi, la théorie du droit naturel, empruntée aux stoïciens grecs, peut être vu comme un subtil **artifice** philosophico-politique cultivé par les Romains pour imposer leur vision du Juste aux peuples soumis d'une part, et pour justifier, auprès de leurs concitoyens, l'application indirecte de leur héritage juridique ancestral à des étrangers, d'autre part. L'astuce, si elle en est une, a fonctionné à grande échelle.⁹² En effet, de nos jours encore, le «*Völkerrecht*» (droit international public) est appelé «droit des peuples» par les juristes

⁹⁰ Traduction CHARLES APPUHN.

⁹¹ CICERO, *de officiis*, III, XVII, 69: «*Nous n'avons pas, il est vrai, du droit pur et de sa sœur la justice une image coulée en bronze dur mais une simple esquisse*» (Traduction CHARLES APPUHN).

⁹² Sur l'impact des Romains sur l'histoire du droit international public, cf. ZIEGLER, p. 54 ss et les réf. citées.

germanophones en référence à la notion du *ius gentium* de CICÉRON (*supra* n. 60).⁹³

f) Iurisprudentia

- 63 A l'aube de l'Empire, le système mariant procédure formulaire et moyens juridictionnels complémentaires atteint un degré de technicité tel que le recours aux conseils d'**experts** en droit devient indispensable.⁹⁴ En effet, les avocats-rhéteurs, comme d'ailleurs les prêteurs, ne sont qu'exceptionnellement également des juristes. Les seuls véritables maîtres du droit sont les jurisconsultes,⁹⁵ érudits hautement conscients de leur mission, formés de génération en génération par leurs prédécesseurs et dispensant – au départ pour le moins – leur savoir sans contrepartie, ni intérêt financier.⁹⁶
- 64 Même si leur centre d'activité principal est de conseiller les parties dans le choix des formules et la rédaction de réponses aux questions qui leur sont posées sous forme d'avis de droit – activités qui sont d'ailleurs à l'origine de leur dénomination (*iuris consulti*) – les jurisconsultes se retrouvent à **tous les niveaux** de la production juridique. En effet, les deux premiers siècles de l'ère chrétienne marquent l'apogée du développement du droit romain, dans le sens où sa technicité atteint sa forme la plus raffinée et la plus sophistiquée. A cette époque – période dite classique du droit romain – les jurisconsultes conseillent également les prêteurs et leur inspirent les nouvelles formules judiciaires.⁹⁷
- 65 Discutant de cas précis en les décortiquant minutieusement, les jurisconsultes de la période classique génèrent un tissu très dense de règles juridiques s'étendant à tous les domaines du droit privé. Même si l'on qualifie le droit romain de «jurisprudentiel», la production juridique des jurisconsultes correspond en fait plutôt à la **doctrine**. En effet, la jurisprudence à Rome est, selon son étymologie, le droit des personnes prudentes et avisées (*iurisprudentia*). Ainsi définie, la jurisprudence romaine coïncide avec la science du droit.⁹⁸ Ceci dit, les jurisconsultes, n'aimant pas les définitions, répugnent à se laisser tenter par la dogmatique ou à élaborer des concepts purement théoriques.

⁹³ KASER, *Ius gentium*, p. 4 s.; ZIEGLER, p. 61.

⁹⁴ STEIN, p. 13.

⁹⁵ Cf. ULPIANUS, D. I, I, 1,1 (*De officio jurisconsultorum*).

⁹⁶ DUNAND/KELLER, p. XII; STEIN, p. 13; SCHMIDLIN, *Droit privé romain I*, p. 29.

⁹⁷ STEIN, p. 16; BRENONE, p. 123; MOUSOURAKIS, p. 40.

⁹⁸ DUNAND/KELLER, p. XII.

IAVOLENUS, D. L, XVII, 202:

Omnis definitio in iuri civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.

Il n'y a point de règle [générale] dans le droit civil qui ne soit assujettie à quelque exception: car la moindre différence qui se rencontre dans le fait en rend l'application inutile.⁹⁹

- 66 Il faut toutefois se méfier de l'idée préconçue selon laquelle les juristes romains se seraient exclusivement satisfaits de la casuistique. Bien mieux, ils développent une véritable **méthode rationnelle d'interprétation**, grâce à la déduction, à l'analogie, à l'argument *a contrario* ou par l'absurde.¹⁰⁰ Ainsi, au travers d'un grand ensemble de publications, composé de recueils de consultations (*responsa*), de manuels d'enseignement (*institutes*),¹⁰¹ d'ouvrages de synthèse (*digesta*) et autres commentaires, ils posent certains principes généraux et définissent plus précisément de nombreuses notions du droit privé, sans toutefois parvenir à une systématisation proprement dite.¹⁰²

2. *Ius commune*

a) *Introduction*

- 67 D'aucuns ne manqueront pas de souligner que de considérer le droit de l'empire romain comme du droit «européen» relève de la définition de ce qu'est «l'Europe». En particulier, il faut se garder d'assimiler l'empire romain à

⁹⁹ Traduction JEAN-FRANÇOIS BERTHELOT.

¹⁰⁰ DUNAND/KELLER, p. XII.

¹⁰¹ Le plus connu est indubitablement l'«*Institutiones*» de GAIUS (II^e siècle après J.-C.) dont le texte complet n'a été découvert qu'en 1816 dans une bibliothèque à Vérone. Il s'agit d'une sorte de manuel d'introduction au droit privé romain en quatre livres, dont la systématique a inspiré les codifications européennes (*infra* n. 122). Elle est basée sur la répartition en trois parties de l'ensemble des phénomènes juridiques: les personnes, les biens et les actions. Ainsi GAIUS, *Institutiones*, I, 8: «*Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*» («Tout le droit se rapporte aux personnes, aux choses ou aux actions» [traduction libre]); pour approfondir, cf. GAIUS, *Institutiones*, *Herausgegeben, übersetzt und kommentiert von ULRICH MANTHE*, Darmstadt 2004.

¹⁰² DUNAND/KELLER, p. XII; BRETONE, p. 189; EBEL/THIELMANN, n. 115.

l'Europe moderne. Il est toutefois incontestable que le droit romain acquiert une véritable **dimension européenne** à travers sa réception au Moyen Age par les différents royaumes et autres entités politiques européennes (*infra* n. 67 ss).¹⁰³

- 68 La renaissance et le rayonnement du *Corpus Iuris Civilis* au Moyen Age s'explique avant tout par sa **qualité de raisonnement** qui tranche avec la confusion et les lacunes des sources juridiques des différentes entités politiques de l'Europe médiévale. Dans le Saint-Empire romain germanique, il fait même office de droit positif supplétif, les empereurs se voyant comme les légitimes successeurs des empereurs romains («*Kaiser*»). Bien que certains royaumes, à l'image de la France, démontrent une certaine réticence à appliquer les règles issues du *Corpus Iuris Civilis* pour cette raison même, ils s'y réfèrent néanmoins en tant que «raison écrite» (*ratio scripta*, *infra* n. 85 ss), laquelle est alors universellement admise.¹⁰⁴

b) Invasions et compilations

- 69 Au V^e siècle de notre ère, la migration des peuples dits barbares¹⁰⁵ a pour effet l'invasion de l'espace culturel antique du droit romain écrit par les diverses tribus germaniques. Les Germains ne reprennent pas seulement, par voie d'acculturation, la structure administrative des Romains, mais également la **mise par écrit** du droit. Après avoir fondé leurs nouveaux royaumes, les rois des diverses tribus germaniques édictent des lois écrites en latin.¹⁰⁶ Ces dernières sont généralement constituées d'un savant mélange de vieux droit tribal, de droit romain et de droit de leur propre élaboration.¹⁰⁷
- 70 Un des exemples les plus anciens de législation germanique est le «*Codex Euricianus*», publié vers 475 après J.-C. sur ordre d'EURIC, roi des Wisigoths (à

¹⁰³ KIRCHNER, p. 109; WESEL, p. 51; RISKE, p. 21.

¹⁰⁴ RAMPELBERG, p. 17 s.; RISKE, p. 21.

¹⁰⁵ Une bonne partie de l'Europe antique est peuplée de sociétés tribales. Parce qu'elles ne parlent ni le grec ni le latin et que par ailleurs elles paraissent étrangères, elles sont appelées barbares par les Grecs et les Romains, le langage de celles-ci sonnait comme «*barr-barr*» à leurs oreilles (WESEL, p. 113; BRUNO DUMÉSIL, *Les Barbares expliqués à mon fils*, Paris 2010, p. 9).

¹⁰⁶ SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, p. 17; BENÖHR, p. 218.

¹⁰⁷ Font exception la «*Lex Salica*» des Francs et l'«*Edictum Rothari*» des Langobards qui, bien qu'également écrits en latin, ne font que reprendre l'ancien droit tribal (WESEL, p. 152; pour des extraits de la *Lex Salica*, cf. DUNAND/WYSSBROD, p. 31 ss).

l'ouest de la France actuelle). L'**influence directe du droit romain** sur ce texte est indubitable.¹⁰⁸ En effet, les scribes gallo-romains, rompus à la terminologie juridique romaine, considèrent que le droit romain exprime les droits fondamentaux sous-tendant les lois de tous les peuples (*supra n. 62*).¹⁰⁹

- 71 Les Germains respectent le **principe de la personnalité** des lois: ils appliquent leur propre loi à eux-mêmes sans chercher à l'imposer au peuple romain désormais soumis. Entre sujets romains, le droit romain reste en vigueur. En cas de litiges entre Romains et Germains, le droit germain teinté de droit romain est applicable.¹¹⁰ Néanmoins, le principe de la personnalité des lois a pour fâcheuse conséquence que chacun agit selon le droit de sa tribu («*Volksrecht*», «*Stammesrecht*»),¹¹¹ peu importe où il se trouve. Dans le Saint-Empire romain germanique, il y aura ainsi pas moins de six lois écrites en latin des différents rois germains, sans parler des droits coutumiers non-écrits.¹¹² L'évêque SAINT AGOBARD DE LYON nous livre un témoignage frappant de la problématique au temps de CHARLEMAGNE:

AGOBARDUS LUGDUNENSIS, *Adversus Legem Gundobadi*,
IV:

*Nam plerumque contigit, ut simul eant aut sedeant quinque
homines et nullus eorum communem legem cum altero
habeat [...]*

Car il arrive souvent que cinq personnes se rencontrent ou
s'assoient ensemble et aucune d'entre elles n'a le même
droit que l'autre [...].¹¹³

- 72 A ces lois destinées aux Germains s'ajoutent, dès le début du VI^e siècle, des **compilations de droit romain** applicables aux Romains.¹¹⁴ En effet, ces

¹⁰⁸ EBEL/THIELMANN, n. 165 s.; SENN, p. 32 ss.

¹⁰⁹ STEIN, p. 31; LUPOI, p. 76.

¹¹⁰ GILISSEN, p. 156 ss; WESEL, p. 155; STEIN, p. 30; EBEL/THIELMANN, n. 165 s.

¹¹¹ SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, p. 8; BENÖHR, p. 219.

¹¹² WESEL, p. 155; VON SAVIGNY I, p. 90 s.

¹¹³ AGOBARDUS LUGDUNENSIS, *Liber Adversus Legem Gundobadi*, disponible sur Internet à la p. <http://www.documentacatholicaomnia.eu/02m/0779-0841_Agobardus_Lugdunensis_Liber_Adversus_Legem_Gundobadi_MLT.pdf> (visité le 26.06.2015; traduction libre).

compilations se révèlent nécessaires à cause de la fragmentation et la confusion de la littérature juridique transmise. Au même moment à Byzance, l'empereur JUSTINIEN 1^{er} entreprend une compilation extensive de haut niveau du droit romain classique,¹¹⁵ coïncidence démontrant la pertinence d'une telle entreprise à cette époque.¹¹⁶ Quant à savoir si le *Corpus Iuris Civilis* de JUSTINIEN est influencé par l'œuvre compilatrice de son contemporain, le roi des Wisigoths ALARIC II, rien ne nous permet de l'affirmer. JUSTINIEN ne l'aurait sans doute jamais admis. Alors qu'ALARIC II s'efforce de donner à ses sujets romains des lois adaptées à la Gaule du VI^e siècle (*infra* n. 73), JUSTINIEN tourne sciemment son regard vers l'âge d'or du droit romain, afin de hisser ce dernier au niveau qui fût le sien trois siècles auparavant. Dans le même temps pourtant, l'empereur essaye de réconcilier cet objectif ambitieux avec le but de concevoir un droit pouvant s'appliquer à l'empire byzantin de son époque.¹¹⁷

- 73 Du VI^e au XI^e siècle, lorsqu'il est question de droit romain dans la partie occidentale de l'Europe, il s'agit généralement d'une référence aux compilations barbares, en particulier du droit romain des Wisigoths. Ces textes ne reflètent toutefois pas le droit romain classique mais le droit romain dit **vulgaire** du V^e siècle. En effet, l'Antiquité tardive n'a plus la même force d'esprit que la jurisprudence romaine à son apogée.¹¹⁸ La «*Lex Romana Visigothorum*» (ou «*Bréviaire d'Alaric*»), édictée par ALARIC II, est la collection la plus influente et la source principale du droit romain vulgaire. À côté d'une sélection de «*Constitutions*» de l'empereur THÉODOSIEN datant de l'époque postclassique et de «*Novelles*» post-théodosienne, les sources de la *Lex Romana Visigothorum* sont des extraits des «*Sentences*» de PAULUS et la version complète de l'«*Épître Gai*», la version déjà vulgarisée des «*Institutiones*» de GAIUS.¹¹⁹
- 74 Bien qu'elles soient rédigées d'une manière hâtive et dans une situation politique que l'on imagine précaire, ces compilations tardives du droit romain dans les nouveaux royaumes germaniques ont été d'une importance primordiale

¹¹⁴ GILISSEN, p. 159 s.; LUPOL, p. 78; pour la liste complète de ces «*leges barbarorum*» mis en œuvre du V^e jusqu'au VII^e siècle de notre ère, cf. WESEL, p. 153.

¹¹⁵ Le *Corpus Iuris Civilis* a été rédigée entre 529 et 534 à Constantinople sur ordre de JUSTINIEN (DUNAND/WYSSBROD, p. 23).

¹¹⁶ EBEL/THIELMANN, n. 147 ss; WESEL, p. 153; STEIN, p. 31.

¹¹⁷ STEIN, p. 33.

¹¹⁸ HATTENHAUER, n. 343 ss.

¹¹⁹ GILISSEN, p. 159 s.; STEIN, p. 37 s.; BREITONE, p. 262; ROBAYE, p. 26 s.; EBEL/THIELMANN, n. 168.

pour la **survie du droit romain**. Non seulement les grandes invasions des IV^e et V^e siècles n'ont pas réussi à provoquer une rupture complète entre la civilisation romaine et les peuples germaniques ascendants, mais ce sont elles qui, au travers des compilations qu'elles ont engendrées, ont maintenu une passerelle entre la tradition juridique romaine et le droit du Moyen Âge.¹²⁰

- 75 Quant au *Corpus Iuris Civilis* de JUSTINIEN, son destin juridique dépassera toute attente: bien que l'œuvre vouée à la grande politique de restauration et d'unification de l'Empire ne vit guère au-delà de ses frontières, elle resurgit au Moyen Âge comme **ouvrage séculaire de référence** dont les grandes codifications européennes (*infra* n. 112 ss) s'inspireront à leur tour.¹²¹

c) *Rôle de l'Eglise*

- 76 Dès le début du Moyen Âge, l'Eglise est la **garante de la tradition de la science juridique romaine**. En effet, partout en Europe, l'institution est régie par le droit romain, bien qu'elle développe parallèlement une législation lui étant applicable spécifiquement. Avec la complexification des problèmes à laquelle L'Eglise est confrontée, les références au droit romain ne cessent par ailleurs de se multiplier. Plus tard, au IX^e siècle, une compilation de normes de droit romain spécialement applicable à l'Eglise, la «*Lex Romana Canonice Compta*», sera publiée.¹²²
- 77 L'Eglise parvient à **exporter des éléments du droit romain** jusque dans les contrées les plus reculées d'Europe, régions dans lesquelles les institutions romaines ont disparu avec la chute de l'Empire. Au VII^e siècle, même dans les royaumes anglo-saxons évangélisés d'Angleterre – dont les seigneurs germaniques n'ont pourtant pas élaboré de droit applicable spécifiquement à leurs sujets britons – l'Eglise ne se cantonne pas à enseigner l'évangile. Au programme de l'école fondée par THÉODORE DE TARSE à Canterbury, le droit romain, basé sur le *Bréviaire d'Alaric* (*supra* n. 73), figure en bonne position.¹²³ Certaines de ses règles seront même introduites dans les lois anglo-saxonnes,

¹²⁰ SCHMIDLIN, *Droit privé romain I*, p. 93; EBEL/THIELMANN, n. 162; WINIGER, p. <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8933.php>> (visité le 26.06.2015).

¹²¹ ROBAYE, p. 22 s.; SCHMIDLIN, *Droit privé romain I*, p. 99; HATTENHAUER, n. 366.

¹²² STEIN, p. 40; WESEL, p. 158 s.

¹²³ LUPOI, p. 63; STEIN, p. 41.

malgré le fait que ces dernières soient rédigées en anglais primitif et composées essentiellement de droit nouveau.¹²⁴

- 78 Bien qu'il n'y ait pas de preuves quant à l'étude approfondie du droit romain, le droit romain élémentaire, servant de référence partout en Europe, fait indubitablement partie d'une **éducation** digne de ce nom au Moyen Age. L'Eglise en est le vecteur de propagation privilégié. L'«*Etymologiae*» par exemple, rédigé vers 620 par SAINT ISIDORE DE SÉVILLE, est un des ouvrages encyclopédiques de droit romain élémentaire le plus consulté à travers toute l'Europe par les membres du Clergé éduqué.¹²⁵
- 79 Au niveau **politique** également, l'Eglise est incontournable tout au long du Moyen Age, les pouvoirs terrestres cherchant à s'assurer son cautionnement divin. Du V^e au IX^e siècle, le royaume des rois francs exerce une influence grandissante sur la partie occidentale du continent. La dynastie mérovingienne, surtout CLOVIS (environ 481-511), soumet à son autorité la majeure partie de la Gaule. Les Carolingiens, et parmi eux avant tout CHARLEMAGNE qui renverse les Langobards en 744, étendent leur pouvoir sur une partie de l'Italie, de la Germanie (jusqu'à l'Elbe) et de l'Espagne (jusqu'à l'Ebre).
- 80 Le couronnement de CHARLEMAGNE comme empereur par le pape LÉON III, le jour de Noël de l'An 800, consacre la mise en place d'un immense empire réunissant les différents royaumes et s'inscrit dans le courant d'idée de **raviver la gloire de Rome** comme *caput mundi* (tête du monde, souverain du monde). Tant le pape que l'empereur ont su faire fructifier la mémoire de la Rome mythique et de son empire universel et acclamer CHARLEMAGNE comme étant «couronné par Dieu». Plus tard, l'empire lui succédant se targuera d'ailleurs des qualificatifs «Saint» et «Romain».¹²⁶
- 81 Avec ce qui est coutume d'appeler la «Renaissance carolingienne», CHARLEMAGNE et ses successeurs s'appuient, avec le concours de l'Eglise, sur leur nouvelle autorité pour s'arroger le pouvoir de légiférer sans le consentement populaire et d'édicter des lois opposables à tous leurs sujets, à l'image des Constitutions de l'empire romain.¹²⁷ Pas moins de 200 textes législatifs sont

¹²⁴ STEIN, p. 41; pour une liste des lois les plus significatives, cf. WESEL, p. 156 s.

¹²⁵ STEIN, p. 41; HATTENHAUER, n. 346.

¹²⁶ GILISSEN, p. 155; STEIN, p. 41 s.; HATTENHAUER, n. 509 ss; SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, p. 18 ss.

¹²⁷ SENN, p. 56 s.; STEIN, p. 41.

promulgués entre 744 et 884.¹²⁸ Ces «capitulaires» poursuivent le but manifeste d'**uniformiser le droit** et de faciliter l'administration de l'immense territoire impérial. C'est la première fois que le terme «*ius commune*» apparaît pour désigner un corps de règles. Bien que les capitulaires contiennent surtout des dispositions de droit administratif, il s'agit d'une législation générale de nature territoriale¹²⁹ et non plus de législation tribale de nature personnelle. Ce premier *ius commune* offre ainsi des perspectives intéressantes au moment même où les différentes tribus concernées commencent à fusionner en entités nouvelles et que leurs langues germaniques perdent du terrain face aux dialectes latins.¹³⁰

d) *Redécouverte du Corpus Iuris Civilis*

- 82 La naissance de la science du droit au sens moderne n'a pas lieu d'une manière isolée. Le XII^e siècle est un renouveau dans tous les domaines du savoir. Chacune des nouvelles disciplines a son lieu de pèlerinage qui attire la jeunesse assoiffée de savoir de toute l'Europe. A Salernes, on étudie la médecine. A Paris, la philosophie trouve son nouveau domicile. Pour les juristes, **Bologne** est le centre du monde. Partout, un élan de rationalité se fait sentir. On s'interroge sur des questions jamais abordées auparavant, on recherche son salut par sa propre force et par sa propre réflexion.¹³¹
- 83 Même si c'est à l'école de droit de Pavie au XI^e siècle qu'apparaît en premier la technique de la glose pour interpréter les lois lombardes à la lumière du droit romain, c'est bien l'école de Bologne qui abrite les premiers **exégètes** du *Corpus Iuris Civilis*. Bien qu'il n'y ait pas de témoignage contemporain, on rapporte, un siècle plus tard, que le premier Professeur de droit de Bologne, un dénommé «PEPO», est capable de citer des arguments juridiques sur la base du Digeste de JUSTINIEN.¹³² Mais c'est IRNERIUS¹³³ que l'histoire retiendra en tant que «*Lumière du droit*»¹³⁴ de l'école de Bologne.¹³⁵ IRNERIUS est jurisconsulte et

¹²⁸ DUNAND/WYSSBROD, p. 40.

¹²⁹ Pour le *Capitulaire établi pour les différentes régions de la Saxe*, cf. DUNAND/WYSSBROD, p. 40 ss.

¹³⁰ DREW, p. 28; STEIN, p. 41; GILISSEN, p. 169 s.

¹³¹ HATTENHAUER, n. 819; WEIMAR, n. 375.

¹³² STEIN, p. 45.

¹³³ IRNERIUS (ég. connu comme «GUARNERIUS» ou «WERNERIUS»; 1050 env.-1130 env.). Juriste italien fondateur de l'école des glossateurs. Bien qu'un des plus fameux juristes du Moyen Âge, peu de choses sont connues de sa vie.

¹³⁴ ODOFREDUS BONONIENSIS, *Lectura super Digesto veteri*, ad D. I, I, 6.

jouit d'une grande autorité scientifique et politique en tant que citoyen et professeur renommé de la cité royale de Bologne.¹³⁶ Il est réputé être à l'origine de la séparation claire entre la science et la pratique du droit. Etant aussi Professeur de grammaire, il explique des passages entiers du *Corpus Iuris Civilis* par des commentaires qu'il place d'abord entre les lignes («gloses intercalaires»), puis en marge du texte original («gloses marginales»). Cette méthode d'annotation des textes juridiques lui vaut d'être le premier d'une lignée d'exégètes qui lui succéderont: les glossateurs.¹³⁷

- 84 La redécouverte du *Corpus Iuris Civilis* marque donc le point de départ de la **renaissance du droit romain** dans le monde occidental. A Bologne au départ, puis partout en Europe, et singulièrement dans le Saint-Empire, ce renouveau s'explique dans une large mesure, comme dans d'autres domaines plus tard, par le désir de s'approcher au plus près de la culture de l'Antiquité qui est alors ressentie comme faisant autorité absolue. Le mythe de la Rome antique joue un rôle essentiel dans ce processus. L'idée selon laquelle le Saint-Empire s'inscrit comme successeur de l'antique empire romain (*translatio imperii*) sert de justification pour donner au droit du Saint-Empire l'aura du droit de l'empereur JUSTINIEN. La fonction du droit romain comme instrument légitimant la politique universaliste impériale est toutefois bientôt remise en cause efficacement par des forces internes et externes au Saint-Empire. Au nombre de celles-ci figurent notamment les villes du nord de l'Italie, les rois de France, mais également la Papauté qui revendique une universalité propre.¹³⁸

e) Ratio scripta

- 85 La reconnaissance par les forces politiques de la validité du droit romain n'est pas le fait de l'autorité impériale, mais résulte de l'autorité de sa **raison**.¹³⁹ C'est sa qualité de «grammaire»¹⁴⁰ juridique rationnelle qui lui donne sa légitimité à travers toute l'Europe.¹⁴¹ A cet égard, il est possible de faire un parallèle avec la théologie scolastique de l'époque. De la même manière que cette dernière

¹³⁵ SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, p. 116 et 119.

¹³⁶ HATTENHAUER, n. 825.

¹³⁷ STEIN, p. 46; SENN, p. 182.

¹³⁸ BEHREND, p. XVII; RAMPENBERG, p. 17 s.

¹³⁹ DUNAND/KELLER, p. XIV.

¹⁴⁰ BEHREND, p. XVII.

¹⁴¹ MOUSOURAKIS, p. vii; SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, p. 119.

cherche à rendre uniformément rationnelles et inattaquables les vérités de la foi biblique pour chacun, la jeune science juridique essaye de rendre universellement applicables et raisonnables les règles juridiques de l'empereur chrétien JUSTINIEN, qui lui apparaissent alors comme une véritable révélation.¹⁴² Elle les qualifie même de «*ratio scripta*» («raison écrite»).¹⁴³

- 86 Le défi que pose le *Corpus Iuris Civilis*, consistant à transmettre une matière complexe et difficile, est compris dès le départ comme un labeur d'**utilité pratique** et non comme un travail exclusivement théorique.¹⁴⁴ Le droit justinien est nommé «*lex omnium generalis*» ou «*ius commune*» dès le X^e siècle par les juristes lombards qui lui attribuent déjà une fonction complétive et de comblement de lacunes. Plus tard, il se positionnera définitivement en tant que droit subsidiaire derrière le droit spécial, particulier (*infra* n. 89).¹⁴⁵ Aux XIV^e et XV^e siècles, les juristes renforcent encore leur attention sur les problèmes pratiques des villes italiennes, celles-ci étant en compétition constante pour atteindre une nouvelle apogée culturelle et économique.¹⁴⁶
- 87 Parmi les juristes, les savants les plus reconnus sont BARTOLE (1313-1357) et son élève BALDE (1327-1400).¹⁴⁷ Ils sont des **commentateurs** éminents, un qualificatif attribué par leurs successeurs pour leurs commentaires et leurs avis d'experts. La spécificité de leur travail réside dans le fait de traiter scientifiquement, non seulement le droit justinien, mais également le droit indigène, les statuts urbains et les coutumes locales, et de mettre ces systèmes en interrelation avec le droit romain. Partant, ils limitent la prévalence du droit particulier en lui imposant la règle d'une interprétation restrictive à son égard (*statuta stricte interpretenda*), ce qui a pour conséquence pratique une romanisation du droit local et donc un poids accru du droit romain. Ils ne se contentent toutefois pas du droit romain existant. Bien plus, interpellés par les besoins de la pratique, ils en arrivent à élaborer de nouvelles institutions ou matières juridiques, entièrement inconnues ou seulement ébauchées dans le

¹⁴² BEHREND, p. XVII.

¹⁴³ RAMPENBERG, p. 19.

¹⁴⁴ BEHREND, p. XVII; RAMPENBERG, p. 19.

¹⁴⁵ Sur la création du *ius commune*, cf. JOHN W. CAIRNS/PAUL J. DU PLESSIS (éd.), *The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*, Edimbourg 2010.

¹⁴⁶ BEHREND, p. XVIII.

¹⁴⁷ Sur la vie et l'œuvre de BARTOLUS DE SAXOFERRATO, cf. WEIMAR, p. 338 ss; sur le système de conflit de lois établi par BARTOLUS DE SAXOFERRATO, cf. STEIN, *Influence of the Roman Civil Law*, p. 83 ss.

Corpus Iuris Civilis, telles que le droit commercial, le droit des papiers-valeurs ou encore le droit interlocal et international privé.¹⁴⁸

- 88 Jusqu'au XVIII^e siècle au moins, le droit romain est étudié dans toute l'Europe comme la matière principale du cursus juridique, à côté du droit canon. Les deux droits (*ius utriusque*) forment la base de l'éducation des juristes.¹⁴⁹ Cependant, le droit romain n'est nullement cantonné à un rôle académique, ni limité à l'étude et à l'enseignement. Il devient **partie intégrante** de la plupart des ordres juridiques européens, jusqu'en Scandinavie,¹⁵⁰ dans un processus de réception continu s'étendant du XIII^e au XVI^e siècle. Ainsi, à partir du XV^e siècle, le droit romain est utilisé par tous les acteurs de la vie juridique, qu'ils soient parties à un acte juridique, notaires, avocats ou magistrats. Progressivement, il intègre même le droit coutumier.¹⁵¹
- 89 Avec le droit canon, le droit romain adapté aux réalités de l'époque devient le *ius commune* dans l'acception contemporaine du terme.¹⁵² Il est le **droit commun** de l'Europe, tel qu'il s'est dégagé au fil des siècles des écrits d'ACCURSE¹⁵³ à POTHIER,¹⁵⁴ par opposition au *ius proprium*, au droit local propre à chaque ordre juridique, composé essentiellement de coutumes, d'ordonnances et de franchises.¹⁵⁵ Etant commun à tous les acteurs européens, le droit romano-canonique trouve application dans toutes les situations où le droit local n'a pas de solution pour un cas précis.¹⁵⁶ Naturellement, il y a

¹⁴⁸ BEHREND, p. XVIII; STEIN, *Influence of the Roman Civil Law*, p. 83 ss; WEIMAR, n. 345 s.

¹⁴⁹ SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, p. 116; DUNAND/KELLER, p. XIV.

¹⁵⁰ Au XVI^e siècle, la réception du *ius commune* en Suède se fait par un tout petit nombre de suédois de retour au pays après leurs études juridiques à l'étranger et par l'achat de livres venus de toute l'Europe (KORPIOLA, n. 1 ss).

¹⁵¹ DUNAND/KELLER, p. XIV.

¹⁵² SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, p. 116.

¹⁵³ ACCURSIUS (1181/85-1259/63 env.). Enseignant à Bologne dès 1215. Auteur de la «*Glossa ordinaria*», ouvrage dans lequel il a authentifié, organisé et harmonisé près de 96'000 gloses du *Corpus Iuris Civilis* rédigées par les principaux glossateurs (DUNAND/WYSSBROD, p. 85). Il sera continuellement réédité jusqu'au XVII^e siècle (cf. ACCURSIUS, col. 1 ss).

¹⁵⁴ ROBERT-JOSEPH POTHIER, (1699-1772). Eminent jusnaturaliste français, il présente dans un ordre méthodique rationnel les principes du droit romain figurant dans les diverses compilations justiniennes publiées jusqu'alors (cf. not. ROBERT-JOSEPH POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, Paris 1748-52).

¹⁵⁵ RAMPELBERG, p. 18; DUNAND/KELLER, p. XIV.

¹⁵⁶ STEIN, p. 65.

d'importantes différences dans l'application concrète du droit par les tribunaux des différents pays; une juridiction suprême commune européenne, garante d'une application uniforme, faisant défaut. En effet, contrairement à une réévaluation actuelle répandue de la tradition du *ius commune*, l'Europe n'a jamais connu un droit uniforme à proprement parler.¹⁵⁷ Dans la zone d'influence du *ius commune*, seule la science juridique est unitaire. Le droit romain adapté aux ordres juridiques régionaux n'est qu'appliqué à titre subsidiaire. Ce qui toutefois n'enlève rien à sa force obligatoire ou historique. Au contraire, bien que subsidiaire, il est souvent d'application directe. Il comble les lacunes des différents ordres juridiques et couvre des secteurs entiers inconnus de ces derniers. Et même là où il n'est pas toujours directement applicable, tel qu'en Angleterre, il fait office de raison écrite permettant à l'interprète de l'utiliser à des fins d'intégration normative.¹⁵⁸

f) Common law

- 90 Contrairement à une idée communément répandue, par nombrilisme ou par méconnaissance, l'Angleterre s'inscrit bel et bien dans la **mouvance commune**, ancrée dans le droit romain, des sciences juridiques européennes. S'il est vrai que l'influence du droit romain sur le droit anglais est plus subtile, la spécificité de la *Common law* (droit commun) ne se résume pas à la césure définitive avec le droit romain que d'aucuns se plaisent à lui attribuer.¹⁵⁹ Le droit romain et le *ius commune* n'ont jamais été absents de la science juridique anglaise. Ils ont toujours constitué des références savantes, procédurales et parfois même matérielles du droit anglais.¹⁶⁰
- 91 Dès le XI^e siècle, sous le règne des rois normands, les anciens droits coutumiers anglo-saxons sont progressivement écartés et remplacés par un **droit nouveau**, la *Common law*, applicable d'une manière commune dans le royaume d'Angleterre. Sous cet aspect précis, ce droit s'apparente au *ius commune*. Mais

¹⁵⁷ CANNATA, p. 43 ss.

¹⁵⁸ RAMPENBERG, p. 19.

¹⁵⁹ LEGRAND, p. 44 ss, p.ex. soutient que la *Common law* et le droit civil continental sont issus de cultures, de traditions et de mentalité tellement différentes que l'idée même de convergence est une absurdité. Cette opinion s'appuie par trop sur l'*a priori* usuel en la matière pour être conforme à la réalité de l'histoire des sources du droit en Europe.

¹⁶⁰ RAMPENBERG, p. 20; VAN ERP, p. 501 ss.

contrairement à ce dernier, il évince bientôt les droits locaux.¹⁶¹ Les conditions préalables en sont établies par GUILLAUME I DUC DE NORMANDIE, conquérant de toute l'Angleterre suite à la bataille de Hastings en 1066.¹⁶² En effet, il instaure un régime très centralisé et s'attribue toutes les terres d'Angleterre.¹⁶³ Partant, la propriété foncière des nobles anglo-saxons est expropriée, puis attribuée et répartie entre une myriade de petits vassaux normands, de sorte qu'un contrepouvoir significatif ne peut émerger. A partir de 1086, une administration centrale efficace a tôt fait de recenser dans un cadastre, le «*Domesday Book*», toutes les propriétés foncières assujetties à l'impôt royal.¹⁶⁴ Dès le XII^e siècle, elle établit une administration du Trésor (*Court of Exchequer*) qui a la juridiction sur les litiges fiscaux et qui devient un des trois tribunaux royaux suprêmes, à côté de la *Court of Common Pleas* (litiges fonciers) et de la *Court of King's Bench* (infractions pénales graves).¹⁶⁵

- 92 Dans un premier temps, les anciennes Cours locales anglo-saxonnes subsistent¹⁶⁶ en étant placées sous l'autorité du *Sheriff* nommé par le roi. Elles sont bientôt supplantées par les juridictions royales qui offrent certaines facilités procédurales. En effet, les juridictions royales permettent à un plaignant de simplement s'adresser au chancelier du roi¹⁶⁷ pour lui soumettre la prétention qu'il entend faire valoir envers une certaine personne. Contre un émolument, il reçoit un «*writ*» (de «*to write*») au nom du roi et portant son sceau. Il s'agit donc d'un **ordre écrit au nom du roi**,¹⁶⁸ donné à la Cour compétente, présidée par le *Sheriff* ou le seigneur local, d'amener le défendeur, de trancher le litige, de rendre une décision et, si la demande se révèle bien fondée, d'exécuter

¹⁶¹ MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 607.

¹⁶² MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 605.

¹⁶³ BAKER, p. 14; WESEL, p. 247 s.; LUPOI, p. 303; ZWEIGERT/KÖTZ, p. 178.

¹⁶⁴ MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 605; GAMBARO/SACCO/VOGEL, p. 63; ZWEIGERT/KÖTZ, p. 179.

¹⁶⁵ BAKER, p. 14; WESEL, p. 247 s.; DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, n. 221 s.; ZWEIGERT/KÖTZ, p. 180.

¹⁶⁶ MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 606.

¹⁶⁷ La fonction remonte à ÉDOUARD LE CONFESSEUR (1042-1066). Jusqu'au XIV^e siècle, le chancelier était invariablement un prêtre. Le chancelier officiait comme chapelain personnel du roi. En charge du secrétariat royal en matière séculaire, il était également garde du sceau royal. Cette charge resta pratiquement inchangée jusqu'aux réformes constitutionnelles en 2006 (cf. «*Lord chancellor*», in: *Encyclopaedia Britannica* disponible sur Internet à la p.< <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/348007/lord-chancellor>> [visité le 26.06.2015]).

¹⁶⁸ MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 612.

officiellement le jugement.¹⁶⁹ Au départ, ces ordres sont donnés au cas par cas. Mais bientôt, au fur et à mesure que les cas semblables se répètent, les ordres rédigés par le chancelier sont remplacés par une formule d'une appellation particulière pour chaque type de cas.¹⁷⁰ Le chancelier et ses assistants sont issus du Clergé, une institution abritant des savants également versés dans le droit canon que dans le droit romain.¹⁷¹ Les deux matières sont par ailleurs enseignées au siège de l'Archevêché de Canterbury (*supra* n. 77) et, dès le XII^e siècle, dans les Universités d'Oxford et de Cambridge. Lorsque GLANVILL¹⁷² écrit vers 1189 son «*Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*»,¹⁷³ ce n'est toutefois qu'essentiellement une description de 75 différents *writs* comme étant des formules uniformisées auxquelles il ne reste plus qu'à ajouter la date, le lieu et le nom des personnes concernées.¹⁷⁴

- 93 En plus de leur multiplicité, beaucoup de *writs* seront soumis à des procédures spécifiques, de sorte qu'à partir du XIV^e siècle, le système devient lourd et formaliste.¹⁷⁵ De nombreux justiciables se plaignent d'injustices parce que l'octroi d'un *writ* leur est refusé pour des raisons procédurales, parce que l'action en «*common law*» ne permet pas d'obtenir le résultat souhaité ou parce qu'ils ont perdu leur procès pour d'autres motifs. De plus en plus, ils demandent dans leurs requêtes au roi que ses fonctionnaires ne se limitent plus seulement à décider selon les règles strictes de la *common law*, mais qu'ils prennent en considération les règles de la **bonne conscience** et de la **morale**.¹⁷⁶ De guerre lasse, le roi se résout à transmettre ces demandes à son chancelier afin qu'il décide de ces litiges en son nom avec l'aide de ses collaborateurs versés en

¹⁶⁹ WESEL, p. 247 s.; GAMBARO/SACCO/VOGEL, p. 64; ZWEIGERT/KÖTZ, p. 181.

¹⁷⁰ Sur l'évolution historique du *writ*, cf. LUPOI, p. 305 ss.

¹⁷¹ WESEL, p. 247 s.; HOLDSWORTH, p. 397.

¹⁷² RANULF DE GLANVILL (?-1190). Juriste anglais, il devient juge suprême d'Angleterre («*Chief Justiciar of England*») sous HENRY II.

¹⁷³ BRAND, p. 78 s. Il existe toutefois un doute sur le fait de savoir si GLANVILL est véritablement l'auteur du traité en question ou seulement son initiateur (cf. BAKER, p. 201). Pour approfondir, cf. GLANVILL, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie qui Glanvilla vocatur: The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England, Commonly Called Glanvill, Edited with Introduction, Notes and Translation by G. D. G. HALL*, Oxford 1993.

¹⁷⁴ WESEL, p. 249 s.; BAKER, p. 200 s.

¹⁷⁵ HOLDSWORTH, p. 447; pour un tableau des principaux types originaux de *writs*, cf. BAKER, p. 83.

¹⁷⁶ DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, n. 249 ss; WESEL, p. 250; GAMBARO/SACCO/VOGEL, p. 88; ZWEIGERT/KÖTZ, p. 184.

droit. Au fur et à mesure des décisions ainsi rendues, apparaît alors une nouvelle forme de droit, à côté de la *common law* (au sens étroit), appelée d'abord «*conscience*», puis, dès le XVI^e siècle, «*equity*». En fait, il ne s'agit là de rien d'autre que d'adapter l'ancien droit aux évolutions nouvelles. Ainsi, le mot «*equity*» est l'expression d'une adhésion consciente à la différenciation romaine entre le *ius civile* et l'*aequitas* du *ius honorarium* (*supra* n. 53 ss).¹⁷⁷

- 94 D'autres **parallèles avec le droit romain** méritent d'être signalés. Pour les Romains, comme pour les juristes de la *Common law*, c'est avant tout le procès qui importe, non le droit matériel. Comme les Romains pour l'*actio*, ils s'interrogent d'abord sur le *writ*.¹⁷⁸ Le droit romain, comme la *Common law*, est un système fondé sur le droit d'agir.¹⁷⁹ Ce dernier, comme le premier, est un droit casuistique.
- 95 Le système du «*case law*»¹⁸⁰ ne solutionne pas un problème juridique, comme en droit continental, par la déduction logique d'une solution concrète à partir d'une loi ou de principes juridiques généraux et abstraits (méthode déductive). Le «*case law*» repose sur une méthode consistant à rechercher pour le cas concret la solution générale mais contextuelle (méthode inductive). La solution est progressivement façonnée à force de décisions jurisprudentielles antérieures; par l'enchaînement de cas concrets («*cases*») dont les états de fait («*facts*») sont considérés par les juridictions successives comme identiques ou suffisamment similaires pour être sanctionnés par la même solution générale («*precedents*»),¹⁸¹ dont le champ d'application ne cesse de s'affiner au fil des décisions entreprises et de se consolider par l'adhésion à ces dernières. Le principe selon lequel les décisions juridictionnelles antérieures à propos de cas similaires devraient être respectées par la même Cour, les Cours de même rang ou de rang inférieur d'une juridiction donnée («*stare decisis*»),¹⁸² n'était pas obligatoire au départ. Il s'est graduellement imposé entre le XVII^e et le début du XIX^e siècle. En effet, à défaut de règles législatives édictées, ce principe est une condition nécessaire pour tout système juridique désirant conserver une sécurité juridique suffisante.

¹⁷⁷ WESEL, p. 251.

¹⁷⁸ ZWEIGERT/KÖTZ, p. 183.

¹⁷⁹ DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, n. 224; WESEL, p. 251.

¹⁸⁰ «Droit que l'on retrouve dans la collection des décisions jurisprudentielles formant tout ou une partie du corpus juridique d'une juridiction donnée» (traduction libre de la définition de BLACK, p. 244).

¹⁸¹ Cf. BLACK, p. 1295.

¹⁸² Cf. BLACK, p. 1537.

Bien que le principe du *stare decisis* soit la colonne vertébrale de la *Common law*, il n'a jamais été codifié. Le principe du *stare decisis* a été développé par les Cours elles-mêmes qui peuvent même le modifier.¹⁸³ Ainsi, la «*House of Lords*», la plus haute juridiction du Royaume Uni jusqu'en 2009,¹⁸⁴ déclara-t-elle en 1966 qu'elle changeait son approche quant à ses propres *precedents* et considérait ne plus être rigoureusement liée par ces derniers.¹⁸⁵

- 96 Abstraction faite des règles matérielles, c'est au niveau des acteurs du processus inductif du *case law*, plus que dans le processus en tant que tel, que réside une des **différences** entre le droit romain et la *Common law*. Alors que dans cette dernière, le processus inductif est principalement entre les mains des juges et, dans une moindre mesure, des avocats, dans le premier, il est avant tout influencé par des jurisconsultes politiquement et financièrement désintéressés (*supra* n. 63 ss). Dans la *Common law*, les acteurs principaux sont avant tout des praticiens. A l'époque du droit romain classique, l'«*art du bon et du juste*»¹⁸⁶ revient aux théoriciens éminents. Cette constatation ne doit pas amener le lecteur à se laisser séduire par la tentation d'émettre un jugement de valeur à l'égard de l'une ou l'autre de ces deux approches. Chacune des méthodes a indubitablement ses inconvénients et ses avantages. Malheureusement, s'y étendre ici serait dépasser le cadre fixé pour notre étude.
- 97 La **doctrine** savante anglaise est, elle aussi, colorée de droit romain. Le droit anglais, pas moins que les droits continentaux, utilise aujourd'hui encore fréquemment une terminologie latine¹⁸⁷ pour exprimer certains concepts juridiques.¹⁸⁸ D'ailleurs, le terme anglais pour désigner la science juridique elle-même – «*jurisprudence*»¹⁸⁹ – est resté fidèle au sens de celui de son origine étymologique, la *iurisprudentia* romaine (*supra* n. 65). Quelques exemples permettent par ailleurs de relativiser la profondeur de la dichotomie *Common*

¹⁸³ BOGDAN, p. 92 s.

¹⁸⁴ Depuis le 01.10.2009, c'est l'«*United Kingdom Supreme Court*» qui assume les fonctions juridictionnelles auparavant dévolues à la *House of Lords* (cf. <http://www.parliament.uk/business/news/2009/07/from-house-of-lords-to-supreme-court/> [visité le 26.06.2015]).

¹⁸⁵ LORD GARDINER, Practice Statement [1966] 3 All E.R. 77.

¹⁸⁶ Le fameux adage «*ius est ars boni et aequi*» est attribué à CELSUS (ULPIANUS, D. I, I, 1).

¹⁸⁷ SEFTON-GREEN, ERCL 2012, p. 35.

¹⁸⁸ Même s'il est vrai que la terminologie utilisée pour exprimer les concepts respectifs est souvent inconnue de l'autre culture juridique.

¹⁸⁹ Cf. BLACK, p. 932.

law/ius commune—droit romain. Dès le XII^e siècle, le glossateur de Bologne VACARIUS¹⁹⁰ enseigne le droit romain en Angleterre et rédige, à l'adresse des étudiants défavorisés, une anthologie d'extraits du *Corpus Iuris Civilis* sous le titre évocateur «*Liber Pauperum*».¹⁹¹ Au XIII^e siècle, BRACON¹⁹², dans son ouvrage «*De legibus et consuetudinibus Angliae*», délivre la description la plus fameuse de la *Common law* à ses débuts après celle de GLANVILL (*supra* n. 92).¹⁹³ BRACON y trahit une connaissance profonde du droit romain.¹⁹⁴ Non seulement son ouvrage porte la trace univoque du vocabulaire technique romain, mais il est de plus construit sur le modèle des «*Institutiones*» de GAIUS¹⁹⁵ et son partage tripartite entre personnes, biens et actions.¹⁹⁶ Il systématise ainsi les règles établies par les Cours royales et incorpore au droit anglais certains développements issus du *ius commune*. Son traité donne à la *Common law* naissante un minimum de structure théorique dont elle a besoin pour grandir d'une manière cohérente.¹⁹⁷

- 98 Par ailleurs, la doctrine romaniste trouvera une **application pratique** directe dans le cadre de juridictions créées pour tempérer ou, du moins, compléter l'action des tribunaux de *common law* (au sens étroit; *supra* n. 93). La «*Court of Chancery*» principalement compétente en «*equity*» (*supra* n. 93),¹⁹⁸ la «*Court of Requests*» compétente en «*equity*» pour les demandeurs défavorisés¹⁹⁹ et, surtout, la «*Court of Admiralty*»²⁰⁰ compétente en «*law merchant*» (matière couvrant à l'origine le droit maritime et le droit commercial)²⁰¹ emploient des juges, qualifiés de «*civilians*», qui appliquent directement le *ius commune*

¹⁹⁰ ROGER VACARIUS (1120-1200?). Juriste d'origine italienne, il est le premier enseignant de droit romain connu d'Angleterre. Professeur à Oxford, il n'hésite pas à ouvrir ses cours aux défavorisés.

¹⁹¹ DE ZULUETA/STEIN, p. xxii ss.

¹⁹² HENRY OF BRACON (1210-1268). Juriste anglais.

¹⁹³ BAKER, p. 201; WESEL, p. 251.

¹⁹⁴ STEIN, *Influence of the Roman Civil Law*, p. 152 s.; RAMPENBERG, p. 20.

¹⁹⁵ *Supra* note de bas de page 101.

¹⁹⁶ WESEL, p. 251; STEIN, *Influence of the Roman Civil Law*, p. 152 s.

¹⁹⁷ STEIN, p. 64.

¹⁹⁸ HOLDSWORTH, p. 446; ZWIEGERT/KÖTZ, p. 185.

¹⁹⁹ HOLDSWORTH, p. 412 s.

²⁰⁰ Jusqu'en 1536, elle a également la compétence en matière de droit pénal, pour les crimes commis en mer. La procédure pénale applicable à celle-ci est d'ailleurs modelée sur celle du droit continental (HOLDSWORTH, p. 526 ss et 548 ss).

²⁰¹ Sur les termes «*law merchant*» au sens de *lex mercatoria*, cf. LÓPEZ RODRÍGEZ, p. 85 ss.

continental.²⁰² Lorsque la Réforme supprime l'enseignement universitaire du droit canonique en faveur du droit romain, les juristes savants des tribunaux ecclésiastiques sont, pour la plupart, docteurs en droit romain.²⁰³ A partir du XV^e siècle, les juristes romanistes forment même une corporation désormais disparue: la «*Doctor's Commons*».²⁰⁴

- 99 Il serait toutefois tout aussi erroné d'accorder une importance fondamentale à l'influence du droit romain sur la *Common law*.²⁰⁵ La **formation** des juristes anglais a toujours été très différente de celle des juristes romanistes. S'il est vrai que les Universités anglaises, établies dès le XIII^e siècle, ont toujours enseigné le droit romain, les juristes anglais sont essentiellement formés par la pratique.²⁰⁶ C'est tellement vrai qu'aujourd'hui encore, bien qu'un diplôme universitaire soit requis pour devenir avocat («*barrister*»), il n'a pas à être en droit. Il faudra même attendre le XVIII^e siècle pour voir naître un premier enseignement en droit anglais à l'Université.²⁰⁷ La cause de cet état de fait est à chercher dans la procédure anglaise, véritable obstacle à l'influence du droit romain. Sa complexité décourage les étudiants du Moyen Age d'aller recevoir un enseignement en latin de principes qui ne leur sert pas à gagner des procès, bien qu'il puisse aider découvrir la juste solution à un litige. En effet, leur attention, dans la pratique auprès de leurs aînés, est constamment focalisée sur des questions de procédure et de preuve desquelles dépendent la recevabilité d'une action et son succès. Dès lors, il n'est pas étonnant que les différentes catégories du droit anglais soient largement bâties sur la base des différents types d'actions admissibles devant les Cours royales.²⁰⁸ Même lorsque les idées sont empruntées au droit romain quant au fond, elles sont nécessairement

²⁰² RAMPELBERG, p. 20.

²⁰³ HOLDSWORTH, p. 592; RAMPELBERG, p. 20.

²⁰⁴ COQUILLETTE, p. 7 ss; BAKER, p. 193 s.

²⁰⁵ L'Angleterre n'a jamais vécu de réception de grande envergure du droit romain (ZWEIGERT/KÖTZ, p. 192).

²⁰⁶ Les jeunes juristes se forment auprès d'avocats en exercice, regroupés dès le XIV^e siècle en «*Inns of Court*». A l'origine, ces *Inns*, dont certains ont survécu jusqu'à nos jours (le «*Lincoln's Inn*», l'«*Inner Temple*», le «*Middle Temple*» et le «*Gray's Inn*»), sont les résidences londoniennes d'avocats venant en ville à l'occasion des Cours en session. Une fois admis dans un des *Inns*, l'étudiant («*inner barrister*»), aspirant au métier d'avocat, assiste à des audiences, fait des exercices de plaidoiries («*moots*») et suit des cours («*readings*») donnés par ses aînés (cf. BAKER, p. 182 ss; ZWEIGERT/KÖTZ, p. 188).

²⁰⁷ DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, n. 247.

²⁰⁸ *Ibid.*

élaguées et adaptées afin de pouvoir entrer dans les cadres procéduraux du droit anglais.

g) Suisse

- 100 A partir du XII^e siècle, partout en Europe, Suisse comprise, l'influence du droit romain s'exprime par quatre voies principales: **la formation universitaire, la doctrine savante, la législation et la jurisprudence.**²⁰⁹ Le processus de réception du droit romain en Suisse est toutefois plus inégal et sans doute plus lent que dans les pays voisins. En effet, au XII^e siècle, la Suisse fait d'abord l'objet d'une préreception encouragée par le nombre de jeunes académiciens suisses s'exilant dans les nouvelles Universités du nord de l'Italie. De retour en Suisse, le nouveau savoir juridique ainsi acquis n'est naturellement pas sans impact sur leurs activités professionnelles comme juges, maires, membres des Cours féodales, etc.²¹⁰
- 101 Les juristes appliquent leurs connaissances de droit romain aux droits locaux, essentiellement coutumiers, à tel point que dès le XIII^e siècle, le droit romain est considéré, en Suisse également, comme **droit subsidiaire** complétant le droit local (*supra* n. 89). En outre, les tribunaux ecclésiastiques des évêchés de Bâle, Lausanne, Coire, Sion et Genève utilisent le droit commun non seulement sous son angle procédural, mais aussi en tant que droit matériel. C'est avant tout à travers la jurisprudence et la doctrine que le droit romain s'infiltrait progressivement dans le tissu normatif régional suisse.²¹¹
- 102 Certaines règles de droit commun sont également adoptées par les **arbitres** (*arbiter, arbitrator*), convoqués pour trancher les litiges entre commerçants actifs dans les diverses foires locales.²¹² En tant qu'*arbitrator seu amicus compositor*, l'arbitre essaye, dans un premier temps, de mettre fin au litige, poussant les parties au règlement à l'amiable, au compromis par la transaction. Ce n'est que dans un deuxième temps, en cas d'échec, que l'arbitre décide «*nach dem Rechte*»; c'est-à-dire qu'il applique le droit écrit, la *lex scripta*. En arbitrage, cette formule implique en général le recours au droit justinien,

²⁰⁹ WINIGER, p. <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8933.php>> (visité le 26.06.2015).

²¹⁰ DUNAND/KELLER, p. XIV; ELSENER, p. 20 ss; WINIGER, p. <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8933.php>> (visité le 26.06.2015).

²¹¹ DUNAND/KELLER, p. XIV; ELSENER, p. 22 s.; WINIGER, p. <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8933.php>> (visité le 26.06.2015).

²¹² DUNAND/KELLER, p. XIV.

respectivement au droit canon. Dans le territoire de la Suisse actuelle, l'arbitrage sous cette forme est connu dès le XII^e siècle. Il trouve son apogée au XIII^e et au début du XIV^e siècle. En effet, par rapport à la juridiction étatique d'alors, le tribunal arbitral est souvent plus rapide, parfois aussi plus avantageux et, avant tout, plus prévisible et plus sûr.²¹³

- 103 Alors qu'en certaines régions de la Confédération, à l'instar du Saint-Empire romain germanique, une réception complète du droit romain s'effectue progressivement jusqu'au XV^e siècle, le **processus de réception** est ralenti dès 1499, sous l'impulsion du refus des territoires confédérés de reconnaître l'autorité du *Reichskammergericht* impérial, établi en 1495.²¹⁴ Le ralentissement aboutit finalement à un repli sur soi lorsque les traités de Westphalie de 1648 consacrent l'indépendance des territoires suisses par rapport au Saint-Empire. Toutefois, malgré une résurgence des traditions locales au détriment du droit romain, ce dernier continue à être considéré comme droit subsidiaire dans certaines régions. Jusqu'au XVIII^e siècle en effet, Bâle, Berne et Genève font l'objet d'une réception plus poussée du droit romain qui y joue activement son rôle de droit supplétif.²¹⁵
- 104 Au travers de l'enseignement et de la doctrine savante, le **droit romain prospère** par ailleurs en Suisse à partir du XV^e siècle. Depuis la création des Hautes écoles suisses (Bâle, 1460; Genève, 1566; Berne, 1679; Lausanne, 1708; Fribourg, 1763; Zurich, 1833; Neuchâtel, 1838²¹⁶), le droit romain fait l'objet d'un enseignement ininterrompu en Suisse.²¹⁷
- 105 La Suisse participe à l'essor de **deux écoles de droit** déterminantes: l'école humaniste et l'école du droit naturel moderne. Effectivement, fuyant la

²¹³ ELSENER, p. 23 s.

²¹⁴ ELSENER, p. 24 s.; DUNAND/KELLER, p. XIV; sur le *Reichskammergericht*, cf. BERNHARD DIESTELKAMP (édit.), *Das Reichskammergericht in der deutschen Geschichte: Stand der Forschung, Forschungsperspektiven*, in: *Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im alten Reich, Band 21*, Cologne/Vienne 1990.

²¹⁵ WINIGER, p. <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8933.php>> (visité le 26.06.2015); DUNAND/KELLER, p. XV.

²¹⁶ Bien que le roi de Prusse FRÉDÉRIC-GUILLAUME III ait permis la création de la première Académie de Neuchâtel par un ordre du Cabinet le 17 mars 1838, une Chaire de droit d'enseignement supérieur existe à Neuchâtel depuis 1816 déjà (cf. DOMINIQUE CHLOÉ BAUMANN, *L'Université de Neuchâtel 1909-2009, Former, Chercher, Transmettre, Innover*, Hauterive 2009, p. 17).

²¹⁷ Sur les hautes écoles de droit en Suisse du XVI^e siècle au XIX^e siècle, cf. ELSENER, p. 3 ss.

persécution religieuse, de grands juristes humanistes huguenots trouvent une terre d'asile en Suisse au XVI^e siècle. Ceux-ci ne manqueront pas d'influencer la science juridique suisse. De l'académie de Genève, HOTMAN,²¹⁸ parmi d'autres, fait rayonner le droit romain sur toute l'Europe.²¹⁹ Les humanistes de la faculté de droit de Bâle,²²⁰ comme ZASIUS²²¹ et son élève AMERBACH,²²² contribuent également à ce renouveau qui préconise un retour aux sources juridiques romaines.²²³ Aux XVII^e et XVIII^e siècles, la Suisse romande participe à la diffusion à l'échelle mondiale des doctrines du droit naturel moderne, et donc indirectement aussi du droit romain, puisque il s'agit d'y donner une nouvelle forme; base qui se révélera indispensable pour les grandes codifications futures. Il y a lieu de nommer ici notamment les traités de DE VATTTEL de Neuchâtel²²⁴ et de BURLAMAQUI de Genève,²²⁵ ainsi que les travaux de traduction des ouvrages des jusnaturalistes GROTIUS²²⁶ et VON PUFENDORF,²²⁷ entrepris par BARBEYRAC de l'Académie de Lausanne.²²⁸

²¹⁸ Cf. not. FRANÇOIS HOTMAN (1524-1590), *Anti-Tribonianus, sive discursus in quo jurisprudentiae tribonianae sterilitas, et legum patriarum excellentia exhibetur*, Cologne/Bruxelles 1681.

²¹⁹ Sur les études en droit à Genève, cf. ELSENER, p. 444 ss.

²²⁰ Sur la faculté de droit de Bâle, cf. ELSENER, p. 94 ss.

²²¹ Cf. not. ULRICH ZASIUS (1461-1535), *Opera Omnia*, Lyon 1550.

²²² Au sujet d'AMERBACH, cf. HANS-RUDOLF HAGEMANN, *Die Rechtsgutachten des Basilius Amerbach*, Bâle 2001.

²²³ DUNAND/KELLER, p. XV; SENN, p. 194 s.; WINIGER, p. <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8933.php>> (visité le 26.06.2015).

²²⁴ Cf. not. l'ouvrage fondateur pour le droit international public par EMER DE VATTTEL (1714-1767), *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Neuchâtel/Londres 1758; sur les études de droit à Neuchâtel, cf. ELSENER, p. 456 s.

²²⁵ Cf. not. JEAN-JACQUES BURLAMAQUI (1694-1748), *Principes du droit naturel*, Paris 1791.

²²⁶ HUGO GROTIUS (1583-1645). Diplomate, théologien et juriste néerlandais. A l'âge de onze ans, il étudie la théologie, les mathématiques et les sciences juridiques; il est docteur en droit à quinze ans, procureur à vingt-quatre ans et syndic de Rotterdam à trente ans. Il jette les bases du droit international public moderne (cf. not. HUGUES GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, nouvelle traduction par JEAN BARBEYRAC, Bâle 1768).

²²⁷ SAMUEL FREIHERR VON PUFENDORF (1632-1694). Juriste, philosophe et historiographe allemand influencé par ARISTOTE. Son jusnaturalisme influence à son tour les premières codifications, notamment l'ALR prussien (voir not. SAMUEL BARON DE PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, traduction du latin par JEAN BARBEYRAC, Bâle 1771).

3. Codifications

a) Introduction

- 106 Bien que d'aucuns²²⁹ soutiennent que l'idée d'un nouveau *ius commune* d'un Occident sans frontières remonte à la création par NAPOLÉON BONAPARTE d'une commission chargée de traduire son nouveau Code en latin et à sa volonté de l'imposer dans toute l'Europe, il n'en demeure pas moins vrai que la cohérence de la science juridique commune européenne se fissure avec l'apparition grandissante de l'idée politique de l'**Etat-nation** au XVIII^e siècle. Le développement du droit privé moderne sera dès lors l'affaire de sciences juridiques nationales dans le cadre de cultures juridiques désormais autonomes.²³⁰ Les sciences juridiques se concentrent sur les Codes qui deviennent les instruments et la justification d'une identification nationale croissante.

b) Définition

- 107 Qu'entendons-nous par «codification»? S'il est question simplement de la **mise par écrit** de règles juridiques, alors le concept remonte au moins à la tablette «*Ur-nammu*», du nom du roi sumérien de la troisième dynastie *Ur* (env. 2100 av. J.-C.).²³¹ Il s'agit non seulement de la plus vieille loi dont le texte nous soit parvenu,²³² *UR-NAMMU DE LAGASH* est également le premier souverain dont on sache qu'il se qualifia lui-même de législateur.²³³
- 108 Au sens moderne, le terme «codification» fait référence à plus que la simple mise par écrit du droit et de sa proclamation publique officielle. Partant, la codification doit être distinguée des compilations de l'Antiquité tardive et du Moyen Age (*supra* n. 72 ss). Alors que ces dernières s'épuisent dans le

²²⁸ WINIGER, p. <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8933.php>> (visité le 26.06.2015); DUNAND/KELLER, p. XV; WESEL, p. 403; sur l'Académie de Lausanne, cf. ELSENER, p. 453 ss.

²²⁹ Projet GANDOLFI, p. XVII.

²³⁰ SCHULZE, p. 78; RISKE, p. 22.

²³¹ La tablette *Ur-nammu* précède ainsi de trois siècles la fameuse stèle babylonienne du roi *Hammourabi* (env. 1728-1686 av. J.-C.; cf. WESEL, *Geschichte des Rechts: Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, p. 74; ég. DUNAND/WYSSBROD, p. 3 s.).

²³² Certains textes sumériens font état de lois écrites plus anciennes encore (cf. WESEL, *Geschichte des Rechts: Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, p. 74).

²³³ Cf. WESEL, *Geschichte des Rechts: Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, p. 74 s.

rassemblement (*compilatio*)²³⁴ non-systématique de règles et principes juridiques existants dans un seul ouvrage (*codex*),²³⁵ la codification est le **classement extensif et systématique dans un nouveau texte législatif de l'ensemble ou d'une partie du droit** d'un ordre juridique donné.²³⁶ Suivant les cas, il est alors question de codification complète ou de codification partielle.²³⁷ Notre étude voue une attention plus particulière à cette dernière, en se focalisant principalement sur le phénomène de la codification du droit privé ou d'une partie de celui-ci.

c) Origine terminologique

- 109 L'ironie veut que le terme «*codification*» nous vienne de la culture juridique ayant vu naître ses plus grands détracteurs. En effet, l'expression est **anglaise** et nous vient de BENTHAM²³⁸ qui prend position contre le système anglo-saxon du *case law* (*supra* n. 95) en faveur d'une législation uniformément appréhensible pour le royaume.²³⁹ Nulle part ailleurs en Europe l'idéal de la codification n'est aussi conquis qu'en Angleterre où le programme de BENTHAM, à cause de sa supposée naïveté, est la risée de ses détracteurs. L'idée du philosophe échoue, l'Angleterre ne tient pas compte de sa proposition.²⁴⁰ L'île britannique reste cantonnée dans sa pratique juridique éprouvée, le besoin d'uniformisation n'étant pas aussi prononcé que dans les juridictions civilistes.²⁴¹ Sur le continent par contre, le succès de BENTHAM est si grand qu'en fin de compte, par voie de détour, son concept trouvera également quelques adeptes sur son île d'origine. Ces derniers propagent sa pensée au XIX^e siècle, sans toutefois trouver d'échos favorables.²⁴² La belle idée ne pourra rien contre l'esprit juridique pragmatique des Anglais.

²³⁴ VANDERLINDEN, p. 69 ss.

²³⁵ VANDERLINDEN, p. 91 ss.

²³⁶ SENN, p. 289.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ JEREMY BENTHAM (1748-1832). Avocat et philosophe anglais, père de l'utilitarisme «éthique». Il considère qu'une loi est juste lorsqu'elle est de la plus grande utilité possible pour tous, amenant le plus grand bonheur possible au plus grand nombre.

²³⁹ Cf. JEREMY BENTHAM, *A General View of a Complete Code of Laws: The Works of Jeremy Bentham* vol. 3, Edimbourg, 1843.

²⁴⁰ HATTENAUER, n. 1542 s.

²⁴¹ ZWEIGERT/KÖTZ, p. 181 s.

²⁴² HATTENAUER, n. 1542 s.; SENN, note de bas de page 1 p. 289.

d) *Contexte idéologique*

- 110 Alors que dans l'absolutisme primaire, la loi n'est rien d'autre que l'expression de la volonté du seigneur en place, les Lumières apportent à la notion une nouvelle dimension. La loi a pour fonction de protéger la **liberté**. En effet, la liberté de chaque être humain de rechercher son épanouissement est le fil rouge dans la pensée éclairée et se retrouve en bonne place dans la doctrine du droit naturel moderne. Pour le jusnaturaliste, la liberté est un attribut que l'Homme détient de par sa nature. En cela, il est profondément égal. Partant, une loi fondée sur la raison ne peut être que celle assurant la liberté et l'égalité contre les ingérences étatiques indues. Par ailleurs, la sécurité recherchée trouve son fondement dans la certitude du texte de la loi, de sa publication et de l'exactitude de son champ d'application temporel. L'établissement précis du moment de son entrée en vigueur garantit contre une rétroactivité arbitraire: «*nulla poena sine lege*»! Pas de sanction sans une menace légale de son application avant que l'acte illicite ne soit commis.²⁴³
- 111 L'idéal d'une loi éclairée protégeant la liberté de tout un chacun de jouir de ses biens et de poursuivre le bonheur trouve rapidement un écho à travers l'Europe. Les **Lumières** connaissent leurs étincelles au Pays-Bas avec SPINOZA²⁴⁴ (dès 1670) et en Angleterre avec LOCKE²⁴⁵ (dès 1690). Au début du XVIII^e siècle, les idées des Lumières se répandent rapidement en Allemagne avec THOMASIUS²⁴⁶

²⁴³ HATTENAUER, n. 1531 s.

²⁴⁴ BENEDICTO DE SPINOZA (1632-1704). Philosophe et théoricien de l'Etat néerlandais d'origine portugaise. Il fonde la politique et le droit sur une éthique respectant autant l'intellect que l'affect. Rejeté jusqu'au XVIII^e siècle à cause de son athéisme (cf. not. BENEDICTO DE SPINOZA, *Tractatus theologico-politicus*, Hambourg, 1670).

²⁴⁵ JOHN LOCKE (1632-1704). Politicien et philosophe anglais qui établit l'empirisme en contraste au rationalisme français. Représentant d'un constitutionalisme libéral et adversaire de l'idée de l'état théocratique. L'état naturel est pour lui une forme de communisme de biens où le travail individuel mène à la propriété privée. L'Etat doit avoir pour but de protéger la liberté et la propriété individuelle de toute ingérence. C'est pourquoi les pouvoirs législatifs et exécutifs doivent être séparés dans leurs fonctions (cf. JOHN LOCKE, *The Two Treatises of Civil Government*, Londres 1689).

²⁴⁶ CHRISTIAN THOMASIUS (1655-1728). Premier philosophe, avant KANT, à séparer le droit et la morale. Co-fondateur de l'Université prusso-brandebourgeoise de Halle dans le Magdebourgeois (1693) et premier Professeur de droit enseignant en langue allemande. Précurseur, il s'insurge contre les procès en sorcellerie et la torture (cf. not. CHRISTIAN THOMASIUS, *Einleitung zur Vernunftlehre*, Halle 1691).

et VON WOLFF.²⁴⁷ Dès le milieu du XVIII^e siècle, elles se propagent en France grâce notamment à MONTESQUIEU,²⁴⁸ ROUSSEAU²⁴⁹ et VOLTAIRE,²⁵⁰ pour finalement enflammer le reste de l'Europe.²⁵¹ Aussi, ne faut-il que peu de temps pour la pratique de vouloir rattraper la théorie: le monde se retrouve bientôt ensemencé de projets de codifications dont une minorité seulement trouvera un aboutissement.

²⁴⁷ CHRISTIAN FREIHERR VON WOLFF (1679-1754). Philosophe, juriste et mathématicien allemand de la première moitié du XVIII^e siècle, il explique toutes les disciplines par une méthode géométrique et déductive, chaque discipline formant un système fermé. D'après lui, la morale et le droit doivent se recouper; même si, en fin de compte, toute morale ne peut être traduite en droit (cf. not. CHRISTIAN VON WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium: in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et jura omnia deducuntur*, Halle 1750).

²⁴⁸ CHARLES-LOUIS DE SECONDAT BARON DE MONTESQUIEU (1689-1755). Représentant éclairé de la monarchie française. Concepteur du contrôle réciproque des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, il établit définitivement la séparation des pouvoirs comme base de toute république (cf. not. CHARLES-LOUIS DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix ou du rapport que les loix doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.: à quoi l'auteur a ajouté des recherches nouvelles sur les loix romaines touchant les successions, sur les loix françaises, et sur les loix féodales*, Genève 1748).

²⁴⁹ JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778). Parmi les plus illustres penseurs des Lumières, il est un des pères de la Révolution française. Ses idées centrales sont la liberté et l'égalité naturelles de l'Homme. Par la volonté collective, les Hommes concluent un contrat social pour surmonter les inégalités et les contraintes étatiques (cf. not. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du contrat social, ou, Principes du droit politique*, Amsterdam, 1762).

²⁵⁰ FRANÇOIS-MARIE AROUET dit VOLTAIRE (1694-1778). Avocat et philosophe, symbole des Lumières. Comme son adversaire ROUSSEAU, il est considéré par la Révolution française comme un précurseur. Il s'érige contre la peine de mort. Il défend la réhabilitation du citoyen Calas, exécuté à tort. Son engagement courageux influence notamment BECCARIA, mais le contraint à émigrer plusieurs fois (cf. not. VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, Genève 1763).

²⁵¹ SENN, p. 271; WESEL, p. 395.

e) *Code comme arme politique*

i. **Contexte historique**

- 112 Influencés par le jusnaturalisme et les Lumières,²⁵² les initiateurs de la **première vague de codifications**, entre 1750 et 1811, profitent de l'élaboration d'un Code pour asseoir leurs idées politiques respectives. Ainsi, ils envisagent le Code, soit comme le véhicule par excellence de l'expression politique de la confiance dans l'ordre social établi (Codes «conservateurs»; *infra* n. 113 ss), soit comme une imprégnation systématique dans un ordre juridique et politique nouveau de principes révolutionnaires, tels que l'égalité, la liberté individuelle ou l'unité du droit (Codes «révolutionnaires»; *infra* n. 116 ss).²⁵³

ii. **Codes conservateurs**

- 113 Parmi les Codes conservateurs, issus de l'**absolutisme éclairé**, figurent en bonne place l'ABGB autrichien promulgué par l'empereur FRANÇOIS I en 1811 (*infra* n. 114) et l'ALR prussien mis en vigueur par le roi FRÉDÉRIC-GUILLAUME II en 1794 (*infra* n. 115).
- 114 L'**ABGB**, qui trouve ses racines dans un avant-projet établi par MARIE-THÉRÈSE D'AUTRICHE auquel l'empereur JOSEPH II donnera suite, présente les particularités de respecter le *ius commune*²⁵⁴ tout en intégrant les droits locaux et, surtout, d'être toujours en vigueur actuellement, certes après quelques modifications intervenues en 1912 et 1916. Le corps du texte a pris forme sous la houlette du jusnaturaliste VON MARTINI²⁵⁵ mandaté par l'empereur LÉOPOLD II. Il est achevé sous l'égide de VON ZEILLER²⁵⁶ reprenant l'idée d'un droit privé naturel ébauchée par la théorie de VON MARTINI. Tous deux pallient au manque

²⁵² Parmi les codifications peu influencées par les Lumières, il y a notamment le «*Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*» bavarois de 1756 (WESEL, p. 403 s.).

²⁵³ Cf. SENN, p. 290 s.; KLIPPEL, p. 226; HALPÉRIN, *Le Code civil*, p. 43 ss et 52 ss.

²⁵⁴ WESEL, p. 406; BENÖHR, p. 220; *contra*: HALPÉRIN, *Le Code civil*, p. 48, croit déjà percevoir dans ces premières codifications prussiennes et autrichiennes la manifestation d'une volonté de rompre avec le *ius commune* pour instaurer un droit national en langue allemande.

²⁵⁵ KARL ANTON FREIHERR VON MARTINI (1760-1800). Conseiller à la Cour impériale, Juge et Professeur de droit naturel et de droit romain à Vienne.

²⁵⁶ FRANZ VON ZEILLER (1751-1828). Philosophe et juriste. Dès 1782, successeur de VON MARTINI à la Chaire de droit naturel à Vienne. Auteur et commentateur de l'ABGB.

de technique législative moderne des projets précédents et parviennent, grâce à une méthodologie et une théorie claires, à unifier le droit.²⁵⁷

- 115 L'ALR, quant à lui, est un des rares exemples de codification complète. Avec près de 20'000 articles, dont 9'000 uniquement pour le droit privé, il englobe tous les domaines du droit. Le langage utilisé le rend toutefois peu lisible et son souci obsessif d'exhaustivité ne laisse, à dessein, que peu de place à la voie prétorienne, pourtant nécessaire à la pérennisation de tout texte de loi.²⁵⁸ La codification, planifiée dès 1746 par FRÉDÉRIC II, se veut un instrument de pouvoir dans les mains du monarque et non une garantie de liberté contre un Etat tout-puissant. En 1780, le projet de Code complet est toutefois transmis aux esprits les plus éclairés de la monarchie, le chancelier VON CARMER²⁵⁹ et son assistant SVAREZ,²⁶⁰ tous deux familiers du jusnaturalisme de VON WOLFF.²⁶¹ Le monarque, sans abdiquer sa prétention au pouvoir absolu, et les rédacteurs éclairés du texte de loi poursuivent ainsi des buts différents, bien qu'ils soient également intéressés par la codification. Lorsque le «*Codex Juris Fridericianum*» est prêt pour son entrée en vigueur après la mort du roi en 1790, les temps ont déjà changé. Les idées des Lumières sont, dans l'ombre de la Révolution française et de son règne de la Terreur, une chose désormais honnie à la Cour.²⁶² Le roi FRÉDÉRIC-GUILLAUME II et son entourage contre-révolutionnaire se refusent à mettre en vigueur ce «*Gleichheitscodex*» («Code égalitaire»).²⁶³ Après la deuxième partition de la Pologne qui ajoute des territoires soumis au droit prussien, des révisions hâtives sont apportées au projet afin d'en éliminer au possible les témoignages de la pensée éclairée.²⁶⁴ L'ALR sera assez vite remplacé au fur et à mesure des codifications futures et finalement complètement abrogé par l'entrée en vigueur du BGB en 1900.²⁶⁵

²⁵⁷ WESEL, p. 406; HATTENAUER, n. 1544 ss; VANDERLINDEN, p. 45 s.

²⁵⁸ Le plan de codification de Saxe, semblable à celui des travaux préparatoires prussiens, va jusqu'à prévoir dans son point 7 une interdiction d'interprétation et dans son point 8 un devoir de rendre compte au pouvoir législatif en cas de doutes sur le contenu d'une norme (DÖLEMEYER, p. 220).

²⁵⁹ JOHANN HEINRICH CASIMIR VON CARMER (1721-1801). Juriste, Grand Chancelier de Prusse de 1779 à 1798.

²⁶⁰ CARL GOTTLIEB SVAREZ (1746-1798). Juriste allemand.

²⁶¹ BENÖHR, p. 220.

²⁶² HATTENAUER, n. 1539.

²⁶³ WESEL, p. 405.

²⁶⁴ HATTENAUER, n. 1539; WESEL, p. 405.

²⁶⁵ SENN, p. 292; HATTENAUER, n. 1540.

iii. Codes révolutionnaires

- 116 Issu de la Révolution française et de l'humanisme rationaliste du XVIII^e siècle,²⁶⁶ le **CCfr.** de 1804²⁶⁷ est le premier Code de droit civil pur.²⁶⁸ Monument du droit naturel tardif,²⁶⁹ il est largement inspiré des travaux de DOMAT²⁷⁰ et de POTHIER.²⁷¹
- 117 Fusionnant le droit justinien (*ratio scripta*, *supra* n. 85 ss) et le droit coutumier (*supra* n. 71), le CCfr. exercera une **influence considérable** en Europe et au-delà, notamment sur le CCit. de 1865, le CCesp. de 1889,²⁷² ainsi que sur les codifications cantonales de droit privé de Suisse romande (*infra* n. 128).²⁷³
- 118 La première velléité étatique d'imposer le **droit naturel** en France remonte à la proclamation le 26 août 1789 par l'Assemblée nationale de la «*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*». Deux ans plus tard, le 3 septembre 1791, une Constitution est promulguée instaurant une monarchie constitutionnelle basée sur la séparation des pouvoirs prônée par MONTESQUIEU.²⁷⁴ Elle consacre le transfert de la souveraineté du roi à la nation.
- 119 Ce n'est qu'après l'instabilité politique engendrée par les années révolutionnaires que **NAPOLÉON BONAPARTE** fait sien le projet de codifier le droit civil, après quelques tentatives précédentes.²⁷⁵ La mise en forme du CCfr. est l'œuvre d'une petite commission et de 102 séances du Conseil d'Etat, dont 57 sont présidées par BONAPARTE lui-même.²⁷⁶

²⁶⁶ LÉVY, p. 87 ss; GOYARD-FABRE, p. 56 ss.

²⁶⁷ D'abord appelé «*Code civil des Français*», puis nommé «*Code Napoléon*» à partir de 1807 et à nouveau «*Code civil*» depuis 1816, sans qu'il n'y ait eu changement de contenu entretemps.

²⁶⁸ SENN, p. 293.

²⁶⁹ HALPÉRIN, *Le Code civil*, p. 48; RAMPELBERG, p. 19; *contra*: WESEL, p. 404, le voit plutôt comme un Code de loi libéral du XIX^e siècle.

²⁷⁰ JEAN DOMAT (1625-1696). A partir du droit romain, il établit un lien entre la philosophie et le droit en suivant les règles de logique de DESCARTES et la raison naturelle de GROTIUS (cf. not. JEAN DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1689-1693).

²⁷¹ Cf. not. ROBERT-JOSEPH POTHIER, *Traité sur les différentes matières du droit civil, appliquées à l'usage du barreau, et de jurisprudence française*, Orléans 1781.

²⁷² HALPÉRIN, *Le Code civil*, p. 43 s.; RAMPELBERG, p. 19.

²⁷³ SENN, p. 294; ELSENER, p. 158 ss et 444 ss.

²⁷⁴ WESEL, p. 403.

²⁷⁵ HALPÉRIN, *Le Code civil*, p. 50 s; LÉVY, p. 87 s.

²⁷⁶ SOURIOUX, p. 107 ss.; WESEL, p. 404.

- 120 Outre le fait que le CCfr. exprime les principes révolutionnaires, il est **avant-gardiste** dans le sens où il ne compte que 2'281 articles succincts qui, par l'usage de notions juridiques indéterminées, laissent une place à la voie prétorienne et donc à l'évolution des réalités sociales et économiques. Dès lors, il n'est guère étonnant qu'après quelques révisions, il soit toujours en vigueur aujourd'hui, une grande partie des articles ayant même maintenu leur forme primitive.²⁷⁷
- 121 Nonobstant les différences d'idéologies politiques présidant à leur élaboration, les codifications du XVIII^e siècle jusqu'au début du XIX^e siècle amènent un **renouveau fondamental** pour le rationalisme juridique que d'aucuns n'hésitent pas à qualifier à raison d'«*actes de transformation révolutionnaire*» («*Akte revolutionärer Umgestaltung*»).²⁷⁸ Dans toutes les codifications, il n'y a de place pour les particularismes locaux que dans la mesure où ceux-ci se laissent intégrer «naturellement» dans un système juridique rationnel.²⁷⁹ Le réexamen systématique des sources justiniennes à l'occasion des premières codifications parvient ainsi à maintenir une certaine unité de la science juridique européenne.²⁸⁰

f) *Code comme œuvre scientifique*

i. **Contexte historique**

- 122 Une **deuxième phase de codifications** – ou plutôt de recodifications – lézarde un peu plus l'édifice de la science juridique européenne. En effet, le XIX^e siècle soigne les usages juridiques régionaux en se focalisant sur l'histoire nationale du droit. La concentration sur les particularismes régionaux (ou ce qui est perçu comme tel) à la fin du siècle en question est une des conséquences de l'effondrement de l'ordre politique en Europe après 1800.²⁸¹ Dès lors, les considérations politiques imposent de justifier historiquement l'identité nationale et la particularité du droit. Alors que le jusnaturalisme systématise le

²⁷⁷ HALPÉRIN, *Le Code civil*, note de bas de page 1 p. 43, en a compté 1'193 en 2003, sans même tenir compte des articles où seuls quelques termes ont dû être adaptés aux changements institutionnels ou de quelques articles caducs.

²⁷⁸ WIEACKER, p. 324.

²⁷⁹ SENN, note de bas de page 2 p. 289.

²⁸⁰ RAMPELBERG, p. 19.

²⁸¹ Ainsi, not. le *Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation* (Saint-Empire romain germanique) disparaît en 1806, sans pour autant être remplacé par un Etat-nation.

droit par une classification tripartite en *persona*, *res* et *obligatio* sur la base des institutions de GAIUS,²⁸² la doctrine pandectiste (*infra* n. 125) du XIX^e siècle réinterprète et systématise le droit romain tout en en émancipant le droit de la famille et des successions, domaines dans lesquels les particularismes nationaux sont les plus perceptibles.²⁸³

ii. Environnement juridique

- 123 A la fin du XIX^e siècle, juste avant l'entrée en vigueur du BGB, le droit privé n'est toujours pas unifié en Allemagne, abstraction faite du droit commercial codifié dans l'ADHGB,²⁸⁴ introduit entre 1862 et 1869 dans les divers Etats allemands.²⁸⁵ Entre les régions encore soumises au *ius commune* et celles soumises aux *Landrechte* bavarois, wurtembergeois, prussien, saxon, sans parler de celles soumises au CCfr. ou à ses dérivés régionaux,²⁸⁶ tous complétés par des droits locaux, l'**éclatement juridique** est tout simplement vertigineux. C'est la raison pour laquelle les facultés allemandes n'enseignent, au début du XIX^e siècle comme auparavant, que le droit romain et canon, en tant que cursus de base sans réelle portée pratique directe. La doctrine de l'école historique allemande («*Historische Rechtsschule*») – ainsi nommée par son fondateur VON SAVIGNY²⁸⁷ – trouve un terreau fertile dans les Universités des territoires allemands.²⁸⁸

²⁸² *Supra* note de bas de page 101.

²⁸³ SENN, note de bas de page 2 p. 289; HALPÉRIN, p. 67.

²⁸⁴ Ancêtre de l'actuel HGB.

²⁸⁵ En 1863, l'Allemagne cherche, par la même démarche que la Suisse, à élaborer également un Code des obligations. Bien que le projet soit terminé après trois ans de travail, il ne sera jamais adopté. En effet, il tombe dans l'oubli avec la mort de la Confédération germanique suite à la guerre entre la Prusse et l'Autriche de 1866 (cf. BENÖHR, p. 224).

²⁸⁶ Le droit français est directement applicable dans les territoires allemands annexés par la France en 1801, tel que le département de la Sarre. Plus tard, le CCfr. est introduit avec quelques modifications dans d'autres régions allemandes, comme dans le Grand-duché de Bade (*Grossherzogtum Baden*), où il est traduit en allemand et devient le *Badisches Landrecht* (MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 306).

²⁸⁷ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1779-1861). Professeur de droit romain à l'Université refondée de Berlin (suite à la réforme «*Humboldt*» de 1810). Egalement proche du classicisme que du romantisme, il est le co-fondateur avec le germaniste EICHHORN de l'école historique allemande. Il prône une pensée juridique «historico-systématique» et s'oppose à une codification du droit privé en Allemagne (cf. FRIEDRICH CARL VON

iii. Ecole historique

- 124 L'école historique allemande est constituée en 1814 comme **antithèse** à l'ouvrage de THIBAUT²⁸⁹ qui revendique la nécessité d'un droit privé unifié pour les Etats allemands.²⁹⁰ D'après VON SAVIGNY, dont la pensée positiviste s'exportera au-delà des frontières allemandes, le droit n'est pas basé sur la raison ou la nature de l'Homme mais grandit en tant que produit de l'activité silencieuse du «*Volksgeist*» («esprit du peuple»)²⁹¹. La science doit d'abord s'efforcer de découvrir cette matière première juridique pour ensuite la rénover et la rafraîchir, notamment en systématisant ses institutions. Ce n'est qu'après ce processus que des lois peuvent être élaborées. Quel est le résultat de cette louable entreprise? Le *Volksgeist* allemand a œuvré silencieusement pendant des siècles et il en ressort, rafraîchi par VON SAVIGNY,²⁹² un rétablissement de l'antique droit romain purifié des ajouts locaux introduits dans le *ius commune*!²⁹³

iv. Doctrine pandectiste

- 125 Bien que logiquement peu convaincante, l'idée a du succès. Il est indéniable que le droit romain, avec sa rationalité, sa libre propriété et sa liberté contractuelle est le meilleur instrument pour l'économie de marché bourgeoise de l'Allemagne de l'époque. C'est dans ce contexte que naît la doctrine pandectiste, ainsi nommée par référence aux «*Pandekten*», du terme d'étymologie grecque désignant les Digestes de la compilation justinienne. En son temps, elle représente le **sommet de la science juridique** qu'elle influence

SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814).

²⁸⁸ WESEL, p. 479 s.; sur les origines philosophiques de l'école historique, cf. WIEACKER, p. 349 ss.

²⁸⁹ ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT (1772-1840). Professeur de droit romain, de droit civil, de méthodologie et de théorie du droit à Kiel, Jena et Heidelberg.

²⁹⁰ ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, Heidelberg 1814.

²⁹¹ SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, p. 303 s.; BENÖHR, p. 221; WIEACKER, p. 358 s. Pour approfondir, cf. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Grundgedanken der historischen Rechtschule 1814/40: Friedrich Carl von Savigny*, 3^e éd., Francfort-sur-le-Main 1965.

²⁹² Cf. VON SAVIGNY I-VI et la revue de l'école historique fondée par VON SAVIGNY, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, (15 vol.), Berlin 1815-1850.

²⁹³ WESEL, p. 481; WIEACKER, p. 363.

internationalement.²⁹⁴ En particulier, sa systématique et l'élaboration de notions et institutions juridiques sophistiquées éveillent l'admiration et lui vaudra le qualificatif de «*Begriffsjurisprudenz*».²⁹⁵

- 126 Le **BGB** de 1896, entré en vigueur en 1900,²⁹⁶ doit son contenu et sa systématique à la doctrine pandectiste.²⁹⁷ Il consiste en une partie générale, comprenant notamment des règles sur la capacité civile et les actes juridiques, applicable aux quatre autres parties composées du droit des obligations, des droits réels, du droit de la famille et du droit des successions. S'il était question d'opposer le BGB au CCfr., nous ne pourrions que confirmer que le dernier est célébré pour sa clarté alors que le premier l'est pour sa rigueur.²⁹⁸ Le Code français emploie des termes accessibles à chacun. Issu de la Révolution du peuple, il est destiné au peuple. Le Code allemand, au contraire, mécanisme de savants adressé prioritairement aux instruits, se distingue par sa recherche permanente d'exactitude et de précision et par une terminologie scientifique particulièrement riche²⁹⁹ («ordinateur juridique»). Mettant judicieusement à profit l'apanage de la langue allemande, il crée de nouveaux termes pour mieux définir une institution.³⁰⁰

²⁹⁴ Cf. not. les ouvrages phares de la doctrine pandectiste GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Berlin 1838; KARL ADOLF VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, (3 vol.), Heidelberg 1839/45; LUDWIG ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, Munich 1850; BERNHARD WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, (3 vol.), Leipzig 1862/70; HEINRICH DERNBURG, *Pandekten*, (3 vol.), Berlin 1884/87.

²⁹⁵ WESEL, p. 481. La «doctrine de l'ordonnancement des institutions juridiques» (traduction libre) vise l'emploi de méthodes rationnelles dans le raisonnement juridique. Les institutions et notions juridiques sont agencées et classées afin de s'intégrer et former un système complet et non-contradictoire.

²⁹⁶ Sur l'élaboration du BGB, cf. BENÖHR, p. 226 ss.

²⁹⁷ MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 514.

²⁹⁸ Dans ce sens, cf. not. VOGEL, p. 793.

²⁹⁹ MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 515.

³⁰⁰ Une belle illustration du caractère doctrinal du BGB est le § 241 BGB: «*Pflichten aus dem Schuldverhältnis: 1. Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. 2. Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*»; § 241 BGB: «Devoirs résultant du rapport d'obligation: 1. En vertu du rapport d'obligation, le créancier est en droit d'exiger une prestation du débiteur. La prestation peut également consister en une omission. 2. Selon son contenu, le rapport d'obligation peut obliger chaque partie à des égards envers les droits, les biens juridiques et les intérêts de l'autre partie» (traduction libre).

- 127 Le BGB et le CCfr. s'appuient néanmoins largement sur le droit romain, leur **racine commune**. Aussi, les différences matérielles entre les Codes français et allemand nécessitent d'être relativisées au regard de leurs sources communes. Quant aux différences formelles, celles-ci tiennent surtout au style utilisé et à la mise en interrelation des règles qu'ils contiennent. La meilleure preuve que ces systèmes juridiques ne sont pas incompatibles réside dans les codifications suisses de droit privé.

g) Suisse

- 128 La fièvre codificatrice n'épargne pas la Suisse. D'abord au niveau cantonal, où les **codifications du droit privé cantonal** peuvent être divisées en trois groupes. Un premier groupe de cantons reste fidèle au CCfr., soit en le laissant en vigueur tel quel après la fin du joug français (GE), soit en édictant chacun un propre Code sur son modèle entre 1819 et 1855 (VD, TI, FR, VS et NE).³⁰¹ Un deuxième groupe de cantons (BE,³⁰² LU, SO et AG) s'affaire à édicter un «*Civilgesetzbuch*», chacun sur le modèle de l'ABGB, de 1830 à 1855.³⁰³ Les codifications influencées par la doctrine pandectiste allemande du troisième groupe ferment la marche. En effet, 1856 marque l'entrée en vigueur de la dernière partie du très réputé «*Privatrechtliches Gesetzbuch*» de ZH qui lui-même servira largement de modèle pour d'autres textes cantonaux (tous nommés d'après leur prédécesseur zurichois) promulgués jusqu'en 1874 (ZG, GR, SH et GL).³⁰⁴ Enfin, un dernier groupe, composé du reste des cantons suisses (BS, BL, SG, AI, AR, SZ, OW, NW, TG et UR), se satisfait du *statu quo* et n'entreprend rien.³⁰⁵
- 129 1874 est l'année de l'adoption et de l'entrée en vigueur de la révision partielle de la Constitution suisse de 1848.³⁰⁶ Elle marque l'attribution à la Confédération de compétences pour légiférer dans le droit privé. Certes, non pas dans sa totalité, mais notamment dans le droit des obligations, y compris dans le domaine du droit commercial et du droit cambiaire.³⁰⁷ Ainsi, suite aux adoptions

³⁰¹ HUBER I, p. 52 ss; ROSSEL, p. XIV ss.

³⁰² Le jura bernois reste soumis au CCfr. (ELSENER, p. 286; HUBER I, p. 52).

³⁰³ HUBER I, p. 54 ss; ELSENER, p. 260 ss.

³⁰⁴ HUBER I, p. 56 ss; ELSENER, p. 357 ss.

³⁰⁵ HUBER I, p. 50; sur la tentative de codification de BS, cf. ELSENER, p. 438 ss.

³⁰⁶ Pour le résultat de la votation, cf. FF 1874 I 685, p. 690.

³⁰⁷ FF 1873 II 909, p. 922.

de quelques lois fédérales sur l'état civil, la capacité civile et la propriété intellectuelle, l'aCO est adopté le 14 juin 1881, mettant en place l'unification du droit des obligations en Suisse. Celle-ci sera effective dès l'entrée en vigueur de l'aCO, le 1^{er} janvier 1883.³⁰⁸ Contrairement à l'Allemagne, il n'y a pas eu de codification spécifique du droit commercial. La Suisse se pourvoit d'une loi originale, influencée tant par la doctrine pandectiste allemande que par des règles du CCfr., de l'ABGB et de l'ADHGB de 1861.³⁰⁹ L'aCO est pourvu d'une partie générale, contenant les dispositions relatives au droit des obligations, dont l'application n'est pas restreinte aux obligations nées de contrats spéciaux. La partie générale comprend donc notamment, en plus des dispositions générales sur la formation, les effets, l'extinction, la cession des obligations et certaines de leur modalités, un exposé spécial et complet des obligations résultant d'actes illicites et de l'enrichissement illégitime. La partie spéciale traite des différentes obligations contractuelles dans la mesure où elles peuvent, d'une manière quelconque, se rapporter aux transactions mobilières. Par contre, les contrats qui ont pour objet la transmission de la propriété immobilière et des autres droits réels sur des immeubles sont expressément exclus et réservés à la législation cantonale.³¹⁰ L'aCO est le premier pas vers l'unification totale du droit civil prônée par la *Société suisse des juristes* dès 1883.³¹¹ Le droit privé suisse ne sera toutefois définitivement unifié qu'au 1^{er} janvier 1912, date de la mise en vigueur du CC de 1907.

- 130 Le CC est rendu possible à travers une nouvelle attribution de compétences à la Confédération en 1898 par la révision de l'article 64 aCst.³¹² Il est l'œuvre d'un seul homme, HUBER,³¹³ indubitablement le juriste suisse le plus remarquable de son temps. Adepte de l'école historique allemande, il s'appuie sur les modèles cantonaux de législation, notamment sur le groupe pandectiste zurichois (*supra* n. 128) ainsi que sur les règles cantonales non-écrites.³¹⁴ Il divise le CC en quatre parties traitant successivement du droit des personnes, du droit de la famille, du droit des successions et des droits réels. Un volume distinct, le Livre cinquième traitant du droit des obligations (CO), complète matériellement le

³⁰⁸ FF 1880 I 115, p. 116; BERBERAT/PERDRIZAT, p. 22 ss.

³⁰⁹ WESEL, p. 484.

³¹⁰ FF 1880 I 115, p. 116.

³¹¹ FF 1896 IV 574, p. 585.

³¹² FF 1896 IV 620, p. 620; l'article 64 aCst. correspond à l'article 122 Cst. qui a pour objet la législation civile (AUBERT/MAHON, n. 1 ss ad art. 122 Cst).

³¹³ EUGEN HUBER (1849-1923). Professeur à Zurich, Bâle, Halle et Berne.

³¹⁴ Pour approfondir, cf. HUBER I-IV.

CC. Contrairement au BGB, pourvu d'un vocabulaire excessivement technique adressé aux seuls professionnels,³¹⁵ HUBER aspire à une loi lisible, facilement intelligible pour tout un chacun, sans pour autant qu'elle ne tombe dans le piège de l'approximation.³¹⁶ Le but fixé sera largement atteint et le résultat demeure admiré à travers le monde.³¹⁷

4. XX^e siècle

a) Introduction

- 131 L'acte de transformation révolutionnaire (*supra* n. 121) que représente la codification s'opère bien davantage au niveau des **esprits** que sur le plan substantiel. Le Code, comme vecteur de l'identité et de l'unité nationale, génère une *tabula rasa* au niveau des consciences. Jusque-là, le *ius commune* faisait office d'autorité suprême partout en Europe. Depuis, le Code national est la source ultime du droit. En toute chose juridique, il constitue l'alpha et l'oméga. Le positivisme prévaut sur la conscience de la racine commune de tous les Codes de droit privé. Et là où cette conscience subsiste, le «nationalisme juridique» parvient largement à imposer l'absence même de Code comme le critère parachevant le divorce apparent entre les systèmes de la *Common law* et du droit civil continental.
- 132 Est-ce à dire que les deux derniers siècles après la Révolution française sont perdus pour l'histoire du droit privé européen? Si l'on est d'avis que le point commun du droit privé européen est uniquement l'application convergente du droit romain comme source commune, il y a effectivement une **régression**, à partir du XX^e siècle surtout, des connaissances et du respect du droit romain dans la pratique nationale européenne. D'un autre côté, il y a eu non seulement une élaboration, sur la base des anciennes traditions juridiques communes, de solutions juridiques nationales parallèles qui répondent aux problèmes posés par l'industrialisation, mais également des transferts et des échanges de la connaissance juridique sous de nouvelles formes. Ainsi, le droit comparé

³¹⁵ GMÜR, p. 28.

³¹⁶ WESEL, p. 484; sur sa vision du projet, cf. EUGEN HUBER, *Über die Art und Weise des Vorgehens bei der Ausarbeitung des Entwurfes eines einheitlichen schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Berne 1893.

³¹⁷ La République turque n'a pas hésité à le traduire et à l'implémenter en 1926 dans son propre ordre juridique (cf. MÜLLER/RISKE, *Cross-Fertilization*, p. 880 ss; MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 349 ss).

apparaît comme nouvel horizon de travail et comme nouvelle discipline juridique à l'aube du XX^e siècle.³¹⁸

b) Naissance du droit civil comparé

- 133 En l'année 1900, au moment où se tient le premier **Congrès international de droit comparé** qui révélera SALEILLES³¹⁹ et LAMBERT,³²⁰ on ne se sait pas vraiment depuis combien de temps exactement³²¹ le mouvement comparatiste est en marche.³²² Toujours est-il que ces deux professeurs proposent de substituer à la méthode classique et exégétique une nouvelle méthode qu'ils appellent «historique».³²³ Le congrès en question marque la naissance du droit comparé en tant que science et méthodologie.³²⁴
- 134 Il n'est plus simplement question de présenter les législations étrangères de façon à les juxtaposer à son propre ordre juridique national afin de le faire progresser. Désormais, le droit comparé doit également servir à comprendre qu'il existe une **interpénétration** de tous les domaines juridiques nationaux produisant une sorte d'unité de doctrine qui domine toutes les législations particulières dont elles ne sont que des dérivés.³²⁵ Au début du XX^e siècle, on estime même que le droit comparé doit servir au rapprochement progressif des divers droits nationaux qui pourront un jour se fondre dans un droit universel. Le droit comparé est désigné comme «*l'instrument de progrès le plus sûr et le plus fécond*» qui inspirera la formation d'un «*droit commun de l'humanité*

³¹⁸ SCHULZE, p. 78 s.; RISKE, p. 22.

³¹⁹ RAYMOND SALEILLES (1855-1912). Professeur de droit pénal, de droit civil et droit privé comparé à Paris.

³²⁰ EDOUARD LAMBERT (1866-1947). Spécialiste de l'histoire du droit, il est le fondateur en 1921 du premier Institut de droit comparé en France.

³²¹ La constitution en France de la *Société de législation comparée* en 1869 est parfois citée comme indice probant quant à l'avènement du droit comparé moderne (MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 52; ANCEL, p. 13).

³²² JAMIN, p. 736 s.; sur le développement du droit comparé moderne, cf. MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 52 ss).

³²³ Cette méthode consiste à interpréter les textes en fonction de l'évolution historique.

³²⁴ MILLER, p. 8 s. et les réf. citées.

³²⁵ JAMIN, p. 744; RISKE, p. 23.

civilisée». ³²⁶ Le droit comparé devient donc un fondement méthodologique pour une future unification du droit privé en Europe. ³²⁷

- 135 L'idée d'une unification du droit privé post-nationale prend racine dès 1916, lorsque SCIALOJA ³²⁸ appelle de ses vœux un **Code des obligations franco-italien**. ³²⁹ Pour lui, une telle unification va au-delà d'un exercice de technique juridique comparative. Elle représente la continuité et la promotion des idées de paix et de justice sous-jacentes aux vagues de codification des deux siècles passés. Combinant tradition et innovation de la culture juridique latine, un projet de Code des obligations et des contrats franco-italien voit le jour en 1927, ³³⁰ sous l'impulsion de deux groupes de travail, français et italien. ³³¹ Le contexte politique national et international de l'époque, imprégné de nationalismes, fera toutefois échouer le projet qui ne reçoit pas la concrétisation législative espérée par ses initiateurs. ³³²

c) Période de l'après-guerre

- 136 En lieu et place d'humanité civilisée, la première moitié du XX^e siècle aura survécu à deux guerres mondiales et dû constater que le droit des «nations civilisées» n'a pas été en mesure d'empêcher la destruction de l'Europe et de sa dignité. Après la 2^e guerre, dès 1949, c'est l'urgence politique plus que l'idéal juridique qui préside à l'adoption du statut du **Conseil de l'Europe**. Mais le projet politique s'essouffle et c'est une Europe économique qui, dès 1950,

³²⁶ SALEILLES, p. 383 s.

³²⁷ RISKE, p. 23.

³²⁸ VITTORIO SCIALOJA (1856-1933). Sénateur, Ministre et Professeur de droit romain à Rome notamment, il préside le premier Institut international pour l'unification du droit privé (Institut prédécesseur d'UNIDROIT qui prendra sa relève dès 1940, après la dissolution de la *Société des Nations* dont il est un organe auxiliaire).

³²⁹ Cf. VITTORIO SCIALOJA, *Per un'alleanza legislativa fra gli Stati dell'Intesa*, in: Nuova antologia 1916, p. 451; VITTORIO SCIALOJA, *L'intesa giuridica tra l'Italia e la Francia* [conférence donnée à la Sorbonne le 18 avril 1918], in: Rivista di diritto civile 1918, p. 134 ss.

³³⁰ Pour approfondir, cf. GUIDO ALPA/GIOVANNI CHIODI, *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927): Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milan 2007.

³³¹ DEROUSSIN, n. 1.

³³² DEROUSSIN, n. 43 s.; MAISONNEUVE, p. 32.

adopte les trois traités fondateurs des Communautés européennes (CECA; CEE et CEEA ou Euratom).³³³

- 137 C'est ainsi que sont plantés les semis d'un **droit commun européen**, non seulement avec les traités et le droit dérivé qui en est issu (*infra* n. 205 ss), mais aussi avec la CEDH adoptée par le Conseil de l'Europe. L'interpénétration des cultures juridiques européennes sera épaulée par la création de deux Cours supranationales (Cour EDH et CJCE) qui donneront l'occasion à des juges de cultures juridiques différentes de délibérer ensemble. Un ordre juridique commun se met en place progressivement, constitué de bribes et de morceaux disparates, dans divers domaines du droit. Evidemment, il ne ressemble en rien aux rêves des comparatistes du début du siècle car, pour l'instant, la cohérence n'est pas son objectif premier. Même si la doctrine et le droit comparé essayent graduellement d'y mettre un peu d'ordre,³³⁴ c'est un droit positif avant d'être un droit savant.³³⁵

d) Suisse

- 138 En Suisse, la notion de «droit européen» a évolué tout au long du XX^e siècle sans pour autant que cette **transformation** ne se traduise par un changement sur le plan terminologique. Dans l'optique suisse, on peut résumer ce développement par un glissement du droit européen public vers le droit européen privé.³³⁶ La notion se rapportait au départ au Conseil de l'Europe, à la CEDH et à la protection internationale des droits humains sur le plan européen. La terminologie faisait donc d'abord référence au droit constitutionnel. Ensuite, les juristes suisses se sont penchés sur les traités fondateurs des Communautés européennes. Le droit européen fut donc compris comme appartenant plutôt au droit international public. Enfin, suite à l'approbation de la législation «*Swisslex*», où le législateur fédéral a procédé à une reprise dite «autonome» de certaines directives communautaires afin d'aligner le droit privé suisse sur le droit communautaire, l'étude du droit européen en Suisse a commencé à se

³³³ SENN/GSCHWEND/PAHUD DE MORTANGES, p. 365; DELMAS-MARTY, p. 24; RISKE, p. 23.

³³⁴ En 1953, l'*Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* vote une proposition visant à élaborer un Code européen des obligations. La proposition restera toutefois sans suites (MAISONNEUVE, p. 32 et la réf. citée).

³³⁵ DELMAS-MARTY, p. 24; RISKE, p. 23 s.

³³⁶ MIGNON, n. 127; PROBST, p. 17; RISKE, p. 24.

concentrer sur le droit privé. Avec la naissance d'un droit privé communautaire («*Gemeinschaftsprivatrecht*») influençant considérablement l'évolution du droit privé suisse aujourd'hui, le terme «droit européen» fait de plus en plus référence au droit privé européen dans l'optique du juriste suisse.³³⁷

C. Conclusions intermédiaires

- 139 Puisant dans son héritage philosophique grec, la science juridique romaine a élaboré des **normes et concepts juridiques à l'épreuve des millénaires**. A partir de la *Loi des XII Tables*, qui marque la publication officielle du droit romain et la volonté de mettre fin au monopole de son interprétation par les élites, les juristes romains ont su faire face aux défis posés par l'expansion territoriale et commerciale de Rome. Non content de développer le droit au moyen de leur génie d'interprétation, ils ont su dépasser leur tradition d'exigences formelles rigoristes, notamment au moyen de l'institution du droit prétorien; un instrument permettant le développement d'actions légales à même d'appréhender les nouvelles réalités sociales. Emprunté aux grecs, le concept de droit naturel a servi de base pour l'établissement d'une autre institution à vocation universelle et séculaire: le *ius gentium*, véritable ciment de l'unité du droit romain.
- 140 En effet, bien plus qu'uniquement les règles matérielles du droit romain, c'est son **système de pensée** dans son ensemble qui est fondateur pour la science juridique occidentale. L'importance et la mission de Rome dans l'histoire du droit, peuvent se résumer en quelques mots: Rome incarne la victoire du concept d'universalité sur le principe des particularités. Les Romains ont su créer et imposer un modèle mondial d'un droit privé basé sur la propriété et le libre contrat.
- 141 L'invasion de l'espace culturel antique du droit romain écrit par les diverses tribus germaniques dès le V^e siècle n'a pas eu pour effet de provoquer une rupture entre la civilisation romaine et les peuples germaniques ascendants. Au contraire, grâce aux compilations de droit romain vulgaire qu'elles ont engendrées, les invasions de l'empire occidental par les tribus germaniques ont maintenu une **passerelle** entre la tradition juridique romaine et le droit du Moyen Age. Quant à l'empire oriental, l'empereur JUSTINIEN, au moyen de la compilation effectuée dans le *Corpus Iuris Civilis*, a porté son regard vers l'âge

³³⁷ PROBST, p. 18; RISKE, p. 24.

d'or du droit romain, permettant à celui-ci de nous parvenir largement intact. Par ailleurs, dès le début du Moyen Age, l'Eglise, également régie par le droit romain et le droit canon, a été la garante de la tradition de la science juridique romaine en exportant des éléments jusque dans les contrées les plus reculées d'Europe, Angleterre comprise.

- 142 Suite à la redécouverte du *Corpus Iuris Civilis*, le droit privé romain, élevé au rang de *ratio scripta*, a été utilisé partout en Europe du XII^e au XVIII^e siècle à côté des lois nationales et des coutumes locales dans le cadre du *ius commune*. Ce dernier est né d'une généralisation du droit romain et de son adaptation aux ordres juridiques régionaux et coutumiers, les marquant à son tour de son empreinte. Le *ius commune* a donc élaboré ou diffusé des **concepts juridiques communs** sur tout le continent en se fondant sur le droit romain, concepts toujours vivants aujourd'hui à travers toute l'Europe. Il a largement contribué à l'existence d'une culture juridique commune à l'Europe. Le *ius commune* a néanmoins progressivement disparu avec l'arrivée des grands Codes sur le continent à la fin du XVIII^e siècle pour ne jamais ressurgir.
- 143 Le bouleversement engendré par les **phases de codifications** s'est principalement opéré au niveau des esprits. Les Codes, qu'ils soient issus du jusnaturalisme ou de la doctrine pandectiste, ont été les vecteurs de l'expression politique des particularismes nationaux et de la mise en arrière-plan de l'héritage juridique européen commun. Le phénomène de la codification représente une césure telle que la *Common law*, fière d'une tradition juridique ininterrompue depuis près d'un millénaire, revendique sa différence avec les droits civilistes en s'établissant volontiers en porte-à-faux avec son propre héritage juridique romain.
- 144 Au XX^e siècle, les différences matérielles entre les divers ordres juridiques engendrés par le «nationalisme juridique» nécessitent l'élaboration d'une **méthodologie comparative** pour colmater les brèches dans l'unité de la science juridique européenne. Force est de constater que les difficultés ne sauraient être insurmontables pour parvenir à l'unité de doctrine nécessaire à une (ré)unification du droit privé européen.
- 145 Ainsi, l'héritage romain commun légitime le rêve pour certains, le cauchemar pour d'autres, d'une codification européenne du droit privé. Quoiqu'on en pense, la création du Conseil de l'Europe a marqué le point de départ pour la **construction du moteur politique** indispensable à la réalisation d'un nouveau *ius commune*.

II. Vecteurs politiques d'eupéanisation du droit privé

A. Introduction

- 146 Le processus d'uniformisation du droit privé européen connaît **deux volets**. Un volet «politique» – formé de vecteurs d'eupéanisation du droit privé (*infra* n. 147 ss) – et un volet «académique» – qui s'exprime notamment par des modèles d'uniformisation du droit privé (*infra* n. 369 ss).
- 147 Le volet politique du processus d'uniformisation du droit privé européen connaît lui-même deux origines. Après une introduction à la **terminologie** utilisée dans le domaine (*infra* n. 148 ss), nous commencerons par l'**acquis communautaire** (*infra* n. 155 ss), qui est le moteur européen-communautaire de l'eupéanisation du droit privé. Nous n'oublierons toutefois pas d'évoquer également le **droit privé conventionnel** (*infra* n. 327 ss), en tant que vecteur d'eupéanisation d'origine internationale. Enfin, nous terminerons par nos **conclusions intermédiaires** (*infra* n. 344 ss) quant aux vecteurs politiques d'eupéanisation du droit privé.

B. Terminologie

1. Introduction

- 148 L'eupéanisation du droit privé est indubitablement un des grands thèmes d'actualité dans les discussions autour du droit privé européen dans les pays membres ou non de l'UE. Encore faut-il s'entendre préalablement sur la **terminologie récurrente** utilisée dans ce cadre.
- 149 En guise d'entrée en matière, nous exposerons donc ci-après la signification des termes «**droit privé européen**» (*infra* n. 150), «**droit privé communautaire**» (*infra* n. 151 s.), «**eupéanisation du droit privé**» (*infra* n. 153) et «**harmonisation des législations**» (*infra* n. 154).

2. Droit privé européen

- 150 Au-delà du **droit privé communautaire** (*infra* n. 159) et du **droit privé conventionnel** (*infra* n. 327 ss), le droit privé européen au sens le plus large englobe également les **projets académiques paneuropéens** (*infra* n. 376 ss) et les **instruments d'organisations internationales** d'uniformisation du droit privé (*infra* n. 427 ss), ainsi que le **droit privé européen commun**, c'est-à-dire l'ensemble des règles fondamentales communes aux ordres juridiques nationaux

de l'Europe géographique, identifié par une démarche historico-comparative à partir des racines communes de droit romain et du *ius commune* (*supra* n. 134 s.).³³⁸

3. Droit privé communautaire

- 151 Il convient de parler de droit privé communautaire en présence de **règles de droit privé de l'ordre juridique européen**.³³⁹ Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (2009), la compétence de légiférer n'est plus dans les mains de la Communauté européenne mais dans celles de l'UE (art. 4(1) et 5(2) TUE). Bien qu'il ne s'agisse dès lors plus de droit «communautaire» au sens constitutionnel du terme,³⁴⁰ il sied de conserver la terminologie éprouvée³⁴¹ par souci de clarté et en référence au droit commun édicté par l'ordre juridique européen. Partant, le glossaire électronique de l'UE³⁴² donne une définition précise du droit communautaire.

Au sens étroit du terme, le droit communautaire est constitué par les traités constitutifs (droit primaire) ainsi que par les règles contenues dans les actes pris par les institutions communautaires en application de ces traités, à savoir règlements, directives, etc. (droit dérivé). Au sens large, le droit communautaire englobe l'ensemble des règles de droit applicables dans l'ordre juridique communautaire. Il s'agit donc également des droits fondamentaux, des principes généraux du droit, de la jurisprudence de la [CJUE], du droit issu des relations extérieures des Communautés ou encore du droit

³³⁸ SCHILLIG, p. 16; MIGNON, n. 99 ss; MÜLLER-GRAFF, p. 22 ss; SCHULZE, RIDC 1995, p. 11.

³³⁹ HIRSCH, p. 9; MÜLLER-GRAFF, p. 26 ss.

³⁴⁰ La doctrine anglophone récente utilise d'ailleurs le terme «*European Union Private Law*» pour désigner le droit privé communautaire.

³⁴¹ BALDUS/GRUNDMANN/JAEGER/WEATHERILL/ZACCARIA/ZOLL/MÜLLER-GRAFF, p. 270 ss.

³⁴² Disponible sur le site web de l'UE (europa.eu), p.<http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/index_fr.htm> (visité le 26.06.2015).

*complémentaire issu des actes conventionnels conclus entre les États membres pour l'application des traités.*³⁴³

- 152 Le droit privé communautaire doit ainsi être **distingué** des règles de droit privé des États membres (*infra* n. 696 ss), du droit privé conventionnel (*infra* n. 327 ss), ainsi que du droit privé européen commun (*supra* n. 150).

4. Européanisation du droit privé

- 153 Quant à l'eupéanisation du droit privé, il décrit à la fois le processus de **pénétration du droit privé communautaire** dans les ordres juridiques nationaux et l'**élaboration de droit privé national** s'appuyant sur le droit communautaire.³⁴⁴ En s'employant à légiférer dans un domaine particulier relevant de sa compétence, l'UE s'attèle, entre autres, à l'harmonisation des ordres juridiques nationaux (*infra* n. 154).³⁴⁵ Dans ce contexte, le terme «eupéanisation» décrit le processus *politique* s'employant à la construction d'un nouveau *ius commune* en Europe.³⁴⁶

5. Harmonisation des législations

- 154 L'eupéanisation du droit est le corollaire de l'harmonisation des législations, c'est-à-dire du **rapprochement des dispositions nationales des pays membres de l'UE dans un domaine juridique particulier**, plus ou moins important selon le type, le champ d'application et la densité normative de l'instrument d'harmonisation choisi. Au niveau du droit positif, parmi les instruments législatifs possibles (art. 288 TFUE; *infra* n. 205 ss), le plus concret et le plus influent est le règlement, de portée générale et immédiatement obligatoire dans tous ses éléments. En droit privé, le plus courant reste toutefois la directive (*infra* n. 211 ss). Tout en étant moins contraignante et nécessitant une transposition préalable dans le droit national, la directive lie tout État membre

³⁴³ Glossaire du site web de l'UE (europa.eu), p. <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/community_law_fr.htm> (visité le 26.06.2015).

³⁴⁴ MILLER, p. 4; HIRSCH, p. 9; TWIGG-FLESNER, *European Union Private Law*, p. 1.

³⁴⁵ MIGNON, n. 175.

³⁴⁶ ALBORS-LLORENS, p. 247.

quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens d'y parvenir.³⁴⁷

C. *Acquis communautaire*

1. Introduction

155 L'acquis communautaire correspond au **droit communautaire pris dans son sens le plus large**. L'acquis communautaire représente le «*socle commun de droits et d'obligations qui lie l'ensemble des Etats membres au titre de l'Union européenne*».³⁴⁸

156 Soumis à une évolution constante, il comprend les **éléments** suivants:

- (i) la teneur, les principes et les objectifs politiques des traités;
- (ii) la législation adoptée en application des traités et la jurisprudence de la CJUE;
- (iii) les déclarations et les résolutions adoptées dans le cadre de l'UE;
- (iv) les actes relevant de la politique étrangère et de sécurité commune;
- (v) les actes convenus dans le cadre de la justice et des affaires intérieures, et
- (vi) les accords internationaux conclus par l'UE et ceux conclus par les Etats membres entre eux dans le domaine des activités de l'UE.³⁴⁹

157 A côté du droit privé conventionnel (*infra* n. 327 ss), l'acquis communautaire est un des moteurs politiques de l'eupéanisation du droit privé. Ainsi nous pencherons-nous d'abord sur l'**émergence du droit privé communautaire** (*infra* n. 158 ss), ensuite sur les **compétences communautaires** (*infra* n. 166 ss), puis sur les **instruments d'harmonisation des législations** (*infra* n. 205 ss)

³⁴⁷ HIRSCH, p. 9; MIGNON, n. 41 et 82; TASCHNER, n. 42 ad art. 94 TCE.

³⁴⁸ Glossaire du site web de l'UE (europa.eu), p.<http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/community_acquis_fr.htm> (visité le 26.06.2015).

³⁴⁹ *Ibid.*

et, enfin, sur les fruits de la récente stratégie d'**harmonisation totale horizontale** (*infra* n. 285 ss).

2. Emergence du droit privé communautaire

a) Introduction

- 158 Le catalyseur principal du droit privé européen contemporain, et plus particulièrement du droit européen de la consommation – faisant lui-même office de locomotive en matière d'eupéanisation du droit privé – est indubitablement le **processus d'intégration** de l'UE.³⁵⁰ Suite à la catastrophe de la deuxième guerre mondiale, une grande partie du continent s'est rassemblée au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle grâce à l'intégration européenne au travers des trois traités fondateurs d'abord (CECA; CEE et CEEA ou Euratom), du TUE, de la Zone Euro et des accords «Schengen» ensuite et, enfin, du traité de Lisbonne.³⁵¹
- 159 Le processus d'intégration de l'UE et le droit primaire qui l'accompagne ont engendré, principalement pour des raisons de protection des consommateurs et de bon fonctionnement du marché intérieur (*infra* n. 164 s.), l'état actuel du droit privé communautaire, avant tout composé d'un **assemblage hétéroclite de directives** d'harmonisation des législations des Etats membres (*infra* n. 211 ss).³⁵² En effet, ces sources sont fragmentaires et non-coordonnées.³⁵³ Elles concernent diverses matières spécifiques (droit des contrats, droit de la responsabilité civile, droit commercial, droit du travail, droit des sociétés, droits réels, etc.).³⁵⁴ Il n'y pas eu, pour le moment, d'unification (législative) des principes généraux de ces diverses matières.³⁵⁵ Au contraire, l'ordre juridique communautaire a légiféré au coup par coup, par une approche sectorielle, lorsqu'un besoin particulier d'harmonisation ou de réglementation s'est fait sentir.³⁵⁶

³⁵⁰ Projet GANDOLFI, p. XXIII.

³⁵¹ WESEL, p. 670.

³⁵² HUGUENIN, p. 177 s.; MIGNON, n. 82; ALBORS-LLORENS, p. 246 s.

³⁵³ BASEDOW, p. 7; HEIDERHOFF, p. XI; FRANZEN, p. 4; VAN GERVEN, p. 38.

³⁵⁴ MÜLLER-GRAFF, p. 28 ss; PROBST, *Einfluss*, p. 34 ss; pour un aperçu des directives pertinentes, cf. AMSTUTZ/PICHONNAZ/PROBST/WERRO, p. 1 ss; ég. GRUNDMANN/RIESENHUBER, p. 1 ss.

³⁵⁵ LANDO, p. 89; KLAUER, p. 6.

³⁵⁶ RISKE, p. 25.

- 160 La présente analyse se concentre sur la **protection des consommateurs** dans le **cadre contractuel** et au niveau de la **responsabilité civile**, ce domaine constituant la pierre angulaire en matière d'européanisation du droit privé.³⁵⁷

b) Historique

- 161 Le point de départ de l'**harmonisation** du droit privé européen se situe en 1985,³⁵⁸ avec la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux³⁵⁹ et la directive sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.³⁶⁰ Ces directives, avec celle sur le crédit à la consommation de 1987³⁶¹ et celle sur les voyages à forfait de 1990,³⁶² ont d'ailleurs été reprises de manière «autonome» par la Suisse dans le paquet «*Swisslex*»³⁶³ adopté malgré l'échec de la votation sur l'Espace Economique Européen, le 12 décembre 1992. Ensuite, il y eu – sans que la Suisse ne les reprennent – en 1993, la directive sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs,³⁶⁴ en 1994, la directive concernant la protection des acquéreurs d'un droit d'utilisation partiel de biens immobiliers,³⁶⁵ puis en 1997, la directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance,³⁶⁶ suivie, en 1999, par la directive sur certains aspects de la vente et des garanties des biens

³⁵⁷ PFEIFFER, p. 21 ss; PICHONNAZ, p. 281; ARROYO I AMAYUELAS, p. 309 ss; TWIGG-FLESNER, *European Union Private Law*, p. 7 s.; pour la liste des directives et règlements en matière de droit privé, cf. TWIGG-FLESNER (édit.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, p. xxiii ss.

³⁵⁸ La toile de fond du programme d'harmonisation affectant le droit privé est ancré dans l'engagement politique européen en faveur d'un programme de protection des consommateurs dès 1972 (cf. WEATHERILL, *European Private Law and the Constitutional Dimension*, p. 87 s.)

³⁵⁹ Directive 85/374/CEE «responsabilité du fait des produits» désormais modifiée par la directive 1999/34/CE «responsabilité du fait des produits».

³⁶⁰ Directive 85/577/CEE «contrats conclus à domicile».

³⁶¹ Directive 87/102/CEE «crédit à la consommation» désormais remplacée par la directive 2008/48/CE «crédit à la consommation».

³⁶² Directive 90/314/CEE «voyages à forfait».

³⁶³ FF 1993 I 757, p. 757 s.

³⁶⁴ Directive 93/13/CEE «clauses abusives».

³⁶⁵ Directive 94/47/CE «droit d'utilisation partiel» désormais modifiée par la directive 2008/122/CE «utilisation de biens à temps partagé».

³⁶⁶ Directive 97/7/CE «contrats à distance».

de consommation³⁶⁷ et, en 2000, par la directive sur le commerce électronique.³⁶⁸

- 162 Même si la Commission, avec ces deux dernières directives, a commencé à poursuivre un objectif plus ambitieux en investissant les principes généraux du droit des contrats³⁶⁹ (ou ce qui a été perçu comme tel dans certains pays), elle n'en a jamais eu une appréhension systématique.³⁷⁰ En effet, jusqu'alors, le principe de l'harmonisation «**minimale**» (*infra* n. 214) a toujours prédominé dans l'approche de la Commission³⁷¹ (à l'exception notable de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux).³⁷² Une mesure d'harmonisation minimale demande l'implémentation d'un niveau minimal de règles dans tous les Etats membres, mais n'interdit pas à un Etat membre d'adopter des mesures plus restrictives, allant au-delà du standard minimal imposé par la mesure.³⁷³
- 163 Dès 2002, la Commission change sa vision en faveur du principe de l'harmonisation «**complète**» (*infra* n. 218 s.). Dans sa communication relative à la stratégie pour la protection des consommateurs,³⁷⁴ elle relève qu'un de ses objectifs principaux est de passer de mesures d'harmonisation minimale à des mesures d'harmonisation complète, afin de minimiser les variations dans les règles du droit de la consommation dans l'UE qui créent une fragmentation dans le marché intérieur préjudiciable au consommateur et aux entreprises.³⁷⁵ Une mesure d'harmonisation complète vise à réglementer pleinement un domaine particulier, ne laissant pas de prérogatives aux Etats membres d'adopter un standard de règles différent (plus sévère ou non), même si l'Etat membre en question s'appuyait sur une justification positive pour agir de la sorte, tel que la protection du consommateur.³⁷⁶ Quelques concrétisations notables de cette

³⁶⁷ Directive 1999/44/CE «vente de biens de consommation».

³⁶⁸ Directive 2000/31/CE «commerce électronique».

³⁶⁹ ARROYO I AMAYUELAS, p. 308.

³⁷⁰ HESSELINK, p. 156.

³⁷¹ JOHNSTON/UNBERATH, p. 88.

³⁷² La CJUE a considéré que les standards adoptés par la directive 85/374/CEE «responsabilité du fait des produits» n'étaient pas minimaux, mais maximaux, ne laissant aucune place à des règles nationales plus strictes (arrêt de la CJCE du 25 avril 2002, *Commission v France*, C-52/00, Rec. 2002, p. I-03856, n. 3, 16, 19 et 24).

³⁷³ JOHNSTON/UNBERATH, p. 87; TICHADOU, p. 43; TASCHNER, n. 46 ad art. 94 TCE.

³⁷⁴ COM(2002) 208 final.

³⁷⁵ COM(2002) 208 final, p. 14 s.

³⁷⁶ A noter que certaines bases légales pour harmoniser les législations contiennent leur propres *possibilités de dérogation* sur lesquelles les Etats membres peuvent s'appuyer (en

nouvelle approche sont, en 2002, la directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs,³⁷⁷ en 2005, la directive relative aux pratiques commerciales déloyales,³⁷⁸ et en 2011, la directive relative aux droits des consommateurs.³⁷⁹ La Suisse n'a pas repris ces directives.

c) *Politique juridique*

- 164 Ces directives suivent essentiellement le même **double but** que la jurisprudence de droit privé de l'UE: d'un côté, elles visent à contribuer au haut niveau de protection des consommateurs (art. 169(2)(a) TFUE; art. 114(3) TFUE) et de l'autre, il s'agit de faire fonctionner le marché intérieur (art. 26(1) TFUE; art. 114(1) TFUE), c'est-à-dire de construire un environnement légal qui soit propice à son utilisation effective par les acteurs économiques, notamment en éliminant les distorsions de concurrence dues à la diversité réglementaire au sein des Etats membres.³⁸⁰ Les directives poursuivent donc essentiellement un but économique dans l'harmonisation des droits nationaux et non un but d'uniformisation scientifique basé sur le droit comparé.³⁸¹
- 165 Il sied également de relever le **caractère régulateur** du droit privé communautaire. Comparé aux droits nationaux, ce caractère est souvent plus prononcé dans le droit privé communautaire. Les ordres juridiques nationaux tendent généralement à offrir un cadre supplétif aux transactions des parties, ces dernières étant souvent libres d'adapter ou d'écarter des règles spécifiques par accord mutuel. Ainsi, la plupart des règles dans les droits nationaux des contrats sont de nature dispositive. Elles peuvent être ajustées par les parties au moyen de clauses contractuelles. En revanche, d'autres règles sont (relativement) impératives, dans le sens où les parties ne peuvent pas y déroger ou n'y déroger qu'en faveur d'une des parties au contrat. Les règles sont relativement

particulier les §§ 4 et 5 de l'art. 114 TFUE [*infra* n. 191 ss]). Les tentatives d'Etats membres n'ont cependant pas été fréquentes et rarement couronnées de succès (cf. p.ex. arrêt de la CJCE du 15 mai 1994, *République française v Commission des Communautés européennes*, C-41/93, Rec. 1994, p. I-01829, n. 16 ss; JOHNSTON/UNBERATH, p. 88 et les réf. citées).

³⁷⁷ Directive 2002/65/CE «services financiers à distance».

³⁷⁸ Directive 2005/29/CE «pratiques commerciales déloyales».

³⁷⁹ Directive 2011/83/UE «droits des consommateurs».

³⁸⁰ VOGENAUER/WEATHERILL, p. 107.

³⁸¹ TWIGG-FLESNER, *Europeanisation*, p. 26; SCHMID, p. 259.

impératives notamment lorsqu'elles concrétisent un objectif de réglementation tel que la protection d'une partie dite «faible» dans un rapport juridique (un locataire, un travailleur, un consommateur). Ainsi, le droit privé est parfois utilisé pour poursuivre un but particulier de régulation, souvent en réponse à des défaillances du marché. Le droit de la consommation, tout en créant des droits spécifiques pour le consommateur, poursuit l'objectif particulier de redresser les inégalités dans le pouvoir de négociation entre les deux parties ou d'autres distorsions dans le marché. Le droit privé communautaire poursuit des objectifs de politique juridique similaires. En règle générale, il ne vise pas à l'établissement d'un régime de droit dispositif.³⁸² D'ailleurs, faute de compétence générale pour légiférer en matière de droit privé (*infra* n. 178), le haut niveau de protection des consommateurs exigé par les articles 114(3) et 169(2)(a) TFUE (*infra* n. 183) est devenu le véhicule d'intégration par excellence du droit des contrats européen en particulier et du droit privé européen en général.³⁸³

3. Compétences communautaires

a) Introduction

- 166 Après une brève esquisse des **fondements** régissant les compétences de l'UE (*infra* n. 168 ss), un regard plus particulier sur le problème des compétences **en matière d'harmonisation du droit privé** (*infra* n. 178 ss) nous mène au constat qu'il est inutile de chercher dans le TFUE une disposition attribuant expressément à l'UE la compétence générale de légiférer en droit privé (*infra* n. 178).³⁸⁴
- 167 Le **droit communautaire ne se conforme pas aux schémas habituels** de distinction droit privé/droit public.³⁸⁵ Le réflexe de l'analogie avec un Etat fédéral³⁸⁶ tel que la Suisse n'est d'aucun secours. En Suisse, la législation en matière de droit civil relève de la Confédération (art. 122 Cst.). Le législateur fédéral a une compétence générale et étendue en matière de droit privé, les législateurs cantonaux n'étant habilités à légiférer qu'à la condition d'une

³⁸² TWIGG-FLESNER, *European Union Private Law*, p. 5.

³⁸³ MILLER, p. 46; TWIGG-FLESNER, *European Union Private Law*, p. 1 s.; HUGUENIN, p. 178 ss; PROBST, *Einfluss*, p. 22.

³⁸⁴ WEATHERILL, p. 58.

³⁸⁵ DANNEMANN/FERRERI/GRAZIADEI, p. 6.

³⁸⁶ Sur la notion, parmi d'autres, cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER I, n. 896 ss.

délégation de compétence expresse.³⁸⁷ Au sein de l'UE, la notion même de droit privé est étrangère au TFUE.³⁸⁸ A défaut d'un fondement de compétence visant la réalisation d'un objectif spécifique (*infra* n. 182 s.), l'UE légifère en matière de droit privé en s'appuyant sur quelques bases légales «transversales» visant la réalisation du marché intérieur (*infra* n. 184 ss).

b) *Fondements*

i. **Principes**

(a) *Introduction*

- 168 La délimitation et l'exercice des compétences communautaires sont fonction de trois principes fondamentaux trouvant leur base à l'article 5 TUE, à savoir le **principe d'attribution** (*infra* n. 169) et ses deux tempéraments, le **principe de subsidiarité** (*infra* n. 170) et le **principe de proportionnalité** (*infra* n. 171).³⁸⁹

(b) *Principe d'attribution*

- 169 Conformément au principe d'attribution, désormais explicitement consacré dans les traités, **toute compétence non transférée à l'UE dans les traités** (TUE et TFUE) **appartient aux Etats membres** (art. 4(1) TUE).³⁹⁰ En vertu de ce principe, régissant la délimitation des compétences de l'UE (art. 5(1) TUE), l'UE ne peut agir que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées «pour atteindre les objectifs que ces traités établissent» (art. 5(2) TUE). Ainsi, l'UE légifère en matière de droit privé qu'indirectement, lorsqu'un fondement légal (écrit ou non) lui en donne le pouvoir, selon le

³⁸⁷ AUBERT/MAHON, n. 3 ss ad art. 122 Cst; CHRISTOPH LEUENBERGER, Art. 122, in: BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER (édit.), *St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung*, 3^e éd., Zurich/St. Gall 2014, n. 4 ad art. 122 Cst.

³⁸⁸ HAAS, n. 290; NICOLAS CHARBIT, *L'esperanto du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats – A propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats*, in: JCP G 2002 I 100, p. 9 ss, p. 12.

³⁸⁹ PRIOLLAUD/SIRITZKI, p. 43.

³⁹⁰ La compétence de la compétence demeure donc entre les mains des Etats membres (PRIOLLAUD/SIRITZKI, p. 39; PIRIS, p. 83).

principe des compétences énumératives.³⁹¹ Le TFUE contient des dispositions qui donnent à l'UE la compétence d'harmoniser les droits nationaux lorsque cela s'avère nécessaire pour atteindre certains objectifs (compétences fonctionnelles).³⁹²

(c) *Principe de subsidiarité*

- 170 Le principe de subsidiarité (art. 5(3) TUE) est le premier tempérament au principe d'attribution. Il ne s'applique qu'en cas de compétence non-exclusive entre l'UE et les Etats membres. D'après ce principe, pour que l'UE puisse agir, il faut que les **objectifs que l'UE poursuit dans son domaine d'attribution non-exclusif ne puissent pas être mieux réalisés au niveau des Etats membres**, tant au niveau central qu'au niveau régional et local (art. 5(3) TUE).³⁹³ Ce principe ne répartit pas les compétences entre l'UE et les Etats membres, il «*ne fait qu'établir, là où une compétence [partagée] existe, à quel niveau – communautaire ou étatique – celle-ci doit être exercée*». ³⁹⁴

(d) *Principe de proportionnalité*

- 171 Le principe de proportionnalité, second tempérament au principe d'attribution, est le principe en vertu duquel **le contenu et la forme de l'action de l'UE ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités** (art. 5(4) TUE).³⁹⁵ Autrement dit, l'UE se doit, au niveau formel, de donner la préférence à des directives plutôt qu'à des règlements, et à des directives-cadres plutôt qu'à des mesures détaillées.³⁹⁶ Au niveau matériel, les mesures prises doivent laisser une aussi grande marge de décision que possible

³⁹¹ GEIGER, n. 3 ad art. 5 TUE; MIGNON, n. 135; JACQUÉ, n. 215.

³⁹² WEATHERILL, p. 58

³⁹³ PRIOLLAUD/SIRITZKI, p. 43; JACQUÉ, n. 245; PIRIS, p. 84; Protocole à annexer au traité de Lisbonne sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

³⁹⁴ MIGNON, n. 138.

³⁹⁵ PRIOLLAUD/SIRITZKI, p. 43; JACQUÉ, n. 264 s.

³⁹⁶ Ch. 6 Protocole (n. 30) annexé au TCE sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Le Protocole à annexer au traité de Lisbonne sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité n'a pas repris cette précision mais se limite, dans son art. 5, à prévoir que les projets d'actes législatifs doivent être motivés au regard desdits principes.

au niveau national, sachant que celle-ci doit rester compatible avec la réalisation de l'objectif de la mesure et le respect des exigences des traités.³⁹⁷

ii. Typologie

(a) Introduction

- 172 Le traité de Lisbonne a le mérite de clarifier les catégories de compétences dont l'UE bénéficie. Alors qu'auparavant celles-ci étaient péniblement dégagées par la CJCE, l'UE, en vertu des articles 2 ss TFUE, dispose de trois types de compétences, à savoir des **compétences partagées** (*infra* n. 173), des **compétences exclusives** (*infra* n. 174) et des **compétences d'appui** (*infra* n. 175).³⁹⁸ Le traité de Lisbonne introduit pour la première fois dans les traités fondateurs une classification précise. Cet effort de clarification n'a pas engendré de changement significatif dans la répartition des compétences. Il n'en demeure pas moins que cette réforme était nécessaire au bon fonctionnement de l'UE. En effet, par le passé, des conflits de compétence sont apparus entre l'UE et les Etats membres. Désormais, les frontières entre les compétences de chacun sont plus clairement définies. Cette transparence aide en outre à l'application des principes fondamentaux relatifs au contrôle et à l'exercice de ces compétences.³⁹⁹ En revanche, la typologie des compétences établie par l'article 2 TFUE exclut un catalogue fermé de compétences,⁴⁰⁰ tel qu'il peut en exister dans des Etats fédéraux comme les Etats-Unis, l'Allemagne⁴⁰¹ ou la Suisse.⁴⁰²

(b) Compétences partagées

- 173 Pour chacun des trois types de compétences le TFUE dresse une liste des domaines concernés. Les compétences attribuées à l'UE sont, dans une large

³⁹⁷ Ch. 7 Protocole (n. 30) annexé au TCE sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Le Protocole à annexer au traité de Lisbonne sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité n'a pas repris textuellement cette précision.

³⁹⁸ JACQUÉ, n. 232 ss; PIRIS, p. 74.

³⁹⁹ Glossaire du site web de l'UE, (www.europa.eu), p. <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0020_fr.htm> (visité le 26.06.2015).

⁴⁰⁰ LIENBACHER, n. 11 ad art. 5 TUE.

⁴⁰¹ PRIOLLAUD/SIRITZKI, p. 157.

⁴⁰² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER I, n. 925.

mesure, des compétences partagées avec les Etats membres (art. 4 TFUE). **L'UE et les États membres sont habilités à adopter des actes contraignants** dans ces domaines.⁴⁰³ Cependant, les Etats membres ne peuvent exercer leur compétence que dans la mesure où l'UE n'a décidé de ne pas ou de ne plus exercer la sienne (art. 2(2) TFUE). Les Etats membres demeurent donc compétents tant et aussi longtemps que l'UE n'est pas intervenue ou a décidé de cesser d'exercer sa compétence.⁴⁰⁴ Le refus d'élaborer un catalogue fermé de compétences (*supra* n. 172) trouve son expression notamment au niveau des compétences partagées (art. 4 TFUE), ces dernières étant définies *a contrario*, comme toutes celles qui ne sont ni des compétences exclusives (art. 3 TFUE; *infra* n. 174), ni d'appui (art. 6 TFUE; *infra* n. 175). Par voie de conséquence, la liste des domaines dressée par l'article 4 TFUE ne saurait être exhaustive et l'énumération effectuée se limite à l'exemplatif par souci de clarification.⁴⁰⁵

(c) *Compétences exclusives*

- 174 Le TFUE attribue également des compétences exclusives à l'UE (art. 3 TFUE). Indépendamment du fait qu'elle ait exercé ou non sa compétence, les compétences exclusives sont celles dont **l'UE est la seule à pouvoir légiférer** et adopter des actes contraignants dans les domaines concernés.⁴⁰⁶ Le rôle des Etats membres se limite donc seulement à appliquer ces actes, sauf si l'UE les autorise à en adopter eux-mêmes (art. 2(1) TFUE).⁴⁰⁷

⁴⁰³ Il s'agit p.ex. du marché intérieur, de la politique sociale, de la cohésion économique, sociale et territoriale, de l'environnement, de la protection des consommateurs, des transports, de l'énergie, ou des enjeux communs de sécurité en matière de santé publique (cf. art. 4(2) TFUE).

⁴⁰⁴ Glossaire du site web de l'UE (www.europa.eu), p. <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0020_fr.htm> (visité le 26.06.2015); PIRIS, p. 74 s.; JACQUÉ, n. 237 ss; MIGNON, n. 136.

⁴⁰⁵ PRIOLLAUD/SIRITZKI, p. 160; KOTZUR, n. 2 s. ad art. 4 TFUE.

⁴⁰⁶ L'UE dispose d'une compétence exclusive notamment dans les domaines suivants: l'union douanière, l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, la politique monétaire pour les Etats membres dont la monnaie est l'Euro, la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche et la politique commerciale commune (cf. art. 3 TFUE).

⁴⁰⁷ Glossaire du site web de l'UE (www.europa.eu), p. <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0020_fr.htm> (visité le 26.06.2015); JACQUÉ, n. 234 ss; PIRIS, p. 74; MIGNON, n. 136.

(d) *Compétences d'appui*

- 175 Enfin, le TFUE reconnaît à l'UE des compétences d'appui (art. 6 TFUE). L'UE ne peut intervenir que pour soutenir, coordonner ou compléter l'action des Etats membres. Elle ne dispose donc pas de pouvoir législatif dans ces domaines⁴⁰⁸ et ne peut pas interférer dans l'exercice des compétences réservées aux Etats membres (art. 2(5) TFUE).⁴⁰⁹

iii. **Incidence sur l'harmonisation des législations**

- 176 La clarification des compétences opérée par le traité de Lisbonne a également eu une incidence **bénéfique** sur la question auparavant discutée de savoir si l'harmonisation des législations est une compétence exclusive de l'UE ou non. La jurisprudence de la CJUE⁴¹⁰ se trouve désormais confortée par l'article 3 TFUE. En effet, l'harmonisation des législations ne se trouve pas dans la liste des compétences exclusives y figurant.
- 177 *A priori*, le **principe de subsidiarité** (applicable aux seules compétences non-exclusives) demeure donc applicable à l'harmonisation. Il est toutefois difficile de soutenir que l'objectif d'harmoniser les législations puisse être mieux réalisé au niveau des Etats membres. La portée juridique du principe de subsidiarité s'en trouve nécessairement réduit, sans en diminuer sa symbolique politique dans un domaine sensible.

⁴⁰⁸ Il s'agit des domaines de la protection et l'amélioration de la santé humaine, de l'industrie, de la culture, du tourisme, de l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport, de la protection civile et de la coopération administrative (cf. art. 6 TFUE).

⁴⁰⁹ Glossaire du site web de l'UE (www.europa.eu), p. <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0020_fr.htm> (visité le 26.06.2015); JACQUÉ, n. 242 ss; PIRIS, p. 75.

⁴¹⁰ Avant l'adoption du traité de Lisbonne, la Cour de justice européenne avait déjà clairement indiqué que l'harmonisation des législations des Etats membres basé sur l'ex-art. 95 TCE (art. 114 TFUE) ne relevait pas d'une compétence exclusive de l'Union (arrêt de la CJCE du 10 décembre 2002, *The Queen v Secretary of State for Health, ex parte: British American Tobacco (Investment) Ltd and Imperial Tobacco Ltd*, C-491/01, Rec. 2002, p. I-011453, n. 179).

c) *En matière de droit privé*

i. **Absence de base légale générale**

- 178 En matière de droit privé, la question des compétences de l'UE mène tout d'abord à un constat: les Etats membres n'ont pas saisi l'occasion du traité de Lisbonne pour introduire une compétence expresse en faveur de l'UE pour légiférer de manière générale dans le domaine du droit privé. Ainsi, c'est le *statu quo*, l'UE ne possède toujours pas de compétence générale en matière de droit privé.⁴¹¹ La répartition des compétences – ou le «*transfert d'attributions*» pour reprendre la terminologie de la Cour de justice européenne⁴¹² – est bien sûr une **question éminemment politique**, touchant à la souveraineté des Etats⁴¹³ et à la vision même de ce que doit être l'UE; d'un simple marché commun coordonné pour certains, en passant par une fédération d'Etats pour d'autres, jusqu'à un Etat fédéral pour d'aucuns, dont fait partie l'auteur de ces lignes.
- 179 Il serait erroné de considérer l'impact de l'UE sur le droit privé comme un phénomène récent. Le droit privé européen est déjà **envisagé** par le traité de Rome lorsqu'il entre en vigueur en 1958.⁴¹⁴ Le droit de la concurrence européen affecte le droit privé. L'article 101 TFUE impose par exemple que les contrats qui ne s'y conforment pas soient considérés comme nuls de plein droit (art. 101(2) TFUE). Les règles relatives à la liberté d'établissement (art. 50 ss TFUE) influent sur le droit privé dans le sens où elles ont été interprétées comme étant d'applicabilité directe aux activités entres particuliers (effet direct horizontal des libertés fondamentales).⁴¹⁵ De même, les règles sur la politique sociale (art. 151 ss TFUE) agissent de manière importante sur les relations privées.⁴¹⁶ Il y a même un principe général de droit privé européen qui interdit la discrimination

⁴¹¹ MICKLITZ, p. 132 s.; MIGNON, n. 132.

⁴¹² Arrêt de la CJCE du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, 6/64, Rec. 1964, p. 01141, p. 1159.

⁴¹³ JACQUÉ, n. 213.

⁴¹⁴ WEATHERILL, p. 58 s.

⁴¹⁵ Arrêt de la CJCE du 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL et al. v Jean-Marc Bosmann et al.*, C-415/93, Rec. 1995, p. I-04921, n. 84 ss; arrêt de la CJCE du 6 juin 2000, *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, C-281/98, Rec. 2000, p. I-04139, n. 36; BESSON, p. 24 ss; MIGNON, n. 80; JACQUÉ, n. 918.

⁴¹⁶ Cf. p.ex. dans le cadre de l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (art. 119 du traité instituant la CEE de 1957), l'arrêt de la CJCE du 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, C-43/75, Rec. 1976, p. I-00455, n. 24.

sur la base de l'âge qui peut s'appliquer à des cas impliquant exclusivement des personnes privées.⁴¹⁷

ii. Nature

- 180 Les compétences législatives de l'UE en matière de droit privé demeurent fragmentaires et restent déterminées en fonction d'objectifs à atteindre. L'UE ne légifère que lorsqu'un besoin particulier d'harmonisation le justifie. Or, elle ne peut harmoniser les droits nationaux que lorsqu'une disposition des traités lui en donne la compétence. Le pouvoir de l'UE d'harmoniser le droit privé est ainsi de nature **purement fonctionnelle**: son étendue est définie exclusivement par référence aux objectifs énoncés dans les traités.⁴¹⁸ Les buts poursuivis par les directives (*supra* n. 164 s.) – principaux instruments législatifs en matière d'harmonisation (*infra* n. 211 ss) – ne sont dès lors que l'expression de ces objectifs, et non une harmonisation du droit privé dans sa globalité.

iii. Typologie

(a) Introduction

- 181 Les fondements légaux peuvent être classés en deux catégories. Il y a d'abord les dispositions «**spécifiques**» qui donnent à l'UE la compétence de légiférer dans certaines matières particulières en rapport avec le droit privé (*infra* n. 182 s). Ensuite, derrière les premières, il y a des dispositions «**transversales**» qui contiennent des objectifs généraux à atteindre indépendamment de la matière concernée (*infra* n. 184).⁴¹⁹

(b) Dispositions spécifiques

- 182 Les dispositions spécifiques donnant à l'UE une compétence législative relative au droit privé ont notamment trait à la **protection des consommateurs** (art. 169 TFUE) et la **protection de l'environnement** (art. 192 TFUE), se rapportent au **droit du travail** (art. 153 TFUE), à l'**effectivité des libertés fondamentales** (libre circulation des travailleurs [art. 46 TFUE], liberté d'établissement [art. 50 et 53 TFUE], libre concurrence [art. 103 TFUE]), à la **politique agricole**

⁴¹⁷ Arrêt de la CJCE du 22 novembre 2005, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, C-144/04, Rec. 2005, p. I-09981, n. 75; WEATHERILL, p. 58 s.

⁴¹⁸ HAAS, n. 299; WEATHERILL, p. 59; PROBST, *Einfluss*, p. 22.

⁴¹⁹ MIGNON, n. 146 s.; SCHILLIG, p. 22.

commune (art. 43 TFUE), à la **politique commune des transports** (art. 91 TFUE), ou encore au **droit des sociétés** (art. 50(2)(g) TFUE).⁴²⁰

- 183 Parmi ces bases légales, celle concernant la **protection des consommateurs** (art. 169 TFUE; ex-art. 153 TCE) est une des dispositions spécifiques qui a été effectivement utilisée pour légiférer en matière de droit privé. En tant qu'innovation introduite dans le traité de Maastricht, cette base légale n'est à disposition que depuis 1993. L'article 169(2)(b) TFUE dispose que l'UE contribue à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs par des «*mesurent qui appuient et complètent la politique menée par les Etats membres, et en assurent le suivi*» (art. 169(2)(b) TFUE). Rien d'une signification radicale n'a toutefois émergé de cette disposition.⁴²¹ En revanche, l'article revêt une importance en matière d'harmonisation lorsqu'il prévoit que l'UE contribue à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs par des «*mesures qu'elle adopte en application de l'article 114 dans le cadre de la réalisation du marché commun*» (169(2)(a) TFUE). Par exemple, la directive relative aux droits des consommateurs,⁴²² qui vise une harmonisation complète et horizontale du droit de la consommation (*infra* n. 289 ss), n'hésite pas à invoquer cette disposition pour justifier son adoption.⁴²³

(c) Dispositions transversales

- 184 Quant aux dispositions transversales, elles visent l'**établissement et le fonctionnement du marché intérieur** (art. 114 et 115 TFUE; *infra* n. 189 ss) et, plus généralement, la **réalisation des objectifs de l'UE dans le fonctionnement du marché intérieur** (art. 352 TFUE; *infra* n. 201 ss).⁴²⁴ Elles font office de bases légales d'harmonisation privilégiées (*infra* n. 185 ss) pour le

⁴²⁰ KHAN, n. 4 ad art. 114 TFUE; MIGNON, n. 146; HAAS, n. 290.

⁴²¹ WEATHERILL, p. 58. Cela ne devrait guère surprendre, car il est douteux que cette base légale comprenne le pouvoir de l'harmonisation matérielle du droit de la consommation. Il a notamment été évoqué, en rapport avec le CCR, que le droit de la consommation européen pourrait être remplacé par un règlement sur le droit de la consommation sur la base de cette disposition. Or, édicter un tel règlement n'est ni un appui, ni ne complète la politique des Etats membres, mais représente plutôt une éviction ou un remplacement de cette dernière (cf. ROTH, p. 28 s. et les réf. citées).

⁴²² Directive 2011/83/UE «droits des consommateurs».

⁴²³ Directive 2011/83/UE «droits des consommateurs» c. 3.

⁴²⁴ LENAERTS/VAN NUFFEL, n. 5-207; SCHILLIG, p. 22; MIGNON, n. 147; HAAS, n. 290.

législateur communautaire lorsqu'aucune compétence spécifique (*supra* n. 182 s.) relative au marché intérieur n'est applicable.⁴²⁵

d) *Bases légales d'harmonisation privilégiées*

i. **Introduction**

- 185 Les articles **114** (*infra* n. 189) et **115 TFUE** (*infra* n. 195), fondements de compétence primordiaux («*kompetenzrechtliche Integrationsmotoren*»)⁴²⁶ pour l'adoption de directives en matière de droit privé, se trouvent dans le chapitre relatif au «*rapprochement des législations*» (art. 114 à 118 TFUE; ex-art. 94 à 97 TCE). L'article **352 TFUE** (*infra* n. 201) ne joue qu'un rôle marginal. Il concerne l'hypothèse d'une absence ou d'une insuffisance de base légale pour l'adoption d'un acte communautaire.
- 186 Le **traité de Lisbonne** a repris l'intégralité des ex-articles 94 à 97 TCE en y ajoutant un article concernant la création de titres européens de propriété intellectuelle (art. 118 TFUE). Un autre changement notable est l'inversion opérée entre les ex-articles 94 et 95 TCE. Jusqu'à l'adoption du traité de Lisbonne, l'ex-article 94 TCE – qui permettait l'adoption de directives d'harmonisation à l'unanimité – était la règle, tandis que l'ex-article 95 TCE – qui visait l'adoption de mesures d'harmonisation à la majorité qualifiée – était l'exception. Cette relation est désormais inversée, l'article 114 TFUE (ex-art. 95 TCE) est la règle (*lex generalis*) et l'article 115 TFUE (ex-art. 94 TCE) est l'exception (*lex specialis*).⁴²⁷ En dehors de cette inversion et d'adaptations formelles et rédactionnelles ayant notamment trait à la nouvelle compétence législative du Parlement (art. 114(1) TFUE), ces deux dispositions n'ont subi aucun changement matériel à l'occasion de la signature du traité de Lisbonne.⁴²⁸
- 187 Le rapprochement des législations («*approximation of laws*», «*Rechtsangleichung*») est une des **tâches centrales** de l'UE,⁴²⁹ œuvrant à l'intégration européenne. Pour établir un marché intérieur comme moyen pour atteindre les autres buts que l'UE s'est fixés à l'article 3 TFUE, l'abolition des

⁴²⁵ KHAN, n. 4 s. ad art. 114 TFUE; TIETJE, n. 122 ad art. 114 TFUE.

⁴²⁶ KHAN, n. 5 ad art. 114 TFUE; ALBORS-LLORENS, p. 246; WEATHERILL, *European Private Law and the Constitutional Dimension*, p. 80 s.

⁴²⁷ PRIOLLAUD/SIRITZKI, p. 243 s.; MIGNON, n. 209.

⁴²⁸ MIGNON, n. 209; FISCHER, p. 288.

⁴²⁹ HERRNFELD, n. 1 ad art. 114 TFUE.

frontières entre les Etats membres et l'instauration d'un tarif douanier commun ne suffit pas.⁴³⁰ En ce sens, le rapprochement des législations a en particulier comme fonction de contribuer à éliminer les obstacles à l'exercice des libertés individuelles et à éviter les distorsions de concurrence qui résultent de l'application des dispositions divergentes des Etats membres.⁴³¹ De par la formulation des traités, le rapprochement des législations n'est donc qu'un moyen, parmi d'autres, pour la réalisation d'un marché intérieur et non un but en soi.⁴³²

- 188 Le terme «*rapprochement*» figure à côté des termes «*harmonisation*» et «*coordination*» dans les traités. Ces termes ont fait l'objet d'essais de définitions et de différenciations infructueuses.⁴³³ Les notions d'harmonisation et de coordination ne traduisent **pas de différence de sens** avec la notion de rapprochement. Au contraire, toutes ces notions sont synonymes et définissent la même tâche communautaire.⁴³⁴ En particulier, l'harmonisation n'est pas un élément du rapprochement, même si le chapitre relatif au rapprochement des législations (art. 114 à 118 TFUE) autorise à la fois les possibilités d'une harmonisation grâce aux directives et ce que d'aucuns n'hésitent pas à qualifier d'«*unification*»⁴³⁵ à l'aide de règlements (art. 114 TFUE et 118 TFUE). Cependant, il s'agit là uniquement d'une question de *degrés* dans l'harmonisation des législations.

⁴³⁰ Conclusions de l'Avocat général JACOBS du 9 mars 1995 dans l'arrêt de la CJCE *Royaume d'Espagne v Conseil*, C-350/92, Rec. 1995, p. I-1988, c. 24; TASCHNER, n. 2 ad art. 94 TCE.

⁴³¹ Conclusions de l'Avocat général FENNELLY du 15 juin 2000 dans l'arrêt de la CJCE *Allemagne v Parlement et Conseil*, C-376/98, Rec. 2000, p. I-8423, n. 81; HERRNFELD, n. 1 ad art. 114 TFUE; TASCHNER, n. 2 ad art. 94 TCE.

⁴³² HERRNFELD, n. 1 ad art. 114 TFUE; MIGNON, n. 151.

⁴³³ Parmi d'autres, TASCHNER, n. 1 ad art. 94 TCE et les réf. citées.

⁴³⁴ KAHL, n. 1 ad art. 94 TCE; TASCHNER, n. 1 ad art. 94 TCE; HERRNFELD, n. 2 ad art. 114 TFUE; *contra*: MIGNON, n. 152.

⁴³⁵ MIGNON, n. 152. A notre sens, il ne saurait être question d'unification au sens strict, car les Etats membres conservent la possibilité, certes restreinte, de maintenir ou d'édicter des dispositions divergentes sur la base des possibilités de dérogation prévues à l'article 114(4) et (5) TFUE (*infra* n. 191 ss).

ii. Article 114 TFUE

(a) Teneur

- 189 De toutes les bases légales évoquées ci-dessus (*supra* n. 181 ss), l'article 114 TFUE, auquel l'article 169(2)(a) TFUE renvoie, est indubitablement celle qui revêt la **plus grande importance** pour l'harmonisation du droit privé en général et pour le droit des contrats en particulier.⁴³⁶ En tant que successeur de l'ex-article 95 TCE et officiant désormais comme *lex generalis* (*supra* n. 186), l'article 114 TFUE continuera, sauf révision majeure, à être l'acteur principal des traités en la matière.⁴³⁷

Article 114

(ex-article 95 TCE)

1. *Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26.^[438] Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.*
2. *Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des*

⁴³⁶ Sur la base de l'ex-art. 95 TCE (ou de son prédécesseur, l'article 100 A) les directives suivantes ont notamment été adoptées: directive 90/314/CEE «voyages à forfait», directive 93/13/CEE «clauses abusives», directive 94/47/CE «droit d'utilisation partiel», directive 97/7/CE «contrats à distance», directive 1999/44/CE «vente de biens de consommation» et directive 2000/31/CE «commerce électronique».

⁴³⁷ CRAIG, p. 177; MILLER, p. 46 s.

⁴³⁸ Les buts de l'art. 26 TFUE sont l'adoption conforme aux dispositions pertinentes des traités de «mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur» (art. 26(1) TFUE), un marché intérieur comportant «un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités» (art. 26(2) TFUE) et «un progrès équilibré dans l'ensemble des secteurs concernés» devant être assuré au moyen de conditions et orientations définies par les institutions compétentes de l'Union (art. 26(3) TFUE).

personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés.

3. *La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif.*

4. *Si, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Parlement européen et le Conseil, par le Conseil ou par la Commission, un Etat membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 ^[439] ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu du travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien.*

5. *En outre, sans préjudice du paragraphe 4, si, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Parlement européen et le Conseil, par le Conseil ou par la Commission, un Etat membre estime nécessaire d'introduire des dispositions nationales basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet Etat membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation, il notifie à la Commission les mesures envisagées et les raisons de leur adoption.*

⁴³⁹ Les exigences importantes en question sont: la moralité publique, l'ordre public, la sécurité publique, la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux, la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique et la protection de la propriété industrielle et commerciale (art. 36 TFUE).

6. Dans un délai de six mois après les notifications visées aux paragraphes 4 et 5, la Commission approuve ou rejette les dispositions nationales en cause après avoir vérifié si elles sont ou non un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres et si elles constituent ou non une entrave au fonctionnement du marché intérieur.

En l'absence de décision de la Commission dans ce délai, les dispositions nationales visées aux paragraphes 4 et 5 sont réputées approuvées.

Lorsque cela est justifié par la complexité de la question et en l'absence de danger pour la santé humaine, la Commission peut notifier à l'Etat membre en question que la période visée dans le présent paragraphe peut être prorogée d'une nouvelle période pouvant aller jusqu'à six mois.

7. Lorsque, en application du paragraphe 6, un Etat membre est autorisé à maintenir ou à introduire des dispositions nationales dérogeant à une mesure d'harmonisation, la Commission examine immédiatement s'il est opportun de proposer une adaptation de cette mesure.

8. Lorsqu'un Etat membre soulève un problème particulier de santé publique dans un domaine qui a fait préalablement l'objet de mesures d'harmonisation, il en informe la Commission, qui examine immédiatement s'il y a lieu de proposer des mesures appropriées au Conseil.

9. Par dérogation à la procédure prévue aux articles 258 et 259, la Commission et tout Etat membre peuvent saisir directement la Cour de Justice de l'Union européenne s'ils estiment qu'un autre Etat membre fait un usage abusif des pouvoirs prévus par le présent article.

10. Les mesures d'harmonisation visées ci-dessus comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les Etats membres à prendre, pour une ou plusieurs des raisons non économiques visées à

l'article 36, des mesures provisoires soumises à une procédure de contrôle de l'Union.

(b) *Fonction*

- 190 En vertu de cet article, le législateur communautaire, en suivant la procédure législative ordinaire (à la majorité qualifiée, art. 294 TFUE), a la compétence d'adopter des mesures d'harmonisation qui ont pour objet l'**établissement et la réalisation du marché intérieur** (art. 114(1) TFUE). Il ne s'agit donc pas d'une compétence générale en matière d'harmonisation, mais bien d'une compétence fonctionnelle (*supra* n. 180).⁴⁴⁰ L'UE est habilitée à légiférer dans les domaines les plus divers, tel que la protection de l'environnement, de la santé publique ou du consommateur,⁴⁴¹ pour autant que sa mesure vise effectivement à la mise en place du marché intérieur et qu'aucune autre disposition des traités ne trouve application. En d'autres termes, en présence de mesures d'harmonisation touchant au cœur du marché intérieur et pouvant être adoptées sur la base d'autres dispositions à côté de l'article 114(1) TFUE, ces dernières demeurent les bases légales prioritaires.⁴⁴² Un des obstacles les plus souvent cités au fonctionnement du marché intérieur sont les distorsions de concurrence engendrées par la diversité réglementaire au sein des Etats membres de l'UE (*infra* n. 253).⁴⁴³ L'article 114 TFUE donne la compétence à l'UE de combattre cette diversité par des «mesures» d'harmonisation des législations (art. 114(1) TFUE) (*infra* n. 205 ss).⁴⁴⁴ Les mesures en question, sont tous les actes énumérés à l'article 288 TFUE,⁴⁴⁵ mais plus particulièrement les actes

⁴⁴⁰ TIETJE, n. 25 et 78 ad art. 114 TFUE.

⁴⁴¹ Conclusions de l'Avocat général JACOBS du 9 mars 1995 dans l'arrêt de la CJCE *Royaume d'Espagne v Conseil*, C-350/92, Rec. 1995, p. I-1988, n. 26.

⁴⁴² Cela concerne p.ex. les art. 46, 50, 52(2), 53, 59, 62 et 64(2) TFUE (TIETJE, n. 122 ad art. 114 TFUE).

⁴⁴³ Conclusions de l'Avocat général FENNELLY du 15 juin 2000 dans l'arrêt de la CJCE *Allemagne v Parlement et Conseil*, C-376/98, Rec. 2000, p. I-8423, n. 81; TIETJE, n. 81 et 102 ss ad art. 114 TFUE. L'art. 116 TFUE donne à l'Union la compétence d'adopter des directives pour éliminer des distorsions de concurrence spécifiques. L'article en question demeure toutefois pratiquement sans importance. En particulier, aucune directive n'a encore été adoptée sur sa base. Les art. 114 et 115 restent tout aussi applicables à côté de l'art. 116 TFUE (KHAN, n. 1 s. ad art. 116 TFUE).

⁴⁴⁴ TIETJE, n. 102 ad art. 114 TFUE.

⁴⁴⁵ KHAN, n. 17 ad art. 114 TFUE.

contraignants que sont le règlement, la directive et la décision (*infra* n. 208 s.).⁴⁴⁶

(c) *Dérogations*

- 191 Seule une véritable unification parviendrait toutefois à éliminer la fragmentation juridique au sein de l'UE. Or, même par l'utilisation systématique du règlement – acte immédiatement «*obligatoire dans tous ses éléments*» (art. 288 TFUE) et une des mesures possibles selon l'article 114(1) TFUE – l'harmonisation ne serait pas automatiquement «*absolue*»;⁴⁴⁷ le risque étant de voir les Etats membres **adopter ou maintenir des dispositions divergentes** sur la base des possibilités de dérogation ouvertes par l'article 114(4) et (5) TFUE.
- 192 Les **motifs impérieux** permettant des dérogations sont notamment la moralité, l'ordre et la sécurité publique, la protection des individus, de l'environnement ou du milieu du travail (art. 36 TFUE par renvoi de l'article 114(4) TFUE; art. 114(4) et (5) TFUE).
- 193 Il est vrai que les tentatives de dérogations n'ont pas été fréquentes et rarement couronnées de succès.⁴⁴⁸ Il est toutefois très optimiste que de prétendre que le recours au règlement parviendrait sans autre à unifier certains domaines relevant du droit privé.⁴⁴⁹ Par ailleurs, une utilisation systématique du règlement devrait encore passer le test du respect du principe de la proportionnalité (*supra* n. 171). En effet, l'UE se doit non seulement de donner la préférence à des directives plutôt qu'à des règlements, mais encore à des directives-cadres plutôt qu'à des mesures détaillées afin d'atteindre les objectifs qu'elle s'est fixés. Sachant que l'harmonisation des législations n'est pas un but en soi (*supra* n. 180), une utilisation systématique du règlement pour unifier le droit privé dévierait le sens des traités. La compétence de l'UE de rapprocher les législations des Etats membres trouve là ses **limites**. Au-delà de sa nature fonctionnelle (*supra* n. 180) et de son champ d'application matériel (*infra* n. 194), ce sont ces limites qui empêchent également à l'article 114 TFUE de servir de base légale indiscutable à l'adoption d'un Code civil européen.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ KOTZUR, n. 26 ad art. 288 TFUE; MIGNON, n. 172; HAAS, n. 312.

⁴⁴⁷ MIGNON, n. 183.

⁴⁴⁸ Cf. p.ex. arrêt de la CJCE du 15 mai 1994, *République française v Commission des Communautés européennes*, C-41/93, Rec. 1994, p. I-01829, n. 16 ss.

⁴⁴⁹ *Contra*: MIGNON, n. 153 et 172; LUBITZ, p. 65 s.

⁴⁵⁰ *Contra*: HEIDERHOFF, p. 9 ss.

(d) *Champ d'application matériel*

- 194 Son champ d'application matériel exclut des matières particulièrement sensibles au niveau politique.⁴⁵¹ Ainsi, les domaines de la libre circulation des personnes et des droits et intérêts des travailleurs salariés (art. 114(2) TFUE) sont exceptés d'une décision de réglementation à la majorité et restent soumis au principe de l'unanimité.⁴⁵² Le champ d'application matériel s'étend donc essentiellement au domaine de la **libre circulation des marchandises** et à la **suppression des distorsions de concurrence**.⁴⁵³ Les mesures d'harmonisation visent à prévenir le développement hétérogène de dispositions nationales dans le champ d'application matériel en question. Il est toutefois nécessaire que des distorsions sensibles de la concurrence soient vraisemblables. Partant, l'article 114 TFUE ne donne pas de compétence générale pour la réglementation du marché intérieur. Le but de la réglementation envisagée doit nécessairement être d'atteindre une amélioration *effective* des conditions du marché intérieur.⁴⁵⁴ Les seules différences entre réglementations nationales et le seul danger abstrait pour les libertés fondamentales ou d'éventuelles distorsions de concurrence qui en résulteraient ne suffisent pas pour une réglementation sur la base de cet article.⁴⁵⁵

iii. **Article 115 TFUE**

(a) *Teneur*

- 195 Jusqu'à l'introduction de l'ex-art. 95 TCE (art. 114 TFUE) en 1986, la plupart des directives en droit des contrats étaient basées sur l'ex-art. 94 TCE (art. 115 TFUE).⁴⁵⁶ Avant l'adoption du traité de Lisbonne, la pratique législative démontrait déjà que l'ex-art. 94 TCE (art. 115 TFUE) n'avait plus qu'une

⁴⁵¹ KHAN, n. 15 ad art. 114 TFUE.

⁴⁵² TIETJE, n. 88 ss ad art. 114 TFUE.

⁴⁵³ TIETJE, n. 82 ad art. 114 TFUE; KHAN, n. 16 ad art. 114 TFUE.

⁴⁵⁴ MILLER, p. 80; TWIGG-FLESNER, *Europeanisation*, p. 31 s.

⁴⁵⁵ KHAN, n. 16 ad art. 114 TFUE; PIPKORN/BARDENHEWER-RATING/TASCHNER, n. 31 ad art. 95 TCE.

⁴⁵⁶ TIETJE, n. 1 ad art. 115 TFUE. Sur la base de l'ex-art. 94 TCE (ou de son prédécesseur) ont été adoptées p.ex. la directive 85/577/CEE «contrats conclus à domicile» et la directive 87/102/CEE «crédit à la consommation».

fonction résiduelle.⁴⁵⁷ L'inversion opérée entre les deux articles peut être vue comme l'expression d'une concrétisation formelle de cette pratique.

Article 115

(ex-article 94 TCE)

Sans préjudice de l'article 114, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administrative des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur.

- 196 L'article 115 TFUE a **remplacé** le terme «*marché commun*» qui figurait encore dans l'ex-art. 94 TCE, par le terme «*marché intérieur*» utilisé par l'article 114(1) TFUE et son prédécesseur (ex-art. 95(1) TCE), mettant ainsi un point final aux controverses doctrinales quant aux éventuelles différences de champ d'application dues à la divergence rédactionnelle entre les deux dispositions.⁴⁵⁸
- 197 En revanche, d'autres **différences terminologiques** subsistent. Là où l'article 114(1) TFUE parle de mesures qui ont pour objet «*l'établissement et le fonctionnement*» du marché, l'article 115 TFUE parle d'incidence sur «*l'établissement ou le fonctionnement*» du marché. Il est toutefois permis de douter de l'existence d'une véritable distinction de sens.⁴⁵⁹ Quant à la différence entre une mesure qui a «*pour objet*» (art. 114(1) TFUE) et celle qui a «*une incidence directe*» (art. 115 TFUE) sur le marché intérieur, la doctrine demeure en mal d'expliquer en quoi elle consiste et ce qu'il faut entendre par «*incidence directe*».⁴⁶⁰
- 198 Toujours est-il que l'article 115 TFUE continue à ne connaître que la **directive** comme instrument de rapprochement des législations (art. 115 TFUE; ex-art. 94 TCE), alors que l'article 114 TFUE autorise, comme son prédécesseur, toutes les mesures d'harmonisation (art. 114(1) TFUE; ex-art. 95(1) TCE; *infra* n. 205

⁴⁵⁷ FRANZEN, p. 97 s; HEIDERDORFF, p. 5; HAAS, n. 308; EUV/EGV-TIETJE, n. 38 ad art. 94 TCE.

⁴⁵⁸ Pour approfondir, cf. HAAS, n. 308 ss; MIGNON, n. 163 ss et les réf. citées.

⁴⁵⁹ FRANZEN, p. 93; MIGNON, n. 168; HAAS, n. 303 ss.

⁴⁶⁰ TIETJE, n. 6 et 19 ss ad art. 115 TFUE; HAAS, n. 306 s.; MIGNON, n. 170 s.

ss). Les directives adoptées sur la base de l'article 115 TFUE doivent être adoptées par le biais d'une procédure législative spéciale nécessitant, comme auparavant, l'unanimité (art. 293 TFUE).

(b) *Champ d'application et fonction subsidiaires*

- 199 En dehors des matières exclues de l'article 114(2) TFUE (*supra* n. 194), l'article 115 TFUE n'a pas de champ d'application matériel propre et n'a qu'une fonction subsidiaire en matière d'harmonisation («*Auffangnorm der Rechtsangleichung*»).⁴⁶¹ Abstraction faite du domaine de la **fiscalité directe**,⁴⁶² il existe des compétences spécifiques dans les traités qui trouvent application à la place de l'article 115 TFUE dans les matières exclues de l'article 114(2) TFUE.⁴⁶³ Le principe de l'unanimité rend cette base légale peu attractive pour la pratique législative. En raison de la participation marginale du Parlement (simple consultation), elle n'est par ailleurs que difficilement acceptable au niveau politique.⁴⁶⁴
- 200 Il ressort de ces quelques considérations que l'article 115 TFUE n'aura qu'une **importance très marginale** pour le futur du droit privé européen.

iv. **Article 352 TFUE**

(a) *Teneur*

- 201 Avec l'adoption de l'ex-art. 95 TCE (art. 114 TFUE), l'utilité pratique de l'ex-art. 308 TCE (art. 352 TFUE) avait également (*supra* n. 195) déjà considérablement diminué.⁴⁶⁵ En effet, cet article n'a qu'un **caractère strictement subsidiaire** et ne concerne que l'hypothèse d'une absence ou d'une insuffisance de base légale pour l'adoption d'un acte communautaire.⁴⁶⁶

⁴⁶¹ TIETJE, n. 123 ad art. 114 TFUE et n. 2 ad art. 115 TFUE.

⁴⁶² KHAN, n. 2 ad art. 115 TFUE; TIETJE, n. 1 ad art. 115 TFUE et n. 90 ad art. 114 TFUE.

⁴⁶³ P.ex. les art. 21 et 67 ss. TFUE (TIETJE, n. 92 ad art. 114 TFUE).

⁴⁶⁴ KHAN, n. 2 ad art. 115 TFUE.

⁴⁶⁵ MIGNON, n. 207; HAAS, n. 319.

⁴⁶⁶ KHAN, n. 12 ad art. 352 TFUE; JACQUÉ, n. 223; HAAS, n. 318.

Article 352

(ex-article 308 TCE)

1. Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen.

2. La Commission, dans le cadre de la procédure de contrôle du principe de subsidiarité [visé] à l'article 5, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, attire l'attention des parlements nationaux sur les propositions fondées sur le présent article.

3. Les mesures fondées sur le présent article ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres dans les cas où les traités excluent une telle harmonisation.

4. Le présent article ne peut servir de fondement pour atteindre un objectif relevant de la politique étrangère et de sécurité commune et tout acte adopté conformément au présent article respecte les limites fixées par l'article 40, second alinéa, du traité sur l'Union européenne.

(b) *Clause de flexibilité*

- 202 L'article 352 TFUE ne peut servir de base légale que si **aucune autre disposition** du traité ne confère aux institutions la compétence pour adopter un acte nécessaire à la réalisation des objectifs de l'UE dans le fonctionnement du marché intérieur (clause de flexibilité, «Flexibilitätsklausel», «flexibility

clause»⁴⁶⁷ Par ailleurs, l'action envisagée doit effectivement poursuivre et être nécessaire à la réalisation d'un des objectifs de l'UE.⁴⁶⁸

- 203 Enfin, l'article en question ne peut pas faire office de base légale dans des domaines où le traité **exclut toute harmonisation** (art. 352(3) TFUE).⁴⁶⁹ Cette disposition a pour but de faire respecter la typologie des compétences établie par les traités. Dans les cas où l'UE dispose d'une simple compétence partagée, elle ne peut se servir de l'article 352 TFUE pour contourner les limitations qui découlent du choix d'une compétence de ce genre par le législateur européen.⁴⁷⁰ Partant, l'article en question ne peut pas être une base pour élargir le champ des compétences de l'UE au-delà des limites tracées par l'ensemble des dispositions des traités. En tout état de cause, cet article *«ne saurait constituer de fondement à l'adoption de dispositions qui aboutirait en substance, dans leurs conséquences, à une modification des traités échappant à la procédure que ceux-ci prévoient à cet effet»*.⁴⁷¹
- 204 Par le passé, la Communauté n'a que **peu fait usage** de l'ex-art. 308 TCE pour harmoniser le droit privé.⁴⁷² Il est difficile de s'imaginer qu'il en sera autrement pour l'article 352 TFUE à l'avenir. En outre, avec le renforcement du contrôle et de la légitimité démocratique (accord du Parlement, proposition de la Commission et unanimité; art. 352(1) TFUE) un mécanisme procédural de sécurité supplémentaire contre l'abus de la clause de flexibilité est désormais mis en place.⁴⁷³

⁴⁶⁷ Arrêt de la CJCE du 26 mai 1987, *Commission des Communautés européennes v Conseil des Communautés européennes*, 45/86, Rec. 1987, p. 1493, n. 11; arrêt de la CJCE du 27 septembre 1988, *Commission des Communautés européennes v Conseil des Communautés européennes*, 165/87, Rec. 1988, p. 1558, n. 17; KHAN, n. 4 ad art. 352 TFUE; CRAIG, p. 182 ss.

⁴⁶⁸ JACQUÉ, n. 223; KHAN, n. 10 ad art. 352 TFUE; BAR COUNCIL OF ENGLAND AND WALES, n. 27.

⁴⁶⁹ KHAN, n. 9 ad art. 352 TFUE.

⁴⁷⁰ JACQUÉ, n. 223; PRIOLLAUD/SIRITZKI, p. 404.

⁴⁷¹ Déclaration (n. 42) ad art. 352 TFUE.

⁴⁷² HAAS, n. 319; MIGNON, n. 207 et les réf. citées.

⁴⁷³ KHAN, n. 16 ad art. 352 TFUE.

4. Instruments d'harmonisation

a) Typologie

- 205 Au niveau de l'UE, deux types d'instruments servent en particulier à l'harmonisation des législations. D'un côté, il y a les **instruments d'ordre législatif** (actes juridiques de l'UE, *infra* n. 206 ss), et de l'autre, les **instruments de nature juridictionnelle** (décisions de la CJUE, *infra* n. 274 ss).⁴⁷⁴
- 206 L'UE dispose, selon l'article 288(1) TFUE, d'une série de **cinq actes juridiques** pour exercer ses compétences. Les *règlements*, les *directives* et les *décisions* sont des actes législatifs (art. 289(3) TFUE) à portée obligatoire (art. 288 TFUE). Les *recommandations* et les *avis* ne lient pas leurs destinataires (art. 288 TFUE). Alors que l'article 115 TFUE ne mentionne que la directive comme instrument pouvant être adopté sur sa base, l'ensemble de ces actes juridiques peuvent constituer des mesures d'harmonisation sur la base de l'article 114(1) TFUE.⁴⁷⁵
- 207 En raison de la formulation exemplative de l'article 288 TFUE, d'autres actes, **atypiques**, peuvent également être adoptés sur la base de l'article 114 TFUE. Ainsi, les *communications*, les *conclusions* et les *résolutions* notamment se distinguent par leur portée politique, en l'absence d'effet juridique contraignant.⁴⁷⁶
- 208 De par leur nature obligatoire, il est vrai que ce sont avant tout les **actes législatifs** (règlements, décisions et directives) qui revêtent une importance particulière pour l'eupéanisation du droit privé.
- 209 Obligatoire dans tous ses éléments, le **règlement** a une portée générale et est directement applicable dans tout Etat membre. La **décision** est elle aussi obligatoire dans tous ses éléments. Toutefois, lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ces derniers. Quant à la **directive**, elle lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens de la mise en œuvre (art. 288 TFUE).

⁴⁷⁴ ALBORS-LLORENS, p. 247.

⁴⁷⁵ KHAN, n. 17 ad art. 114 TFUE; TIETJE, n. 115 ad art. 114 TFUE; *contra*: MIGNON n. 172.

⁴⁷⁶ TIETJE, n. 115 ad art. 114 TFUE; PRIOLLAUD/SIRITZKI, p. 360; *contra*: MIGNON n. 172.

- 210 En raison de leur importance dans le cadre du développement du droit privé européen, nous vouerons une attention plus particulière d'abord aux **directives** (*infra* n. 211 ss), puis aux **communications** de la Commission (*infra* n. 222 ss). Enfin, nous donnerons également un aperçu des instruments aux mains de la **CJUE** (*infra* n. 274 ss).

b) *Directives*

i. **Introduction**

- 211 Bien que l'article 114(1) TFUE laisse le choix de la mesure juridique d'harmonisation aux institutions – pour autant qu'elle soit conforme à l'article 288 TFUE – l'UE a privilégié la directive par rapport au règlement et à la décision afin d'apaiser les préoccupations des Etats membres.⁴⁷⁷ En effet, selon l'article 288 TFUE, les directives ne sont obligatoires pour les Etats membres que par rapport à l'**objectif de politique juridique** à atteindre, tout en leur laissant le choix quant à la forme et aux moyens pour y parvenir.⁴⁷⁸ Ainsi, les directives contiennent des dispositions spécifiques visant l'harmonisation des législations. Les directives en matière de droits des contrats s'efforcent d'y arriver par l'utilisation commune d'instruments tels que des définitions légales de notions juridiques ou des règles sur la formation, la conclusion et l'inexécution des contrats.⁴⁷⁹
- 212 L'intensité du rapprochement des législations est fonction de la **marge de manœuvre résiduelle** laissée aux Etats membres à l'intérieur du champ d'application matériel d'une directive donnée.⁴⁸⁰ Partant, une différenciation entre les méthodes d'harmonisation revêt une importance particulière dans le contexte de cette mesure d'harmonisation. En effet, contrairement à la directive, le règlement par exemple ne laisse régulièrement aucune marge de manœuvre aux Etats membres.⁴⁸¹

⁴⁷⁷ MIGNON, n. 173; HAAS, n. 312; LUBITZ, p. 66.

⁴⁷⁸ JOHNSTON/UNBERATH, *Law at, to or from the Centre?*, p. 149.

⁴⁷⁹ HUGUENIN, p. 178 ss.

⁴⁸⁰ MIGNON, n. 181; MAK V., *Review*, p. 59.

⁴⁸¹ TIETJE, n. 38 ad art. 114 TFUE. Il sied de rappeler à cet égard que les Etats membres gardent toutefois la faculté (limitée) d'adopter des dispositions divergentes sur la base des possibilités de dérogation prévues notamment à l'art. 114(4) et (5) TFUE.

- 213 Selon le degré d'intensité du rapprochement des législations visé par les directives, il est possible de distinguer entre l'**harmonisation partielle** (*infra* n. 214 ss) et l'**harmonisation complète** (*infra* n. 218 s.). Le haut de l'échelle, en termes d'intensité de rapprochement, est occupé par l'**harmonisation totale** (*infra* n. 220 s.), la forme la plus contraignante d'harmonisation complète. Au sein de l'harmonisation partielle, il est largement d'usage de différencier encore entre l'harmonisation minimale (*infra* n. 214) et l'harmonisation optionnelle (*infra* n. 215).⁴⁸²

ii. Harmonisation partielle

- 214 La technique législative des directives a sans aucun doute le grand avantage de la proportionnalité et de la flexibilité, parce qu'elle laisse plus ou moins de liberté dans la transposition, selon la densité normative des directives.⁴⁸³ Ces dernières, en particulier dans le domaine de la protection des consommateurs, ne prévoient dans une large mesure qu'une **harmonisation minimale** («*Mindestharmonisierung*», «*Minimum harmonisation*»)⁴⁸⁴ en laissant le choix aux Etats membres d'instaurer un niveau de protection plus élevé que celui prescrit par les directives. Autrement dit, elles ne prévoient qu'un standard minimal à respecter obligatoirement dans tous les Etats membres.⁴⁸⁵ En effet, il est question d'harmonisation minimale lorsque la législation communautaire prévoit un standard minimal à transposer dans le droit national dans son ensemble, à savoir valant à la fois pour les états de faits nationaux et transnationaux. Les droits nationaux peuvent ainsi conserver ou introduire une réglementation *plus stricte* par rapport à la mesure d'harmonisation européenne pour leur propre production. Il est par contre proscrit de limiter l'importation d'une production en provenance d'Etats membres respectant le standard

⁴⁸² TIETJE, n. 38 ad art. 114 TFUE; MIGNON, n. 189 ss, y ajoute encore l'*harmonisation facultative* où les commerçants et producteurs ont le choix de respecter soit les mesures harmonisées du droit communautaire, soit les mesures nationales du pays importateur. Cette option est prévue par la directive elle-même et s'adresse aux *producteurs et commerçants* et ne dicte pas la façon dont les *Etats membres* utilisent la marge de manœuvre laissée par la directive. A notre sens, il s'agit moins d'un type propre d'harmonisation partielle que d'une simple option pouvant être combinée avec une mesure d'harmonisation.

⁴⁸³ JOHNSTON/UNBERATH, *Law at, to or from the Centre?*, p. 149 s.; TASCHNER, n. 43 ad art. 94 TCE.

⁴⁸⁴ HAAS, n. 405 ss; REICH, p. 10.

⁴⁸⁵ JOHNSTON/UNBERATH, p. 87.

minimal prévu par la directive en cause. L'harmonisation minimale tolère ainsi consciemment la possibilité d'une «discrimination nationale» («*Inländerdiskriminierung*»); une distorsion de concurrence qui n'est pas sanctionnée au niveau du droit européen.⁴⁸⁶

- 215 On parle d'**harmonisation optionnelle** lorsqu'une mesure d'harmonisation vise à garantir la libre circulation des marchandises qui respectent les conditions légales imposées par l'UE tout en laissant la possibilité aux Etats membres de maintenir ou d'introduire une réglementation *différente* pour des états de fait purement nationaux.⁴⁸⁷ Ainsi, une mesure d'harmonisation optionnelle impose aux Etats membres une harmonisation de leur législation quant à la circulation transnationale des marchandises (importations), tout en réservant parallèlement aux Etats membres la possibilité de prévoir autre chose pour leurs propres produits nationaux. En tout état de cause, les Etats membres sont obligés de permettre la libre circulation des marchandises visées par les dispositions européennes en provenance des autres Etats membres.⁴⁸⁸
- 216 Les décisions de **reconnaissance mutuelle** reposent au niveau le plus bas sur l'échelle de l'harmonisation. Il s'agit de concrétisations de droit dérivé du principe de reconnaissance mutuelle; principe devenu un devoir impératif pour les Etats membres depuis l'arrêt de la Cour de justice dit du «Cassis de Dijon».⁴⁸⁹ Suivant ce principe, un produit légalement commercialisé dans un Etat membre peut également l'être dans un autre Etat membre, même s'il n'est

⁴⁸⁶ TIETJE, n. 41 ad art. 114 TFUE; MIGNON, n. 197; *nuancé*: HERRNFELD, n. 59 ad art. 114 TFUE.

⁴⁸⁷ Cf. p.ex. l'art. 5(1) directive 86/362/CEE du Conseil du 24 juillet 1986 concernant la fixation de teneurs maximales pour les résidus de pesticides sur et dans les céréales, JO L 221 du 7 août 1986, p. 37-42: «*Dans le cas des produits énumérés à l'article 1^{er}, autres que ceux qui ont été importés d'un pays tiers ou qui sont destinés à un autre Etat membre, les Etats membres peuvent, par dérogation à l'article 4, continuer à appliquer un système déjà en vigueur sur leur territoire permettant de surveiller la présence de résidus de pesticides et prendre conjointement toutes autres mesures afin d'assurer qu'un effet équivalent aux teneurs en résidus de pesticides fixées à l'annexe II est atteint et pour évaluer l'exposition diététique totale de leur population à ces résidus, quelles que soient leurs sources [...]*».

⁴⁸⁸ TIETJE, n. 41 ad art. 114 TFUE; HERRNFELD, n. 60 ad art. 114 TFUE; KAHL, n. 4 ad art. 94 TCE.

⁴⁸⁹ Arrêt de la CJCE du 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* («Cassis de Dijon»), 120/78, Rec. 1979, p. 649; TIETJE, n. 45 ad art. 114 TFUE.

pas conforme aux règles techniques de l'Etat de destination. Par voie d'exception au principe, l'Etat de destination peut refuser la commercialisation du produit sous sa forme actuelle lorsqu'il peut démontrer que cette mesure est strictement nécessaire pour des motifs de sécurité publique, de santé ou de protection de l'environnement.⁴⁹⁰ A lui seul, même sans mesures particulières d'harmonisation des législations l'accompagnant, le principe de reconnaissance mutuelle facilite la libre circulation des marchandises et des services.⁴⁹¹

- 217 Le grand désavantage de l'harmonisation partielle réside dans le fait qu'elle ne parvient pas à uniformiser le droit. Elle ne rend pas superflu le droit international privé.⁴⁹² L'UE n'obtient, par l'utilisation de cette technique, qu'une harmonisation très incomplète. Par ailleurs, elle laisse au législateur national le soin de régler les problèmes qu'elle n'appréhende pas. Au lieu d'une plus grande cohérence juridique, les mesures d'harmonisation partielle engendrent un **morcellement du droit** en laissant en vigueur les particularismes nationaux.⁴⁹³ En outre, il y a le grand danger que la législation nationale de transposition ait une compréhension propre des notions juridiques figurant dans les directives et que son interprétation se fasse à la lumière de cette compréhension nationale.⁴⁹⁴ La maxime de l'interprétation conforme aux directives et la possibilité de recourir à la CJUE au moyen de la procédure du renvoi préjudiciel pour des problèmes d'interprétation (art. 267 TFUE; *infra* n. 280) ne sont pas des instruments suffisants pour pallier à ces inconvénients.⁴⁹⁵

iii. Harmonisation complète

- 218 De prime abord, le concept d'harmonisation complète («*vollständige Harmonisierung*», «*Vollharmonisierung*», «*full harmonisation*») semble être en opposition avec le concept d'harmonisation partielle. Il sied de souligner que l'harmonisation complète ne doit pas être entendue comme se rapportant au champ d'application matériel de l'acte d'harmonisation, mais au **degré d'intensité élevé d'harmonisation** visé.⁴⁹⁶ Ainsi, il est question d'harmonisation complète

⁴⁹⁰ MIGNON, n. 196; TASCHNER, n. 7 ad art. 94 TCE.

⁴⁹¹ MIGNON, n. 196.

⁴⁹² KRAMER, p. 13; sur le rôle du droit international privé dans le droit privé européen, cf. MUIR-WATT, p. 44 ss.

⁴⁹³ RISKE, p. 29.

⁴⁹⁴ HEUZÉ, p. 132.

⁴⁹⁵ KRAMER, p. 13.

⁴⁹⁶ ROTH, p. 18.

lorsque la directive d'harmonisation interdit aux Etats membres, à l'intérieur de son champ d'application matériel, d'adopter ou de maintenir des dispositions nationales divergentes (plus protectrices ou non) qui ne seraient pas prévues par elle.⁴⁹⁷

- 219 En outre, la nature «complète» de cette méthode d'harmonisation n'est pas altérée par le fait que la directive puisse laisser – par des **clauses de sauvegarde**,⁴⁹⁸ des **options d'implémentation**,⁴⁹⁹ ou même la **fixation d'un cadre général**⁵⁰⁰ – une certaine marge de manœuvre aux Etats membres dans la transposition de celle-ci.⁵⁰¹ Il s'agit là uniquement d'un champ d'action qui a son fondement dans la directive même. Une fois le choix effectué, les Etats membres sont liés.⁵⁰² Ils n'ont plus de compétences propres,⁵⁰³ abstraction faite de très restreintes et éventuelles possibilités de dérogation fondées sur l'article 114(4) et (5) TFUE notamment (*supra* n. 191 ss).

iv. Harmonisation totale

- 220 Il n'en demeure pas moins vrai que la critique de fragmentation juridique adressée à l'égard de l'harmonisation partielle (*supra* n. 217) vaut également pour l'harmonisation complète. Si minime soit-elle, la marge de manœuvre laissée aux Etats membres dans les directives ouvre la voie à des particularismes nationaux néfastes à l'uniformisation des législations. C'est pourquoi la Commission, dans le «*Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en*

⁴⁹⁷ TIETJE, n. 39 ad art. 114 TFUE; MIGNON, n. 182; JOHNSTON/UNBERATH, p. 88.

⁴⁹⁸ TIETJE, n. 40 ad art. 114; TFUE; MIGNON, n. 184; HERRNFELD, n. 58 ad art. 114 TFUE. Les mesures d'harmonisation fondées sur l'art. 114 TFUE p.ex. peuvent prévoir une clause de sauvegarde qui autorise les Etats membres à prendre, pour des raisons non-économiques (moralité public, ordre public, sécurité publique, protection de la santé, etc.), des *mesures provisoires* soumises à une procédure de contrôle de l'Union (art. 114(10) TFUE).

⁴⁹⁹ Ainsi, l'art. 17(1) directive 86/653/CEE «agents commerciaux indépendants» prévoit qu'en cas de cessation du contrat d'agence, l'Etat membre peut prévoir, à choix: soit (a) une indemnité en faveur de l'agent commercial, soit (b) la réparation du préjudice causé à ce dernier. De telles options d'implémentation ne sont pas spécifiques à l'harmonisation complète, mais peuvent être rattachées à tous les types de mesures d'harmonisation (JOHNSTON/UNBERATH, p. 90).

⁵⁰⁰ ROTH, p. 19; HERRNFELD, n. 58 ad art. 114 TFUE.

⁵⁰¹ Arrêt de la CJCE du 25 avril 2002, *María Victoria González Sánchez v Medicina Asturiana SA*, C-183/00, Rec. 2002, p. I-03901, n. 28 s.

⁵⁰² MIGNON, n. 184.

⁵⁰³ TIETJE, n. 40 ad art. 114 TFUE.

matière de protection des consommateurs» de 2007,⁵⁰⁴ a appelé de ses vœux le principe d'une harmonisation totale («*totale Harmonisierung*», «*maximum harmonisation*», *infra* n. 299).⁵⁰⁵ Celle-ci implique, outre l'abandon du principe d'harmonisation minimale, «*la disparition des possibilités réglementaires offertes à certains égards aux Etats membres par certaines dispositions des directives,*[⁵⁰⁶] *ce qui pourrait entraîner une modification du niveau de protection des consommateurs dans certains Etats membres*». ⁵⁰⁷ La Commission envisage ainsi la **fin des formes de choix d'implémentation** dans les directives en matière de droit de la consommation.⁵⁰⁸ Dès lors, une mesure d'harmonisation totale peut être comprise comme étant celle qui permet aux Etats membres d'adopter des dispositions divergentes (provisaires) seulement sur la base d'une éventuelle clause de sauvegarde (cf. art. 114(10) TFUE).⁵⁰⁹

⁵⁰⁴ COM(2006) 744 final.

⁵⁰⁵ KAHL, n. 5 ad art. 94 TCE; SMITS, p. 6; à noter que les textes anglais et allemand du *Livre vert* de 2007 persistent dans l'utilisation d'une terminologie générique, à savoir «*full harmonisation*», respectivement «*vollständige Harmonisierung*» (COM(2006) 744 final [EN], p. 10; KOM(2006) 744 endgültig [DE], p. 12).

⁵⁰⁶ P.ex., l'art. 5 directive 1999/44/CE «vente de biens de consommation», lorsqu'il régit les périodes de garantie obligatoirement appliquées par les vendeurs, permet aux Etats membres de prévoir que le consommateur, afin de bénéficier de ses droits, doit informer le vendeur du défaut de conformité dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il l'a constaté. Ce genre de marge de manœuvre disparaîtrait. Les contrôles de transposition ont montré que les Etats membres utilisent fréquemment ces options d'implémentation. En cas d'harmonisation totale, le législateur *communautaire* devra choisir entre différentes solutions. En l'occurrence, il devra par exemple opter, soit pour une élimination, soit pour une généralisation de l'obligation d'informer le vendeur du défaut de conformité dans un délai établi (COM(2006) 744 final, p. 11).

⁵⁰⁷ COM(2006) 744 final, p. 11.

⁵⁰⁸ La Commission considère que l'harmonisation totale a déjà été mise en œuvre «*avec succès*» dans la directive 2005/29/CE «pratiques commerciales déloyales» (COM(2008) 614 final, p. 8). Les Etats membres pouvaient toutefois continuer à appliquer des dispositions plus strictes jusqu'au 12 juin 2013 (art. 3(5) directive 2005/29/CE «pratiques commerciales déloyales»).

⁵⁰⁹ Cf. KAHL, n. 5 ad art. 94 TCE; TASCHNER, n. 45 ad art. 94 TCE. Une harmonisation «*absolue*», quant à elle, désigne l'hypothèse dans laquelle les Etats membres ne seraient en aucun cas autorisés à adopter des mesures divergentes (MIGNON, n. 183). Une telle mesure ne devrait donc ni prévoir de clause de sauvegarde, ni même être basée sur un fondement de compétence tel que l'art. 114 TFUE autorisant des possibilités de dérogations (*supra* n. 191 ss).

- 221 Bien sûr, une réglementation aussi détaillée est une étape vers une **uniformisation** du domaine concerné. Mais cela ne demeure qu'un pas. Aussi longtemps que la mesure d'harmonisation utilisée reste la directive,⁵¹⁰ il ne saurait être question, comme l'avancent certains, d'«*unification de fait*».⁵¹¹ En effet, qui dit transposition, dit nécessairement interprétation et implémentation à l'aune de la compréhension nationale des notions et institutions juridiques utilisées dans les directives.⁵¹² En convenir autrement serait rendre largement caduque toute discussion autour de la nécessité d'un CCR (*infra* n. 239 ss).

c) *Communications*

i. **Introduction**

- 222 L'idée d'une **intégration plus poussée** du droit privé ne date pas de la proposition de la Commission que nous venons de décrire (*supra* n. 220). Dès 1990, les signes que le paradigme d'un droit privé européen national a dépassé son apogée se multiplient et le sentiment que l'on assiste à l'émergence d'un droit privé européen post-national se renforce.⁵¹³ Le détonateur du renouveau de l'idée d'un droit privé européen uniforme est sans doute à chercher dans la proposition radicale venue du Parlement européen en 1989, puis une nouvelle fois en 1994, d'une élaboration d'un Code civil européen.⁵¹⁴ Même si la Commission ne se montre pas enthousiasmée par cette idée,⁵¹⁵ celle-ci a pris

⁵¹⁰ TWIGG-FLESNER, ERCL, p. 243.

⁵¹¹ Ainsi, MIGNON, n. 188.

⁵¹² MILLER, p. 83 s.

⁵¹³ KRAMER, p. 5 s.

⁵¹⁴ *Résolution sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres* (JO C 158 du 26 juin 1989, p. 400); *Résolution sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres* (JO C 205 du 25 juillet 1994, p. 518).

⁵¹⁵ Au départ, le service juridique de la Commission européenne soutient moralement et financièrement la Commission sur le droit européen des contrats élaborant les PECL (*infra* n. 376 ss). Le soutien financier est retiré par la suite, pour la raison apparente que de s'impliquer plus avant dans le projet serait contrevenir au principe de subsidiarité alors récemment adopté (BEALE, *European Contract Law*, p. 120). La Commission craignait sans doute qu'un soutien financier continu aurait été perçu par les Etats membres comme un *a priori* de la Commission selon lequel non seulement une uniformisation des législations serait nécessaire, mais aussi que celle-ci ne pourrait de toute façon pas être mieux réalisée au niveau des Etats membres. Le retrait du soutien financier a donc probablement servi à ménager les susceptibilités des Etats membres.

racine chez nombre d'experts⁵¹⁶ qui pensent qu'il s'agit d'un défi intéressant, voire incontournable, et qu'à terme, cette proposition mérite d'aboutir.⁵¹⁷ Ce mouvement a contribué à ce que la Commission, dès 2001, soulève elle-même la problématique de la fragmentation du droit européen des contrats.⁵¹⁸

- 223 Bien que la communication ne soit pas un instrument d'harmonisation contraignant, elle permet à la Commission de donner les **impulsions politiques** indispensables au développement du droit privé européen. Notamment en droit européen des contrats, la Commission identifie les problèmes engendrés par le développement de l'acquis communautaire, propose des solutions qui se veulent adaptées et, après consultation des parties intéressées, fait des choix de politique juridique qu'elle estime nécessaires pour une européanisation cohérente du droit privé.
- 224 Ci-après sont exposées les communications les plus significatives en la matière, à savoir: le **Communication sur le droit européen des contrats** (*infra* n. 225 ss), le **Plan d'Action pour le droit européen des contrats** (*infra* n. 234 ss), la **voie à suivre en matière de droit européen des contrats et de la révision de l'acquis** (*infra* n. 243 ss) et, enfin, le **Livre vert sur la création d'un droit européen des contrats** (*infra* n. 252 ss).

ii. Communication sur le droit européen des contrats

(a) Objet

- 225 Dans la communication de 2001 de la «*Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats*»,⁵¹⁹ la Commission aborde d'une manière critique l'opportunité de vouloir maintenir une technique législative sectorielle au niveau communautaire contribuant à la fragmentation du droit des contrats européen.⁵²⁰ Le but de la communication est d'élargir le débat sur la **création d'un droit des contrats intégré** en encourageant les contributions des consommateurs, des entreprises, des organisations professionnelles, des administrations publiques, du monde académique et de toutes autres parties intéressées.⁵²¹ La Commission se soucie d'éventuels

⁵¹⁶ HESSELINK, p. 155.

⁵¹⁷ WERRO, p. 2 s.

⁵¹⁸ RISKE, p. 34.

⁵¹⁹ COM(2001) 398 final.

⁵²⁰ VOGENAUER/WEATHERILL, p. 108 s.

⁵²¹ RISKE, p. 35.

obstacles au commerce transfrontalier dans le marché intérieur causés par les différences entre les divers droits nationaux des pays membres.⁵²² Elle veut se rendre compte jusqu'à quel point les différences entre les lois nationales en matière de droit des contrats créent des difficultés pour les partenaires commerciaux.⁵²³

(b) Options

- 226 Dans ce cadre, la communication discute des perspectives pour le futur du droit des contrats dans l'UE et propose une liste non exhaustive de **quatre** options possibles dans le but de stimuler le débat.⁵²⁴
- 227 La première option (1) est de «laisser au marché la solution de tout problème rencontré», ⁵²⁵ autrement dit, **ne pas intervenir**, les marchés ayant la capacité de s'autoréguler sans intervention législative.
- 228 La deuxième option (2) repose sur la promotion du développement de **principes de droit des contrats communs et non-contraignants** qui mèneraient à une plus grande convergence des lois nationales.⁵²⁶
- 229 La troisième option (3) est d'**améliorer la législation communautaire** déjà en place.
- 230 La quatrième option (4) est d'adopter un «nouvel instrument au niveau communautaire». ⁵²⁷ La raison de cette formulation ambiguë réside sans doute dans l'idée politique ambitieuse sous-jacente.⁵²⁸ En effet, la Commission suggère prudemment la possibilité d'une **codification européenne** qui pourrait, soit remplacer les lois nationales, soit coexister avec elles sous forme d'un «instrument optionnel» (*infra* n. 260).⁵²⁹ Dans la communication, la Commission laisse donc ouverte la question de la forme de l'acte à adopter (directive, règlement ou recommandation) ainsi que celle de sa force obligatoire (qui pourrait aller d'un ensemble de règles à incorporer par les parties, en

⁵²² FONTAINE, p. 76.

⁵²³ MCKENDRICK, p. 10.

⁵²⁴ COM(2001) 398 final, p. 2.

⁵²⁵ COM(2001) 398 final, p. 2 et 7 ss.

⁵²⁶ COM(2001) 398 final, p. 15 s.; VOGENAUER/WEATHERILL, p. 108.

⁵²⁷ COM(2001) 398 final, p. 2 et p. 16 ss.

⁵²⁸ RISKE, p. 35.

⁵²⁹ VOGENAUER/WEATHERILL, p. 109.

passant par des règles applicables sauf convention contraire, jusqu'au Code impératif).⁵³⁰

(c) *Résultats des consultations*

- 231 Sur les quatre options avancées,⁵³¹ la majorité des personnes consultées ont **rejeté** l'option (1) (*statu quo*). Celle-ci étant irréaliste et inadéquate, les associations de consommateurs en particulier sont d'avis qu'elle ne protégerait pas suffisamment les parties faibles.⁵³² L'option (2) (développement de principes communs) a suscité des **commentaires plus favorables**, même si certains, à l'image des universitaires,⁵³³ ne la voient que comme un pas sur le chemin vers l'option (4) (adoption d'un nouvel instrument au niveau communautaire).
- 232 L'option (3) (amélioration de l'acquis) est celle ayant remporté **le plus grand succès**, que ce soit de la part des gouvernements, des entreprises, des praticiens du droit, des universitaires, ou des associations de consommateurs.⁵³⁴
- 233 S'agissant enfin de l'option (4), les opinions ont été **divergentes**. Alors que certains, tels les juristes anglais⁵³⁵ et le gouvernement britannique,⁵³⁶ ont été fortement opposés à la création d'un Code européen de droit privé, d'autres, à l'instar des juristes praticiens et universitaires notamment, ont vu dans un Code uniforme la meilleure solution aux problèmes identifiés.⁵³⁷

iii. Plan d'Action pour le droit européen des contrats

(a) *Objet*

- 234 En 2003, un an et demi seulement après la première communication, la Commission formule un «*Plan d'Action*».⁵³⁸ L'approche à la problématique y

⁵³⁰ COM(2001) 398 final, p. 18 s.

⁵³¹ Pour les réactions de l'ensemble des parties prenantes à la procédure de consultation, cf. COM(2003) 68 final, p. 26 ss.

⁵³² COM(2003) 68 final, p. 27.

⁵³³ COM(2003) 68 final, p. 28.

⁵³⁴ COM(2003) 68 final, p. 29 s.

⁵³⁵ COM(2003) 68 final, p. 30.

⁵³⁶ COM(2003) 68 final, p. 31.

⁵³⁷ COM(2003) 68 final, p. 32.

⁵³⁸ *Un droit européen des contrats plus cohérent, un Plan d'Action*, COM(2003) 68 final.

est sensiblement différente. Dans cette communication, la Commission arrive à des **conclusions précises** et fait des **choix spécifiques** concernant le futur du droit européen des contrats. Dans le *Plan d'Action*, la Commission affirme qu'autant les différences entre les systèmes nationaux en matière de droit des contrats que les incohérences de l'acquis dans ce domaine font obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur (*infra* n. 293).⁵³⁹

(b) Identification des problèmes

- 235 La Commission identifie toute une série de problèmes. Tout d'abord, elle précise que dans la législation communautaire, **certaines situations identiques sont traitées différemment** sans justification apparente. Certaines directives applicables à la même situation commerciale sont divergentes quant à leurs exigences et à leurs conséquences.⁵⁴⁰ A titre d'exemple, la Commission mentionne les modalités du droit de rétractation: les délais et méthodes de calcul des délais de rétraction sont différents dans les directives sur le démarchage à domicile,⁵⁴¹ l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers⁵⁴² et les ventes à distance.⁵⁴³
- 236 La Commission soulève ensuite la problématique des **incohérences** créées lorsqu'il est possible d'appliquer, dans certaines circonstances, différents instruments communautaires amenant des résultats contradictoires.⁵⁴⁴ Un des exemples cité est celui des limites apportées à la responsabilité dans la directive sur les voyages à forfait⁵⁴⁵ (en rapport avec la convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international)⁵⁴⁶ d'un côté, et le règlement relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident,⁵⁴⁷ de l'autre.⁵⁴⁸

⁵³⁹ RISKE, p. 36.

⁵⁴⁰ COM(2003) 68 final, p. 8.

⁵⁴¹ Directive 85/577/CEE «contrats conclus à domicile».

⁵⁴² Directive 94/47/CE «droit d'utilisation partiel».

⁵⁴³ Directive 97/7/CE «contrats à distance».

⁵⁴⁴ COM(2003) 68 final, p. 9.

⁵⁴⁵ Directive 90/314/CEE «voyages à forfait».

⁵⁴⁶ *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (Convention de Montréal)* (JO L 194 du 18 juillet 2001, p. 39-49).

⁵⁴⁷ *Règlement (CE) n° 2027/97 du Conseil du 9 octobre 1997 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident* (JO L 285 du 17 octobre 1997, p. 1-3).

- 237 La Commission souligne enfin la problématique des incohérences engendrées par l'utilisation d'une **terminologie imprécise**.⁵⁴⁹ En guise d'illustration, elle mentionne la coexistence, dans la directive concernant les agents commerciaux,⁵⁵⁰ de la notion d'«indemnités» et de «réparation», qui a eu pour conséquence qu'un Etat membre, au lieu de choisir une des deux terminologies au moment de transposer la directive, a repris les deux notions. D'une manière générale, les termes fondamentaux tels que «bonne foi», «contrat», «dommage» ou «utilisation frauduleuse» n'ont pas de définition ou des définitions trop vagues dans les directives. Les législateurs nationaux disposent, de ce fait, d'un pouvoir discrétionnaire très étendu dans la transposition. Même si la législation transposée reste fidèle aux directives, il subsiste ainsi un grand risque d'incohérences au moment de son application concrète à des cas similaires.⁵⁵¹

(c) *Solutions envisagées*

- 238 Afin de surmonter ces difficultés, le *Plan d'Action* envisage une **combinaison de mesures** réglementaires et non réglementaires. En plus «*d'interventions sectorielles appropriées*»,⁵⁵² le *Plan d'Action* propose (i) d'accroître la cohérence de l'acquis communautaire en matière du droit des contrats, (ii) de promouvoir l'élaboration de clauses contractuelles standards sur une base communautaire, et (iii) d'examiner si les problèmes posés par le droit européen des contrats ne pourraient pas requérir des solutions qui ne soient pas spécifiquement sectorielles, telles qu'un instrument optionnel par exemple.⁵⁵³

(d) *Proposition d'un CCR*

- 239 Mais le point qui se révélera être déterminant dans le développement du processus d'uniformisation du droit privé européen figure dans le *Plan d'Action*

⁵⁴⁸ Cf. é.g. l'arrêt de la CJCE du 22 avril 1999, *Travel-Vac S. L. v Manuel José Antelm Sanchis*, C-423/97, Rec. 1999, p. I-02195, n. 19 ss, où la Cour de justice européenne donne un autre exemple de résultat incohérent et qui concerne l'application simultanée de la directive sur le démarchage à domicile et de la directive sur la multipropriété.

⁵⁴⁹ COM(2003) 68 final, p. 9.

⁵⁵⁰ Directive 86/653/CEE «agents commerciaux indépendants».

⁵⁵¹ COM(2003) 68 final, p. 10; RISKE, p. 37.

⁵⁵² COM(2003) 68 final, p. 2.

⁵⁵³ COM(2003) 68 final, p. 2.

juste après cette liste de propositions (*supra* n. 238).⁵⁵⁴ En effet, pour **accroître la cohérence de l'acquis** communautaire, la Commission propose de se baser sur un «Cadre commun de référence» (CCR, «*Common Frame of Reference – CFR*»).

- 240 En premier lieu, selon la Commission, ce dernier devrait être une sorte de **compendium terminologique**: il devrait donner la définition de concepts clés tels que «bonne foi», «contrat» ou «dommage».⁵⁵⁵
- 241 Ensuite, il devrait fournir les meilleures solutions en termes de **règles fondamentales**, comme par exemple en cas d'inexécution des contrats.⁵⁵⁶
- 242 Finalement, l'autre objectif de ce CCR est d'être un **guide législatif** pour un éventuel Code européen des contrats ou, comme la Commission l'exprime très prudemment, une base pour une réflexion ultérieure sur un instrument optionnel dans le domaine du droit européen des contrats (*infra* n. 260).⁵⁵⁷

iv. Voie à suivre en matière de droit européen des contrats et de la révision de l'acquis

(a) Objet

- 243 En 2004, la Commission publie une communication par rapport à «la voie à suivre»⁵⁵⁸ en matière de **droit européen des contrats** et de **révision de l'acquis** communautaire. La Communication y souligne que «la Commission ira de l'avant dans l'élaboration du CCR».⁵⁵⁹ Il parut alors clair que le CCR, sous une forme ou une autre, devait jouer un rôle central dans le développement du droit européen des contrats, même si la Commission considéra, à ce stade, que le CCR ne serait pas un instrument contraignant. Toutefois, elle estima également que ce fut une question où des avis divergents avaient été émis et qu'il y aurait peut-être lieu d'y revenir ultérieurement.⁵⁶⁰

⁵⁵⁴ RISKE, p. 38.

⁵⁵⁵ COM(2003) 68 final, p. 2; RISKE, p. 38.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ COM(2004) 651 final.

⁵⁵⁹ COM(2004) 651 final, p. 2.

⁵⁶⁰ COM(2004) 651 final, p. 6.

(b) *Fonctions du CCR*

- 244 Le rôle principal du désormais très éventuel CCR serait, dans un premier temps du moins, l'**amélioration de l'acquis** qui, sous sa forme actuelle, suscite les problèmes déjà soulevés dans le *Plan d'Action* (*supra* n. 235 ss): l'emploi de termes juridiques mal définis, des problèmes dans la pratique auxquels les directives ne donnent pas de solutions, des différences dans les législations transposées à cause de l'harmonisation minimale et, plus généralement, des incohérences dans le droit communautaire des contrats.⁵⁶¹ Pour améliorer la qualité de l'acquis, la Commission propose alors de réexaminer huit directives concernant la protection des consommateurs pour déterminer si ces directives atteignent les buts de haut niveau de protection pour les consommateurs et de fonctionnement du marché intérieur (*infra* n. 295 ss).⁵⁶²
- 245 Cependant, le CCR ne serait pas limité à servir de «*boîte à outils*»⁵⁶³ pour l'amélioration de l'acquis présent ou futur. On lui envisage un **rôle plus large**.⁵⁶⁴
- 246 En effet, la Commission suggère qu'il puisse être utilisé par les **législateurs nationaux** au moment de transposer les directives communautaires en matière de droit des contrats, ou même, que ceux-ci puissent s'en inspirer «*pour légiférer dans des secteurs de cette branche du droit non réglementés par l'UE*». ⁵⁶⁵
- 247 Ensuite, le Parlement européen propose qu'il soit utilisé dans le domaine de l'**arbitrage** afin de trouver une solution «*impartiale et équilibrée*»⁵⁶⁶ à des conflits possibles entre parties contractantes. Le Parlement européen émet également l'idée qu'il pourrait être transformé en «*un corpus de termes contractuels types*»⁵⁶⁷ dont les praticiens pourraient se servir.
- 248 Enfin, la Commission souhaite, dans la communication en question, que la **Cour de justice européenne** (*infra* n. 274 ss) prenne en considération le CCR dans son interprétation de l'acquis en droit des contrats.⁵⁶⁸

⁵⁶¹ COM(2004) 651 final, p. 3.

⁵⁶² RISKE, p. 39.

⁵⁶³ COM(2004) 651 final, p. 3.

⁵⁶⁴ RISKE, p. 39.

⁵⁶⁵ COM(2004) 651 final, p. 5.

⁵⁶⁶ *Ibid.*

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ COM(2004) 651 final, p. 6.

(c) *Contenu du CCR*

- 249 La Commission invite à identifier les **meilleures solutions** dans l'élaboration du CCR. Il s'agirait de prendre en considération la pratique nationale des pays membres par le biais de la jurisprudence des Cours nationales et des pratiques contractuelles communes.⁵⁶⁹ Selon la Commission, il faudrait également tenir compte de l'acquis communautaire et des instruments internationaux pertinents, et notamment de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CVIM; *infra* n. 335 ss).⁵⁷⁰
- 250 La Commission est d'avis que le CCR devrait d'abord formuler les **principes fondamentaux** communs en matière de droit des contrats, tout en offrant des précisions lorsque des exceptions à ceux-ci sont nécessaires. Ensuite, ces principes devraient être soutenus par des **définitions** de concepts clés et le tout devrait être suivi par des **conditions contractuelles types**.⁵⁷¹
- 251 Enfin, la Commission déclare qu'elle poursuivrait le processus d'examen de l'opportunité d'un **instrument optionnel** (*infra* n. 260) parallèlement à l'élaboration du CCR.⁵⁷²

v. **Livre vert sur la création d'un droit européen des contrats**

(a) *Objet*

- 252 Après deux rapports d'avancement, en 2005⁵⁷³ et en 2007,⁵⁷⁴ mettant en place les réseaux d'experts pour le CCR et recentrant les objectifs de celui-ci au niveau de l'amélioration de l'acquis,⁵⁷⁵ la Commission publie en 2010 le «*Livre*

⁵⁶⁹ COM(2003) 68 final, p. 20.

⁵⁷⁰ RISKE, p. 40.

⁵⁷¹ VOGENAUER/WEATHERILL, p. 110; RISKE, p. 40.

⁵⁷² COM(2004) 651 final, p. 9; cf. ég. annexe II (p. 18 ss) de ladite Communication qui analyse les paramètres relatifs à un instrument optionnel: sa nature contraignante, sa forme, sa teneur, sa portée et sa base légale.

⁵⁷³ COM(2005) 465 final.

⁵⁷⁴ COM(2007) 447 final.

⁵⁷⁵ La Commission estime que le CCR «devrait être utilisé pour définir clairement les termes juridiques, les principes fondamentaux, et les règles modernes et cohérentes du droit des contrats pour la révision de la législation sectorielle existante et pour la préparation de nouveaux textes, le cas échéant. Il n'est pas destiné à assurer une harmonisation à grande échelle du droit privé ou à se transformer en un code civil européen» (COM(2007) 447 final, p. 12). Lesdits rapports d'avancement ont reçus un accueil contrasté des autres institutions. Le Parlement pousse vers une conception élargie du

vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises». ⁵⁷⁶

A cette occasion, la Commission lance une **consultation publique sur les options** (*infra* n. 256 ss) qu'elle envisage pour faciliter les transactions transfrontalières et «*consolider le marché intérieur en accomplissant des progrès dans le domaine du droit européen des contrats*». ⁵⁷⁷

- 253 Le *Livre vert* part du constat que le marché intérieur, reposant sur une multitude de contrats régis par autant de droits nationaux différents, suscite encore la **méfiance des consommateurs** à son égard. Par ailleurs, les disparités entre les droits nationaux des contrats peuvent entraîner des frais de transaction et une **insécurité juridique pour les entreprises**. En effet, de par la multiplicité des langues et des systèmes juridiques, les acteurs du marché se voient dans l'obligation de consulter un avocat spécialisé à chaque fois qu'ils s'engagent dans des transactions transfrontalières. Les consommateurs et les PME, disposant de ressources limitées, sont donc peu enclins à s'engager dans de telles transactions. Cette réticence peut elle-même constituer une entrave à la concurrence transfrontalière, pesant en fin de compte sur le bien-être social. ⁵⁷⁸
- D'après la Commission, ce sont les consommateurs et les entreprises des petits

CCR, qui, en portant sur des questions générales du droit des contrats, devrait aller au-delà de la protection des consommateurs. Il souhaite de nouveaux efforts d'harmonisation du droit civil, notamment en droit des contrats. Le Parlement émet également le vœu que la possibilité d'un instrument contraignant soit au moins envisagé (P6_TA(2006)0352, p. <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/ep_resolution_07092006_fr.pdf> [visité le 26.06.2015]). Le Conseil, quant à lui, notamment au point 3.4.2 du «*Programme de Stockholm – une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*», rejette toute idée tendant à donner au CCR un caractère contraignant (JO C 115 du 4 mai 2010, p. 1-38, p. 16).

⁵⁷⁶ COM(2010) 348 final.

⁵⁷⁷ COM(2010) 348 final, p. 2.

⁵⁷⁸ La Commission livre une illustration frappante dans le commerce en ligne: même si le site Internet d'un commerçant est accessible à tous les consommateurs du marché intérieur, du fait des coûts et des risques engagés, il se peut que le vendeur d'un Etat membre donné refuse tout simplement de conclure des contrats avec les consommateurs d'autres Etats membres. Il s'est avéré que pour 61% des offres transfrontalières en ligne, les consommateurs n'ont pu passer une commande, avant tout parce que les commerçants refusaient de livrer dans le pays du consommateur (COM(2010) 348 final, p. 6; COM(2009) 557 final, p. 6).

Etats membres qui encourent le plus grand risque d'être désavantagés par la disparité des systèmes applicables.⁵⁷⁹

- 254 Après un recensement des progrès accomplis par le droit privé conventionnel (CVIM; *infra* n. 335 ss) et les projets d'organisations internationales (PICC; *infra* n. 431 ss) ou d'académiciens européens (PECL, DCFR, etc.; *infra* n. 376 ss) visant une uniformisation des règles contractuelles, la Commission constate que seul « [u]n texte instituant un droit européen des contrats aiderait l'UE à atteindre ses objectifs économiques et à se remettre de la crise ». ⁵⁸⁰ Afin d'étudier la faisabilité d'un **instrument de droit européen des contrats**, facile à consulter, pouvant bénéficier aux consommateurs et aux entreprises tout en leur assurant la sécurité juridique requise, la Commission crée un groupe d'experts⁵⁸¹ chargé de sélectionner, réviser et compléter les parties du projet de CCR (DCFR; *infra* n. 405 ss) touchant au droit des contrats.⁵⁸² En mai 2011, le groupe d'experts publie son étude.⁵⁸³ Après consultation des observations des parties intéressées sur chacun des articles rédigés par le groupe d'experts, le texte élaboré servira de point de départ pour un suivi politique en la matière. En effet, s'inspirant notamment de l'étude du groupe d'experts, la Commission publiera, en octobre 2011, la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente (CESL; *infra* n. 305 ss).⁵⁸⁴
- 255 Un instrument politique de droit européen des contrats de la meilleure qualité se doit d'adresser la problématique des **divergences entre les droits nationaux**, sans pour autant introduire des contraintes supplémentaires à charge des consommateurs ou des entreprises. Il doit par ailleurs assurer un **niveau élevé de protection des consommateurs** (art. 12 et 169 TFUE). Enfin, l'instrument doit être **exhaustif et autonome** dans le sens où les renvois aux droits nationaux ou aux instruments internationaux sont à limiter autant que faire se peut.⁵⁸⁵ Dans le

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ COM(2010) 348 final, p. 3.

⁵⁸¹ Il s'agit de l'EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW.

⁵⁸² COM(2010) 348 final, p. 4.

⁵⁸³ EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW, p. 1 ss; Communiqué de presse du 3 mai 2011, IP/11/523, *Transactions transfrontalières: la Commission européenne publie une étude de faisabilité d'un droit des contrats réalisée, à sa demande, par un groupe d'experts*, p. <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/523&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>> (visité le 26.06.2015).

⁵⁸⁴ COM(2011) 635 final.

⁵⁸⁵ COM(2010) 348 final, p. 7.

Livre vert de 2010, la Commission propose plusieurs options quant au domaine,⁵⁸⁶ au champ d'application matériel⁵⁸⁷ et à la nature juridique du futur instrument (*infra* n. 256 ss).

(b) Options

- 256 S'agissant de la nature juridique et du champ d'application d'un tel instrument, la Commission met en avant **sept possibilités** différentes d'acte juridique (*infra* n. 257 ss). La palette des hypothèses va d'un instrument juridique non contraignant visant simplement à améliorer l'acquis communautaire, à un instrument contraignant qui se substitue, par un corps de règles unique, aux régimes nationaux existants. Il devrait être disponible dans toutes les langues officielles et s'adresser à toutes les parties prenantes, à savoir les législateurs dans leur recherche d'orientations, les juges dans l'application du droit et les parties dans la négociation de leurs clauses contractuelles.⁵⁸⁸
- 257 L'option (1) se limite à proposer la **publication des résultats du groupe d'experts**, sans l'aval de l'UE.⁵⁸⁹ De l'aveu même de la Commission, cette option, à elle seule, ne supprimerait pas les obstacles au marché intérieur.⁵⁹⁰ Cette première option n'est donc guère plus qu'un faire-valoir.

⁵⁸⁶ D'un côté, il s'agissait de déterminer si *un seul et même instrument* devrait être adopté pour les relations B2B et B2C ou non, et de l'autre, si l'instrument en question devrait viser à *la fois* les contrats transfrontaliers et les contrats nationaux (cf. COM(2010) 348 final, p. 12 s.)

⁵⁸⁷ Une interprétation *étroite* voit un instrument de droit européen des contrats se limiter aux règles relatives à la définition, la formation, la teneur, l'interprétation, l'exécution et les effets des contrats, aux obligations précontractuelles, au droit de rétractation, à la représentation, aux causes de nullité, à la pluralité et au changement de parties, à la compensation et à la fusion de créances, ainsi qu'à la prescription. Une interprétation *plus large* voit l'instrument porter également sur des questions connexes telles que la restitution, la responsabilité extracontractuelle, l'acquisition et la perte de la propriété de biens, ainsi que les sûretés réelles mobilières. En plus d'une partie générale du droit des contrats, un tel instrument pourrait également comporter des dispositions relatives aux contrats spéciaux les plus courants, tel que le contrat de vente. Enfin, la Commission n'a pas exclu la possibilité d'un Code civil européen qui comprendrait, outre les matières citées, le droit de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, l'enrichissement sans cause et la gestion d'affaires (cf. COM(2010) 348 final, p. 13 s.)

⁵⁸⁸ COM(2010) 348 final, p. 7.

⁵⁸⁹ COM(2010) 348 final, p. 7 s.

⁵⁹⁰ *Ibid.*

- 258 L'option (2) envisage l'instrument comme une **boîte à outils** officielle destinée au législateur européen, dont les organes feraient usage dans l'élaboration des textes normatifs relatifs au droit des contrats.⁵⁹¹ Cette option est également insatisfaisante dans le sens où elle ne serait pas à même de supprimer les divergences juridiques existantes, ni même de garantir une application et interprétation convergentes du droit des contrats de l'UE par les différentes juridictions.⁵⁹² Cette proposition, reprise des précédentes communications, n'apporte aucun avancement.
- 259 L'option (3) est d'assortir l'instrument de droit européen des contrats d'une **recommandation** de la Commission adressée aux Etats membres.⁵⁹³ Dépourvue d'effet contraignant (art. 288 TFUE), une telle recommandation viserait à encourager l'intégration progressive de l'instrument dans le droit national sur une base volontaire. La CJUE devrait d'être compétente pour interpréter la teneur des dispositions de l'instrument, permettant ainsi une application uniforme. Deux possibilités étaient envisagées. La recommandation aurait incité les Etats membres soit (a) à substituer l'instrument européen à leur droit national – à l'instar de l'UCC⁵⁹⁴ des E.-U. où tous les Etats fédérés l'ont adopté avec quelques variations⁵⁹⁵ –, soit (b) à intégrer l'instrument européen à titre de régime facultatif, offrant aux contractants une solution de substitution en droit interne.⁵⁹⁶ Cette dernière possibilité étant la variante incitative de l'option (4), nous y reviendrons (*infra* n. 260). La première hypothèse, quant à elle, aurait visé, certes à terme et sur une base volontaire, l'abandon progressif des 28 régimes différents. *A priori*, la perspective semblait prometteuse, eu égard au succès du UCC. Il est toutefois nécessaire de garder à l'esprit que le contexte

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ COM(2010) 348 final, p. 8 s.

⁵⁹⁴ L'UCC est révisé et approuvé par deux organismes neutres, l'«Uniform Law Commission – ULC» (www.uniformlaws.org) et l'«American Law Institute – ALI» (www.ali.org) (visités le 26.06.2015). Association à but non lucratif, l'ULC a pour objectif de rédiger et de promouvoir le vote de lois uniformes par les Etats fédérés, et ce depuis 1892. Fondée en 1923, l'ALI est l'organisation indépendante à but non-lucratif la plus importante aux E.-U. en matière de clarification, modernisation et amélioration des règles de droit. L'ALI est l'auteur des «Restatements of the Law» qui sont des «reformulations» de l'état des règles de droit telles qu'elles ressortent notamment de la jurisprudence (cf. p. <<http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.instituteprojects>> [visité le 26.06.2015]).

⁵⁹⁵ Cf. p. <<http://uniformcommercialcode.uslegal.com/>> (visité le 26.06.2015).

⁵⁹⁶ COM(2010) 348 final, p. 9.

américain est fondamentalement différent de celui de l'UE. Basé sur la *Common law*, les Etats fédérés ne disposent pas de Codes auxquels ils sont fortement attachés comme le sont la plupart des Etats civilistes de l'UE. Aux E.-U., l'UCC apporte une plus-value dans un marché pleinement intégré.⁵⁹⁷ Il n'est pas sûr que les Etats membres de l'UE seraient aussi prompts à abandonner volontairement leurs traditions et Codes éprouvés. Enfin, étant totalement libres quant aux modalités d'intégration de l'instrument, la Commission concéda elle-même l'existence d'un risque d'une approche incohérente et incomplète des Etats membres.⁵⁹⁸ Cette option est donc une solution insatisfaisante pour remédier à la diversité réglementaire au sein de l'UE.

- 260 L'option (4) est **un règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats**.⁵⁹⁹ C'est l'option qui sera finalement retenue par la Commission (CESL; *infra* n. 305 ss).⁶⁰⁰ Il y est question d'établir, au moyen d'un règlement, un corps de règles contractuelles facultatif, à intégrer comme «*second régime*»⁶⁰¹ dans la législation interne des Etats membres. A l'image de la CVIM (*infra* n. 335 ss), un tel instrument offre aux parties la possibilité de choisir entre deux régimes internes.⁶⁰² Afin d'être une solution crédible aux difficultés soulevées par la diversité réglementaire, l'instrument en question doit être à même d'inciter les parties, et notamment les consommateurs, à le choisir.⁶⁰³ Outre de constituer un corps de règles complet, un tel instrument nécessite une clarté et une garantie de sécurité juridique suffisantes. Il se doit également d'offrir un niveau de protection manifestement élevé aux consommateurs (art. 12 et 169 TFUE) qui demandent à être convaincus qu'il ne

⁵⁹⁷ Pour approfondir, cf. LAITHIER, p. 49 ss et les réf. citées.

⁵⁹⁸ COM(2010) 348 final, p. 9.

⁵⁹⁹ COM(2010) 348 final, p. 9 s.

⁶⁰⁰ Cf. COM(2011) 636 final; A7-0301/2013.

⁶⁰¹ Avis du Comité économique et social européen «*The 28th regime — an alternative allowing less lawmaking at Community level*», INT/499, JO C 21 du 21 janvier 2011, p. 26. Au niveau du droit de la vente internationale de marchandises, il s'agit même d'un troisième régime, s'ajoutant à celui de la CVIM et à celui prévu par l'ordre juridique proprement domestique.

⁶⁰² COM(2010) 348 final, p. 10.

⁶⁰³ D'aucuns associent l'idée d'un instrument optionnel avec celle d'un «*Blue Button*». Le cœur de cette idée est de munir les sites Internet commerciaux d'un bouton à l'effigie du drapeau européen indiquant aux clients que les contrats conclus seront soumis au droit des contrats optionnel européen. Une autre possibilité invoquée est celle qui serait laissée aux clients de pouvoir cliquer sur un bouton lorsqu'ils passent une commande et ainsi rendre applicable le droit optionnel (cf. not. SCHULTE-NÖLKE, ZEuP, p. 749 s.).

sera pas porté atteinte à leurs droits.⁶⁰⁴ Il est vrai qu'un renvoi systématique à un corps autonome de règles pourrait avoir des effets bénéfiques pour le système judiciaire. Lorsqu'il est choisi, l'instrument facultatif, par son renvoi à un corps de règles unique, éviterait aux praticiens de devoir faire des recherches coûteuses sur la législation étrangère applicable au cas concret par le biais des règles de conflit de lois.⁶⁰⁵ L'instrument facultatif – pour autant qu'il tienne compte de l'application des dispositions impératives, notamment en matière de droit de la consommation⁶⁰⁶ – apporte une cohérence accrue par rapport aux autres régimes, tels que la CVIM, «*qui ne peuvent restreindre l'application des dispositions nationales impératives*».⁶⁰⁷ En tant qu'alternative à l'harmonisation complète et «*en offrant une solution proportionnée pour éliminer les entraves existantes sur le marché intérieur*»,⁶⁰⁸ la Commission a le mérite de vouloir accompagner sa proposition du souci du respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Sous l'égide de la volonté de justifier la conformité d'un tel règlement aux standards imposés par les traités, la Commission laisse habilement en suspens la question du fondement de compétence exact pour l'adoption de l'instrument optionnel.⁶⁰⁹ Abstraction faite de cette question hautement controversée,⁶¹⁰ le désavantage de l'instrument optionnel réside bien

⁶⁰⁴ COM(2010) 348 final, p. 10.

⁶⁰⁵ COM(2010) 348 final, p. 10; BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER, p. 3; sur les insécurités juridiques par rapport à la loi applicable à la *responsabilité précontractuelle* engendrées par un régime supplémentaire facultatif, cf. WHITTAKER, ERCL, p. 395 ss.

⁶⁰⁶ A cet égard, il est utile de définir dans l'instrument lui-même le rapport avec les dispositions du règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles (COM(2010) 348 final, note de bas de page 27; pour approfondir, cf. STÜRNER, GPR, p. 236 ss; COLOMBI CIACCHI, p. 12 ss).

⁶⁰⁷ COM(2010) 348 final, p. 10.

⁶⁰⁸ *Ibid.*

⁶⁰⁹ En 2004, la Commission évoque la possibilité de baser un instrument «*Opt-in*» sur l'ex-art. 308 TCE (art. 352 TFUE), alors que pour une version «*Opt-out*», l'ex-art. 95 TCE (art. 114 TFUE) serait envisageable (cf. COM(2004) 651 final, p. 23). En 2011, La proposition de règlement relatif à un droit européen commun de la vente prévoyait que l'instrument *Opt-in* proposé serait «*notamment*» basé sur l'art. 114 TFUE (COM(2011) 635 final, p. 16). Ces hésitations montrent évidemment l'incertitude de la Commission quant la base de compétence pour un instrument optionnel.

⁶¹⁰ HESSELINK/RUTGERS/DE BOOYS, p. 1 ss; ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, p. 2; *contra*: GUTMAN, p. 158 ss. A notre sens, *aucun* fondement de compétence existant ne saurait constituer une base légale incontestable pour un instrument optionnel (*Opt-in* ou *Opt-out*) dont le champ d'application ne serait pas limité aux remèdes spécifiques aux obstacles *concrets* au

sûr dans la complexification du système, puisqu'à côté des 28 régimes existants et en plus du droit privé conventionnel (CVIM), vient s'ajouter un régime supplémentaire. Il est loin d'être sûr que «l'utilisateur moyen»⁶¹¹ s'y retrouve plus facilement et à meilleur marché.⁶¹² Quant aux entreprises, l'intérêt à choisir un instrument optionnel pour des raisons de coûts liés à des recherches juridiques coûteuses reste à démontrer. Un nouvel instrument optionnel dont elles ne maîtrisent ni le fonctionnement, ni les risques potentiels et qui par ailleurs prévoit un niveau de protection des consommateurs plus élevé ou égal à celui de l'acquis communautaire ne leur est pas immédiatement favorable. Dans ces conditions, un instrument optionnel ne peut que connaître des débuts difficiles.

- 261 L'option (5) est une **directive relative au droit européen des contrats**. Celle-ci pourrait prévoir une approche double. D'un côté, le droit national des contrats serait harmonisé par l'introduction de normes communes *a minima*. Autrement dit, la directive ne viserait qu'une harmonisation minimale à cet égard, avec tous les inconvénients qui y sont rattachés (*supra* n. 217). La Commission concède que cette méthode d'harmonisation «n'aboutirait pas nécessairement à une application et une interprétation uniforme des règles».⁶¹³ De l'autre, s'agissant des contrats B2C, la directive tiendrait compte de l'objectif du niveau élevé de protection des consommateurs consacré par les traités (art. 12 et 169 TFUE). La

marché intérieur. L'influente *London Law Society* estime douteux qu'aucune des options proposées dans le *Livre vert* ne trouve de fondement de compétence dans les traités: «*The very competence of the EU to act on this matter is doubtful. Even if divergent national laws could be shown to deter trade, it would be difficult to show that any of the options in the Green Paper would actually reduce such effect. This means that Article 114 of the Treaty on the Functioning of the European Union ("TFEU") (formerly Article 95 of the EC Treaty ("TEC")) cannot be relied upon to provide a legal basis for enacting any of the options put forward by the Green Paper. It is also difficult to justify competence for action in this area under other legal bases in the treaties. Thus, even if any action is initiated by the Commission, there is a strong chance that this will be challenged before national and European courts, raising unnecessary uncertainties and costs, particularly if a proper analysis of a need for action has not been carried out beforehand*» (CITY OF LONDON LAW SOCIETY, p. 1).

⁶¹¹ COM(2010) 348 final, p. 10.

⁶¹² Le texte proposé par l'*Expert Group* fait l'objet de critiques quant à sa complexité et/ou son contenu (cf. LEHMANN, GPR, p. 220; RIESENHUBER, ERCL, p. 116 ss). Il n'en est pas autrement pour la proposition de règlement relatif à un droit européen commun de la vente qui y fait suite (cf. LANDO, ERPL 2011, p. 717 ss; CRAVETTO/PASA, p. 770 ss).

⁶¹³ COM(2010) 348 final, p. 11.

Commission parle de compléter l'acquis en la matière. Or, l'acquis ne prévoit que récemment une harmonisation complète dans certaines directives (*supra* n. 163), alors que dans d'autres c'est toujours l'approche de l'harmonisation minimale qui prévaut. La directive en question compléterait également l'acquis de la directive sur le droit des consommateurs qui, elle, vise une harmonisation complète (*supra* n. 218 s.) «horizontale» (*infra* n. 295 ss). Quand bien même l'UE adoptait la méthode de l'harmonisation complète en matière de protection des consommateurs, un instrument institué par voie de directive n'apporterait pas de réponse définitive dans le domaine de l'uniformisation du droit des contrats. Il est dans la nature même d'une directive de ne pas être en mesure d'y parvenir (*supra* n. 221).

- 262 L'option (6), prévoyant un **règlement instituant un droit européen des contrats**, est plus ambitieuse. Dans l'étendue de son champ d'application, un règlement parviendrait à uniformiser le droit des contrats, puisqu'il se substituerait à la diversité des législations nationales. En dehors du fait qu'une telle mesure poserait de sérieux problèmes quant au respect des principes fondamentaux en matière de compétences (attribution, subsidiarité et proportionnalité),⁶¹⁴ une *unification* pleine et entière du droit des contrats n'est guère possible si le fondement de compétence envisagé pour le règlement devait être l'article 114 TFUE. En effet, en plus des restrictions liées à sa nature fonctionnelle (optimisation du marché intérieur; *supra* n. 190), l'article 114 TFUE écarte certains domaines politiquement sensibles (libre circulation des personnes, droits et intérêts des salariés) de son champ d'application (art. 114(1) et (2) TFUE) (*supra* n. 194). Il ouvre de surcroît des possibilités de dérogations pour les Etats membres (art. 114(4) et (5) TFUE) (*supra* n. 192). Quant à la clause de flexibilité (art. 352 TFUE), elle n'instaure pas non plus de compétence générale pour légiférer en matière de droit des contrats (*supra* n. 202 ss). Si séduisante soit-elle, l'option (6) n'est pas réalisable sans dénaturer la teneur des traités.
- 263 Enfin, l'option (7) est plus ambitieuse encore, puisqu'il s'agirait d'implémenter un **Code civil européen par voie de règlement**. Un tel instrument uniformiserait plus largement encore le droit privé européen. L'instrument couvrirait ainsi non seulement le droit des contrats, mais aussi par exemple le droit de la responsabilité civile (délictuelle), la gestion d'affaires, l'acquisition de la propriété mobilière, etc. Elle réduirait d'autant la nécessité de recourir aux

⁶¹⁴ BAR COUNCIL OF ENGLAND AND WALES, n. 5 s. et 17 ss.

dispositions nationales.⁶¹⁵ A notre sens, c'est une évolution souhaitable dans l'absolu. Cependant, la question de la base légale et du respect des principes en matière de fondements de compétence s'impose avec d'autant plus de force que ladite mesure priverait davantage encore les Etats membres de leurs prérogatives de législateurs que l'option (6), notamment si les rapports purement internes devaient être également inclus.

(c) *Résultats des consultations*

- 264 Au terme de la période de consultation,⁶¹⁶ les 319 réponses publiées⁶¹⁷ sur le site web de la Commission⁶¹⁸ suite au *Livre vert* témoignent du **large intérêt** suscité par le droit européen des contrats. Bien que les réponses proviennent de toute l'Europe,⁶¹⁹ Suisse comprise, près d'un tiers du total de celles-ci sont issues d'Allemagne.⁶²⁰ C'est un reflet assez fidèle de l'extraordinaire proximité des auteurs allemands en matière de droit privé européen. D'où le sentiment que le droit privé européen est trop fortement coloré par la doctrine allemande, allant parfois jusqu'à se confondre avec celle-ci. Avec près de 50 réponses, le Royaume-Uni vient juste derrière l'Allemagne en termes de nombre de réponses au *Livre vert*. Un fait remarquable pour un système traditionnellement hostile aux codifications, mais qui s'explique justement par la nature controversée du sujet dans cet Etat membre. Pour le reste des pays, seuls la France et l'Italie ont été à l'origine de plus de 20 réponses. Ici aussi, c'est à l'image de la proportion d'ouvrages doctrinaux français et italiens publiés au sujet du droit privé européen. Pourtant, la science juridique francophone en particulier, forte de sa

⁶¹⁵ COM(2010) 348 final, p. 11.

⁶¹⁶ Au 31 janvier 2011.

⁶¹⁷ P.<http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0052_en.htm> (visité le 26.06.2015).

⁶¹⁸ Cf. ec.europa.eu (visité le 26.06.2015).

⁶¹⁹ Pour les réponses francophones, cf. not. MARTINE BEHAR-TOUCHAIS/MURIEL CHAGNY (édit.), *Livre vert sur le droit européen des contrats – Réponses du réseau Trans Europe Experts*, Paris 2011.

⁶²⁰ Cf. les statistiques établies par le groupe d'experts (EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW, p. 11).

tradition bicentenaire en matière de Code civil, serait légitimée à se profiler davantage encore en matière d'uniformisation du droit privé européen.⁶²¹

- 265 Concernant les observations principales quant aux options proposées, un grand nombre de réponses voient une **valeur ajoutée** dans l'option (1) (publication des résultats du groupe d'experts) ainsi que dans l'option (2) (introduction d'une boîte à outils).
- 266 L'option (3) (recommandation de la Commission) suscite **peu de réponses favorables**.
- 267 Les opinions sur l'option (4) (introduction d'un instrument optionnel) sont **plus contrastées**.⁶²² Plusieurs Etats membres et un grand nombre d'autres parties ont exprimé qu'ils sont en faveur d'un instrument optionnel, pour autant qu'il remplisse certaines conditions (un haut niveau de protection des consommateurs, une facilité d'utilisation, un lien clair avec la directive sur les droits des consommateurs et l'acquis communautaire en général, etc.).⁶²³
- 268 Ne voyant aucun intérêt dans les options (1) à (4), ni même dans l'option (5) (directive relative à un droit européen des contrats) quelques réponses s'expriment clairement **en faveur** de l'option (6) (règlement instituant un droit européen des contrats) ou de l'option (7) (Code civil européen par voie de règlement).⁶²⁴
- 269 Enfin, certains **rejetent en bloc** toutes les options avancées, mettant en doute leur utilité même.⁶²⁵

⁶²¹ Deux groupes de chercheurs francophones se distinguent toutefois en la matière. Il s'agit de l'*Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* et de la *Société de législation comparée*. Tous deux font partie du «*Network of Excellence*» (*infra* n. 405).

⁶²² SCHMIDT-KESSEL, GPR, p. 105.

⁶²³ Cf. not. EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW, p. 3; BAR COUNCIL OF ENGLAND AND WALES, n. 10 s.; BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER, p. 3 s.

⁶²⁴ Ainsi, GANDOLFI, au nom de l'*Académie des Privatistes Européens* (*infra* n. 400) dont il est le coprésident, estime que «[l]es options 1 à 5 constitueraient des digressions improductives» et «[qu']il est donc indiscutable que seules les options 6 et 7 peuvent résoudre, de façon plus ou moins large, le problème du marché intérieur européen» (GANDOLFI, *Livre vert 2010*, p. 3).

⁶²⁵ Cf. not. l'opinion de la *London Law Society* qui croit percevoir dans les options proposées une menace, notamment en matière d'arbitrage commercial international, pour les intérêts européens en général et anglais en particulier: «*Evidence also indicates that many companies prefer their international dealings to be governed by English law rather than the law of any other legal system. A new instrument would dilute the effect of English law*

(d) *Suivi politique*

- 270 Mi-2011, alors qu'elle a en mains les observations des parties intéressées ainsi que le projet de texte rédigé par le groupe d'experts, la Commission fut placée face à ses responsabilités quant au suivi politique à donner à l'instrument de droit européen des contrats. En effet, la Commission eut alors le **choix**, entre (a) implémenter des instruments qui, de par leur nature juridique, n'offrent pas de solution satisfaisante aux problèmes posés par la diversité réglementaire (options [1], [2], [3] et [5]), et (b) adopter des instruments – solutionnant à plus ou moins grande échelle ces problématiques – qui ne trouvent pas de fondement de compétence indiscutable dans les traités et ne jouissent de surcroît que d'un soutien très relatif parmi les parties consultées (options [4], [6] et [7]).
- 271 Faisant fi des difficultés de base légale et de soutien des milieux intéressés, la Commission décida d'aller de l'avant avec l'option (4) prévoyant un instrument facultatif de droit des contrats par voie de règlement. En octobre 2011, elle publie la **proposition de règlement relatif à un droit européen commun de la vente** (*Common European Sale Law – CESL*; *infra* n. 305 ss).⁶²⁶ D'ores et déjà approuvée par une majorité du Parlement européen,⁶²⁷ la proposition de règlement⁶²⁸ amendée par le rapport⁶²⁹ de la Commission des affaires juridiques (JURI)⁶³⁰ figure au programme de travail de la Commission pour l'année 2015.⁶³¹

as a gateway for attracting trade into the EU and may be more likely to benefit the economies of New York or Switzerland whose law might increase in popularity. The loss of trade and revenue for the EU and for businesses providing legal and related services may in fact exceed any supposed benefits from the creation of a competing legal system, while limited resources would be exhausted by the unnecessary costs and uncertainties of developing and applying new laws» (CITY OF LONDON LAW SOCIETY, p. 2; cf. SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION, 2010 *International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, p. 14 s., (qmul.ac.uk), p.<<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>> [visité le 26.06.2015]).

⁶²⁶ COM(2011) 635 final.

⁶²⁷ Le parlement européen a voté par 416 voix pour, 159 voix contre et 65 abstentions en session plénière le 26.02. 2014 (cf. le communiqué de presse MEMO/14/137 disponible sur Internet à la p. <[http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-14-137 fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-137_fr.htm)> [visité le 26.06.2015]).

⁶²⁸ COM(2011) 635 final.

⁶²⁹ Cf. A7-0301/2013.

⁶³⁰ Cf. europarl.europa.eu/committees/fr/juri/home.html (visité le 26.06.2015).

⁶³¹ Le CESL figure au n. 60 de la liste des retraits ou des modifications de proposition en attente. Le CESL est donc susceptible de faire l'objet de modifications supplémentaires

- 272 En l'état, l'instrument proposé intègre l'acquis communautaire et fait suite aux travaux du groupe d'experts qui se basent eux-mêmes sur le DCFR (*infra* n. 405 ss) et les projets connexes (PECL, PEL, ACQP) (*infra* n. 376 ss, n. 389 ss et n. 394 ss). Portant sur la vente à distance⁶³² transfrontalière,⁶³³ il a également une certaine convergence avec la CVIM (*infra* n. 335 ss).⁶³⁴ Contrairement à la CVIM toutefois, dont l'application peut être écartée par les parties (*Opt-out*), celles-ci doivent expressément choisir le régime optionnel pour qu'il s'applique à leur relation contractuelle (*Opt-in*; *infra* n. 1134). Le CESL inaugure une nouvelle approche quant à la méthode d'harmonisation (*infra* n. 308).

(e) *Enjeux*

- 273 Une unification du droit privé européen – au sens strict (*infra* n. 328) – passe par la révision des fondements de compétences existants dans les traités. Cette révision nécessite un **changement de paradigme**: la construction d'une Europe politique, donc forcément plus fédéraliste (et fédératrice!), qui n'aurait plus comme *leitmotiv* le fonctionnement de son marché intérieur et comme seule obsession son économie. A mesure de la succession des crises économiques et politiques récentes, la perspective d'un changement de modèle fondamental s'est en apparence éloignée. Alors qu'une intégration européenne plus poussée s'esquisse au niveau des gouvernances budgétaires et de la politique économique, l'Europe pare au plus pressé sans se munir d'une vision globale

par rapport à la proposition de règlement amendée «*afin d'exploiter pleinement le potentiel du commerce électronique dans le marché unique numérique*» (Motif du retrait/de la modification N° 60, *Annexe de la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Programme de travail de la Commission pour l'année 2015, Un nouvel élan*, du 16 décembre 2014, (COM(2014) 9010 final ANNEX 2), p. 13, disponible sur Internet à la p. <http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_fr.pdf> (visité le 26.06.2015).

⁶³² Le «*contrat de vente*», défini par l'art. 2(k) de la proposition de règlement, comprend «*les contrats portant sur la fourniture de biens à fabriquer ou à produire*» (cf. art. 3 CVIM).

⁶³³ Le critère retenu pour les contrats entre professionnels, selon l'art. 4(2) de la proposition de règlement, est celui de «*la résidence habituelle dans différents pays dont l'un au moins est un Etat membre*» (cf. art. 1 CVIM). Pour les contrats conclus avec des consommateurs, l'art. 4(3) de la proposition de règlement prévoit qu'il est suffisant que l'adresse de livraison ou de facturation soit située dans un pays autre que celui où le professionnel a sa résidence habituelle et que l'un de ces pays soit un Etat membre.

⁶³⁴ FAUVARQUE-COSSON, Dalloz 2012, p. 35.

pour le futur. Pourtant, les crises, quelles qu'elles soient, peuvent (et doivent) servir de catalyseurs pour l'intégration des ordres juridiques. L'idée européenne elle-même n'a-t-elle point fleuri dans le champ de ruines laissées par la sauvagerie de deux guerres mondiales nourries au nationalisme? Malgré ce constat, l'épouvantail de la perte de la souveraineté nationale a encore de beaux jours devant lui. Les partis eurosceptiques ne cessent de progresser. Ainsi, et sans doute aussi longtemps que la révision des traités nécessitera l'unanimité des Etats membres, la compétence pour une unification du droit privé européen reste une perspective lointaine. Or, à défaut d'une telle base légale incontestable, un Code civil européen ne peut que rester une hypothèse académique chatoyante. Le CESL, quant à lui, est un compromis politique *de minimis* (*infra* n. 325). Quand bien même il serait promulgué en l'état, encore faudrait-il que le CESL résiste lui-même à un éventuel contrôle de compétence de la CJUE (art. 263 TFUE; *infra* n. 279). En effet, sa base légale dans les traités⁶³⁵ est, au mieux, incertaine.⁶³⁶

d) CJUE

i. Introduction

- 274 Les décisions de la CJUE (ex-CJCE) – en tant qu'instruments de nature juridictionnelle – forment le **deuxième type** d'instruments servant à l'harmonisation des législations (*supra* n. 205).
- 275 Les **fonctions** (*infra* n. 276 ss), l'**action** (*infra* n. 279 ss), et l'**impact** (*infra* n. 283 s.) de la CJUE seront brièvement exposés ci-après.

ii. Fonctions

- 276 La Cour suprême d'un ordre juridique donné a pour fonction de veiller à une **application uniforme du droit** à travers le territoire soumis à sa juridiction. Dans un Etat fédéral composé d'ordres juridiques superposés, ce rôle est d'autant plus important, la Cour suprême ayant par ailleurs pour mission de veiller au respect de l'exercice des compétences dévolues à l'Etat central. Dans un ordre juridique en voie d'intégration tel que l'UE, un organe juridictionnel

⁶³⁵ Cf. MICKLITZ, p. 135.

⁶³⁶ D'aucuns considèrent l'art. 114(3) TFUE comme acceptable pour autant que le niveau de protection du consommateur dans le règlement soit aussi élevé que dans la proposition de la Commission (Cf. HESSELINK, ERPL 2012, p. 195).

supranational est un instrument capital pour l'harmonisation des législations des Etats membres.

- 277 Indubitablement, la CJUE,⁶³⁷ depuis sa création, a été un des moteurs de l'intégration européenne.⁶³⁸ Elle est une matrice pour la **formation des doctrines** du droit européen et, comme la Cour suprême des E.-U. par exemple, elle a exercé un rôle fédérateur dans l'interprétation des règles de droit. Sa jurisprudence est une source d'effets souvent positifs pour la formation du droit européen en général et du droit privé européen en particulier.⁶³⁹
- 278 La CJUE influence le droit privé par l'**interprétation** du droit primaire relatif à la délimitation et l'exercice des compétences, aux droits fondamentaux, au droit de la concurrence, etc. En outre, la CJUE tient un rôle essentiel au travers de l'interprétation du droit dérivé, et notamment celle des directives relatives au droit de la consommation (*supra* n. 211 ss).⁶⁴⁰

iii. Action

- 279 Au niveau de la directive, la tâche de la CJUE est double. Premièrement, elle est amenée à interpréter ses dispositions. Deuxièmement, elle doit se prononcer, dans l'abstrait, sur la question de savoir si un Etat membre l'a correctement transposée dans son droit national. Dans ce cadre, la Cour est saisie par le biais de **procédures diverses**. Par exemple, la Commission, par la fonction qui est la sienne selon l'article 17(1) TUE, introduit des procédures basées sur l'article 258 TFUE contre les Etats qui ne transposent pas correctement une directive.⁶⁴¹ A l'inverse, il est également possible qu'un Etat membre ou d'autres parties légitimées à agir remettent en cause la validité d'un acte législatif telle qu'une directive par un recours fondé sur l'article 263 TFUE.⁶⁴²
- 280 Toutefois, la voie la plus significative est sans doute la procédure du **renvoi préjudiciel** prévue par l'article 267 TFUE.⁶⁴³ Lorsqu'une juridiction de dernière

⁶³⁷ Appellation de la CJCE après l'adoption du traité de Lisbonne.

⁶³⁸ DEHOUSSE, p. 72 ss; TWIGG-FLESNER, *Europeanisation*, p. 50.

⁶³⁹ WERRO, p. 14; RISKE, p. 30.

⁶⁴⁰ Pour approfondir, cf. STUYCK, p. 101 ss.

⁶⁴¹ JOHNSTON/UNBERATH, p. 92; STUYCK, p. 110.

⁶⁴² JOHNSTON/UNBERATH, p. 98; sur les conditions strictes légitimant les personnes physiques et morales à agir, cf. MIGNON, n. 216.

⁶⁴³ WEATHERILL, *Interpretation of the Directives*, p. 187.

instance d'un Etat membre est confrontée à une question d'interprétation⁶⁴⁴ du droit communautaire qui s'avère être décisive pour rendre son jugement, elle est tenue de la soumettre préalablement à la Cour pour qu'elle se prononce (art. 267 TFUE). L'interprétation de la CJUE conforme aux directives du droit communautaire (règle du sens communautaire) devient alors contraignante pour le droit national.⁶⁴⁵

- 281 Au fur et à mesure des problèmes qu'elle fût invitée à résoudre, la CJUE s'est attelée au travail d'**intégrer les directives** dans le droit national. Elle a précisé leur portée et leur sens, sans hésiter à déclarer le droit national incompatible avec le droit communautaire lorsque tel était le cas. Avec la multiplication des directives en droit privé, elle sera nécessairement amenée à se prononcer sur un nombre toujours plus élevé d'affaires en la matière.⁶⁴⁶
- 282 Son défi est de **renforcer l'harmonisation** des droits privés des Etats membres de l'UE par le biais de la règle du sens communautaire voulant que l'interprétation et l'application des directives se fassent d'une manière uniforme dans les pays de l'UE.⁶⁴⁷ Il revient en dernier lieu à la CJUE de se prononcer par exemple sur l'intensité d'harmonisation préconisée par les directives (*supra* n. 214 ss). En effet, lorsqu'une directive ne contient aucune indication expresse sur le degré d'harmonisation visé, la question du standard minimum ou maximum imposé par cette mesure d'harmonisation⁶⁴⁸ doit être tranchée par voie d'interprétation littérale, téléologique, systématique ou en se basant sur les fondements juridiques de la directive concernée.⁶⁴⁹

⁶⁴⁴ En présence d'un problème d'interprétation, la Cour nationale suprême est tenue de saisir la CJUE par un *renvoi en interprétation* (les instances nationales inférieures n'en ont que la faculté). Lorsqu'il s'agit d'une question de validité d'un acte communautaire, la CJUE est saisie d'un *renvoi en appréciation de validité* (cf. MIGNON, n. 219 ss et les réf. citées).

⁶⁴⁵ TASCHNER, n. 58 ad art. 94 TCE.

⁶⁴⁶ JOHNSTON/UNBERATH, p. 98; RISKE, p. 30.

⁶⁴⁷ SIMON, p. 47 s.; RISKE, p. 30.

⁶⁴⁸ Pour un exemple où la Cour de justice européenne a considéré que les standards adoptés par une directive n'étaient pas minimaux, mais maximaux, ne laissant aucune place à des règles nationales plus strictes, cf. l'arrêt de la CJCE du 25 avril 2002, *Commission v France*, C-52/00, Rec. 2002, p. I-03827, n. 16, 19 et 24, à propos de la directive 85/374/CEE «responsabilité du fait des produits» ultérieurement modifiée par la directive 1999/34/CE.

⁶⁴⁹ HERRNFELD, n. 58 ad art. 114 TFUE; MIGNON, n. 185.

iv. Impact

- 283 Cependant, l'intervention jurisprudentielle de la Cour est limitée à des questions ponctuelles et elle n'est pas en mesure de **remédier aux défauts** des directives au sujet desquelles elle est saisie. Bien qu'elle ait tendance à se montrer de plus en plus tranchante, elle ne répond qu'à certaines questions tout en laissant un bon nombre d'autres ouvertes. Par ailleurs, en raison du contenu des directives, elle se voit obligée d'intervenir plus souvent dans des domaines fondamentaux, sans pour autant pouvoir imposer de solutions uniques globales qui favoriseraient la cohérence du droit privé communautaire.⁶⁵⁰
- 284 L'**arrêt «Leitner»**⁶⁵¹ est l'illustration classique de l'intervention du droit européen dans les domaines auparavant réservés au droit national et du risque de déstabilisation qu'une telle intervention engendre pour celui-ci. La question préjudicielle portait sur le fait de savoir si le dommage immatériel pour vacances gâchées suite à une intoxication alimentaire était indemnisable dans le cadre de la directive sur les voyages à forfait.⁶⁵² L'arrêt élargit la notion de tort moral réparable dans les voyages à forfait et bouleverse ainsi la notion de préjudice réparable⁶⁵³ dans les ordres juridiques où le dommage de frustration ne donne pas droit à une indemnisation.⁶⁵⁴ En effet, tout en mettant fin aux disparités entre les Etats membres concernant le tort moral réparable dans les voyages à forfait, la Cour de justice européenne reste muette quant à l'impact de sa décision sur d'autres formes de dommages immatériels et demeure silencieuse quant à savoir si la réparation du dommage immatériel concerne également les autres directives qui prévoient la réparation d'un préjudice.⁶⁵⁵ Bref, elle ne donne pas d'indication sur la manière dont les législateurs nationaux doivent agir pour revoir cette notion. La Cour de justice européenne

⁶⁵⁰ WERRO, *Unification*, p. 289.

⁶⁵¹ Arrêt de la CJCE du 12 mars 2002, *Simone Leitner v TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, C-168/00, Rec. 2002, p. I-02631.

⁶⁵² Directive 90/314/CEE «voyages à forfait».

⁶⁵³ WERRO, *Unification*, p. 289; RISKE, p. 31.

⁶⁵⁴ La Suisse a repris la directive européenne dans la LVF. Conformément à la jurisprudence du TF voulant que l'on interprète en principe une loi suisse reprise d'une directive européenne à la lumière de la jurisprudence européenne (ATF 136 III 552 c. 3.3; ATF 133 III 180 c. 3.5; ATF 129 III 335 c. 6), le préjudice lié à des vacances gâchées dans le cadre d'un voyage à forfait devrait faire l'objet d'une indemnisation en droit suisse également.

⁶⁵⁵ HUGUENIN, p. 181.

amène ainsi parfois plus de complexité que de cohérence au système et participe à la fragmentation du droit européen (*supra* n. 217).⁶⁵⁶

5. Harmonisation totale horizontale

a) Introduction

285 «*The eagle has landed!*».⁶⁵⁷ Telle aurait pu être l'image utilisée par la Commission dans le communiqué de presse⁶⁵⁸ sur l'adoption de la directive européenne relative aux droits des consommateurs,⁶⁵⁹ tant le parcours vers son texte final aura été scruté et commenté à travers le monde académique.⁶⁶⁰ Ladite directive et la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente⁶⁶¹ qui intègre certaines de ses solutions sont-ils un «*giant leap*» sur le **chemin vers l'uniformisation** en matière de droit de la consommation?

286 Les lignes suivantes tenteront de donner quelques éléments de réponse. Après un **historique** sommaire du processus de révision de l'acquis (*infra* n. 287 s.), nous porterons notre regard d'abord sur la **directive relative aux droits des consommateurs** (*infra* n. 289 ss), puis sur la **proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente** (CESL; *infra* n. 305 ss). Enfin après un examen des **réticences et autres obstacles à une codification européenne** (*infra* n. 315 ss), une **synthèse** de nos opinions (*infra* n. 325 s.) viendra clore notre examen de la stratégie d'harmonisation totale horizontale.

b) Historique

287 La Commission lance le **processus de révision** de l'acquis en matière de protection des consommateurs dans sa communication de 2004 (*supra* n.

⁶⁵⁶ RISKE, p. 31.

⁶⁵⁷ Exclamation de NEIL ARMSTRONG le 20 juillet 1969 lors du premier alunissage d'une navette habitée. Au moment de poser son pied sur la lune, le 21 juillet 1969, il prononcera sa phrase historique «*a small step for man, a giant leap for mankind*».

⁶⁵⁸ Communiqué de presse du 23 juin 2011, MEMO/11/450, p. <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/450&format=HTML&aged=0&language=FR>> (visité le 26.06.2015).

⁶⁵⁹ Directive 2011/83/UE «droits des consommateurs».

⁶⁶⁰ Parmi d'autres, cf. SMITS, p. 5 ss; LILLEHOLT, p. 335 ss; JUD/WENDEHORST, p. 68 ss; ARTZ, p. 171 ss et les réf. citées.

⁶⁶¹ COM(2011) 635 final.

243 ss).⁶⁶² A l'automne 2005, alors que des ateliers de travail sont institués dans le cadre de l'avant-projet de CCR, le responsable de la Commission en charge annonce que le projet de CCR prend trop de temps. D'après le responsable de la Commission, il faut prioritairement réviser l'acquis communautaire en matière de droit de la consommation avant la fin de son mandat en 2009.⁶⁶³ Début 2006, le plan d'ateliers originellement proposé pour le CCR est remplacé par six ateliers se consacrant exclusivement à des sujets relatifs aux directives touchant au droit de la consommation.⁶⁶⁴ En février 2007, un *Livre vert* en la matière⁶⁶⁵ donne suite à ces travaux (*infra* n. 289 ss). En octobre 2008, la Commission publie une proposition de directive relative aux droits des consommateurs regroupant plusieurs directives existantes (*infra* n. 295).⁶⁶⁶ Ladite proposition est accompagnée par un résumé de l'analyse d'impact⁶⁶⁷ des réponses à la consultation initiée par le *Livre vert*.⁶⁶⁸ S'appuyant sur ces résultats, le Parlement adopte finalement, le 23 juin 2011, la directive sur les droits des consommateurs (*infra* n. 289 ss).⁶⁶⁹

288 Ces étapes successives témoignent de la volonté de la Commission de se concentrer ses efforts, dans un premier temps, sur la révision de l'acquis en matière de protection des consommateurs. Sans être abandonnée, la question d'un **instrument européen de droit des contrats** est reléguée en arrière-plan jusqu'en 2010, année de la publication du *Livre vert* sur la question et de l'établissement du groupe d'expert chargé d'une étude de faisabilité en la matière.⁶⁷⁰ Fin 2011, faisant suite aux travaux du groupe d'experts, la Commission adopte et publie une proposition de règlement relatif au CESL (*infra* n. 305 ss)⁶⁷¹ qui intègre l'acquis existant, en particulier la directive sur les

⁶⁶² COM(2004) 651 final.

⁶⁶³ BEALE, ERCL 2006, p. 309.

⁶⁶⁴ BEALE, *European Contract Law*, p. 128.

⁶⁶⁵ COM(2006) 744 final.

⁶⁶⁶ COM(2008) 614 final.

⁶⁶⁷ *Document de travail des services de la Commission accompagnant la proposition de directive sur les droits des consommateurs, Résumé de l'analyse d'impact*, 30 juillet 2008, COM(2008), disponible sur le site web de l'UE (ec.europa.eu) p.<http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/impact_assessment_sum_fr.pdf> (visité le 26.06.2015).

⁶⁶⁸ COM(2008) 614 final, p. 5 s.

⁶⁶⁹ Directive 2011/83/UE «droits des consommateurs».

⁶⁷⁰ EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW, p. 1 ss.

⁶⁷¹ COM(2011) 635 final.

droits des consommateurs. Une proposition amendée⁶⁷² du règlement relatif au CESL est adoptée par le Parlement en 2014.⁶⁷³ La proposition de règlement relatif au CESL figure au programme de travail de la Commission pour l'année 2015.⁶⁷⁴

c) *Directive relative aux droits des consommateurs*

i. **Objectifs**

- 289 Dans le *Livre vert* de 2007, la Commission invite les parties intéressées à exprimer leur opinion sur la teneur d'une **révision de l'acquis en matière de droit de la consommation**.⁶⁷⁵ Le *Livre vert*, la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et le résumé de l'analyse d'impact qui l'accompagnent illustrent une partie des problèmes auxquels l'UE est confrontée en matière d'harmonisation et indique les voies d'interventions possibles en vue d'y remédier.
- 290 Selon la Commission, il s'agit avant tout d'adresser la problématique du **caractère incomplet du marché intérieur** sur le plan des relations commerciales. Les consommateurs ne tirent pas encore le bénéfice d'un marché de détail pleinement intégré. Le marché intérieur se heurte à des obstacles

⁶⁷² Cf. A7-0301/2013.

⁶⁷³ Le parlement européen a voté par 416 voix pour, 159 voix contre et 65 abstentions en session plénière le 26.02.2014 (Communiqué de presse du 26 février 2014, MEMO/14/137, disponible sur Internet à la p. <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-137_fr.htm> [visité le 26.06.2015]).

⁶⁷⁴ Le CESL est donc susceptible de faire l'objet de modifications supplémentaires par rapport à la proposition de règlement amendée «*afin d'exploiter pleinement le potentiel du commerce électronique dans le marché unique numérique*» (Motif du retrait/de la modification N° 60, *Annexe de la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Programme de travail de la Commission pour l'année 2015, Un nouvel élan*, du 16 décembre 2014, (COM(2014) 9010 final ANNEX 2), p. 13, disponible sur Internet à la p. <http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_fr.pdf> (visité le 26.06.2015).

⁶⁷⁵ A son lancement en 2004, le processus de révision de l'acquis en matière de protection des consommateurs a pour but de mieux répondre aux objectifs de l'accord interinstitutionnel «*Mieux légiférer*» (JO C 321 du 31 décembre 2003, p. 1-5) visant à simplifier, clarifier et rationaliser la réglementation existante (COM(2004) 651 final, p. 3 ss). Il s'inscrit également dans la continuité du *Plan d'action «simplifier et améliorer l'environnement réglementaire»*, COM(2002) 278 final/2.

pratiques et structurels qui sont avant tout d'ordre linguistique et réglementaire.⁶⁷⁶

- 291 Un obstacle réglementaire majeur vient de la **fragmentation des législations nationales** qui transposent les directives en matière de protection des consommateurs.⁶⁷⁷ La cause de ce morcellement trouve sa source principalement dans les clauses d'harmonisation minimale contenues dans les directives (*supra* n. 214). Celles-ci consacrent le droit des Etats membres à adopter des règles de protection plus strictes, prérogative dont ils ont fait largement usage.⁶⁷⁸ Le problème de la fragmentation juridique se conjugue avec la coordination imparfaite du cadre réglementaire communautaire et le «vieillessement de certaines dispositions des directives».⁶⁷⁹ La situation est encore aggravée par l'absence de coordination dans les mesures prises par les législateurs nationaux pour tenter de résoudre ces problèmes.⁶⁸⁰
- 292 La fragmentation juridique a **deux incidences**. Premièrement, elle crée une réticence chez les entreprises à vendre à des consommateurs en dehors du marché domestique, car elles doivent supporter les coûts juridiques pour veiller au respect du niveau de protection des consommateurs dans le pays importateur. Au mieux, ces coûts se répercutent sur le consommateur et au pire, les entreprises refusent d'exporter. Dans les deux hypothèses, il y a un risque de distorsion de la concurrence. Deuxièmement, elle a une influence négative sur le niveau de confiance des consommateurs par rapport aux achats transfrontaliers. Ce manque de confiance est dû à la méconnaissance de leurs droits, à leur crainte de ne pas pouvoir les faire valoir correctement, bref, à leur impression d'être moins bien protégés lors d'achats à l'étranger.⁶⁸¹
- 293 Selon la Commission, la disparité dans la réglementation des Etats membres en matière de droit de la consommation crée «des barrières importantes sur le marché intérieur, qui affectent les entreprises et les consommateurs».⁶⁸² La

⁶⁷⁶ Document de travail des services de la Commission, COM(2008) (*op. cit.*), p. 3; RISKE, p. 32.

⁶⁷⁷ Document de travail des services de la Commission, COM(2008) (*op. cit.*), p. 3.

⁶⁷⁸ RISKE, p. 32.

⁶⁷⁹ Document de travail des services de la Commission, COM(2008) (*op. cit.*), p. 3.

⁶⁸⁰ Document de travail des services de la Commission, COM(2008) (*op. cit.*), p. 3; RISKE, p. 32.

⁶⁸¹ Document de travail des services de la Commission, COM(2008) (*op. cit.*), p. 4; RISKE, p. 32 s.

⁶⁸² COM(2008) 614 final, p. 13.

diversité réglementaire aurait donc un **effet négatif sur les coûts et le nombre des transactions transfrontalières**. D'aucuns soulignent le manque de preuves empiriques supportant cet argument.⁶⁸³ D'autres facteurs tels que la langue, la culture ou la distance pourraient tout aussi bien expliquer pourquoi le commerce domestique s'est davantage développé que le commerce transfrontalier ces dernières décennies.⁶⁸⁴ Il est cependant indéniable que la diversité réglementaire n'est pas de nature à encourager le commerce transfrontalier. Malheureusement, il est tout aussi vrai qu'il est difficile d'admettre que cela soit incontestablement suffisant pour justifier l'intervention de l'UE sur la base de l'article 114 TFUE (*supra* n. 189 ss)⁶⁸⁵ ou de l'article 352 TFUE (*supra* n. 201 ss).⁶⁸⁶

- 294 Les conséquences du manque de base légale générale en matière de droit privé (*supra* n. 178) transparaissent cruellement. La Commission reste ainsi tenue de justifier chaque intervention en matière d'harmonisation des législations par l'argument de l'**optimisation effective** du marché intérieur, lorsqu'elle entend s'appuyer sur des bases légales visant l'amélioration de son fonctionnement. Or, à chaque fois, les sceptiques lui opposeront, à raison, la nécessité d'apporter les preuves empiriques quant à une suppression effective des barrières au marché ou des distorsions de concurrence.

ii. Harmonisation horizontale

- 295 Pour remédier aux défauts engendrés par l'acquis, le *Livre vert* définit l'**objectif premier** de la révision de celui-ci comme l'établissement d'un «*véritable marché intérieur des consommateurs, offrant un juste équilibre entre un niveau élevé de protection des consommateurs et la compétitivité des entreprises, dans le strict respect du principe de subsidiarité*». ⁶⁸⁷ En effet, initialement, la révision de l'acquis devait couvrir huit directives existantes en matière de protection des

⁶⁸³ Parmi d'autres, DESHAYES, p. 19; SEFTON-GREEN, p. 138 ss et les réf. citées.

⁶⁸⁴ SMITS, p. 8 et les réf. citées.

⁶⁸⁵ La directive 2011/83/UE «droits des consommateurs» est une mesure adoptée sur la base de l'art. 114 TFUE dans le cadre de l'objectif de l'art. 169(1) et (2)(a) TFUE visant à assurer un niveau de protection élevé des consommateurs (directive 2011/83/UE c. 3).

⁶⁸⁶ La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente trahit l'incertitude quant à la base de compétence de l'instrument optionnel. En effet, elle propose de baser ledit règlement sur «*le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment sur son article 114*» (COM(2011) 635 final, p. 14).

⁶⁸⁷ COM(2006) 744 final, p. 3.

consommateurs.⁶⁸⁸ Dans la proposition de directive relative aux droits des consommateurs,⁶⁸⁹ il ne s'agit toutefois déjà plus que de fusionner en une seule quatre directives existantes.⁶⁹⁰ Finalement, parmi ces dernières, la directive adoptée n'en remplacera que deux⁶⁹¹ tout en apportant des amendements cosmétiques aux deux autres.⁶⁹² Au fil des discussions, le champ matériel de la révision a fondu comme neige au soleil. Le «véritable marché intérieur des consommateurs» devra sans doute attendre.

- 296 Il n'en demeure pas moins vrai qu'en couvrant le champ de deux directives existantes désormais abrogées⁶⁹³ la directive sur les droits des consommateurs⁶⁹⁴ traduit la volonté de la Commission de mettre en place sa stratégie d'une **approche horizontale** dans l'harmonisation.⁶⁹⁵ Telle qu'envisagée dans le *Livre vert* de 2007, cette approche visait à adopter un seul instrument-cadre pour réglementer de manière systématique les caractéristiques communes de l'acquis relatives à la protection des consommateurs.⁶⁹⁶

⁶⁸⁸ Directive 85/577/CEE «contrats conclus à domicile»; directive 90/314/CEE «voyages à forfait»; directive 93/13/CEE «clauses abusives»; directive 94/47/CE «droit d'utilisation partiel»; directive 97/7/CE «contrats à distance»; directive 98/6/CE «indication des prix»; directive 98/27/CE «actions en cessation»; directive 1999/44/CE «vente de biens de consommations».

⁶⁸⁹ Pour approfondir, cf. CASTETS-RENARD, p. 1158 ss; pour une analyse comparative entre les règles modèles du DCFR et la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, cf. DE BOOYS/HESSELINK/MAK, p. 2 ss.

⁶⁹⁰ COM(2008) 614 final, p. 10. Il s'agit de la directive 85/577/CEE «contrat conclus à domicile», la directive 93/13/CEE «clauses abusives», la directive 97/7/CE «contrats à distance» et la directive 1999/44/CE «vente de biens de consommations».

⁶⁹¹ Directive 85/577/CEE «contrat conclus à domicile» et directive 97/7/CE «contrats à distance».

⁶⁹² Sur la teneur des modifications de la directive 93/13/CEE «clauses abusives» et de la directive 1999/44/CE «vente de biens de consommations», cf. les art. 32 s. de la directive 2011/83/UE «droits des consommateurs».

⁶⁹³ Directive 85/577/CEE «contrats conclus à domicile»; directive 97/7/CE «contrats à distance».

⁶⁹⁴ Directive 2011/83/UE «droits des consommateurs».

⁶⁹⁵ COM(2006) 744 final, p. 8 s.

⁶⁹⁶ Certaines questions, telles que la définition des notions fondamentales, la durée des périodes de réflexion et les modalités d'exercice du droit de rétractation sont communes à toutes les directives composant l'acquis en matière de protection des consommateurs (COM(2006) 744 final, p. 9).

- 297 La directive sur les droits des consommateurs traite bien de **caractéristiques communes** de l'acquis en droit de la consommation. Elle donne notamment des définitions de notions fondamentales à même de couvrir l'ensemble de l'acquis en la matière.⁶⁹⁷ Toutefois, et même si la directive sur les droits des consommateurs prévoit qu'elle s'applique à tous les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur (art. 3(1) directive 2011/83/UE «droits des consommateurs»), de nombreux contrats sont expressément exclus de son champ d'application (art. 3(3) directive 2011/83/UE «droits des consommateurs»). Par ailleurs, les dispositions contraires à d'autres actes régissant des secteurs spécifiques priment sur la directive en question (art. 3(2) directive 2011/83/UE «droits des consommateurs»). Enfin, celle-ci n'abrogeant ni la directive sur les clauses abusives, ni même celle sur la vente de biens de consommation – directives adaptées alors qu'elles devaient initialement être intégrées – ces dernières demeurent pleinement applicables avec leurs particularismes respectifs.⁶⁹⁸ Dès lors, les notions et institutions prévues par la directive sur les droits des consommateurs ne sont guère à même de s'appliquer en l'état au-delà des contrats conclus à domicile et des contrats à distance – domaines des directives intégrées.
- 298 Le **but** d'une harmonisation horizontale telle qu'initialement souhaitée par la Commission **n'a pas été atteint**, loin s'en faut. En effet, toutes les questions communes aux directives composant l'acquis en matière de protection des consommateurs n'ont pas été extraites desdites directives et «*régies de manière systématique dans le cadre d'un instrument horizontal*».⁶⁹⁹ En particulier, il est regrettable qu'au moins les directives sur les clauses abusives et sur la vente de biens aux consommateurs – qui régissent respectivement des aspects primordiaux en matière contractuelle et les contrats de consommation les plus courants – n'aient pas été intégrées dans la directive sur les droits des consommateurs; d'autant plus que ces deux directives et les institutions qu'elles

⁶⁹⁷ Ainsi, l'art. 2 directive 2011/83/UE «droits des consommateurs» contient une liste de définitions. En dehors de termes très génériques tels que «consommateur», «professionnel» ou «contrat de vente», la directive en question définit également des notions plus spécifiques comme «garantie commerciale», «bien fabriqué d'après les spécifications du consommateur» ou «support durable».

⁶⁹⁸ Même des définitions aussi génériques que «consommateur» ou «professionnel» ne sont pas identiques dans les directives discutées (cf. p.ex. l'art. 2(1) et (2) directive 2011/83/UE «droits des consommateurs» et l'art. 2(b) et (c) directive 93/13/CEE «clauses abusives»).

⁶⁹⁹ COM(2006) 744 final, p. 9.

prévoient ont vocation à s'appliquer transversalement. Il ne saurait dès lors être question, s'agissant de la directive sur les droits des consommateurs, d'un instrument-cadre réglementant les caractéristiques communes du droit de la consommation; un objectif qui était pourtant ouvertement annoncé par la Commission. La directive représente, au mieux, une consolidation de l'acquis en matière de contrats conclus à domicile et de contrats à distance.

iii. Harmonisation totale

- 299 Dans le *Livre vert* de 2007 (*supra* n. 287), la Commission appelle également de ses vœux une harmonisation totale, la **forme la plus contraignante** d'harmonisation complète, en lieu et place de l'harmonisation *minimale* qui permet aux Etats membres d'imposer des niveaux de protection plus élevés que ceux prévus par la directive (*supra* n. 214).⁷⁰⁰ Alors qu'une harmonisation *complète* interdit aux Etats membres d'appliquer des règles plus strictes que celles définies au niveau de la communauté (*supra* n. 218 s.), une harmonisation *totale* entraîne de surcroît l'abolition d'options législatives qui sont parfois offertes aux Etats membres par certaines dispositions des directives (*supra* n. 220). A cet égard, la Commission mentionne l'exemple de l'article 5 de la directive 1999/44/CE «vente de biens de consommation». L'article en question régit les périodes de garantie obligatoirement appliqués par les vendeurs. Cette même disposition permet toutefois aux pays membres de prévoir que le consommateur, pour bénéficier de ses droits, doive informer le vendeur du défaut de conformité dans un délai de deux mois. En cas d'harmonisation totale, ce type d'options d'implémentation offert aux Etats membres disparaîtrait.⁷⁰¹
- 300 Mal comprise, la stratégie d'harmonisation totale est **abandonnée** au terme de la consultation initiée par le *Livre vert* de 2007 (*supra* n. 220). Ainsi, le texte de la proposition de directive sur les droits des consommateurs ne table déjà plus que sur une «*harmonisation complète de certains aspects réglementaires essentiels*».⁷⁰² C'est l'approche qui sera finalement adoptée par la directive entrée en vigueur.⁷⁰³ La Commission reconnaît que l'harmonisation totale,

⁷⁰⁰ RISKE, p. 29.

⁷⁰¹ COM(2006) 744 final, p. 11.

⁷⁰² COM(2008) 614 final, p. 14.

⁷⁰³ C. 7 Directive 2011/83/UE «droits des consommateurs». Le titre «*Harmonisation complète*» de l'art. 4 figurant dans la proposition de directive (COM(2008) 614 final, p. 25) a disparu au profit du titre sans doute politiquement plus acceptable «*Niveau*

qu'elle considère pourtant avoir déjà «mise en œuvre avec succès»⁷⁰⁴ avec la directive sur les pratiques commerciales déloyales,⁷⁰⁵ nécessite une «stratégie de communication plus appropriée afin [d'en] expliquer les incidences et les avantages».⁷⁰⁶ Les germanophones et anglophones, pour le moins, ne peuvent apprécier pleinement l'exactitude de cette déclaration. «La stratégie de communication» de la Commission sur l'harmonisation totale se révèle particulièrement inefficace et ambiguë à leur encontre. En effet, les textes allemands et anglais des communications successives utilisent systématiquement la terminologie générique «harmonisation complète» («full harmonisation», «vollständige Harmonisierung») tant à l'égard de l'harmonisation complète que de l'harmonisation totale, alors que la terminologie des textes français différencie les deux institutions.⁷⁰⁷

- 301 L'abandon de l'harmonisation totale dans la proposition de directive ne s'explique toutefois pas uniquement par les contrecoups d'une gestion approximative des efforts de communication de la Commission. En effet, la Commission a déjà fort à faire ne serait-ce que pour convaincre les institutions européennes de sa proposition visant une harmonisation **complète**.⁷⁰⁸ Critiquée comme violant le principe de subsidiarité, l'impossibilité de maintenir un standard de protection plus élevé dans la proposition de directive a fait réagir négativement les organisations de protection des consommateurs, le Parlement européen et les Etats membres.⁷⁰⁹ Tous craignent un démantèlement du système de protection plus stricte en vigueur dans certains pays membres.⁷¹⁰

d'harmonisation» de l'art. 4 de la directive 2011/83/UE, sans pour autant que la teneur matérielle de la disposition ne change.

⁷⁰⁴ COM(2008) 614 final, p. 8. Pour la Commission «la stratégie d'harmonisation totale [...] marque un nouveau départ en matière de droits contractuels des consommateurs» (*Ibid.*).

⁷⁰⁵ Directive 2005/29/CE «pratiques commerciales déloyales».

⁷⁰⁶ COM(2008) 614 final, p. 8.

⁷⁰⁷ Cf. COM(2008) 614 final [FR], p. 7 s., COM(2008) 614 final [EN], p. 7; KOM(2008) 614 endgültig [DE], p. 7 s.; ég. COM(2006) 744 final [FR], p. 11; COM(2006) 744 final [EN], p. 10; KOM(2006) 744 endgültig [DE], p. 12.

⁷⁰⁸ Cf. not. l'accueil négatif réservé à la proposition dans l'Avis du Comité des régions sur les «droits des consommateurs», JO C 200 du 25 août 2009, p. 76-78.

⁷⁰⁹ Cf. FAUVARQUE-COSSON, Dalloz 2012, note de bas de page 3.

⁷¹⁰ Cf. not. les motifs du Rapporteur de la Commission européenne du Sénat de la République Française à propos de la proposition de directive et de l'analyse d'impact (www.senat.fr], p. <http://www.senat.fr/europe/subsidiarite/10_12_2008/Fiche3.pdf> visité le 26.06.2015).

- 302 Dans son adresse⁷¹¹ au *European Consumer Day* en 2010,⁷¹² la Commissaire en charge annonce qu'un **compromis** avec les Etats membres et le Parlement doit être trouvé afin de garantir un niveau de protection des consommateurs aussi élevé que possible sans trop alourdir la charge pesant sur les entrepreneurs. L'objectif est de trouver un juste équilibre entre un haut niveau de protection des consommateurs et la compétitivité des entreprises.⁷¹³ Elle se dit prête à réadapter la proposition de directive en vue de trouver une solution équilibrée en ciblant soigneusement les domaines concernés par l'harmonisation complète.⁷¹⁴ Autrement dit, la Commission se dit flexible tant à l'égard du *niveau d'harmonisation* qu'au *nombre* de directives à intégrer dans la directive sur les droits des consommateurs.
- 303 Le texte de la directive entrée en vigueur en 2011 résulte des négociations difficiles entre la Commission, le Parlement et les groupes d'intérêts représentés au Parlement.⁷¹⁵ Afin de faire adopter la directive au Parlement, en plus d'enterrer définitivement toute velléité d'harmonisation totale, la Commission a donc aussi dû se résoudre à **réduire considérablement ses ambitions** en matière d'harmonisation horizontale. A son corps défendant, il est vrai que la directive sur les droits des consommateurs prévoit des clauses d'harmonisation complète ne laissant que peu de marge de manœuvre aux Etats membres.⁷¹⁶ Partant, les options d'implémentation qui y figurent se limitent à un strict minimum.⁷¹⁷

⁷¹¹ VIVIANE REDING, *An ambitious Consumer Rights Directive: boosting consumers' protection and helping businesses*, Madrid 2010, SPEECH/10/91, (europa.eu/) <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/91&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (visité le 26.06.2015).

⁷¹² Madame VIVIANE REDING, vice-Présidente de la Commission européenne en charge de la Justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté est venue s'exprimer sur invitation du Comité économique et social européen au *European Consumer Day*, à Madrid le 15 mars 2010.

⁷¹³ REDING, SPEECH/10/91 (*op. cit.*), p. 3.

⁷¹⁴ REDING, SPEECH/10/91 (*op. cit.*), p. 4.

⁷¹⁵ Pour les différentes étapes menant à l'adoption de la directive 2011/83/UE «droits des consommateurs» par le Parlement européen, cf. le site web de l'UE à la p. <http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&DosId=197477> (visité le 26.06.2015).

⁷¹⁶ Cf. les art. 5(4), 6(7) et 9(3) directive 2011/83/UE «droits des consommateurs».

⁷¹⁷ Cf. les art. 3(4), 5(3) et 7(4) directive 2011/83/UE «droits des consommateurs».

iv. Impact

304 Malgré tout, il est indéniable que la stratégie d'harmonisation totale horizontale n'a pu être mise en œuvre telle que la Commission l'avait envisagée. En particulier, la directive sur les droits des consommateurs ne consacre pas une **évolution** considérable dans l'appréhension des mécanismes d'eupéanisation du droit privé. Loin d'une harmonisation totale de pans entiers du droit de la consommation, elle ne représente pas un «*giant leap*» dans le processus d'uniformisation du droit privé européen. Par la simple consolidation de l'acquis en matière de contrats conclus à domicile et de contrats à distance, la directive sur les droits des consommateurs fait tout au plus un «*small step*» dans la bonne direction.

d) *Proposition de règlement relatif à un droit européen commun de la vente (CESL)*

i. Objectifs

305 Malgré le succès du marché intérieur, les différences entre les droits nationaux des contrats sont autant de barrières aux transactions transfrontalières. La vente à l'étranger s'avère compliquée et coûteuse, sachant que les 28 régimes différents peuvent engendrer des coûts de transaction additionnels, une insécurité juridique et un manque de confiance des consommateurs. Les **entreprises** voulant s'adonner à des transactions transfrontalières doivent s'adapter aux différents droits des Etats membres, traduire les textes légaux et mandater des juristes. Les PME sont particulièrement affectées par les coûts transactionnels élevés. Selon la Commission, une entreprise dépenserait en moyenne €10'000.- pour chaque nouveau marché d'exportation.⁷¹⁸ Le CESL, permettant la vente à distance de biens sur la base d'un seul droit, devrait contribuer à faire baisser ces dépenses.

306 Les **consommateurs**, quant à eux, n'ont pas la confiance nécessaire pour prendre pleinement avantage du potentiel du marché intérieur numérique. D'après le législateur européen, le CESL faciliterait l'accès à un plus grand choix de produits à des prix plus compétitifs, tout en assurant un haut niveau de protection des consommateurs.⁷¹⁹ Il est permis de douter que le manque de

⁷¹⁸ Communiqué de presse du 26 février 2014, MEMO/14/137, p.<[http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-14-137 fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-137_fr.htm)> (visité le 26.06.2015).

⁷¹⁹ *Ibid.*

confiance des consommateurs tient à la seule absence de droit uniforme favorable au consommateur. Le risque inhérent aux transactions numériques, tel le vol de données personnelles ou la contamination par virus malveillants, nous semble être un facteur au moins aussi important dans la réticence des consommateurs à s'adonner aux transactions électroniques.

- 307 Néanmoins, en prévoyant «*un corps complet de règles uniformes*»,⁷²⁰ le CESL offre de **nouvelles perspectives** à la stratégie d'harmonisation totale horizontale.⁷²¹ Le CESL a le potentiel d'être un jalon sur le chemin vers un droit européen commun des contrats.⁷²² Approuvé par une forte majorité du Parlement européen en 2014,⁷²³ le CESL figure au programme de travail de la Commission pour l'année 2015.⁷²⁴

ii. Nature

- 308 Un instrument optionnel par voie de règlement incarne d'ores et déjà une approche novatrice à l'harmonisation. Etant facultatif pour les parties, l'instrument optionnel est libéré des contraintes de niveau et d'étendue d'harmonisation devant être imposées aux Etats membres par les mesures d'harmonisation «classiques» (*supra* n. 214 ss). En effet, un tel instrument optionnel – s'il devait être adopté en l'état – instaurerait un **régime autonome totalement harmonisé à disposition des parties**, plutôt qu'un standard d'harmonisation sectoriel prescrit aux Etats. Seuls l'instrument en tant que tel et

⁷²⁰ A7-0301/2013, Amendement 6 p. 10.

⁷²¹ Pour une analyse approfondie de la proposition, cf. not. MARTIN SCHMIDT-KESSEL (édit.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, Munich 2012.

⁷²² FAUVARQUE-COSSON, Dalloz 2012, p. 34.

⁷²³ Le Parlement européen a voté par 416 voix pour, 159 voix contre et 65 abstentions en session plénière le 26.02.2014 (Communiqué de presse du 26 février 2014, MEMO/14/137, disponible sur Internet à la p. <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-137_fr.htm> [visité le 26.06.2015]).

⁷²⁴ Le CESL figure au n. 60 de la liste des retraits ou des modifications de proposition en attente. Le CESL fait encore l'objet de modifications par rapport à la proposition de règlement initiale «*afin d'exploiter pleinement le potentiel du commerce électronique dans le marché unique numérique*» (Motif du retrait/de la modification N° 60, *Annexe de la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Programme de travail de la Commission pour l'année 2015, Un nouvel élan*, du 16 décembre 2014, (COM(2014) 9010 final ANNEX 2), p. 13, disponible sur Internet à la p. <http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_fr.pdf> (visité le 26.06.2015).

le fait de laisser aux justiciables la faculté de le choisir seraient imposés aux Etats membres, sachant que le règlement est un acte immédiatement obligatoire dans tous ses éléments (art. 288 TFUE). Contrairement à la directive, le règlement ne supposerait pas de transposition préalable dans le droit interne. Dès lors, les disparités nationales dues aux divergences d'implémentations sont court-circuitées. Au contraire, le CESL serait un régime juridique facultatif mais *uniforme*, consolidant par ailleurs l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs. Intégré aux droits nationaux, le CESL laisserait en place les régimes juridiques nationaux existants, tout en constituant un régime supplémentaire alternatif. La proposition d'instrument optionnel se veut suffisamment complète pour être appliquée de manière autonome.

iii. Champ d'application

- 309 En l'état, le CESL contient des **règles contractuelles générales**. Ainsi ses dispositions traitent-elles notamment de la conclusion et de l'interprétation du contrat, ou encore de son annulation pour cause d'erreur, dol ou menaces.⁷²⁵
- 310 Le CESL est applicable aux **contrats à distance** transfrontaliers; l'accent étant mis sur les contrats conclus par voie électronique.⁷²⁶ Les professionnels actifs à la fois au niveau du commerce transfrontalier et purement domestique devraient avoir la possibilité de soumettre leur contrat à un seul droit uniforme. C'est pourquoi le législateur européen encourage les Etats membres à proposer aux parties de recourir au CESL également dans le contexte purement national.⁷²⁷
- 311 Le CESL couvre la **vente de biens** (objets mobiliers corporels), la **fourniture de biens à fabriquer ou à produire**,⁷²⁸ la **fourniture de contenu numérique** et la **fourniture d'un service connexe** à un bien ou contenu numérique.⁷²⁹ Les contrats de «*Cloud-computing*» relatifs à la fourniture de contenu numérique ou de services connexes entrent dans le champ d'application du CESL, en particulier lorsque le contenu numérique peut être téléchargé du «*Cloud*» du fournisseur ou temporairement sauvegardé dans ce dernier.⁷³⁰

⁷²⁵ A7-0301/2013, Amendement 75 (art. 11 bis (1)).

⁷²⁶ A7-0301/2013, Amendement 1 (c. 8).

⁷²⁷ Cf. COM(2011) 635 final, c. 15.

⁷²⁸ Art. 2(k) COM(2011) 635 final.

⁷²⁹ COM(2011) 635 final, p. 20; A7-0301/2013 Amendement 8 (c. 17 bis).

⁷³⁰ Cf. A7-0301/2013, Amendement 8 (c. 17 bis) et Amendement 10 (c. 19).

- 312 Le CESL couvre tant les contrats B2C que B2B.⁷³¹ Il intègre l'**acquis communautaire** prévoyant un haut niveau de protection des consommateurs. Ainsi, dans les relations B2C, la convention des parties pour l'application du CESL (*infra* n. 1134 ss) ne peut pas prévoir une application partielle du CESL. Par contre, dans les relations B2B, le CESL peut être appliqué partiellement dans la mesure autorisée par l'instrument optionnel.⁷³²

iv. Critique

- 313 Le CESL fait suite aux travaux du groupe d'experts sur un droit européen des contrats,⁷³³ qui lui-même a puisé dans le DCFR et les autres projets académiques européens connexes (PECL, PEL, ACQP).⁷³⁴ La Commission s'est également inspirée des modèles internationaux préexistants (CVIM, PICC), sachant que ceux-ci ont déjà servi de guide pour les projets européens mentionnés. Alors que les modèles de droit uniforme vont au-delà du domaine de la vente, l'instrument optionnel se focalise sur le contrat de **vente**, «*archétype du droit des contrats*».⁷³⁵ D'aucuns regretteront que les travaux qui avaient potentiellement comme but l'élaboration d'un Code civil européen n'aboutissent finalement qu'à une sorte de CVIM «*bis*» pour les contrats de vente à distance, sans grande utilité apparente.
- 314 Cette critique nécessite d'être relativisée sur **deux points**. Premièrement, la CVIM manque partiellement son objectif d'unification en raison de ses lacunes et des réserves faites par les Etats. Tous les Etats membres de l'UE ne l'ont d'ailleurs pas ratifiée. De plus, il n'existe pas de juridiction étatique supranationale à même de garantir une uniformité d'interprétation. En outre, la CVIM n'étant pas tournée vers la protection des consommateurs, elle ne contient pas de règles impératives à cet égard. Deuxièmement, même s'il est regrettable que la Commission n'ait pas eu le courage de saisir l'opportunité d'élaborer un texte complet couvrant d'autres contrats que la vente à distance, le CESL contient certains principes de la théorie générale des contrats.

⁷³¹ A7-0301/2013, Amendement 70 (art. 7).

⁷³² A7-0301/2013, Amendement 72 (art. 8(3)).

⁷³³ EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW, p. 1 ss.

⁷³⁴ HESSELINK, ERPL 2012, p. 198.

⁷³⁵ FAUVARQUE-COSSON, Dalloz 2012, p. 35.

v. Réticences et autres obstacles à une codification européenne

(a) Controverse

- 315 Le CESL s'inscrit dans une problématique plus large. L'eupréanisation du droit privé doit-elle nécessairement aboutir à plus ou moins long terme à un **droit privé uniforme** à l'échelle de l'UE? Dans le cadre de cette question, il n'est guère possible de faire abstraction de la controverse relative à l'éventualité d'un Code européen de droit privé.
- 316 Si certains, à l'instar des privatistes du Projet GANDOLFI (*infra* n. 400 ss), n'ont guère de doutes quant à la **nécessité** d'une codification au sens classique, d'autres y émettent des réserves⁷³⁶ ou s'y opposent ouvertement.⁷³⁷ En effet, il est possible de se demander si la codification n'est pas un phénomène historiquement dépassé. Lorsqu'on songe à la codification, notre réflexion s'ancre le plus souvent au contexte historique des XVIII^e et XIX^e siècles, imprégné de nationalisme et des Lumières (*supra* n. 110 s.). S'il est vrai que ces caractéristiques n'ont pas entièrement disparu de notre époque, leur temps semble révolu. Il n'est toutefois pas sûr qu'il en soit de même en ce qui concerne la codification.⁷³⁸

(b) Argument scientifique

- 317 Alors que les partisans d'une codification font appel à une image positive de cohérence visionnaire et sont convaincus qu'elle est un élément constitutif d'un marché unique,⁷³⁹ les adeptes d'une **concurrence entre ordres juridiques** plaident pour la continuation du fonctionnement de normes simultanément en vigueur et parfois en conflit.⁷⁴⁰ Les détracteurs du Code civil européen argumentent que le processus de codification est d'un autre âge. Au système classique de normes hiérarchisées où le Code coifferait le haut de la pyramide, ils préfèrent un droit privé européen moderne qu'ils conçoivent comme un système formé de l'intersection des différents ordres juridiques nationaux et supranationaux. En dehors des domaines régis par l'UE, les lois nationales continueraient d'être applicables et les particularismes juridiques régionaux

⁷³⁶ Cf. not. VON BAR, EJCL, p. 1 ss.

⁷³⁷ Ainsi, KENNY, p. 781.

⁷³⁸ GUILLOD/ROTH, p. V s.; GRUNDMANN, p. 510.

⁷³⁹ BASEDOW, p. 17 ss.

⁷⁴⁰ KENNY, p. 779.

resteraient valables.⁷⁴¹ Cette approche polycentrique, qualifiée d'«interlégalté»,⁷⁴² est censée promouvoir une saine concurrence entre les différentes sources de droit privé, elle-même garante de l'élaboration de solutions innovantes et meilleures. Dans cette conception, les sources non nationales, qu'elles viennent de l'UE ou qu'il s'agisse de la CVIM, des PICC et autres *leges mercatoriae*, complètent le système et s'ajoutent aux systèmes nationaux en vigueur.⁷⁴³

- 318 A la lumière de ces considérations, il n'est guère étonnant que les partisans de l'interlégalté (qui n'est rien d'autre que le *statu quo*) voient un éventuel Code européen comme un système s'ajoutant aux autres et contribuant ainsi à la fragmentation du droit.⁷⁴⁴ Ce pronostic n'est vrai que dans l'hypothèse où le fonctionnement du Code est parallèle aux ordres juridiques nationaux et que son application présuppose un **choix exprès en sa faveur** par les parties («*Opt-in*»).⁷⁴⁵ Or, c'est précisément le cas du CESL. Adopté en l'état, l'instrument optionnel risque de fournir des arguments également aux opposants à une codification de plus large envergure.
- 319 La complexification du système qu'impliquerait l'adoption d'un Code européen ne tient pas à sa nature même, mais bien plutôt à sa façon de le mettre en œuvre. Quant aux appréhensions que l'unification du droit s'oppose à une concurrence productive entre systèmes nationaux et que l'univers du droit se trouverait appauvri par leur disparition, elles se révèlent infondées. Tant et aussi longtemps que l'unification du droit se fait dans le cadre d'un instrument s'appliquant à **moins d'une exclusion** des parties («*Opt-out*»), les parties ont l'avantage de pouvoir se référer à un cadre commun dans leurs négociations sans pour autant être privées du droit d'y déroger et d'y substituer des règles qu'elles jugent plus efficaces.⁷⁴⁶ Or, le droit des contrats étant lui-même un domaine qui, par nature, foisonne de règles dispositives, il s'avère être le candidat idéal pour une codification à l'échelle européenne.

⁷⁴¹ RISKE, p. 56.

⁷⁴² AMSTUTZ, p. 70 ss.

⁷⁴³ RISKE, p. 57.

⁷⁴⁴ KENNY, p. 781.

⁷⁴⁵ RISKE, p. 57.

⁷⁴⁶ *Ibid.*

(c) *Argument culturel*

- 320 Un autre obstacle à un Code civil européen est de parvenir à convaincre les pays de tradition civiliste d'abandonner leurs Codes si durement acquis (*infra* n. 322) et à persuader les pays de la *Common law* d'en adopter un (*infra* n. 321). C'est là que se situe le cœur de la problématique et le principal inconvénient. Il nécessite le sacrifice d'une des **valeurs fondamentales** de l'UE: la pluralité culturelle.
- 321 L'adoption d'un Code civil européen est une perspective particulièrement angoissante pour les praticiens des pays européens de la *Common law*, Angleterre en tête. En effet, il implique l'**abandon** de leur culture juridique, basée sur un droit casuistique depuis près d'un millénaire (*supra* n. 90 ss). Au-delà du principe même d'un Code, le DCFR, à lui seul, trouve généralement un accueil empreint de scepticisme par les juristes de la *Common law*.⁷⁴⁷ Ceux-ci peuvent en effet se montrer réfractaires eu égard au goût parfois prononcé du DCFR pour la terminologie et les concepts romano-germaniques.⁷⁴⁸
- 322 Si le principe d'un Code est fermement enraciné dans la culture romano-germanique, l'abandon du Code national au profit d'un Code européen n'est toutefois pas une opération anodine pour les pays civilistes. En effet, le Code national est un vecteur de l'identité et de l'unité nationales pour ceux-ci (*supra* n. 131). Outre les changements et innovations quant à l'environnement juridique qu'un Code civil européen ne manqueraient pas d'impliquer, abandonner son Code national au profit d'un Code européen signifie avant tout perdre une **partie de son identité** culturelle.
- 323 Au-delà des difficultés techniques que toute unification du droit entraîne (les différences entre les institutions et concepts juridiques devant être surmontées par des travaux préparatoires comparatifs extensifs), les obstacles à une codification à l'échelle européenne tiennent donc surtout de **motifs psychologiques** (routine, fierté juridique nationale).⁷⁴⁹

⁷⁴⁷ Alors que traditionnellement les juristes anglais n'ont jamais été les champions d'un Code civil européen, une minorité plaide toutefois pour son introduction ou, du moins, suggère de saisir l'opportunité du DCFR comme point de départ à un débat plus large sur les principes et les règles du *law of contract* anglais (HONDIUS, ERPL 2009, p. 85; CARTWRIGHT, p. 155 ss).

⁷⁴⁸ Sur la nature néopandectiste du DCFR, cf. VAQUER, p. 487 ss.

⁷⁴⁹ ZWEIGERT/KÖTZ, p. 26.

(d) *Obstacle juridique*

- 324 S'il n'est pas impossible de justifier le sacrifice de la diversité des cultures juridiques par des motifs d'intérêt général, encore faut-il s'assurer de l'existence d'une **base légale** communautaire incontestée.⁷⁵⁰ Pour l'heure, un tel fondement de compétence n'existe pas dans les traités. Les pays anglo-saxons membres de l'UE étant, pour l'heure, opposés à toute codification, la perspective d'une révision des traités dans ce sens demeure lointaine (*supra* n. 273). L'absence de base légale générale pour unifier le droit privé est à la fois la cause et la conséquence du manque de volonté politique pour une codification européenne à large échelle.

e) *Synthèse*

- 325 En définitive, le CESL est à saluer, dans la mesure où il fait avancer le débat au sujet de la codification du droit privé européen. D'autre part, l'instrument optionnel est susceptible de participer au **développement** du droit européen des contrats, au-delà du seul domaine de la vente à distance. «*Il pourra servir de CCR, pour d'autres contrats, non couverts par son champ d'application*».⁷⁵¹ Alors que la directive sur les droits des consommateurs n'a pu satisfaire les espoirs suscités en matière d'harmonisation totale horizontale, cette dernière trouve une application novatrice, bien qu'optionnelle, grâce au CESL. Sans aller jusqu'à affirmer que ledit instrument est un «*nouveau modèle de codification*»⁷⁵² pour les initiatives nationales visant à reformer le droit des contrats *en dehors* de l'Europe, il représenterait une étape nouvelle dans l'optique de l'uniformisation du droit privé *en Europe*. Sans doute pourra-t-on déplorer le manque d'ambition de la Commission quant à son étendue ou sa mise en œuvre. Il eut été possible de couvrir plus que le droit de la vente à distance ou de prévoir qu'il s'applique à moins d'une exclusion expresse par les parties («*Opt-out*»). Cependant, les discussions autour de sa base légale dans les traités (*supra* n. 260),⁷⁵³ incertaine à notre sens,⁷⁵⁴ ont probablement conditionné le choix arrêté par la Commission.⁷⁵⁵

⁷⁵⁰ RISKE, p. 57.

⁷⁵¹ FAUVARQUE-COSSON, Dalloz 2012, p. 35.

⁷⁵² FAUVARQUE-COSSON, Dalloz 2012, p. 42; GRUNDMANN, p. 497.

⁷⁵³ Cf. MICKLITZ, p. 135.

- 326 Malgré tout, le CESL peut être qualifié de **premier Code européen**, certes facultatif et limité à la vente à distance.

D. Droit privé conventionnel

1. Notion

- 327 Il convient de compter le droit privé conventionnel («*staatsvertragliches Einheitsprivatrecht*») parmi les vecteurs d'européanisation du droit privé. Même si (ou parce que) le droit privé conventionnel s'applique au-delà des frontières communautaires en tant que droit unifié («*Einheitsrecht*»), il est un **modèle incontournable** pour le processus d'uniformisation du droit privé européen.
- 328 Au sens strict, il faut comprendre la locution «droit privé unifié» comme une **unification du droit privé par le biais de Conventions internationales**.⁷⁵⁶ C'est la forme classique pour uniformiser le droit au niveau international.⁷⁵⁷ Un droit matériel transnational uniforme est bien sûr le but et l'avantage de ce procédé.
- 329 Il faut cependant se garder d'occulter l'inconvénient majeur de cette méthode qui réside dans son **manque de flexibilité** à deux égards. D'abord, à l'égard de la procédure de ratification qui est régie, abstraction faite de la possibilité d'émettre des réserves, par le principe «*take it or leave it*». Ensuite et surtout, il y a un manque de souplesse au moment d'éventuelles révisions qui nécessitent à nouveau l'accord de tous les pays participants à la Convention.⁷⁵⁸
- 330 Dans les lignes suivantes, il est question de droit privé unifié par des Conventions internationales dont sont parties des pays membres ou non de l'UE.⁷⁵⁹ Nous nous limitons à souligner l'importance de la **CVIM** (*infra* n. 335 ss) en tant que figure de proue du droit privé conventionnel et à rappeler l'existence de **deux lois uniformes** relatives à la vente internationale d'objets mobiliers corporels (*infra* n. 331 ss) en tant que précurseurs en la matière.

⁷⁵⁴ D'aucuns considèrent l'art. 114(3) TFUE comme acceptable pour autant que le niveau de protection du consommateur dans le règlement soit aussi élevé que dans la proposition de la Commission (Cf. HESSELINK, ERPL 2012, p. 195).

⁷⁵⁵ BEHAR-TOUCHAIS/FAUVARQUE-COSSON/JACQUEMIN, p. 205.

⁷⁵⁶ KRAMER, p. 10; TWIGG-FLESNER, *Europeanisation*, p. 3.

⁷⁵⁷ ATF 129 III 335 c. 6.

⁷⁵⁸ KRAMER, p. 10; RISKE, p. 51 s.

⁷⁵⁹ MIGNON, n. 95.

2. Lois uniformes sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels (LUVI et LUFV)

- 331 S'il est un domaine où il se justifie d'unifier internationalement le régime applicable, c'est bien celui de la vente internationale d'objets mobiliers. Eu égard au nombre en augmentation constante de transactions internationales que la vente de marchandises a généré depuis l'avènement des moyens de transport transcontinentaux, le maintien des systèmes juridiques nationaux apparut incongru aux juristes au début du XX^e siècle. L'introduction d'un **système unique de référence** doit continuer à être saluée comme un progrès, non seulement par les juristes, mais également par les premiers concernés, les opérateurs économiques, souvent issus de cultures juridiques différentes.
- 332 La **création** d'une loi uniforme sur la vente internationale de marchandises remonte aux travaux du professeur autrichien RABEL à la fin des années 1920. A sa suggestion en 1930, l'institut UNIDROIT (*infra* n. 431)⁷⁶⁰ adopta le projet et s'attela à la tâche de préparer un avant-projet de loi sur la vente internationale.⁷⁶¹
- 333 Après la fin de la guerre et l'interruption du projet, les efforts entrepris aboutirent finalement à **deux Conventions** de La Haye: la *Loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels* (LUVI)⁷⁶² et la *Loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels* (LUFV).⁷⁶³ Les textes des deux instruments furent adoptés en 1964, mais aucun des deux n'entra en vigueur avant 1972, faute d'avoir obtenu les ratifications nécessaires. Ces textes n'ont guère eu le succès escompté, puisque seuls neuf Etats les ont ratifiés.⁷⁶⁴

⁷⁶⁰ Cf. [unidroit.org](http://www.unidroit.org) (visité le 26.06.2015).

⁷⁶¹ MCKENDRICK, p. 6; RISKE, p. 52.

⁷⁶² Texte de la Convention disponible sur Internet à la p. <<http://www.unidroit.org/fr/instruments/la-vente-internationale/international-sales-luvi-1964-fr>> (visité le 26.06.2015).

⁷⁶³ Texte de la Convention disponible sur Internet à la p. <<http://www.unidroit.org/fr/instruments/la-vente-internationale/international-sales-lufv-1964-fr>> (visité le 26.06.2015).

⁷⁶⁴ Le Royaume-Uni, la Belgique, l'Allemagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, Saint Marin, Israël et la Gambie. Entretemps, la plupart de ces Etats les ont dénoncé (cf. p. <<http://www.unidroit.org/fr/etat-ulis-1964>> et <<http://www.unidroit.org/fr/etat-ulis-1964>> [visités le 26.01.2015]).

- 334 Il faut rechercher la signification majeure des Conventions de La Haye dans le fait qu'elles ont été le **point de départ** pour la rédaction de ce qui allait devenir la CVIM.⁷⁶⁵

3. Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)

a) Présentation

- 335 S'il est vrai que la *Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CVIM) diffère des Conventions de La Haye (*supra* n. 333) sur certains points, cette différenciation ne s'est faite qu'après une pondération attentive des enjeux. Aujourd'hui, la CVIM est une Convention qui a une **résonance** indéniable. Elle a été ratifiée par la plupart des Etats européens⁷⁶⁶ et son influence se fait ressentir dans les droits nationaux.⁷⁶⁷ Pour la Suisse, la CVIM est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1991. Il y a d'excellents ouvrages doctrinaux⁷⁶⁸ qui traitent de la CVIM et il existe un volume impressionnant de jurisprudence à son sujet qui est facilement accessible grâce à de très bons sites web.⁷⁶⁹

b) Champ d'application

- 336 La CVIM régit les **contrats internationaux de vente de marchandises**. Le droit de la Convention s'applique entre des parties au contrat ayant des établissements dans des Etats différents, soit lorsque ces Etats sont des Etats contractants (art. 1(1)(a) CVIM), soit lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant (art. 1(1)(b) CVIM).

⁷⁶⁵ RISKE, p. 52 s.

⁷⁶⁶ Le Royaume-Uni, l'Irlande et le Portugal n'ont notamment pas ratifié la CVIM. Au niveau international, la CVIM comptait 83 Etats parties en date du 26 juin 2015 (pour l'état actualisé des ratifications, cf. [www.uncitral.org], p. <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> (visité le 26.06.2015).

⁷⁶⁷ MCKENDRICK, p. 7.

⁷⁶⁸ Cf. not. INGEBORG SCHWENZER (édit.), *Schlechtriem/Schwenger Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG* –, 6^e éd., Munich 2013 et les réf. citées.

⁷⁶⁹ Cf. not. ciscg-online.ch, ciscg.law.pace.edu et uncitral.org (visités le 26.06.2015).

Dans son champ d'application (art. 1 ss CVIM), le droit uniforme de la CVIM remplace le droit matériel national auquel les règles de conflit de lois renvoient.⁷⁷⁰

- 337 La Convention se limite à prévoir des règles sur la **formation** du contrat de vente de marchandises (art. 4 et 14 ss CVIM), les **droits et les obligations** des parties qu'un tel contrat fait naître (art. 4, 30 ss et 53 ss CVIM), les conséquences de la **violation** de ces droits et obligations (art. 45 ss, 61 ss et 71 ss CVIM) ainsi que des dispositions sur le **transfert des risques** (art. 66 ss CVIM).
- 338 En revanche, elle ne régit **ni la validité** du contrat (art. 4(a) CVIM), **ni le transfert de la propriété** résultant du contrat (art. 4(b) CVIM).
- 339 Lorsque les conditions d'application de la CVIM sont remplies, elle demeure un instrument optionnel «**Opt-out**»,⁷⁷¹ dans le sens où les parties peuvent choisir d'exclure toute ou partie de la Convention (art. 6 CVIM), par une élection de droit en faveur d'un régime légal spécifique par exemple.⁷⁷²

c) *Impact*

- 340 Il est difficile d'estimer à quel point la CVIM a atteint l'**objectif d'harmonisation** du droit de la vente internationale à travers le monde. La CVIM contient bien une disposition qui vise à garantir autant que possible l'uniformité de son interprétation (art. 7 CVIM). C'est une de ses forces. Malgré tout, il y a des indices suggérant que les tribunaux et arbitres sont encore

⁷⁷⁰ MÜLLER/MADER, n. 433.

⁷⁷¹ A l'inverse, les parties peuvent également opter pour le droit de la CVIM lorsque les conditions de son application ne sont *pas* remplies («*Opt-in*»; SCHWENZER/HACHEM, n. 29 ss ad art. 6 CVIM). En droit suisse, sous réserve de normes impératives contraires (cf. art. 120 al. 2 et art. 18 s. LDIP), un tel choix en faveur de la CVIM est possible selon la *lex fori* (art. 116 LDIP), respectivement la *lex arbitri* (art. 187 al. 1 LDIP) (cf. BRUNNER/MANNER/SCHMITT, *UN-Kaufrecht – CISG*, n. 10 ad art. 6 CVIM).

⁷⁷² Une référence générale au droit d'un pays contractant est en générale insuffisante, sachant que la CVIM est justement intégré au droit matériel du pays en question. Pour valablement exclure l'application de la Convention, les parties veilleront à préciser exactement à quel régime juridique elles veulent se soumettre, en se référant p.ex. au «*Code des obligations suisse*» (MÜLLER/MADER, n. 455 ; SCHWENZER/HACHEM, n. 14 ad art. 6 CVIM; *nuancé*: BRUNNER/MANNER/SCHMITT, *UN-Kaufrecht – CISG*, n. 3 ad art. 6 CVIM).

prompts à interpréter la CVIM à travers le prisme de leur droit national.⁷⁷³ En outre, il n'y a pas de juridiction supranationale spécifique garante de son application uniforme.

- 341 Comme la CVIM opère sur une base «*Opt-out*» (*supra* n. 339), on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle s'applique à un grand nombre de contrats de vente internationale de marchandises, sans même que les parties n'en aient nécessairement conscience.⁷⁷⁴ Elle n'a toutefois eu qu'un **succès relatif**, les cocontractants ayant souvent tendance à l'écarter au profit d'autres systèmes juridiques.⁷⁷⁵ Dans un sondage effectué en 2008,⁷⁷⁶ visant à déterminer l'utilisation de différents régimes juridiques par les études d'avocats dans les Etats membres de l'UE, presque deux tiers des personnes interrogées ont déclaré qu'elles excluaient en général ou occasionnellement la CVIM.⁷⁷⁷
- 342 Toujours est-il qu'une de ses réussites majeures a été le développement d'un **cadre consensuel** pour l'analyse de questions juridiques complexes en matière de droit de la vente en particulier et du droit des contrats en général.⁷⁷⁸
- 343 Il est bien sûr possible d'être en désaccord avec certaines des solutions prescrites par la CVIM, mais il est difficile de remettre en cause son **importance pratique et académique**. En tant qu'aboutissement en matière d'uniformisation, le droit de la CVIM a notamment servi de source d'inspiration pour l'élaboration des PECL,⁷⁷⁹ du DCFR,⁷⁸⁰ et du CESL.⁷⁸¹

⁷⁷³ MCKENDRICK, p. 7; RISKE, p. 53.

⁷⁷⁴ SEFTON-GREEN, p. 139.

⁷⁷⁵ LOW, p. 300.

⁷⁷⁶ OXFORD INSTITUTE FOR EUROPEAN AND COMPARATIVE LAW, *Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law*, Octobre 2008, réponse à la question 27, sondage accessible sur le web à la p. <<http://denning.law.ox.ac.uk/iecl/pdfs/Oxford%20Civil%20Justice%20Survey%20-%20Summary%20of%20Results,%20Final.pdf>> (visité le 26.06.2015).

⁷⁷⁷ Pour les raisons psychologiques possibles derrière cette réticence, cf. LOW, p. 300 ss.

⁷⁷⁸ MCKENDRICK, p. 7; RISKE, p. 53.

⁷⁷⁹ LANDO, p. 92; RISKE, p. 53.

⁷⁸⁰ COM(2003) 68 final, p. 20.

⁷⁸¹ FAUVARQUE-COSSON, Dalloz 2012, p. 35.

E. Conclusions intermédiaires

- 344 Le **volet politique** du processus d'uniformisation du droit privé européen est constitué de vecteurs d'eupéanisation du droit privé d'origine tant internationale qu'eupéenne-communautaire. Le catalyseur premier du droit privé européen se retrouve cependant dans cette dernière catégorie. Il s'agit de l'acquis communautaire issu du processus d'intégration de l'UE.
- 345 Le droit primaire a engendré, principalement pour des raisons de protection des consommateurs et de bon fonctionnement du marché intérieur, l'état actuel du droit privé communautaire, composé avant tout d'un **assemblage hétéroclite de directives** relatives à diverses matières spécifiques. Ces sources de droit privé sont fragmentaires et non cordonnées. L'ordre juridique communautaire a légiféré par une approche sectorielle lorsqu'un besoin particulier d'harmonisation ou de réglementation s'est fait sentir.
- 346 Les directives relatives à la **protection des consommateurs**, dans le cadre contractuel et au niveau de la responsabilité civile, constituent la figure de proue en matière d'eupéanisation du droit privé. Ainsi, l'émergence du droit privé communautaire se traduit principalement par l'adoption, dès 1985, de directives d'harmonisation visant un haut niveau de protection des consommateurs dans le marché intérieur.
- 347 Si le droit privé communautaire trouve ses racines dans ce domaine particulier, c'est que son «point d'entrée» dans l'acquis communautaire dépend de l'existence d'un fondement de compétence dans les traités. Or, en l'état actuel de ces derniers, il n'existe pas de **base légale générale** pour légiférer en matière de droit privé. La protection des consommateurs et le fonctionnement du marché intérieur sont précisément les domaines dans lesquels le législateur européen est habilité à légiférer en droit privé. Dès lors, il n'est guère surprenant que la politique juridique poursuivie par le législateur européen en matière de droit privé soit fortement imprégnée de ces mêmes domaines.
- 348 Les **compétences** communautaires en matière de droit privé sont disparates. Le pouvoir de l'UE d'harmoniser le droit privé est de nature purement fonctionnelle. Son étendue est définie exclusivement par référence aux objectifs énoncés dans les traités, parmi lesquels figure en bonne place le fonctionnement du marché intérieur. Les buts poursuivis par les directives – principaux instruments législatifs en matière d'harmonisation – ne sont dès lors que l'expression de ces objectifs, et non une harmonisation du droit privé comme fin en soi.

- 349 Derrière quelques dispositions **spécifiques** (p.ex. art. 153, 169, 192 TFUE) donnant à l'UE la compétence de légiférer dans certaines matières particulières relatives au droit privé, il existe des fondements de compétence **transversaux** (art. 114, 115 et 352 TFUE) contenant des objectifs généraux à atteindre indépendamment de la matière concernée. Ainsi, ces dispositions transversales visent l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, et plus généralement, la réalisation des objectifs de l'UE dans le fonctionnement du marché intérieur. Les compétences transversales font office de bases légales d'harmonisation privilégiées lorsqu'aucune compétence spécifique relative au marché intérieur n'est applicable.
- 350 Parmi les dispositions transversales, les fondements de compétence primordiaux (art. 114 et 115 TFUE) pour l'adoption de directives en matière de droit privé se trouvent dans le chapitre du TFUE relatif au «*rapprochement des législations*» (art. 114 à 118 TFUE). L'intitulé désigne la même tâche centrale de l'UE, à savoir l'**harmonisation des législations**. Cette dernière a en particulier comme fonctions de contribuer à éliminer les obstacles à l'exercice des libertés individuelles et à éviter les distorsions de concurrence qui résultent de l'application des dispositions divergentes des Etats membres. Ainsi, les mesures édictées sur la base des fondements de compétence d'harmonisation ne peuvent pas poursuivre l'harmonisation comme but en soi. Bien plus, l'harmonisation n'est qu'un moyen parmi d'autres pour l'optimisation du marché intérieur.
- 351 L'**article 114 TFUE** est le plus important moteur d'intégration du droit privé en général et du droit des contrats en particulier. En vertu de cet article, le législateur communautaire a la compétence d'adopter, non seulement des directives, mais toutes les autres mesures d'harmonisation qui ont pour objet l'établissement et la réalisation du marché intérieur (nature fonctionnelle de la compétence). L'UE peut notamment légiférer, en prenant comme base un niveau élevé de protection, dans les domaines tels que la protection du consommateur, de l'environnement ou de la santé. De manière générale, le champ d'application de l'article 114 TFUE s'étend essentiellement à la libre circulation des marchandises et à la suppression des distorsions de concurrence engendrées par la diversité réglementaire au sein des Etats membres. Pour autant, la mesure d'harmonisation choisie doit nécessairement viser l'élimination d'obstacles effectifs au fonctionnement du marché intérieur. Les seules différences entre dispositions nationales et le seul danger abstrait pour les libertés fondamentales ou d'éventuelles distorsions de concurrence ne suffisent pas pour une réglementation basée sur l'article 114 TFUE. En outre, en raison des possibilités de dérogation prévues par l'article 114(4) et (5) TFUE, les Etats

membres peuvent maintenir ou introduire des dispositions nationales divergentes pour des motifs impérieux (moralité, ordre et sécurité publique, protection des individus, preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement, etc.). Au-delà de ces possibilités de dérogation laissées ouvertes par l'article 114 TFUE, sa nature fonctionnelle et son champ d'application matériel limité sont autant d'obstacles pour une unification du droit privé européen à large échelle sur la base de cet article.

352 Les **deux autres bases légales** d'harmonisation privilégiées (art. 115 et 352 TFUE) assument une fonction résiduelle par rapport à l'article 114 TFUE. L'article 115 TFUE, qui ne connaît que la directive comme mesure d'harmonisation, peut servir uniquement dans les domaines exclus du champ d'application de l'article 114 TFUE (fiscalité, libre circulation des personnes et droits et intérêts des travailleurs salariés). Or, abstraction faite de la fiscalité directe, il existe des compétences spécifiques étendues dans les traités qui trouvent application à la place de l'article 115 TFUE. Quant à l'article 352 TFUE, lui non plus ne peut faire office de base légale générale en matière de droit privé. Certes, il concerne l'hypothèse d'une absence ou d'une insuffisance de fondement de compétence pour l'adoption d'un acte communautaire effectivement nécessaire à la réalisation des objectifs de l'UE dans le fonctionnement du marché intérieur (clause de flexibilité). Toutefois, cette disposition ne peut pas servir de base légale dans des domaines où les traités excluent toute harmonisation. L'article 352 TFUE ne peut pas constituer de fondement pour élargir le domaine de compétence de l'UE au-delà des limites tracées par l'ensemble des traités. A notre sens, les articles 115 et 352 TFUE ne joueront qu'un rôle marginal pour le futur du droit privé européen.

353 Une **unification** du droit privé européen passe par la révision des fondements de compétence existants dans les traités. L'introduction d'une compétence générale en matière de droit privé reste une perspective lointaine, tant et aussi longtemps que la révision des traités nécessite l'unanimité des Etats membres. L'unification du droit privé européen nécessite préalablement un changement de paradigme, de vision de ce que doit être l'Europe. Le nationalisme primaire fut la source de toutes les catastrophes dans l'histoire européenne et mondiale du XX^e siècle. Garante d'une stabilité et d'une prospérité sans précédent, seule l'idée européenne est en mesure d'offrir une alternative à la résurgence des nationalismes. Alors que l'UE luttait récemment encore pour sa survie dans les crises économiques successives et que son existence même ne cesse d'être mise en cause, il doit plus que jamais être question de revenir à l'idéal de la construction d'une Europe politique, plus fédéraliste et démocratique, plutôt que

de se focaliser simplement sur l'amélioration du fonctionnement de son marché intérieur. Pour l'ordre juridique européen, cela signifie plus d'intégration sous peine de désintégration. Dans ce contexte et en l'absence de fondement de compétence suffisant, un Code européen de droit privé demeure certes une hypothèse académique, mais s'inscrit dans une vision d'avenir. En effet, au-delà de la discussion autour d'une optimisation du marché intérieur, il est indéniable qu'un droit commun participe au sentiment d'appartenance communautaire. Notre passé commun le légitime. Le *ius commune* a été la règle dans l'histoire culturelle européenne des deux derniers millénaires. A cette échelle, les législations nationales de droit privé ne sont qu'une parenthèse de deux siècles.

- 354 Au niveau de l'UE, **deux types** d'instruments servent à l'harmonisation des législations. D'un côté, il y a les instruments d'ordre législatif (actes juridiques de l'UE, contraignants ou non) et de l'autre, les instruments de nature juridictionnelle (décisions de la CJUE).
- 355 S'agissant des **instruments d'ordre législatif**, l'UE dispose expressément d'une série de cinq actes juridiques pour exercer ses compétences selon l'article 288 TFUE. L'harmonisation des législations s'opère principalement par les trois actes législatifs (art. 289(3) TFUE) à portée obligatoire, à savoir: les règlements, les directives et les décisions. En plus des recommandations et des avis qui ne lient pas, d'autres actes non-contraignants (communications, conclusions, résolutions, etc.) peuvent être adoptés sur la base, principalement, de l'article 114 TFUE, quand bien même ils ne figurent pas dans la liste des cinq actes de l'article 288 TFUE.
- 356 L'UE a privilégié la **directive** par rapport au règlement et à la décision pour harmoniser les législations, afin d'apaiser les préoccupations des Etats membres. En effet, la directive n'est obligatoire que par rapport à l'objectif de politique juridique à atteindre, tout en laissant le choix aux Etats membres quant à la forme et moyens d'y parvenir.
- 357 Le **degré** d'intensité du rapprochement des législations est fonction de la marge de manœuvre résiduelle laissée aux Etats membres à l'intérieur du champ d'application matériel d'une directive donnée. La directive est une mesure d'harmonisation flexible et proportionnée, puisqu'elle laisse plus ou moins de liberté dans sa transposition, selon sa densité normative.
- 358 Dans le cadre des directives, il est question d'**harmonisation partielle** lorsque celles-ci laissent le choix aux Etats membres soit de prévoir autre chose pour les états de faits purement nationaux (harmonisation optionnelle), soit d'instaurer un niveau de protection plus élevé pour ces mêmes états de faits que le standard

minimal à transposer (harmonisation minimale). L'UE ne parvient pas à uniformiser le droit par l'utilisation de cette technique. Le droit international privé n'en est pas rendu superflu. Partant, elle laisse aux législateurs nationaux le soin de régler les problèmes qu'elle n'appréhende pas. Au lieu de la plus grande cohérence visée, les directives d'harmonisation partielle engendrent un morcellement du droit tout en laissant en vigueur les particularismes nationaux. En outre, il y a le danger que la législation de transposition ait une compréhension propre des notions juridiques figurant dans les directives et que son interprétation se fasse à la lumière de cette conception nationale.

- 359 On parle d'**harmonisation complète** lorsqu'une directive donnée interdit aux Etats membres, à l'intérieur de son champ d'application matériel, d'adopter ou de maintenir des dispositions nationales divergentes (plus strictes ou non) qui ne seraient pas prévues par elle. La directive d'harmonisation complète peut laisser une certaine marge de manœuvre aux Etats membres dans la transposition, au travers d'éventuelles clauses de sauvegarde, d'options d'implémentation ou de la fixation d'un cadre général. Toutefois, une fois le choix effectué, les Etats membres sont liés et n'ont plus de compétences propres. Bien que le degré d'harmonisation visé soit élevé, l'harmonisation complète ne parvient pas à résoudre le problème de la fragmentation du droit. Si minime soit-elle, la marge de manœuvre laissée aux Etats membres ouvre la voie à des particularismes nationaux néfastes à l'uniformisation des législations.
- 360 La forme la plus contraignante d'harmonisation complète est l'**harmonisation totale**, impliquant l'abandon de choix dans l'implémentation des dispositions des directives concernées. Une réglementation aussi détaillée est sans doute une étape vers l'uniformisation du domaine couvert. Ce n'est toutefois qu'un pas. Il ne saurait être question d'unification tant et aussi longtemps que la mesure d'harmonisation utilisée reste la directive. En effet, il est dans la nature de la directive de nécessiter une transposition. Or, n'étant pas directement applicable, la directive court le danger d'une interprétation et intégration à l'aune de la compréhension nationale des notions et institutions y figurant.
- 361 Même si la **communication** n'est pas un instrument d'harmonisation contraignant, elle permet à la Commission de donner les impulsions politiques indispensables au développement du droit privé communautaire. Au fil de ses communications, la Commission a identifié les problèmes engendrés par le développement sectoriel de l'acquis communautaire en matière du droit de la consommation. Après avoir proposé certaines options en vue d'y remédier et consulté les parties intéressées à leur sujet, la Commission a fait des choix de

solutions qu'elle estime adaptées à une européanisation cohérente du droit de la consommation.

362 Les **problèmes** engendrés par la technique législative sectorielle du législateur européen sont multiples. D'abord, il y a celui des incohérences structurelles des directives. La législation communautaire traite parfois différemment certaines situations identiques sans justification. Certaines directives applicables à la même situation commerciale sont divergentes quant à leurs exigences et à leurs conséquences. On parvient parfois même à des résultats contradictoires lorsqu'il est possible d'appliquer différents instruments communautaires dans le cadre d'une même problématique. Ensuite, l'utilisation d'une terminologie imprécise dans les directives ajoute à la confusion. Enfin, il y a le problème des différences dans les législations transposées, principalement à cause des clauses d'harmonisation minimale contenues dans les directives. Ces clauses consacrent le droit des Etats membres à adopter des règles de protection plus strictes et contribuent pour une bonne part au morcellement, à la fragmentation des législations nationales. Conjugué à la coordination imparfaite du cadre réglementaire communautaire, la fragmentation juridique engendre non seulement une réticence chez les entreprises à vendre à des consommateurs en dehors du marché national pour des raisons de coûts et d'insécurité juridique, mais également une méfiance des consommateurs à l'égard de transactions transfrontalières, ces derniers ayant l'impression d'être moins bien protégés lors d'achats à l'étranger. En plus de possibles distorsions de concurrence, la disparité dans les réglementations des Etats membres en matière de droit de la consommation crée des barrières au sein du marché intérieur. Il manque toutefois de preuves empiriques supportant l'argument que la fragmentation juridique, à elle seule, a un effet négatif sur les coûts et le nombre de transactions transfrontalières.

363 La CJUE et ses décisions sont des **instruments juridiques** de premier plan pour l'harmonisation des législations dans l'ordre juridique en voie d'intégration qu'est l'UE. La CJUE est une matrice pour la formation des doctrines du droit européen. Elle contribue au droit privé européen par son interprétation, non seulement du droit primaire communautaire, mais aussi et surtout du droit dérivé, tel que les directives relatives au droit de la consommation. Au travers de la procédure du renvoi préjudiciel (art. 267 TFUE), la CJUE s'attèle à intégrer les directives dans le droit national en précisant leur portée, leur sens et le degré d'harmonisation des législations qu'elles préconisent. Cependant, l'intervention jurisprudentielle de la CJUE n'est pas en mesure de remédier aux défauts structurels des directives par le moyen de la règle du sens communautaire. En

raison du contenu des directives, elle se voit obligée d'intervenir dans des domaines fondamentaux, sans pour autant imposer de solutions globales qui favoriseraient la coordination du droit privé communautaire. Pire, par l'absence d'indications aux législateurs nationaux sur l'application de certaines notions, la Cour introduit parfois plus de complexité que de cohérence au système et contribue à la fragmentation du droit privé européen.

- 364 Au fil de ses communications, la Commission s'est concentrée sur **deux voies d'action** pour remédier aux problèmes posés par la diversité des réglementations. Il s'agit d'un côté, de réviser l'acquis en matière de droit de la consommation et de l'autre, d'établir un instrument de droit européen des contrats. Dans ce cadre, la Commission a préconisé la création d'un CCR comme une «boîte à outils» multifonctionnelle pour aborder la mise en œuvre de ces deux objectifs.
- 365 Pour être efficace, le **CCR** devrait tout d'abord être une sorte de *compendium* terminologique, donnant les définitions des concepts clés pertinents en la matière. Ensuite, il devrait fournir les meilleures solutions en termes de règles fondamentales. En outre, le but à atteindre est de devenir un guide législatif, tant pour les législateurs nationaux, au-delà même de la seule transposition des directives, que pour le législateur communautaire dans le cadre de la révision de l'acquis. Enfin, la Commission a souhaité que la CJUE prenne en considération l'éventuel CCR dans son interprétation de l'acquis communautaire.
- 366 Au niveau de l'amélioration de l'acquis en matière de droit de la consommation, les réflexions de la Commission ont abouti, en 2011, à l'adoption de la **directive relative aux droits des consommateurs**. Le projet initial d'une harmonisation totale horizontale en matière de protection des consommateurs ne s'est pas entièrement concrétisé. Premièrement, le but d'une harmonisation horizontale à l'échelle de huit directives existantes dans le domaine concerné n'a pas été atteint. Seules les directives relatives aux contrats conclus à domicile et aux contrats à distance ont été intégrés dans la directive relative aux droits des consommateurs. Cette dernière ne peut donc pas être considérée comme faisant office d'instrument-cadre réglementant les caractéristiques communes du droit de la consommation. Il s'agit tout au plus d'une consolidation de l'acquis communautaire relatif au champ d'application matériel des deux directives intégrées. Deuxièmement, la directive vise une harmonisation complète plutôt qu'une harmonisation totale, cette dernière ayant été rapidement abandonnée. En effet, la Commission eut déjà fort à faire ne serait-ce que pour surmonter les critiques négatives à l'égard de l'harmonisation complète, celles-ci faisant écho aux craintes d'un démantèlement du système de protection des consommateurs

plus stricte en vigueur dans certains pays membres. Malgré tout, force est de constater que la directive relative aux droits des consommateurs ne laisse que peu de marge de manœuvre aux Etats membres. Partant, les options d'implémentation qui y figurent se limitent à un strict minimum. Il est toutefois indéniable que la stratégie d'harmonisation totale horizontale n'a pu être concrétisée telle qu'elle avait été initialement envisagée. Ainsi, la directive relative au droit des consommateurs ne consacre pas de révolution dans l'appréhension des mécanismes d'européanisation du droit privé. Même s'il s'agit d'un pas dans la bonne direction, elle ne représente pas un bond de géant pour le processus d'uniformisation du droit privé européen.

367 En tant que corps uniforme de règles contractuelles, le **CESL** offre une approche novatrice à l'harmonisation. S'il devait être adopté en l'état, cet instrument optionnel de droit européen des contrats instaurerait un régime autonome uniformisé à disposition des parties, plutôt qu'un standard d'harmonisation sectoriel prescrit aux Etats membres. Il s'agirait d'une harmonisation totale horizontale, mais facultative pour les parties. En tant qu'application politique concrète des travaux académiques relatifs au CCR, le CESL se focalise en l'état sur le droit de la vente à distance, même s'il comporte une partie sur la théorie générale des contrats. Le CESL intègre également une bonne partie de l'acquis communautaire existant en matière de protection des consommateurs. Sans doute pourra-t-on déplorer le manque d'ambition de la Commission quant à son étendue ou sa mise en œuvre. Il eut été possible de couvrir plus que la vente à distance ou de prévoir que l'instrument s'applique à moins d'une exclusion expresse des parties. Alors que nous regrettons la mise en sourdine de l'idée d'un Code civil européen, le CESL représente une étape nouvelle dans l'optique de l'uniformisation du droit privé européen.

368 En tant qu'instrument d'uniformisation du droit privé d'origine internationale, le **droit privé conventionnel** est à compter parmi les vecteurs politiques d'européanisation du droit privé. Il met en place un droit matériel unifié par le biais de Conventions internationales. Parmi celles-ci, la CVIM est emblématique. La Commission n'a pas manqué de s'y référer tout au long de ses communications relatives à la mise en place d'un CCR et de la proposition d'instrument optionnel en droit européen des contrats. Le droit unifié de la CVIM a servi de source pour l'élaboration des divers projets scientifiques d'uniformisation du droit privé européen et du CESL. Bien que la CVIM n'ait connu qu'un succès relatif, ses réussites majeures sont la mise en place d'un système unique de référence et le développement d'un cadre consensuel pour l'analyse de questions contractuelles complexes.

III. Modèles d'uniformisation du droit privé

A. Introduction

- 369 Après l'étude de l'aspect politique du processus d'uniformisation du droit privé européen, il sera question ci-après de son **volet académique**.
- 370 L'uniformisation du droit privé européen est le thème à la mode par excellence dans le monde académique. Un nombre incalculable de **publications scientifiques** fleurissent dans le champ des recherches scientifiques en la matière. Des revues spécialisées sont exclusivement consacrées à ce sujet, comme par exemple la «*Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*» (ZEuP), la «*Gemeinschaftsprivatrecht*» (GPR), la «*European Review of Private Law*» (ERPL) ou encore son pendant italien «*Europa e Diritto Privato*». Nous ferons l'impasse sur l'énumération des innombrables articles, contributions, monographies et autres mélanges. Nous renvoyons à titre exemplatif à la bibliographie de la présente étude.
- 371 Un projet de recherche paneuropéen mérite toutefois une mention particulière à cet endroit. Il s'agit de la collection d'ouvrages «*Common Core of European Private Law*», également nommé «**Common Core Project**».⁷⁸² Le projet en question n'est pas à proprement parler un «modèle» d'uniformisation du droit privé européen, puisque les différentes études qui s'y inscrivent ne formulent pas de règles modèles. Le *Common Core Project* vise à découvrir ce qui est déjà commun aux systèmes juridiques des Etats membres de l'UE (droit privé européen commun). Son but est d'échafauder le *corpus* commun du droit privé européen parmi les grandes catégories que sont le contrat, la responsabilité civile et la propriété.⁷⁸³ En partant de la casuistique d'un domaine donné, il cherche à dégager les convergences dans les systèmes juridiques nationaux au moyen d'une méthodologie comparative qui lui est propre.⁷⁸⁴ Les études du *Common Core Project*⁷⁸⁵ fournissent des informations fiables sur les solutions consacrées au niveau du droit privé européen.⁷⁸⁶ Ce projet, parmi d'autres, s'attèle à

⁷⁸² Cf. www.common-core.org (visité le 26.06.2015).

⁷⁸³ LÓPEZ RODRÍGEZ, p. 299.

⁷⁸⁴ Cf. DE BOER, p. 841 ss.

⁷⁸⁵ La liste complète des ouvrages déjà publiés est consultable sur Internet à la p.<<http://www.common-core.org/node/33>> (visité le 26.06.2015).

⁷⁸⁶ C'est pourquoi il n'est guère surprenant que les scientifiques travaillant au sein du projet (*Common Core Group*) soient affiliés au *Network of Excellence* qui a fourni le DCFR (*infra* n. 405).

reconstruire une culture juridique commune à l'Europe.⁷⁸⁷ Or, la perception de l'appartenance à une même culture juridique est un préalable nécessaire à toute velléité de codification.

- 372 A côté des ouvrages de pure doctrine, diverses initiatives apolitiques en matière d'uniformisation du droit privé ont vu le jour parallèlement et, pour certains, antérieurement aux propositions et mesures d'européanisation du droit privé, ces 30 dernières années. Nous présentons brièvement ci-après les plus importants **modèles d'uniformisation** du droit privé ayant une incidence sur le processus européen en la matière (*infra* n. 376 ss).
- 373 Il s'agit d'une part, des principaux **projets académiques paneuropéens** (*infra* n. 376 ss) et, d'autre part, des **instruments d'organisations internationales** (*infra* n. 427 ss) tels que les «**Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international**» (PICC; *infra* n. 431 ss).
- 374 Avant d'évoquer ces derniers, nous survolerons tour à tour les projets paneuropéens, à savoir les «**Principes du droit européen du contrat**» (PECL; *infra* n. 376 ss), les «**Principes européens de la responsabilité civile**» (PETL; *infra* n. 385 ss) les «**Principes de droit européen**» (PEL; *infra* n. 389 ss), les «**Principes de l'acquis communautaire**» (ACQP; *infra* n. 394 ss), l'«**Avant-projet de Code européen des contrats**» (Projet GANDOLFI; *infra* n. 400 ss), et l'«**Avant-projet de Cadre Commun de Référence**» (DCFR; *infra* n. 405 ss).
- 375 La présente section s'achèvera par des **conclusions intermédiaires** consacrées à ces divers projets (*infra* n. 439 ss).

⁷⁸⁷ Pour remarquable qu'il soit, le *Common Core Project* n'est pas une initiative isolée. Ainsi, dans le cadre de la *Ius Commune Research School* (www.iuscommune.eu), chapeautée par les Universités de Maastricht, Leuven, Utrecht et Amsterdam, le groupe de recherche *Ius Commune Casebooks Project*, initié par les Universités de Maastricht et Leuven, compile la jurisprudence, la législation et la doctrine des différents Etats européens dans une série d'ouvrages intitulée «*Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*» (www.casebooks.eu) (visités le 26.06.2015).

B. Projets académiques paneuropéens

1. Principes du droit européen du contrat (PECL)

a) Présentation

- 376 Il est nécessaire de commencer par citer l'**œuvre pionnière** que représentent les «*Principes du droit européen du contrat*», plus connus sous l'appellation «PECL» qui est l'acronyme anglais de «*Principles of European Contract Law*». Elaborés sous la direction du Professeur LANDO, ils représentent indubitablement une des réalisations d'uniformisation extralégislative du droit européen les plus remarquables de ces 30 dernières années.⁷⁸⁸
- 377 Dès 1982, la COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (*Lando Commission*) commence à préparer des **principes paneuropéens en matière de droit des contrats**. La *Lando Commission* (dont le successeur est désormais le *Study Group*; *infra* n. 389) fut une entité extragouvernementale comptant des académiciens en provenance de toute l'Europe. Elle reçut des subsides des Communautés européennes, mais aussi de différentes fondations et entreprises. Afin d'attirer l'attention du lecteur sur le caractère purement privé du projet, nous soulignons qu'aucun des membres n'avait été nommé par un gouvernement ou n'avait reçu de quelconques instructions d'un gouvernement ou d'une institution communautaire.⁷⁸⁹

b) Contenu

- 378 La *Lando Commission* débuta son travail par l'élaboration de règles modèles sur l'exécution et l'inexécution des contrats et les moyens de droit y relatifs. En 1995, elle publia le premier volume des PECL. Les **règles** qui y figurent sont accompagnées de **notes** et de **commentaires**.⁷⁹⁰ Ces derniers expliquent les buts des règles et offrent des illustrations pratiques.⁷⁹¹ Les notes font état des sources et comparent les règles avec celles issues des lois des Etats membres.⁷⁹² Toutefois, ses sources comprennent non seulement les systèmes juridiques de tous les Etats membres de l'UE, mais aussi des supports juridiques venus

⁷⁸⁸ VON BAR/ZIMMERMANN, p. XI; RISKE, p. 41.

⁷⁸⁹ LANDO, p. 92; RISKE, p. 41 s.

⁷⁹⁰ PECL I, p. 1 ss.

⁷⁹¹ LANDO, *Success or Failure?*, p. 368.

⁷⁹² LANDO, p. 92; RISKE, p. 42.

d'ailleurs, comme par exemple les *Restatements* américains des contrats ou la CVIM (*supra* n. 249).⁷⁹³

- 379 Le modèle en tant que tel s'inspire des *Restatements* de l'*American Law Institute*,⁷⁹⁴ ou plus proche de nous, des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (PICC; *infra* n. 431 ss), dont ils sont aussi très proches quant au fond.⁷⁹⁵ Les PECL ont toutefois une **approche** plus radicale que les *Restatements*. Ils ne se limitent pas à sélectionner parmi différentes solutions existantes dans un même ordre juridique. Au contraire, les PECL formulent parfois des règles qui n'existent comme telles dans aucun des ordres juridiques européens.
- 380 L'édition consolidée des **volumes I et II** des PECL est parue en 2000.⁷⁹⁶ Cette dernière est divisée en neuf chapitres traitant successivement **(i)** des dispositions générales, **(ii)** de la formation, **(iii)** du pouvoir de représentation, **(iv)** de la validité, **(v)** de l'interprétation, **(vi)** du contenu et des effets, **(vii)** de l'exécution, **(viii)** de l'inexécution et moyens en général et **(ix)** des divers moyens en cas d'inexécution des contrats.
- 381 Dernier en date, le **volume III** est sorti de presse en 2003.⁷⁹⁷ Aux neufs premiers chapitres des éditions précédentes s'ajoutent les nouveaux chapitres 10 à 17 relatifs **(x)** à la pluralité de sujets, **(xi)** à la cession de créance, **(xii)** à la substitution d'un nouveau débiteur et cession de contrat, **(xiii)** à la compensation, **(xiv)** à la prescription, **(xv)** à l'illicéité, **(xvi)** aux conditions et **(xvii)** à la capitalisation des intérêts. L'énoncé des matières abordées par ce dernier volume illustre la volonté de la *Lando Commission* de ne pas se restreindre aux obligations contractuelles, mais d'investir également le domaine des obligations en général, que leurs sources soient contractuelles ou extracontractuelles.⁷⁹⁸

⁷⁹³ ROUHETTE, p. 24 s.; RISKE, p. 42.

⁷⁹⁴ Le Comité fondateur de l'*American Law Institute* (ALI) a recommandé que la tâche première de l'Institut soit d'adresser les incertitudes du droit américain, inhérentes au système jurisprudentiel, au travers d'une «reformulation» (*Restatement*) de sujets juridiques essentiels qui indiquerait aux juges et avocats le contenu des règles juridiques. Les travaux ont débuté dès 1923. L'ALI élabore actuellement la 3^e série des *Restatements* (cf. www.ali.org [visité le 26.06.2015]).

⁷⁹⁵ FONTAINE, p. 76; LANDO, *Success or Failure?*, p. 371; RISKE, p. 42.

⁷⁹⁶ PECL II, p. 1 ss.

⁷⁹⁷ PECL III, p. 1 ss.

⁷⁹⁸ RISKE, p. 42.

c) *Impact*

- 382 Les PECL se présentent comme un **modèle orienté vers le futur** pour un droit européen moderne, obtenu sur la base d'une méthodologie de droit comparé.⁷⁹⁹ Ils constituent une base d'étude incontournable dans toute réflexion autour de la création d'un Code européen des contrats. D'ailleurs, le DCFR (*infra* n. 405 ss) a largement intégré les PECL en son sein.
- 383 Ils ont vocation à être utilisés par les **parties** au contrat ainsi que par les **législateurs** et **juges** nationaux et européens. En tant que tels, ils appartiennent donc au *soft law* (*infra* n. 427).⁸⁰⁰ En plus d'être une expression d'une *lex mercatoria*⁸⁰¹ facilement accessible aux arbitres, les PECL se veulent une passerelle entre le système romano-germanique et la *Common law*.⁸⁰²
- 384 Enfin, bien que tournés vers le futur, les PECL sont d'ores et déjà devenus une référence pour le **renouvellement** du droit des contrats des Etats membres de l'UE.⁸⁰³

2. Principes de droit européen de la responsabilité civile (PETL)

a) *Présentation*

- 385 Le droit des contrats n'est qu'une des composantes d'une entité systématique plus large dans la tradition civiliste du droit privé européen, à savoir le droit des obligations. Au-delà d'autres obligations non contractuelles issues de l'enrichissement illégitime et de la gestion d'affaire sans mandat (*negotiorum gestio*), la responsabilité civile (délictuelle) est l'autre **pilier du droit des obligations**. Ainsi n'est-il guère surprenant que l'EUROPEAN GROUP ON TORT LAW⁸⁰⁴ se soit formé pour élaborer de sa propre initiative les «*Principes de droit européen de la responsabilité civile*» («PETL» pour «*Principles of European Tort Law*») sur le modèle des PECL (*supra* n. 376 ss).⁸⁰⁵ Le groupe en

⁷⁹⁹ *Ibid.*

⁸⁰⁰ WITZ, p. 27.

⁸⁰¹ Cf. *infra* notes de bas de page 910 et 926.

⁸⁰² PECL I, p. xvii; ROUHETTE, p. 22 ss; RISKE, p. 42 s.

⁸⁰³ LANDO, *Success or Failure?*, p. 373; VON BAR/ZIMMERMANN, p. XI; RISKE, p. 43.

⁸⁰⁴ Cf. www.egt.org (visité le 26.06.2015).

⁸⁰⁵ Cf. PETL, p. 1 ss.

⁸⁰⁶ ZIMMERMANN, *Principles*, p. 4 s.

question est composé d'académiciens du monde entier, Suisse comprise.⁸⁰⁷ Outre Israël et l'Afrique du Sud, les E.-U. sont aussi représentés, sachant que les développements observés en droit américain en particulier influencent également le droit de la responsabilité civile européen.⁸⁰⁸

b) Contenu

- 386 En 2005, l'EUROPEAN GROUP ON TORT LAW a publié une première édition des PETL. Ceux-ci sont le résultat d'une recherche comparative sur plus de dix ans, focalisée sur les aspects les plus importants de la responsabilité civile.⁸⁰⁹ A l'instar des PECL (*supra* n. 378), les **règles modèles** élaborées sont systématiquement accompagnées de **commentaires** détaillés. Par ailleurs, le volume original contient de multiples traductions des PETL.⁸¹⁰ Les PETL sont divisés en six titres. Les règles modèles suivies de commentaires traitent successivement (i) de la norme de base, (ii) des conditions générales de la responsabilité (préjudice et lien de causalité), (iii) des fondements de la responsabilité (responsabilité pour faute, responsabilité sans faute et responsabilité du fait d'autrui), (iv) des causes limitatives ou exonératoires de responsabilité (causes en général et contribution de la victime), (v) de la pluralité d'auteurs, et (vi) de la réparation du préjudice (dommages-intérêts).
- 387 En 2009, l'EUROPEAN GROUP ON TORT LAW s'est réuni pour travailler sur l'**extension du domaine** couvert par les PETL, sur leur **mise à jour** et sur l'**amélioration de leur contenu** à la lumière des débats académiques et des développements récents en la matière. Dans les années à suivre, il est question de publier une série d'études préliminaires sur des sujets dignes de considération ou non abordés par l'édition initiale des PETL. Cette entreprise doit trouver son point d'orgue dans la publication révisée et étendue des PETL.⁸¹¹ Il est envisagé que les sujets à traiter incluront (i) la responsabilité des autorités publiques, (ii)

⁸⁰⁷ PIERRE WIDMER est l'auteur du chapitre relatif à la responsabilité pour faute des PETL (cf. PETL-WIDMER, n. 1 ss ad Introduction Chapter 4).

⁸⁰⁸ PETL-SPIER, n. 1 ss ad General Introduction.

⁸⁰⁹ Pour approfondir, cf. KOZIOL, p. 234 ss et les réf. citées.

⁸¹⁰ Pour l'édition en français des Principes et leurs commentaires, cf. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principes du droit européen de la responsabilité civile, Textes et commentaires*, éd. française sous la direction d'OLIVIER MORÉTEAU, traduction de l'anglais par MICHEL SÉJEAN, Paris 2011.

⁸¹¹ WIDMER, *Les principes des principes*, p. 243.

l'interrelation entre la responsabilité contractuelle et délictuelle, (iii) la prescription et (iv) le fardeau de la preuve.⁸¹²

c) *Impact*

388 Le but des PETL est de servir de **base pour l'amélioration et l'harmonisation** du droit de la responsabilité civile en Europe. Ils se veulent une sorte de cadre pour le développement d'un droit de la responsabilité civile réellement harmonisé.⁸¹³ Dès lors que les droits nationaux respectifs sont encore trop disparates, les PETL ne reformulent pas le noyau commun du droit de la responsabilité civile en Europe. Ils représentent plutôt une proposition d'un système complet en la matière pour le futur. Il s'agit non seulement de stimuler des discussions parmi les académiciens et les praticiens, mais également de servir de modèle pour les législateurs.⁸¹⁴ Appartenant au *soft law* (*infra* n. 427), les PETL visent une uniformisation croissante du domaine de la responsabilité civile.

3. Principes de droit européen (PEL)

a) *Présentation*

389 Le STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE⁸¹⁵ (*Study Group*) a été fondé en 1999 comme le groupe succédant à la *Lando Commission* (*supra* n. 377). Il se fonde sur les travaux de cette dernière pour formuler les principes européens pour les aspects les plus importants du **droit des obligations et d'une partie des droits réels mobiliers** qui sont particulièrement importants pour le fonctionnement du marché intérieur.⁸¹⁶ Même si les deux groupes poursuivent le but de faire avancer l'eupéanisation du droit privé, le *Study Group* a une vision plus large au niveau de la matière traitée. Le résultat de ses efforts est

⁸¹² La version non annotée des PETL est consultable sur le site web de l'EUROPEAN GROUP ON TORT LAW à l'adresse www.egt.org (visité le 26.06.2015).

⁸¹³ Les PETL, les PEL Liab. Dam. et le livre VI du DCFR qui a incorporé ces derniers sont des corps de règles complets de principes européens en matière de responsabilité civile déjà publiés. Ils participent à l'essor d'un droit privé européen commun (sur les contributions possibles du droit suisse et de la *Common law*, cf. BANAKAS, p. 295 ss).

⁸¹⁴ PETL-SPIER, n. 30 ad General Introduction.

⁸¹⁵ Cf. www.sgecc.net (visité le 26.06.2015).

⁸¹⁶ PEL Acq. Own., p. vii; RISKE, p. 43.

publié dans une série distincte, «*Principes de droit européen*» mieux connue sous son appellation anglaise «*Principles of European Law*» ou «*PEL series*». ⁸¹⁷

b) *Contenu*

- 390 A ce jour, **dix volumes** sont sortis de presse. Ils couvrent (i) le leasing (PEL LG), ⁸¹⁸ (ii) les contrats de fourniture de services (PEL SC), ⁸¹⁹ (iii) les contrats d'agence, de franchise et de distribution (PEL CAFD), ⁸²⁰ (iv) les contrats de garantie personnelle (PEL Pers. Sec.), ⁸²¹ (v) la gestion d'affaire sans mandat (PEL Ben. Int.), ⁸²² (vi) la vente (PEL S), ⁸²³ (vii) la responsabilité extracontractuelle pour dommage causé à autrui (PEL Liab. Dam.; *infra* n. 982 ss), ⁸²⁴ (viii) l'enrichissement injustifié (PEL Unj. Enr.), ⁸²⁵ (ix) l'acquisition et la perte de la propriété de biens corporels (PEL Acq. Own.) ⁸²⁶ et, enfin, (x) le mandat (PEL MC). ⁸²⁷ La publication de trois volumes supplémentaires («*Proprietary Security in Movable Assets*», «*Donation*» et «*Trusts*») est prévue. ⁸²⁸
- 391 Le *Study Group* a entrepris cette démarche de sa propre initiative et ne fait que présenter les **résultats d'un projet de recherche** paneuropéen. C'est une étude de droit comparé, dans le sens où le *Study Group* a toujours veillé à identifier et à présenter systématiquement les solutions juridiques en vigueur dans les Etats membres de l'UE dans ses ouvrages. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il s'est contenté de documenter l'ensemble des valeurs juridiques partagées ou d'adopter la position majoritaire parmi les ordres juridiques lorsqu'une solution commune faisait défaut. Bien plus, le *Study Group* s'est constamment efforcé

⁸¹⁷ DCFR, *Interim Outline Edition*, p. 26.

⁸¹⁸ Cf. PEL LG, p. 1 ss.

⁸¹⁹ Cf. PEL SC, p. 1 ss.

⁸²⁰ Cf. PEL CAFD, p. 1 ss.

⁸²¹ Cf. PEL Pers. Sec., p. 1 ss.

⁸²² Cf. PEL Ben. Int., p. 1 ss.

⁸²³ Cf. PEL S, p. 1 ss.

⁸²⁴ Cf. PEL Liab. Dam., p. 1 ss.

⁸²⁵ Cf. PEL Unj. Enr., p. 1 ss.

⁸²⁶ Cf. PEL Acq. Own., p. 1 ss.

⁸²⁷ Cf. PEL MC, p. 1 ss.

⁸²⁸ Cf. le site web de l'éditeur Sellier European Law Publishers (www.sellier.de [visité le 26.06.2015]).

d'élaborer des principes, des propositions et des concepts rationnels et parfois innovateurs pour faire avancer le droit privé en Europe.⁸²⁹

c) *Impact*

- 392 L'impact significatif des travaux du *Study Group* a été de **participer à un texte consolidé** composé de ses propres travaux, de ceux de la *Lando Commission* (*supra* n. 376 ss), ainsi que des résultats de tous les autres groupes et institutions de recherche,⁸³⁰ notamment le RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (*infra* n. 394 ss). Le texte en question est l'«*Avant-projet du Cadre Commun de Référence*» (DCFR; *infra* n. 405 ss). Au départ, il était envisagé de publier les résultats des différents groupes dans un volume intégral du DCFR. Cependant, la structure de l'avant-projet commençait à prendre forme graduellement seulement. Il était d'abord nécessaire de délibérer et d'organiser les différentes tâches des parties intégrantes.⁸³¹
- 393 Bien que les PEL soient en partie le résultat de ces travaux préparatoires, chaque publication dans la série PEL est conçue et préparée comme un ouvrage indépendant sur une matière donnée.⁸³² D'ailleurs, seuls les ouvrages de la série PEL contiennent des introductions extensives de droit comparé et des traductions des règles élaborées dans les autres langues des Etats membres de l'UE. Ainsi, les ouvrages PEL sont des **contributions majeures** à la science juridique européenne de droit privé.

4. Principes de l'acquis communautaire (ACQP)

a) *Présentation*

- 394 Le RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, plus connu sous le nom «*Acquis Group*», publie lui aussi ses recherches dans une série distincte appelée «*Principles of the Existing EC Contract Law*» ou «*Acquis Principles*» (ACQP). Comme les PECL, l'élaboration des ACQP par les académiciens est libre de toute influence gouvernementale⁸³³ et la base théorique de leur travail

⁸²⁹ Cf. PEL Acq. Own., p. vii.

⁸³⁰ PEL Acq. Own., p. viii.

⁸³¹ DCFR, *Interim Outline Edition*, p. 26; RISKE, p. 43.

⁸³² PEL Acq. Own., p. ix.

⁸³³ ACQP I, p. ix.

est également une approche à la façon des *Restatements* américains (*supra* n. 379).⁸³⁴ Les objectifs des ACQP, que sont l'ordonnancement et la reformulation de règles existantes, sont aussi similaires aux *Restatements* de l'*American Law Institute*. Les ACQP tentent de présenter et structurer l'assemblage assez encombrant, multiple et incohérent qu'est le droit privé communautaire afin de clarifier l'**état actuel d'avancement du droit européen des contrats** (art. 1:101 ACQP).⁸³⁵ Par leur contenu, ils facilitent la recherche de la législation et de la jurisprudence pertinentes.⁸³⁶

b) *Contenu*

- 395 Les *Acquis Principles* contiennent des **règles modèles** formulées sur la base du droit communautaire existant. Chacune des règles présentées est pourvue de **commentaires** mettant en évidence son **fondement dans l'acquis communautaire**. Enfin, les ACQP donnent les **définitions** de termes juridiques essentiels.
- 396 A ce jour, les *Acquis Principles* ont été publiés dans une série comptant deux volumes. Le **premier volume** «*Contract I*» se concentre sur les règles relatives aux devoirs précontractuels, à la conclusion du contrat et aux clauses abusives. Il est divisé en sept chapitres: (i) dispositions générales, (ii) devoirs précontractuels, (iii) non-discrimination, (iv) formation, (v) révocation, (vi) clauses non-négociées et (vii) exécution des obligations.⁸³⁷
- 397 Le **deuxième volume** «*Contract II*» a été publié en 2009. En plus de réviser les parties des ACQP publiés dans le volume I et de contenir une partie introductive sur les buts, la structure et le processus rédactionnel des règles formulées, il présente de nombreuses nouvelles règles relatives à certains contrats spéciaux tels que les contrats négociés à distance, la livraison de marchandises, le voyage

⁸³⁴ RISKE, p. 44.

⁸³⁵ Art. 1:101 ACQP: «*Scope and Purpose of these Principles: (1) The following principles and rules are formulated on the basis of the existing law of the European Community in the field of contract law. (2) These principles and rules serve as a source for the drafting, the transposition and the interpretation of European Community law. (3) They are not formulated to apply of labour law, company law, family law or inheritance law*».

⁸³⁶ ACQP I, p. ix.

⁸³⁷ ACQP I, p. 1 ss.

à forfait, les services de paiement et l'agence.⁸³⁸ Il est complété par un huitième chapitre relatif aux remèdes en cas d'inexécution.⁸³⁹

- 398 La publication d'un **troisième volume** «*Contract III*» a été repoussée à plusieurs reprises. La dernière échéance prévue pour sa parution était mi-2014. Aucune nouvelle échéance de parution n'a été fixée à ce jour. Le troisième volume prévoyait de revoir les parties des ACQP publiés dans les volumes précédents tout en introduisant de nouvelles règles en matière de crédit à la consommation, de services de paiement et d'agence.⁸⁴⁰

c) *Impact*

- 399 En permettant de mettre en avant les points communs, les contradictions et les lacunes de l'acquis communautaire, les ACQP remplissent une fonction propre.⁸⁴¹ En effet, ils représentent une **source précieuse**, non seulement pour l'élaboration, la transposition et l'interprétation du droit communautaire,⁸⁴² mais aussi pour les initiatives et projets divers en matière d'intégration du droit privé tels que la directive relative aux droits des consommateurs (*supra* n. 289 ss),⁸⁴³ le DCFR (*infra* n. 405 ss)⁸⁴⁴ et le CESL (*supra* n. 305 ss). Les ACQP sont à même d'enrichir le débat sur la voie à suivre en matière de droit européen des contrats et de la consommation. Enfin, ils donnent un large aperçu, tant aux académiciens qu'aux praticiens, de l'état du droit européen des contrats existant.

⁸³⁸ ACQP II, p. xiii.

⁸³⁹ ACQP II, p. 401 ss.

⁸⁴⁰ Informations fournies sur Internet par l'éditeur Sellier European Law Publishers, p.<http://www.sellier.de/pages/en/buecher_s_elp/europarecht/index.european_private_la_w.htm?reihe=40> en date du 26.06.2014. Lors de notre dernière visite (26.06.2015), la page Internet ne fait plus mention de la parution de «*Contract III*», un signe que cette dernière est repoussée *sine die*.

⁸⁴¹ RISKE, p. 44.

⁸⁴² Ces fonctions sont expressément énumérées à l'art. 1:101 ACQP.

⁸⁴³ ACQP II, p. xiii.

⁸⁴⁴ DCFR, *Interim Outline Edition*, p. 28; ACQP II, p. xiii.

5. Avant-projet de Code européen des contrats (Projet GANDOLFI)

a) Présentation

- 400 Il est indispensable de présenter ici un autre grand projet académique d'uniformisation du droit privé européen. Il s'agit de l'«*Avant-projet de Code européen des contrats*»⁸⁴⁵ de l'ACADÉMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS (ci-après, «Projet GANDOLFI», du nom de son coordinateur, le Professeur GANDOLFI de l'Université de Pavie). Le premier colloque d'éminents juristes à l'origine du projet eut lieu à Pavie durant le mois d'octobre 1990. La réunion fut motivée par la décision des Etats membres de la CE d'établir le marché intérieur avant le 31 décembre 1992. Les juristes s'interrogèrent sur la nécessité de **promouvoir une éventuelle codification européenne du droit des contrats**, en tant «*qu'instrument essentiel pour le déroulement des rapports dans le marché*». ⁸⁴⁶ De toute évidence, la réponse à leur interrogation fut affirmative.⁸⁴⁷
- 401 La démarche de l'Académie est intéressante parce qu'elle a comme principe directeur la volonté de prendre en compte les textes de lois des **deux grandes cultures juridiques** de l'Europe, la *Common law* et la *Civil law*. Le Projet GANDOLFI n'a évidemment pas négligé de se pencher également sur toutes les autres sources pertinentes, qu'elles soient législatives, jurisprudentielles ou doctrinales.⁸⁴⁸ Une des sources majeures du projet est le CCfr., non seulement en raison de sa structure systématique et de ses solutions équilibrées, mais aussi parce que la langue de rédaction du projet est le français qui est «*typiquement européenne-communautaire*». ⁸⁴⁹ L'autre représentant important de la culture juridique continentale dans le projet est le titre IV du Code civil italien sur les obligations et les contrats. Il a été retenu en raison de sa position intermédiaire entre les Codes français et allemand auxquels il est apparenté. En ce qui concerne la *Common law*, c'est le «*Contract Code Drawn on Behalf of the English Law Commission*»⁸⁵⁰ rédigé par MCGREGOR d'Oxford pour la «*Law Commission*» du Parlement britannique qui a reçu les faveurs du projet des privatistes. Il a été sélectionné pour son intention d'unifier les droits anglais et écossais. Le droit écossais faisant lui-même partie à la fois de l'aire de la

⁸⁴⁵ Projet GANDOLFI, p. 3 ss.

⁸⁴⁶ Projet GANDOLFI, p. LV.

⁸⁴⁷ RISKE, p. 45.

⁸⁴⁸ *Ibid.*

⁸⁴⁹ GANDOLFI, *Le code*, p. 276.

⁸⁵⁰ MCGREGOR, p. 1 ss.

Common law et de la *Civil law* (système mixte), il a des objectifs proches du Projet GANDOLFI.⁸⁵¹ Cet état de fait rend le «*Contract Code*» intéressant à double titre et justifie sa présence dans le projet.⁸⁵²

b) *Contenu*

- 402 L'Académie a d'abord rédigé le livre premier du Code relatif à la **théorie générale des contrats**. Publié en 2002, il contient 173 articles divisés en 11 titres: (i) dispositions préliminaires, (ii) formation du contrat, (iii) contenu du contrat, (iv) forme du contrat, (v) interprétation du contrat, (vi) effets du contrat, (vii) exécution du contrat, (viii) inexécution du contrat, (ix) cession de contrat et des rapports qui naissent du contrat, (x) extinction du contrat et des rapports qui naissent du contrat, et (xi) autres anomalies du contrat et remèdes.⁸⁵³
- 403 La rédaction du livre deuxième, qui s'attache aux **contrats particuliers**, est en cours. Le titre premier relatif au contrat de vente a été publié en 2007.⁸⁵⁴ Les rapports des membres de l'Académie et d'experts relatifs au louage de biens, au contrat d'entreprise, au contrat de services, au mandat, à l'affacturage, aux contrats de dépôt, prêt à usage et de consommation, aux donations et rapports de complaisance, aux contrats bancaires et opérations financières, aux assurances, et aux sûretés ont été publiés en 2008.⁸⁵⁵

c) *Impact*

- 404 Le Projet GANDOLFI, dont le texte original est le français, ne jouit pas de la considération que peuvent avoir les PECL ou le DCFR, par exemple. C'est regrettable, car il s'agit d'un projet d'une envergure scientifique considérable.

⁸⁵¹ GANDOLFI, *Le code*, p. 276.

⁸⁵² RISKE, p. 46.

⁸⁵³ Projet GANDOLFI, p. 3 ss.

⁸⁵⁴ ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS (GUISEPPE GANDOLFI [coord.]), *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre deuxième, Des contrats en particulier, Titre premier, De la vente*, Milan 2007. Le titre premier a été achevé en 2006 et officiellement présenté à l'UE le 6 juin 2006, pendant le semestre de présidence autrichienne, lors d'une cérémonie qui s'est déroulée à Vienne, au Ministère de la justice (cf. www.accademiagiurprivatistieuropei.it [visité le 26.06.2015]).

⁸⁵⁵ ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS (GUISEPPE GANDOLFI [coord.]), *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre deuxième, Des contrats en particulier 2, Rapports de membres de l'Académie et d'experts*, Milan 2008.

Certes, la publication du livre deuxième dans son intégralité se fait attendre, contribuant peut-être à la perte de visibilité du projet. Il n'empêche qu'il incarne un **plaidoyer pour l'unification** du droit privé européen. Il s'agit d'un projet incontournable dans le cadre du débat au sujet d'un futur droit européen commun des contrats.

6. Avant-projet de Cadre Commun de Référence (DCFR)

a) Présentation

405 L'«*Avant-projet du Cadre Commun de Référence*» (plus connu sous l'appellation «DCFR», acronyme de «*Draft Common Frame of Reference*») est indubitablement le **projet le plus ambitieux**, tant au niveau de l'effort et du nombre de personnes qui s'y sont consacrées, qu'au niveau de son envergure scientifique et de son impact politique.⁸⁵⁶ En 2007, le *Joint Network on European Private Law (Network of Excellence)*,⁸⁵⁷ a délivré à la Commission européenne une version non annotée⁸⁵⁸ du DCFR, préparée par le *Study Group* (*supra* n. 389) et l'*Acquis Group* (*supra* n. 394), et accompagnée de projets complémentaires préparés par d'autres participants au *Network of Excellence*.⁸⁵⁹

⁸⁵⁶ RISKE, p. 46.

⁸⁵⁷ Le *Network of Excellence* est composé des groupes de recherche suivants: le *Study Group on a European Civil Code*, le *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, le *Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law (Insurance Group)*, l'*Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* et la *Société de législation comparée* (formant ensemble l'*AHC-SLC Group*), le *Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules (Economic Impact Group)*, le *Common Core Group*, le *Data Base Group* et, enfin, l'*Academy of European Law (ERA)* (cf. www.copeccl.org [visité le 26.06.2015]).

⁸⁵⁸ Une édition préliminaire provisoire du DCFR («*Interim Outline Edition*»), puis une édition préliminaire du DCFR («*Outline Edition*») ont été publiées successivement en 2008 et 2009.

⁸⁵⁹ Au nombre de projets complétant le DCFR, il y a notamment les deux ouvrages ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE/SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE (AHC-SLC GROUP), *Terminologie contractuelle commune – Projet de cadre commun de référence*, Paris 2008, et *Principes contractuels communs – Projet de cadre commun de référence*, Paris 2008. Ces ouvrages ont été publiés en anglais dans un seul volume, *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich 2008. Les contributions de l'*AHC-SLC Group* au CCR se

- 406 L'édition non annotée contenait déjà des **définitions** (*infra* n. 409 ss), des **règles modèles** (*infra* n. 412 ss) et des **principes** (*infra* n. 417 ss) de droit privé européen. Alors que la Commission a reçu le DCFR complet en décembre 2008,⁸⁶⁰ l'édition finale, sous forme d'un ouvrage doctrinal accessible au grand public, est parue en 2009.⁸⁶¹ Le DCFR complet comporte désormais également les **commentaires et notes** (*infra* n. 416) sur le droit national, communautaire et international accompagnant les diverses règles modèles.
- 407 Un des buts du DCFR est de servir comme avant-projet pour l'élaboration du CCR «politique» tel que la Commission l'avait appelé de ses vœux dans son *Plan d'Action* de 2003 (*supra* n. 234 ss). Cependant, le CCR et le DCFR doivent être **distingués**. Le DCFR remplit d'autres fonctions importantes (*infra* n. 425 s.).⁸⁶²
- 408 Il faut souligner que c'est un texte d'**initiative purement privée**.⁸⁶³ Il s'agit de règles issues de dizaines d'années de recherches indépendantes et coopératives d'académiciens experts de droit privé, de droit comparé et de droit communautaire. Le *Study Group* et l'*Acquis Group* assument conjointement la responsabilité quant au contenu du DCFR et rien dans ce dernier n'a été approuvé ou mandaté par une entité politiquement légitimée au niveau européen ou national.⁸⁶⁴

b) Contenu

i. Définitions

- 409 Une partie du DCFR est consacrée à la définition de termes juridiques.⁸⁶⁵ Les définitions ont pour fonction le développement d'une **terminologie légale uniforme** au niveau européen. Les définitions de termes tels que «contrat» ou

concentrent sur le droit des contrats. Ils remplissent une fonction propre en se focalisant notamment sur les définitions, la terminologie et les principes directeurs en la matière.

⁸⁶⁰ DCFR, *Outline Edition*, p. 5

⁸⁶¹ Cf. DCFR, *Full Edition*, p. 1 ss.

⁸⁶² RISKE, p. 46 s.

⁸⁶³ VON BAR, EJCL, p. 4 s.

⁸⁶⁴ DCFR, *Full Edition*, Intr. 5 p. 3; RISKE, p. 47.

⁸⁶⁵ Cf. DCFR, *Full Edition*, Définitions p. 65 ss.

«bonne foi» sont listées dans l'annexe I et incorporées au reste du DCFR par le biais de l'art I.-1:108(1) DCFR.⁸⁶⁶

- 410 La technique de mettre une **annexe** au texte principal a été choisie afin de raccourcir le premier chapitre et de pouvoir élargir la liste terminologique à tout moment sans travail éditorial pénible. Le contenu des définitions est tiré en partie de l'acquis communautaire, mais vient principalement de règles modèles qui forment une grande partie du DCFR.⁸⁶⁷
- 411 Une **interaction** entre les définitions et les règles modèles est nécessaire. En effet, les définitions, à elles seules, ne sont pas d'un grand service. Il fallait les tester dans une loi modèle afin d'en apprécier les différents champs sémantiques. Les définitions ont été transposées dans les règles modèles afin de déterminer si elles ne se contredisaient pas, si elles formaient un ensemble cohérent. En effet, des définitions ne peuvent pas être élaborées sans règles modèles, et des règles modèles utiles peuvent difficilement être efficaces sans définitions.⁸⁶⁸

ii. Règles modèles

- 412 Le DCFR est composé dans sa plus grande partie de règles modèles. L'adjectif «modèle» souligne l'absence de toute force contraignante. Il s'agit de règles appartenant au **soft law** (*infra* n. 427) au même titre que les PECL, PETL, PEL, ACQP et le Projet GANDOLFI. «Modèle» aussi, parce qu'elles sont à même de servir de modèle législatif pour l'amélioration de la cohérence interne de l'acquis communautaire ou pour un éventuel futur Code européen de droit privé.⁸⁶⁹
- 413 Bien que le contenu des règles modèles soit en partie basé sur les PECL, le DCFR couvre plus de **domaines**. Ainsi, il renferme des règles modèles pour certains contrats en particulier, il traite d'obligations non-contractuelles et il se penche aussi sur certains aspects des droits réels mobiliers.⁸⁷⁰

⁸⁶⁶ Art. I.-1:108(1) DCFR: «*les définitions énoncées dans l'annexe I s'appliquent aux fins des présentes règles à moins que le contexte n'y fasse obstacle*» (traduction de l'anglais par JACQUES GHESTIN, *Traduction française des 3 premiers livres du DCFR*, Paris 2008).

⁸⁶⁷ DCFR, *Full Edition*, Intr. 23 p. 10; RISKE, p. 48 s.

⁸⁶⁸ DCFR, *Full Edition*, Intr. 23 p. 10; RISKE, p. 49.

⁸⁶⁹ DCFR, *Outline Edition*, p. 18; RISKE, p. 49.

⁸⁷⁰ RISKE, p. 49.

- 414 Le DCFR est divisé en **10 livres**: (i) *General Provisions*, (ii) *Contracts and Other Juridical Acts*, (iii) *Obligations and Corresponding Rights*, (iv) *Specific Contracts and the Rights and Obligations Arising from Them*, (v) *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, (vi) *Non-contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, (vii) *Unjustified Enrichment*, (viii) *Acquisition and Loss of Ownership of Goods*, (ix) *Proprietary Security in Moveable Assets*, et (x) *Trusts*. L'édition finale sous forme d'ouvrage doctrinal est publiée en six volumes, chacun de ceux-ci contenant un ou plusieurs des 10 livres susmentionnés.
- 415 Le DCFR fait également état des **matières exclues** des règles modèles. Il s'agit notamment de questions de capacité juridique des personnes physiques, des successions, des questions matrimoniales et familiales, des papiers-valeurs, du droit des sociétés, des droits réels immobiliers ou encore des relations de travail.⁸⁷¹ Par ailleurs, le DCFR ne contient malheureusement pas de règles modèles sur le crédit à la consommation. En effet, la nouvelle directive⁸⁷² sur le sujet fut adoptée pendant la phase finale du travail sur le DCFR. Ce dernier n'a pas pu en tenir compte en temps voulu.⁸⁷³

iii. Notes et commentaires

- 416 Le DCFR est également pourvu de notes et de commentaires. Ces derniers ont pour tâche d'**illustrer chaque règle** à renfort d'exemples d'applications pratiques et de descriptions des enjeux de politique juridique qui les sous-tendent. Les notes reflètent les différentes **solutions juridiques** soutenues par les systèmes nationaux et internationaux (CVIM, PICC) et, le cas échéant, par le droit communautaire actuel.⁸⁷⁴

iv. Principes

- 417 Le DCFR comprend également des principes généraux. Il s'agit, d'une part, de **notions juridiques indéterminées** telles que la bonne foi ou la liberté contractuelle et, d'autre part, de **principes fondamentaux de politique juridique**.⁸⁷⁵

⁸⁷¹ Art. I.-1:101(2) DCFR.

⁸⁷² Directive 2008/48/CE «crédit à la consommation» abrogeant la directive 87/102/CEE «crédit à la consommation».

⁸⁷³ DCFR, *Outline Edition*, p. 45.

⁸⁷⁴ DCFR, *Full Edition*, Intr. 4 p. 3; RISKE, p. 49 s.

⁸⁷⁵ DCFR, *Full Edition*, Intr. 12 p. 5.

- 418 Alors que la présence de notions juridiques indéterminées dans les règles modèles n'amène pas de commentaires particuliers, la discussion sur les principes fondamentaux de politique juridique est encore ouverte.⁸⁷⁶ En effet, la question se pose encore s'il faut introduire l'éventuel futur CCR par des principes fondamentaux reflétant ses **valeurs** sous-jacentes, qui aideraient le lecteur dans sa compréhension du texte, tout en donnant une direction générale à ceux qui l'utiliseraient pour légiférer.⁸⁷⁷ Les auteurs ont consacré une partie du DCFR à ces valeurs de base.⁸⁷⁸ Ladite partie propose également des facteurs que le législateur devra garder à l'esprit lorsque ces principes fondamentaux entrent en concurrence. En effet, le législateur devra faire une pesée d'intérêts entre les différents buts de politique juridique. C'est une question éminemment politique: quel genre d'Europe veut-on construire? Faut-il une mesure dans la liberté contractuelle? Faut-il protéger spécialement une partie jugée plus faible? Faut-il des éléments de justice sociale? Veut-on laisser le marché se corriger par lui-même ou faut-il plus de régulation?⁸⁷⁹
- 419 Dans sa formulation des principes fondamentaux, le DCFR suggère de différencier entre les «*underlying principles*» et les «*overriding principles*».⁸⁸⁰ Les premiers, «*freedom*», «*security*», «*justice*» et «*efficiency*», sont, entre autres, un aspect de la sécurité contractuelle du point de vue de l'expectative d'une partie cocontractante qui s'attend à ce que son partenaire agisse de bonne foi dans les relations contractuelles.⁸⁸¹ Les seconds, de nature hautement politique, révèlent le modèle sous-jacent de société et de système économique plus directement que la formulation des clauses individuelles. Ils aident à clarifier la position du DCFR entre libéralisme économique et approches plus intrusives en faveur des consommateurs, des victimes de discriminations, des PME et de toutes les autres parties pouvant être considérées comme plus faibles dans notre société.⁸⁸² Dans la catégorie des «*overriding principles*», les auteurs placent «*the protection of human rights, the promotion of solidarity and social*

⁸⁷⁶ Ainsi, l'AHC-SLC Group, dans un projet indépendant mais complémentaire au DCFR (*supra* note de bas de page 857), formule des «Principes directeurs» à intégrer dans l'éventuel CCR (cf. WICKER/SAUTONIE-LAGUIONIE/BUJOLI, p. 421 ss).

⁸⁷⁷ DCFR, *Full Edition*, Intr. 14 p. 7; DCFR, *Outline Edition*, p. 13; DCFR, *Interim Outline Edition*, p. 10 s.; RISKE, p. 50.

⁸⁷⁸ Cf. DCFR, *Full Edition*, Princ. 1 ss p. 37 ss.

⁸⁷⁹ DCFR, *Interim Outline Edition*, p. 11; RISKE, p. 50.

⁸⁸⁰ DCFR, *Full Edition*, Intr. 15 s. p. 7 s.

⁸⁸¹ DCFR, *Full Edition*, Intr. 15 p. 7 s.; RISKE, p. 50.

⁸⁸² DCFR, *Interim Outline Edition*, p. 12; RISKE, p. 50 s.

responsibility, the preservation of cultural and linguistic diversity, the protection and promotion of welfare» ainsi que *«the promotion of the internal market»*.⁸⁸³

- 420 Les auteurs du DCFR considèrent que *«freedom»*, *«security»*, *«justice»* et *«efficiency»* font **double emploi** et font également partie des *«overriding principles»*. Les deux catégories de principes se recoupent donc partiellement.⁸⁸⁴ C'est la raison pour laquelle le volume I du DCFR débute, avant même de s'étendre sur les définitions et les règles modèles, par une partie intitulée *«Principles»*⁸⁸⁵ dédiée spécifiquement aux quatre principes fondamentaux *«freedom»*, *«security»*, *«justice»* et *«efficiency»* qui sous-tendent l'ensemble du DCFR.
- 421 Bien sûr, tous ces principes fondamentaux (*«underlying principles»* et *«overriding principles»*) doivent être **mis en balance** entre eux. Il est dans leur nature qu'ils entrent en contradiction l'un avec l'autre. Ainsi, il peut arriver que la liberté, en particulier contractuelle, puisse devoir être limitée pour protéger les droits de l'Homme,⁸⁸⁶ lorsqu'il s'agit d'appliquer des règles antidiscriminatoires par exemple.⁸⁸⁷ Une des fonctions des règles modèles est de parvenir à un juste équilibre entre les principes énoncés par le DCFR.
- 422 Les règles modèles ne peuvent pas poursuivre les buts de politique juridique d'une manière rigide. Elles sont l'**expression de valeurs sous-jacentes d'un système de droit privé** résultant d'une balance possible entre différents principes fondamentaux. Le DCFR n'est qu'une vision, une proposition parmi d'autres. D'autres choix sont possibles et restent à faire en vue des éventuels CCR et autres instruments optionnels.⁸⁸⁸

c) *Impact*

- 423 Un des buts du DCFR est d'être un modèle possible pour le CCR en tant que **guide** ou «boîte à outils» pour les législateurs européen et nationaux. Pour ceux

⁸⁸³ DCFR, *Full Edition*, Intr. 17 ss p. 8 ss.

⁸⁸⁴ DCFR, *Full Edition*, Intr. 16 p. 8; DCFR, *Outline Edition*, p. 14; RISKE, p. 51.

⁸⁸⁵ DCFR, *Full Edition*, Princ. 1 ss p. 37 ss.

⁸⁸⁶ Sur l'interprétation du DCFR à la lumière des droits fondamentaux, cf. MAK C., *Constitutional Momentum*, p. 513 ss.

⁸⁸⁷ DCFR, *Interim Outline Edition*, p. 13; RISKE, p. 51.

⁸⁸⁸ RISKE, p. 51.

qui décideront des moyens, du rôle et de l'existence d'un futur CCR, le DCFR est un texte concret, travaillé en détail. A l'heure actuelle, les questions sur les modalités d'un (très) éventuel CCR ne sont pas résolues au niveau politique. D'ailleurs, même si un CCR devait voir le jour, il n'aura pas nécessairement la même étendue, ni le même contenu que le DCFR.⁸⁸⁹ Partant, il faudrait encore que le CCR soit à même de franchir le fossé entre visions académiques et la réalité des contraintes législatives européennes.⁸⁹⁰

- 424 Une partie du DCFR a déjà eu un impact politique. En effet, la proposition de la Commission d'instrument optionnel sous forme d'un **règlement relatif à un droit européen commun de la vente** (CESL; *supra* n. 305 ss) s'est basée sur la «*Feasability Study for a Future Instrument in European Contract Law*»⁸⁹¹ qui, elle-même, s'est servie du DCFR comme point de départ.⁸⁹² Pour l'instant, l'on ne saurait dire si d'autres instruments optionnels, relatifs à d'autres parties du DCFR, sont envisagés ou verront le jour dans le futur.
- 425 Le rêve d'un Code civil européen, porté par le DCFR, n'a-t-il pas échoué au vu de son impact se limitant, pour l'instant, au CESL? Autrement dit, la montagne n'a-t-elle pas accouché d'une souris? La réponse doit être nuancée.⁸⁹³ Nul doute que pour certains, les perspectives d'un Code civil européen, ou même d'un CCR, semblent s'être éloignées avec le CESL (*supra* n. 313). Nous voulons y voir une étape intermédiaire sur le chemin d'une codification plus large. Avant tout, il serait erroné que de considérer le DCFR uniquement comme une maquette pour d'éventuelles concrétisations politiques. Le DCFR est un outil qui a un sens même sans leur émergence. Nul doute que le DCFR saura **promouvoir le savoir** du droit privé, à l'intérieur comme à l'extérieur des frontières de l'UE. A l'instar des souhaits émis par ses auteurs, il devrait en particulier contribuer à montrer à quel point les lois nationales se ressemblent et se sont stimulées réciproquement dans leur développement. Le DCFR devrait contribuer à souligner que ces lois nationales ne sont que des manifestations régionales d'un héritage européen commun. Il pourrait fournir la notion d'un droit privé européen fondé sur une base nouvelle favorisant la compréhension mutuelle et encourageant le débat sur le droit privé en Europe.⁸⁹⁴ S'il ne sert de

⁸⁸⁹ DCFR, *Full Edition*, Intr. 6 p. 3.

⁸⁹⁰ SCHULZE, CFR, p. 3; RISKE, p. 47.

⁸⁹¹ COM(2011) 635 final, p. 7 s.

⁸⁹² EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW, p. 5.

⁸⁹³ HONDIUS, *Draft*, p. 483.

⁸⁹⁴ DCFR, *Full Edition*, Intr. 8 p. 4; RISKE, p. 48.

base pour un CCR, il est d'ores et déjà une boîte à outils académique d'une envergure dont peu de projets peuvent se targuer.

- 426 Le DCFR nourrit l'ambition de susciter de l'inspiration en-dehors du monde académique dans la création de **solutions innovantes** pour les questions de droit privé. Si le contenu est convaincant, les auteurs espèrent que le DCFR contribuera à une européanisation «*harmonieuse et informelle*»⁸⁹⁵ du droit privé.⁸⁹⁶ L'avenir nous dira s'il sera plébiscité en tant que *soft law* (*infra* n. 427). L'épreuve du feu pour le DCFR se situe du côté de son acceptation par les juristes de la *Common law*. Ceux-ci pourraient en effet se montrer réfractaires dû au goût parfois prononcé du DCFR pour les concepts romano-germaniques (*supra* n. 321).

C. Instruments d'organisations internationales

1. Typologie

- 427 Au niveau international, le moyen immédiat et le plus efficace d'uniformiser le droit demeure l'unification par le biais de Conventions internationales (*supra* n. 328). Ce n'est cependant pas le seul. Les instruments d'organisations internationales y parviennent par des **méthodes extralégislatives d'uniformisation du droit**. S'il s'agit aussi de normes juridiques internationales uniformes, elles n'ont toutefois pas de force juridique contraignante par elles-mêmes. C'est la raison pour laquelle ces règles sont à classer parmi le *soft law*.⁸⁹⁷
- 428 Les instruments d'uniformisation conçus par les organisations internationales sont essentiellement de **deux types**. D'un côté, il y a les lois types (*infra* n. 429) qui sont spécifiquement adressées aux législateurs nationaux et de l'autre, il y a les modèles de droit uniforme (*infra* n. 430) qui, bien qu'ils puissent servir de source aux législateurs, s'adressent également aux parties contractantes.
- 429 Une **loi type** est un corps de dispositions législatives modèles dans un domaine donné que les Etats ont le loisir d'adopter en les incorporant dans leur ordre juridique domestique. Son objectif est de permettre aux Etats de procéder aux adaptations nécessaires à leurs spécificités législatives internes.

⁸⁹⁵ DCFR, *Full Edition*, Intr. 8 p. 4.

⁸⁹⁶ RISKE, p. 48.

⁸⁹⁷ RISKE, p. 52.

L'uniformisation du domaine concerné est donc fonction du nombre d'Etats reprenant la loi type et du niveau de fidélité au modèle dont les différentes législations font preuve au moment de son incorporation. Au niveau international, l'organisation la plus connue⁸⁹⁸ pour édicter des lois types touchant aux questions de droit privé est la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (CNUDCI).⁸⁹⁹ La CNUDCI a été créée par l'Assemblée générale de l'*Organisation des Nations Unies* (ONU) en 1966.⁹⁰⁰ L'Assemblée générale a estimé que les divergences entre les lois nationales relatives au commerce international constituaient autant d'obstacles au fonctionnement des échanges. La CNUDCI a été donc instituée afin de réduire ou d'éliminer les disparités existantes entre les législations nationales.⁹⁰¹ La CNUDCI a formulé des lois types sur l'arbitrage commercial international (1985, amendée en 2006),⁹⁰² les virements internationaux (1992),⁹⁰³ le commerce électronique (1996),⁹⁰⁴ l'insolvabilité internationale (1997),⁹⁰⁵ les

⁸⁹⁸ D'autres organismes internationaux ont formulés des lois types ayant trait au commerce international. L'*Institut International pour l'unification du droit privé* (UNIDROIT), notamment, a édicté la *Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise* (2002) (*infra* n. 1099 ss), ainsi que la *Loi type d'UNIDROIT sur la location et la location-financement* (2008) (disponibles sur le site web d'UNIDROIT aux p. <<http://www.unidroit.org/french/modellaws/2002franchise/2002modellaw-f.pdf>> et <<http://www.unidroit.org/french/documents/2010/etude59a/s-59a-24-f.pdf>> [visités le 26.06.2015].

⁸⁹⁹ Cf. www.uncitral.org (visité le 26.06.2015).

⁹⁰⁰ *Résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966*, p. <<http://www.jus.uio.no/lm/uncitral.2205-xxi/doc.html>> (visité le 26.06.2015).

⁹⁰¹ Parmi ses nombreux textes, on retrouve également des Conventions internationales, dont la plus illustre est la CVIM.

⁹⁰² *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985 avec les amendements adoptés en 2006* (disponible sur le site web de la CNUDCI à la p. <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf> [visité le 26.06.2015]).

⁹⁰³ *Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux* (disponible à la p. <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/payments/transfers/ml-creditrans-f.pdf>> [visité le 26.06.2015]).

⁹⁰⁴ *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996 avec le nouvel article 5 bis tel qu'adopté en 1998* (disponible à la p. <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf> [visité le 26.06.2015]).

⁹⁰⁵ *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation* (disponible à la p. <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/insolvency-f.pdf>> [visité le 26.06.2015]).

signatures électroniques (2001),⁹⁰⁶ la conciliation commerciale internationale (2002),⁹⁰⁷ et la passation des marchés publics (2011).⁹⁰⁸

- 430 Quant aux **modèles de droit uniforme** à vocation internationale, les «*Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*» (PICC; *infra* n. 431 ss) n'ont pas d'égal dans leur domaine. Bien que les PICC puissent tenir lieu de loi type ou d'aide à l'interprétation du droit national ou international,⁹⁰⁹ ils sont plus connus pour être des règles générales propres à régir les contrats du commerce international. En tant que moyen non législatif d'uniformisation du droit,⁹¹⁰ il faut toutefois que les parties contractantes choisissent de s'y soumettre pour qu'ils deviennent obligatoires pour elles. Un autre exemple de modèles de droit uniforme à vocation internationale sont les «*International Commercial Terms*» (Incoterms) de la *Chambre de commerce internationale* (*International Chamber of Commerce* – ICC).⁹¹¹ Les Incoterms définissent les obligations dans les relations B2B entre vendeurs et acheteurs, notamment en matière de chargement, de transport et de livraison de l'objet contractuel. Ils déterminent en particulier le lieu et donc le moment exact du transfert des risques. Les différents termes normalisés à disposition des parties s'expriment par une abréviation anglophone en trois lettres à insérer dans le contrat (p.ex. «EXW» pour «*Ex Works*»).⁹¹²

⁹⁰⁶ *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation 2001* (disponible à la p.<<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ml-elecsign-f.pdf>> [visité le 26.06.2015]).

⁹⁰⁷ *Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et Guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation 2002* (disponible à la p.<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-conc/03-90954_Ebook.pdf> [visité le 26.06.2015]).

⁹⁰⁸ *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics* (disponible à la p.<<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-f.pdf>> [visité le 26.06.2015]).

⁹⁰⁹ Ainsi, l'*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA) s'inspire largement des PICC pour une élaboration d'un acte uniforme relatif aux contrats (cf. FONTAINE, *Avant-projet ODAHA*, p. 1 ss). Les PICC et les PECL ont également inspiré la loi chinoise sur les contrats de 1999 (COM(2010)348 final, note de bas de page 9).

⁹¹⁰ Certains parlent d'une «codification privée [...] de règles anationales» (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, n. 639).

⁹¹¹ Cf. www.iccwbo.org (visité le 26.06.2015).

⁹¹² Pour d'autres exemples cf. p.<<http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/the-incoterms-rules/>> (visité le 26.06.2015).

2. Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (PICC)

a) Présentation

- 431 Les «*Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*»⁹¹³ («PICC» pour «*Principles of International Commercial Contracts*») sont une œuvre d'origine privée de l'*Institut International pour l'unification du droit privé* (UNIDROIT) qui a son siège à Rome.⁹¹⁴ UNIDROIT part du constat que l'unification du droit sur le plan international au moyen des instruments contraignants reste **fragmentaire**. Pour pallier à cet état de fait, l'Institut a adopté les PICC comme un moyen extralégislatif «*d'unification ou d'harmonisation du droit*».⁹¹⁵
- 432 Il s'agit, d'après le texte du préambule et de son commentaire,⁹¹⁶ de règles générales qui peuvent être l'**objet d'une élection de droit** directe ou indirecte des parties contractantes ou servir comme **moyen d'interprétation, de complément ou de modèle** pour la législation nationale et internationale. Il ressort de cette description qu'en dehors d'une éventuelle élection de droit, les PICC ne sont pas contraignants au sens positiviste du terme et appartiennent comme tels au *soft law*.⁹¹⁷
- 433 Les PICC sont l'œuvre de comparatistes du monde entier qui se sont fondés sur des recherches extensives de droit comparé.⁹¹⁸ Leur méthode et leur fonction sont semblables à celles des PECL (*supra* n. 379).⁹¹⁹ En effet, les PICC sont le pendant international des PECL, dans le sens où il s'agit d'un **Restatement international des principes généraux du droit des contrats**.⁹²⁰ Toutefois, deux différences entre ces deux *Restatements* peuvent être relevées. Premièrement, les PICC ne sont supposés viser que les contrats commerciaux internationaux, et non pas les contrats purement nationaux, ni les contrats internationaux de consommation. Les PECL ne connaissent pas cette limitation.

⁹¹³ Cf. www.unidroit.org (visité le 26.06.2015).

⁹¹⁴ WIDMER P., p. 235.

⁹¹⁵ Principes d'UNIDROIT 2010, p. xxii.

⁹¹⁶ Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 1 ss ad Préambule PICC.

⁹¹⁷ JUNG, p. 77 s.; RISKE, p. 54.

⁹¹⁸ JUNG, p. 78; RISKE, p. 54.

⁹¹⁹ HONDIUS, *One Up for UNIDROIT*, p. 745; RISKE, p. 54.

⁹²⁰ Principes d'UNIDROIT 2010, p. xxii.

Deuxièmement, les PICC ont une portée mondiale, alors que les PECL ne sont que l'expression d'un droit contractuel général des pays membres de l'UE.⁹²¹

b) Contenu

- 434 Les PICC intègrent dans une large mesure des concepts connus de nombreux, sinon de tous les systèmes juridiques. Etant conçu pour les **opérations du commerce international**, ils comprennent cependant également des solutions considérées comme les plus adaptées au niveau international. Dans la même optique, les PICC tentent délibérément de s'abstenir d'utiliser une terminologie propre à un système juridique particulier.⁹²² Il n'est pas non plus fait état des sources nationales dans les commentaires accompagnant chaque disposition.⁹²³
- 435 En plus desdits **commentaires**, les **règles modèles** sont systématiquement accompagnées d'**illustrations** d'applications pratiques. La dernière version consolidée des PICC date de 2010. Elle comporte désormais 211 articles répartis en 11 chapitres, à savoir: (i) dispositions générales, (ii) formation du contrat et pouvoir de représentation, (iii) validité, (iv) interprétation, (v) contenu du contrat, droit des tiers et obligations conditionnelles, (vi) exécution, (vii) inexécution, (viii) compensation, (ix) cession de créances, cession de dettes et cession de contrats, (x) délais de prescription, et (xi) pluralité de débiteurs et de créanciers.

c) Impact

- 436 Tant les PECL que les PICC ont, aujourd'hui déjà, une **relevance pratique** en plus d'être intéressants théoriquement. Cette constatation vaut tout particulièrement pour les PICC, ce dont témoigne toute une série de sentences arbitrales internationales.⁹²⁴ Les arbitres s'y réfèrent fréquemment,⁹²⁵ car les

⁹²¹ KRAMER, p. 16; RISKE, p. 54.

⁹²² Principes d'UNIDROIT 2010, p. xxiii.

⁹²³ Ce n'est que lorsqu'une règle tire sa source de la CVIM qu'il y est fait explicitement référence.

⁹²⁴ Le site web «UNILEX on CISG & UNIDROIT Principles» (www.unilex.info [visité le 26.06.2015]) rend accessible près de 300 arrêts et sentences arbitrales intégrant les PICC. Pour la Suisse, cf. é.g. *Yearbook of Commercial Arbitration* 22 (1997), p. 211 ss. La sentence de la Chambre de commerce zurichoise du 25.11.1994 c. 24 qualifie les

PICC constituent un corps de règles cohérentes et reflètent un consensus transnational de *lex mercatoria*.⁹²⁶

- 437 Les PICC comptent parmi le petit nombre de projets internationaux d'uniformisation qui ont du **succès**. Au regard de l'aveu de la Commission qu'elle ne veut pas réinventer la roue, il est étonnant qu'elle n'ait pas mentionné les PICC comme source expresse d'un éventuel futur CCR dès ses premières communications alors qu'elle le fait pour les textes internationaux contraignants comme la CVIM.⁹²⁷ Il aura fallu attendre le *Livre vert* de 2010 (*supra* n. 252 ss) pour que la Commission se décide enfin à reconnaître les PICC comme un modèle pour les législateurs du monde entier et les partenaires contractuels.⁹²⁸
- 438 Les PICC revêtent également une signification accrue dans l'élaboration du **CESL** (*supra* n. 305 ss). Ce dernier s'efforce d'être l'expression d'une conception commune, bien qu'européenne, du droit des contrats.

D. Conclusions intermédiaires

- 439 Les débats académiques autour de l'uniformisation du droit privé se sont multipliés exponentiellement ces dernières 30 années. Ils ont largement contribué à la renaissance d'une **science juridique paneuropéenne**. Les efforts visant à découvrir ce qui est déjà commun aux systèmes juridiques européens (droit privé européen commun) trouvent leur apogée dans des ouvrages tels que ceux du *Common Core Project*.
- 440 A côté des ouvrages de pure doctrine, le mérite des académiciens comparatistes est d'avoir formulé des **modèles d'uniformisation** du droit privé intégrant non seulement des concepts connus des diverses traditions juridiques, mais

Principes d'UNIDROIT dans le cadre de l'interprétation des contrats et de l'erreur essentielle de «*rules reflecting a worldwide consensus*».

⁹²⁵ En droit suisse de l'arbitrage international, le recours aux PICC est admissible par élection de droit ou comme rattachement objectif selon les termes de l'art. 187 al. 1 LDIP (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, n. 636 ss).

⁹²⁶ RISKE, p. 54 s. La notion «*lex mercatoria*» fait référence à un ensemble de règles de droit non étatique comprenant les usages et les principes généraux du commerce international (cf. DASSER, p. 107 ss). On considère que les PICC sont une expression de tels principes généraux. Le préambule des PICC fait d'ailleurs expressément référence à la notion.

⁹²⁷ RISKE, p. 55.

⁹²⁸ COM(2010) 348 final, p. 3.

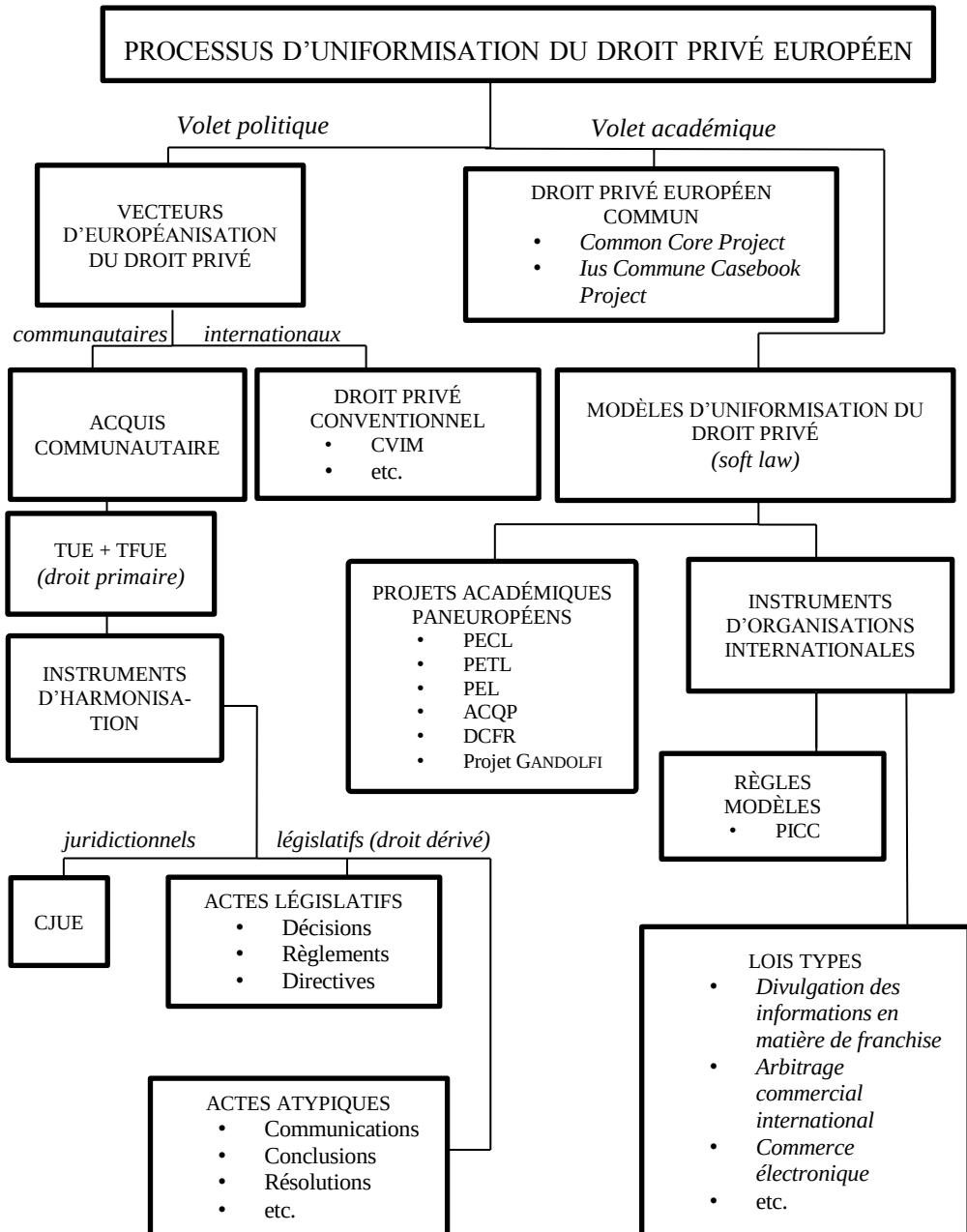
également parfois des solutions innovantes adaptées au contexte européen ou international.

- 441 Divers projets académiques d'uniformisation du droit privé européen ont vu le jour parallèlement, et parfois même antérieurement, aux efforts politiques d'harmonisation des législations. Dès 1983, les **PECL** commencent à être élaborés à l'initiative du Professeur LANDO. En 1990, un colloque d'éminents juristes, coordonné par le Professeur GANDOLFI se décide à rédiger l'«*Avant-projet académique de Code européen des contrats*», aussi nommé «**Projet GANDOLFI**». Suivent, en 1999, les **PEL** du *Study Group on a European Civil Code* et les **ACQP** du *Research Group on the Existing EC Private Law*. Ces deux groupes participent au *Network of Excellence* qui a travaillé sur le **DCFR**, l'avant-projet académique du CCR. En tant que projet scientifique d'envergure, le DCFR intègre les PECL et se base sur les ACQP, les PEL et les autres projets du *Network of Excellence* pour investir également des domaines extracontractuels. En 2005 paraît par ailleurs la première édition des **PETL**, un projet d'uniformisation consacré spécifiquement au droit de la responsabilité civile.
- 442 Tous ces projets sont rédigés à la manière des *Restatements* américains et contiennent des **commentaires** explicatifs et/ou des **notes** sur chacune des **règles modèles** qui y sont formulées. Le DCFR, en particulier, contient des définitions de termes juridiques, des règles modèles et des principes généraux de politique juridique. Bien que ces projets formulent des normes juridiques uniformes, ils n'ont pas de force juridique contraignante par eux-mêmes. S'attachant à une méthode extralégislative d'uniformisation du droit, ces différents corps de règles sont à même de servir comme modèles aux législateurs tout en s'adressant aux parties contractantes qui peuvent choisir de s'y soumettre. En tant que tels, ces textes sont à classer parmi le *soft law*.
- 443 Ces caractéristiques les rapprochent des **PICC** de l'Institut UNIDROIT, leur *alter ego* international. Relatifs aux contrats du commerce international, les PICC ont déjà une importance pratique considérable, notamment dans le domaine de l'arbitrage où ils reflètent un consensus transnational de *lex mercatoria*. A vocation internationale, ils sont à compter parmi les instruments d'uniformisation d'organisations internationales qui ont eu du succès.
- 444 A l'instar d'UNIDROIT, d'autres organisations internationales comme la CNUDCI sont connues pour édicter des **lois types**. Ces dernières sont un type d'instruments d'uniformisation non-contraignants s'adressant spécifiquement aux législateurs. Elles sont composées de dispositions législatives modèles à

incorporer dans une législation donnée. L'uniformisation du domaine visé par une loi type est fonction du nombre d'Etats la reprenant et du niveau de fidélité au modèle dont les différentes législations font preuve au moment de son incorporation.

- 445 Les modèles d'uniformisation du droit privé européen s'inscrivent non seulement dans le débat scientifique autour de la codification du droit privé européen, mais ils constituent également des **sources** pour le CESL. Indépendamment même de leur impact politique ou pratique, il s'agit de contributions scientifiques majeures participant au processus d'uniformisation du droit privé européen.

IV. Schéma récapitulatif: Processus d'uniformisation du droit privé européen



PARTIE DEUXIÈME: RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE

446 La partie deuxième de notre étude, relative à la responsabilité précontractuelle, est divisée en **quatre sections**. Nous analyserons d'abord les fondements **(I.)** et les origines de cette institution **(II.)**. Ensuite, nous nous pencherons sur l'appréhension qui en est faite par les représentants des deux grandes cultures juridiques européennes **(III.)**. Enfin, la dernière section de la présente partie se consacrera aux solutions retenues par le droit privé uniforme **(IV.)**.

I. Fondements dogmatiques

A. Introduction

- 447 Avec la présentation des fondements dogmatiques de la responsabilité précontractuelle, nous abordons la deuxième grande thématique de notre étude. D'un point de vue **fonctionnel**, la responsabilité précontractuelle vise à déterminer si et, le cas échéant, comment les cultures juridiques européennes sanctionnent la déception de la confiance légitime d'un cocontractant prospectif. La responsabilité précontractuelle vise à allouer le risque patrimonial lié à la conclusion d'un contrat à la personne s'étant comportée d'une manière considérée comme répréhensible dans la phase précontractuelle.
- 448 Au-delà de sa nature juridique et de ses modalités, c'est le principe même d'une responsabilité précontractuelle **générale** qui est rejeté par certaines juridictions. Alors que les cultures juridiques européennes civilistes (*Civil law*; *infra* n. 699 ss) ont rapidement admis l'existence d'un devoir fondamental de se comporter de bonne foi pendant la phase précontractuelle, les systèmes de la *Common law* (*infra* n. 849 ss) ne prévoient en général que ponctuellement qu'une partie doive réparer le dommage causé à l'autre du fait de son comportement avant la conclusion d'un contrat.
- 449 Peu d'institutions ont fait couler autant d'encre depuis aussi longtemps que la responsabilité précontractuelle. Cette dernière a tout d'une **proie farouche**. Elle nous paraît familière, car on l'aperçoit souvent furtivement, à la fois cachée et trouvant sa subsistance dans une jungle de principes juridiques fondamentaux fermement enracinés. Lorsque l'on désire l'appréhender, le piège façonné de nos certitudes s'avère souvent trop étroit. S'inscrivant dans une relation interpersonnelle sans pour autant qu'un contrat valable n'en résulte nécessairement, la responsabilité précontractuelle échappe aux carcans délictuel et contractuel classiques.
- 450 En commençant la partie deuxième de notre ouvrage par l'exposé des fondements de l'institution de la responsabilité précontractuelle (*infra* n. 452 ss), nous avons fait le pari d'une **approche intégrative**, dans l'optique d'une uniformisation dogmatique – sinon paneuropéenne, du moins romano-germanique – de la responsabilité pour *culpa in contrahendo*. L'approche choisie n'exclut donc nullement les références à l'ordre juridique suisse. Au contraire, ces dernières seront mises en avant à chaque fois qu'elles expriment ou proposent des solutions consensuelles ou cohérentes avec l'objectif poursuivi.

451 Avant la présentation des **principes** (*infra* n. 465 ss) sous-jacents à la problématique posée par la responsabilité précontractuelle, le **champ d'application** de cette dernière (*infra* n. 520 ss) et l'illustration des principaux **devoirs spécifiques** (*infra* n. 533 ss) déduits du **devoir générique** de bonne foi précontractuelle (*infra* n. 463 s.), nous commencerons par un glossaire sommaire de la **terminologie** récurrente dans le domaine (*infra* n. 452 ss). Notre présentation des fondements de l'institution s'achèvera par nos **conclusions intermédiaires** (*infra* n. 611 ss).

B. Terminologie

1. Introduction

- 452 Un descriptif terminologique est essentiel dans le cadre d'une analyse comparative. Il permet de lever les **ambiguïtés** éventuelles à propos du sens à donner aux termes utilisés, surtout à l'égard du lecteur d'un ordre juridique étranger, qui n'est souvent peu ou pas familiarisé avec les éventuelles controverses terminologiques propres à l'ordre juridique de l'auteur.
- 453 Un *compendium* initial des **termes récurrents** sert à une meilleure compréhension des principaux enjeux de la problématique traitée. De manière générale, la définition d'une notion permet au lecteur d'identifier une fois pour toute la fonctionnalité du terme utilisé pour la désigner. Ainsi, un descriptif terminologique sommaire facilite l'appréhension de la problématique posée.⁹²⁹
- 454 Nous exposerons donc ci-après ce qu'il convient d'entendre par les locutions «**culpa in contrahendo**» (*infra* n. 455), «**responsabilité précontractuelle**» (*infra* n. 456 s.), «**phase précontractuelle**» (*infra* n. 458 s.), «**négociations précontractuelles**» (*infra* n. 460), «**relation précontractuelle**» (*infra* n. 461 s.) et «**devoir fondamental de bonne foi précontractuelle**» (*infra* n. 463 s.).

⁹²⁹ Un même terme juridique est à même de revêtir plusieurs significations. Inversement, il est possible que différents termes décrivent un même effet juridique. Enfin, il arrive qu'un terme se réfère à un concept ou à une institution inconnue d'un autre système juridique. Un descriptif de la terminologie utilisée, en guise d'introduction aux principaux enjeux de la problématique traitée ou au cœur de l'analyse dans le cadre d'un aspect particulier, évite le risque de confusion, particulièrement entre juristes de la *Common law* et de la *Civil law*.

2. *Culpa in contrahendo*

- 455 La violation intentionnelle ou négligente d'un devoir imposé par un ordre juridique donné dans la phase précontractuelle (*infra* n. 458 s.) constitue une *culpa in contrahendo*⁹³⁰ – une **faute dans le processus menant à la conclusion d'un contrat** («*Verschulden beim Vertragschluss*»). Elle fait naître une obligation de réparer le préjudice causé à la partie préjudiciée, indépendamment d'autres sanctions possibles.⁹³¹ Ainsi, le dol – un des archétypes de la *culpa in contrahendo* – entraîne régulièrement également l'annulabilité du contrat.

3. Responsabilité précontractuelle

- 456 La responsabilité précontractuelle est une des sanctions pour *culpa in contrahendo* (*supra* n. 455). Elle oblige la personne responsable à **réparer le préjudice causé** à la personne lésée par la violation d'un devoir imposé au stade précontractuel.
- 457 L'institution de la responsabilité précontractuelle trouve son fondement dans un postulat voulant que les parties en phase précontractuelle doivent se comporter de **bonne foi** (*infra* n. 486 ss).⁹³² Ce postulat est largement réfuté par la *Common law* anglo-américaine (*infra* n. 853 ss).

4. Phase précontractuelle

- 458 Sous la locution «phase précontractuelle», l'on entend le **stade précédant la conclusion** d'un contrat (stade précontractuel).

⁹³⁰ Locution introduite dans la terminologie germanophone par la contribution du juriste allemand VON JHERING en 1861 (cf. VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 1 ss). La responsabilité précontractuelle étant considérée comme un cas de responsabilité délictuelle en droit français, la littérature française n'utilise souvent cette locution qu'en rapport avec la théorie de VON JHERING qui, lui, inscrit la responsabilité précontractuelle dans un cadre contractuel.

⁹³¹ NICKEL, p. 21; WESSNER, *User, abuser, méduser*, p. 515.

⁹³² Cf. WOLF/NEUNER, p. 413; BK-KRAMER, n. 134 ad All. Einl.; GONZENBACH, p. 7.

- 459 La phase précontractuelle débute **dès la première prise de contact en vue de conclure un contrat** entre les parties impliquées⁹³³ et s'achève soit au moment du **refus de contracter**, soit à la **conclusion** du contrat envisagé.⁹³⁴

5. Négociations précontractuelles

- 460 Bien que la conclusion d'un contrat puisse consister en l'acceptation immédiate d'une offre préétablie, le processus menant à la conclusion du contrat est souvent ponctué de **discussions** plus ou moins longues à propos de son opportunité et de ses termes (*infra* n. 495 ss). Il est alors question de négociations précontractuelles (pourparlers, tractations, «*Vertragsverhandlungen*», «*negotiations*»).⁹³⁵

6. Relation précontractuelle

- 461 Quelle soit précédée de négociations ou non, la conclusion d'un contrat – l'objet de la phase précontractuelle – implique nécessairement une **relation interpersonnelle**.
- 462 La **nature** de la relation précontractuelle est controversée.⁹³⁶ Là où certains n'y voient qu'une simple relation sociale de fait,⁹³⁷ d'autres la considèrent comme une relation particulière de nature juridique, préexistante au contrat («*rechtliche Sonderverbindung*»).⁹³⁸ Les ordres juridiques germaniques admettent généralement que les pourparlers précontractuels, ou les contacts commerciaux les préparant, créent un rapport d'obligation entre les interlocuteurs qui leur impose des devoirs de comportement réciproques («*Schuldverhältnis ohne*

⁹³³ MUTERS, n. 20 ad § 311 BGB; AnwKomm-BGB-KREBS, n. 19 ad § 311 BGB; HUGUENIN, OR, n. 1536.

⁹³⁴ HÜTTE/HÜTTE, n. 603.

⁹³⁵ TERCIER/PICHONNAZ, n. 597.

⁹³⁶ RISKE, p. 58.

⁹³⁷ Ainsi, not. dans le cadre du droit suisse, PIOTET, *Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle*, p. 255 s.; KUONEN, n. 1304 ss. C'est la solution admise en droit français: la relation de fait engendre des devoirs généraux (et non des devoirs spéciaux, relatifs) s'actualisant lors de la relation précontractuelle. Une violation de ces devoirs généraux engendre une responsabilité délictuelle (cf. WESSNER, *une fausse bonne idée*, p. 43).

⁹³⁸ Pour le droit suisse, cf. not. BERGER, n. 1969 ss; STEINAUER, n. 464 ss; pour le droit allemand, NK-BGB-KREBS, n. 24 ss ad § 241 BGB.

primäre Leistungspflicht»; *infra* n. 712).⁹³⁹ Ainsi, une personne qui s'apprête à entrer en relation contractuelle avec une autre est en droit de s'attendre à avoir affaire à un partenaire honnête («*allgemeine Redlichkeitserwartung*»; *infra* n. 509).⁹⁴⁰

7. Devoir fondamental de bonne foi précontractuelle

- 463 Dans la tradition civiliste, les relations précontractuelles sont régies par le devoir **générique** de se comporter de bonne foi (devoir fondamental de bonne foi précontractuelle; *infra* n. 486).⁹⁴¹ Partant, la confiance légitime que les cocontractants prospectifs s'octroient par rapport au sérieux, au caractère complet et à l'exactitude de leurs déclarations réciproques mérite une protection légale particulière (*infra* n. 510 ss).⁹⁴²
- 464 L'ouverture de la phase précontractuelle déclenchant un devoir fondamental de bonne foi (*supra* n. 463),⁹⁴³ ce dernier met à la charge des parties impliquées un ensemble de devoirs de diligence, de protection et d'égards envers les intérêts dignes de protection de l'autre («*Sorgfalts-, Schutz- und Rücksichtspflichten*»; *infra* n. 715).⁹⁴⁴ Ces derniers se concrétisent par des devoirs **spécifiques** (*infra* n. 533 ss), tels que le devoir de négocier conformément à ses intentions véritables (*infra* n. 535 ss), d'informer l'autre sur les circonstances à même d'influencer sa décision de conclure le contrat (*infra* n. 592 ss) ou de

⁹³⁹ Cf. not. pour le droit suisse, ATF 132 III 24 c. 6.1.2; ATF 121 III 350 c. 6c; ATF 77 II 135 c. 2a; arrêt du TF 4A_229/2014 du 19.09.2014, c. 4.1; ROUILLER, *Culpa*, p. 166; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 948; TERCIER/PICHONNAZ, n. 597; pour le droit allemand, BGH, *Urt. v.* 10.07.1970 –V ZR 159/67, NJW 1970, 1840, p. 1840; LORENZ, *Germany*, p. 162; HÜTTE/HÜTTE, n. 602; NK-BGB-KREBS, n. 24 ad § 241 BGB.

⁹⁴⁰ RISKE, p. 59; dans le cadre du droit allemand, cf. not. LARENZ, *Schuldrecht I*, p. 106 et les réf. citées.

⁹⁴¹ Cf. art. 1337 CCit; § 311 al. 2 ch. 1 BGB; art. 2.1.15 PICC; art. 2:301 PECL; art. II-3:301 DCFR; art. 2:101 ACQP; art. 6 Projet GANDOLFI; pour le droit prospectif français, art. 1104 Projet CATALA; art. 6 Projet CHANCELLERIE; art. 5 Projet TERRÉ.

⁹⁴² ATF 120 II 336 c. 5a; arrêt du TF 4C.320/2002 du 03.02.2003, c. 3.2.

⁹⁴³ Cf. TERCIER/PICHONNAZ, n. 641.

⁹⁴⁴ Dans le cadre du droit suisse, cf. BSK-HONSELL, n. 17 ad art. 2 CC; PIOTET, *Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle*, p. 253; pour le droit allemand, WOLF/NEUNER, p. 413 s.; STOLL, p. 435; MUTERS, n. 2 ad § 311 BGB; LARENZ, *Schuldrecht I*, p. 106 s.; CANARIS, JZ 1965, p. 476.

confidentialité (*infra* n. 607 ss).⁹⁴⁵ Le devoir de bonne foi dans la phase précontractuelle est «fondamental» dans la mesure où il sert de fondement aux devoirs précontractuels spécifiques qui en découlent selon les circonstances du cas concret.

C. Principes

1. Introduction

465 L'institution de la responsabilité précontractuelle est régie par deux principes fondamentaux, à savoir la **liberté contractuelle** (*infra* n. 466 ss) et la **bonne foi** (*infra* n. 482 ss).

2. Liberté contractuelle

a) Notion

466 La liberté contractuelle tient une **place de choix** dans le cadre de la problématique relative à la responsabilité précontractuelle. La phase précontractuelle est gouvernée par la liberté contractuelle «*qui laisse les hommes libres de conclure un contrat ou non et d'en déterminer le contenu*».⁹⁴⁶

467 La liberté contractuelle est la liberté de chacun de modeler sous sa propre responsabilité ses conditions de vie grâce aux contrats. Elle fait partie intégrante du droit fondamental de la liberté économique qui lui-même est un aspect de la liberté personnelle.⁹⁴⁷ La liberté contractuelle est donc une des manifestations principales de l'**autonomie privée**. En effet, la liberté contractuelle peut être définie comme le principe de la création de relations juridiques par chacun selon sa volonté.⁹⁴⁸ L'autonomie privée et la liberté contractuelle sont, en tant qu'éléments de l'autodétermination, des principes fondamentaux dans un système économique libéral, fondé sur la libre entreprise et la concurrence.⁹⁴⁹

⁹⁴⁵ ATF 121 III 350 c. 6c; ATF 77 II 135 c. 2a; ROUILLER, *Culpa*, p. 166.

⁹⁴⁶ KUONEN, n. 2; pour le droit anglo-américain, cf. KESSLER/FINE, p. 409 ss.

⁹⁴⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER II, n. 910.

⁹⁴⁸ BASEDOW, *Freedom of Contract*, p. 903 ss; NICKEL, p. 24; cf. ég. STARCK/ROLAND/BOYER, n. 32 ss.

⁹⁴⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER II, n. 909.

b) *Aspects*

468 On reconnaît à la liberté contractuelle **quatre aspects** principaux, à savoir:

(i) la liberté de conclure ou ne pas conclure un contrat;⁹⁵⁰

(ii) la liberté de choisir son partenaire contractuel;⁹⁵¹

(iii) la liberté de l'objet du contrat;⁹⁵² et

(iv) la liberté de la forme du contrat.⁹⁵³

469 La liberté de ne pas conclure un contrat (*ius variandi*; *infra* n. 470 ss) et la liberté de l'objet du contrat (*infra* n. 476 ss) entretiennent un **lien intime** avec la responsabilité précontractuelle, raison pour laquelle il y a lieu d'y consacrer les quelques lignes suivantes.

c) *Ius variandi*

i. **Principe**

470 En principe, chacun est en **droit de décider s'il veut conclure ou non** un contrat avec le(s) partenaire(s) envisagé(s).⁹⁵⁴ Il faut en rapprocher la liberté de décider si et comment il est possible de mettre fin au contrat ou de le modifier, et la liberté de ne pas renouveler un contrat arrivé à son terme.⁹⁵⁵

471 La liberté de conclure au sens négatif, à savoir la liberté de ne pas conclure, revêt une signification cruciale dans le domaine de la responsabilité précontractuelle. En effet, la liberté de ne pas conclure de contrat au terme des négociations – connue sous la locution «*ius variandi*»⁹⁵⁶ dans les ordres

⁹⁵⁰ BASEDOW, *Freedom of Contract*, p. 905 s.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER II, n. 920.

⁹⁵¹ FURRER/MÜLLER-CHEN, n. 57 p. 18; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER II, n. 920.

⁹⁵² Cf. art. 19 CO; BASEDOW, *Freedom of Contract*, p. 906; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER II, n. 920.

⁹⁵³ Cf. art. 11 CO; parmi une multitude, pour le droit suisse, TERCIER/PICHONNAZ, n. 545; pour le droit français, AUBERT DE VINCELLES, *Les principes généraux*, p. 114 s.; pour le droit privé européen, BASEDOW, *Freedom of Contract*, p. 906 ss.

⁹⁵⁴ Cf. art. 1.1 PICC; art. 1:102(1) PECL; art. II.-1:102(1) DCFR; pour le droit prospectif français, art. 5 al. 2 Projet CHANCELLERIE; art. 3 Projet TERRÉ.

⁹⁵⁵ TERCIER/PICHONNAZ, n. 546; BASEDOW, *Freedom of Contract*, p. 907.

⁹⁵⁶ De manière générale, cf. KÖTZ, p. 57; en particulier, pour le droit suisse, ZK-BAUMANN, n. 161 ad art. 2 CC; ROUILLER, p. 263; ANEX, p. 58; pour le droit français, LE TOURNEAU, n. 838.

juridiques germaniques – garantit à chacun le **droit de changer d’avis** quant à la conclusion du contrat **sans avoir à se justifier**.⁹⁵⁷

ii. Restrictions

(a) Introduction

472 Bien sûr, comme toute liberté, le *ius variandi* (*supra* n. 471) n’est pas absolu. Le principe connaît trois limitations. Les deux premières – les restrictions légales (*infra* n. 473) et contractuelles (*infra* n. 474) – sont «**directes**»⁹⁵⁸ dans le sens où elles imposent une obligation de conclure («*Kontrahierungszwang*»),⁹⁵⁹ respectivement une obligation de ne pas rompre les négociations sans motif légitime (*infra* n. 568 s.). La troisième – la responsabilité précontractuelle – est «**indirecte**»⁹⁶⁰ dans la mesure où l’exercice du *ius variandi* peut entraîner une obligation de réparer le préjudice causé dans certaines circonstances précises (*infra* n. 475).

(b) Directes

473 On parle de restrictions **légales** au *ius variandi* à lorsque la loi⁹⁶¹ impose à une partie de conclure le contrat, de le maintenir ou de le renouveler.⁹⁶² Il en est souvent ainsi dans le domaine du droit de la concurrence ou du bail.⁹⁶³

⁹⁵⁷ Cf. art. 2.1.15(1) PICC; art. 2:301(1) PECL; art. II.-3:301(1) DCFR; art. 2:103(1) ACQP; art. 6 al. 1 Projet GANDOLFI; pour le droit prospectif français, art. 1104, 1^{ière} phrase Projet CATALA; art. 16 al. 1 Projet CHANCELLERIE; art. 24 al. 1 Projet TERRÉ.

⁹⁵⁸ KUONEN, note de bas de page 4.

⁹⁵⁹ Sur la question en droit suisse, cf. ATF 129 III 35 c. 6.1 ss («*Verein gegen Tierfabriken*»); en rapport avec la *culpa in contrahendo* en droit allemand, NICKEL, p. 29 ss et les réf. citées.

⁹⁶⁰ KUONEN, n. 33.

⁹⁶¹ A côté de dispositions légales spécifiques, une obligation de conclure peut reposer sur un principe général, tel que l’interdiction de causer un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs en droit suisse (cf. art. 41 al. 2 CO; ATF 129 III 35 c. 6.3).

⁹⁶² Cf. ENGEL, p. 99 ss; en droit français, ég. STARCK/ROLAND/BOYER, n. 160 ss.

⁹⁶³ P.ex. pour le droit suisse, cf. art. 7 al. 2, let. a, 12 al. 2 et 13 let. b LCart; art. 272 ss CO; pour une analyse comparative de l’obligation de conclure, KARL HACKL, *Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang im deutschen, im österreichischen und im italienischen Recht: eine Rechtsvergleichende Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht*, Berlin 1980.

- 474 Il est question de restrictions **contractuelles** au *ius variandi* lorsque les parties (ou l'une d'entre elles) s'engagent soit à conclure le contrat envisagé (*infra* n. 567),⁹⁶⁴ soit à ne pas rompre les négociations sans motif légitime (*infra* n. 568). En effet, la liberté de l'objet du contrat (*infra* n. 476 ss) comprend également la liberté d'exclure totalement ou partiellement le *ius variandi*.

(c) *Indirecte*

- 475 La responsabilité précontractuelle agit comme une restriction indirecte à la liberté de ne pas conclure de contrat.⁹⁶⁵ En effet, elle n'impose pas de conclure le contrat, mais l'**exercice illégitime** du *ius variandi* peut conduire à devoir réparer le dommage causé. Autrement dit, chacun dispose en tout état de cause du *pouvoir* de ne pas conclure, mais son *exercice abusif* peut entraîner une responsabilité précontractuelle dans certaines circonstances (*infra* n. 572 ss).⁹⁶⁶ Dogmatiquement parlant, une telle restriction ne pose pas de problème, puisque elle n'interdit pas à l'individu d'accomplir l'acte désiré. Elle lui oppose simplement d'assumer les conséquences qu'a son libre choix sur les intérêts digne de protection de la partie affectée par sa décision. En effet, la responsabilité est l'indispensable corollaire de toute liberté.⁹⁶⁷

d) *Liberté de l'objet du contrat*

i. **Principe**

- 476 En principe, les parties ont la faculté de convenir du **contenu** de leur contrat à leur guise («*Vertragsinhaltsfreiheit*»),⁹⁶⁸ sans être tenues à des types particuliers (pas de *numerus clausus*).⁹⁶⁹

⁹⁶⁴ En droit suisse nous connaissons par exemple la promesse de contracter (engagement bilatéral) ainsi que les pactes d'emption, de préemption ou de réméré (engagements unilatéraux) (cf. TERCIER/PICHONNAZ, n. 548 ss; ENGEL, *Contrats*, p. 98 ss; FURRER/MÜLLER-CHEN, n. 58 p. 18 s.).

⁹⁶⁵ KUONEN, n. 33.

⁹⁶⁶ Pour le droit allemand, cf. not. GRUNEWALD, p. 711; pour le droit prospectif français, art. 1104 al. 2 Projet CATALA; art. 16 al. 2 Projet CHANCELLERIE; art. 24 al. 2 Projet TERRÉ.

⁹⁶⁷ Dans ce sens ég. KUONEN, n. 36 ss.

⁹⁶⁸ Pour le droit suisse, cf. art. 19 al. 1 CO; KOLLER, p. 203; pour le droit allemand, NICKEL, p. 28 s.; pour le droit français, FABRE-MAGNAN, p. 56 ss; pour le droit prospectif français, art. 5 al. 2 Projet CHANCELLERIE; art. 3 Projet TERRÉ; pour le *soft*

ii. Restrictions

(a) Introduction

477 Le principe souffre de deux sortes de restrictions, à savoir les restrictions quant à l'**objet des prestations** (*infra* n. 478 s.) et les restrictions quant à la **relation entre les prestations** (*infra* n. 480 s.).⁹⁷⁰ La responsabilité précontractuelle fonctionne comme une restriction indirecte à l'intérieure de chacune de celles-ci.

(b) Objet des prestations

478 Même si les parties sont en principe libres de définir l'objet de leurs prestations, certaines en sont **exclues en vertu de règles impératives** imposées par un ordre juridique donné. Un contrat conclu à l'encontre de prescriptions légales quant à l'objet des prestations promises sera alors considéré comme n'étant pas valable.⁹⁷¹ C'est une restriction «relative» à la liberté de l'objet des prestations dans le sens où *certaines* prestations sont exclues du domaine contractuel.

479 La responsabilité précontractuelle, quant à elle, est une restriction indirecte à la liberté de convenir de l'objet des prestations dans la mesure où elle impose – lorsque les conditions en sont réunies – une obligation de réparer le préjudice causé à celui qui **induit à conclure un contrat juridiquement invalide**.⁹⁷²

(c) Relation entre les prestations

480 Par principe, les parties sont libres de conclure des contrats dont les prestations réciproques sont économiquement déséquilibrées. Une économie libérale postule en effet que chacun est libre de faire de «bonnes affaires». Dans certaines hypothèses précises toutefois, le droit limite la liberté de conclure des contrats déséquilibrés lorsqu'une des parties exploite par exemple la gêne, la faiblesse ou l'inexpérience de l'autre pour se procurer des avantages alors

law international, respectivement paneuropéen, art. 1.1 PICC; art. 1:102(1) PECL; art. II.-1:102(1) DCFR; art. 2 al. 1 Projet GANDOLFI;

⁹⁶⁹ Pour le droit suisse, TERCIER/PICHONNAZ, n. 557 et les réf. citées; pour le *soft law* paneuropéen, art. 2 al. 2 Projet GANDOLFI.

⁹⁷⁰ TERCIER/PICHONNAZ, n. 559 s.

⁹⁷¹ Pour le droit suisse, cf. art. 19 et 20 CO; pour le droit français, FABRE-MAGNAN, p. 57.

⁹⁷² KUONEN, n. 34.

considérés comme illégitimes.⁹⁷³ Le droit positif suisse notamment connaît la **lésion** («*Übervorteilung*»)⁹⁷⁴ qui permet à la personne lésée de conclure également à l'invalidité partielle et demander une correction du déséquilibre des prestations échangées.⁹⁷⁵ La sanction pour cette *culpa in contrahendo* intentionnelle n'est alors pas la réparation du préjudice mais l'adaptation du contrat.⁹⁷⁶

- 481 En dehors du cadre de possibles restrictions quant à la relation entre les prestations explicitement consacrées par le législateur telles que la lésion, la responsabilité précontractuelle permet à la partie qui s'aperçoit après la conclusion du contrat qu'elle doit plus que de raison de rechercher l'autre en réparation de son préjudice en vertu notamment de la violation d'un devoir d'information.⁹⁷⁷ A moins qu'elle ne se trouve dans l'erreur de sa propre faute,⁹⁷⁸ la partie lésée fera du **manque d'informations** obtenues la cause du déséquilibre des prestations réciproques et le chef de responsabilité de sa prétention en réparation (*infra* n. 528).⁹⁷⁹ La responsabilité précontractuelle fonctionne ici aussi comme limite indirecte à la liberté de conclure.

3. Bonne foi

a) Notion

- 482 Traditionnellement, la bonne foi a au moins deux acceptions, l'une **subjective** (*infra* n. 483), l'autre **objective** (*infra* n. 484 s.).⁹⁸⁰ En tant que **norme de**

⁹⁷³ Cf. HUGUENIN, OR, n. 1547; pour le *soft law* international, respectivement paneuropéen, art. 3.2.7 PICC; art. 4:109 PECL; art. II.-7:207 DCFR.

⁹⁷⁴ Art. 21 CO; pour le droit allemand, § 138 al. 2 BGB («*Wucher*»).

⁹⁷⁵ ATF 123 III 292 c. 2f; CR CO-SCHMIDLIN, n. 18 ad art. 21 CO; principe également reconnu par le *soft law* international et paneuropéen, art. 3.2.7(2) PICC; art. 4:109(2) PECL; art. II.-7:207(2) DCFR.

⁹⁷⁶ Cf. RIEBLE, p. 155.

⁹⁷⁷ Dans le cadre du droit allemand, cf. LORENZ, *Germany*, p. 172 s.; pour le droit français, SCHMIDT, n. 246.

⁹⁷⁸ Si l'erreur provient de sa propre faute, une partie désirant se soustraire à son engagement sera elle-même tenue à une obligation de réparer le préjudice qui en résulte pour l'autre partie, à moins que cette dernière n'ait connu ou dû connaître l'erreur (cf. art. 26 CO).

⁹⁷⁹ KUONEN, n. 35; FARGNOLI, p. 174.

⁹⁸⁰ La notion de *bonae fidei contractus* s'est scindée en deux au cours des IV^e et V^e siècles déjà (cf. TISSEYRE, n. 3; MEKKI/KLOEPFER-PELÈSE, note de bas de page 41).

comportement, elle est un standard objectif quant au comportement subjectif attendu d'une personne dans un contexte donné (*infra* n. 486 ss).

i. Subjective

- 483 La bonne foi subjective («*guter Glaube*», «*good faith*») est définie comme un état d'esprit subjectif: **ne pas connaître ni ne devoir connaître** un certain fait ou une réalité juridique.⁹⁸¹ En ce sens, le rôle de la bonne foi est connu des systèmes de la *Civil law*⁹⁸² et de la *Common law*.⁹⁸³

ii. Objective

- 484 La bonne foi objective («*Treu und Glauben*», «*good faith and fair dealing*»), concept auquel renvoient les clauses générales connues des ordres juridiques civilistes (*infra* n. 485), est comprise comme une **norme objective pour les parties**. Elle ne concerne pas leurs sentiments subjectifs,⁹⁸⁴ mais les normes relatives à un comportement jugé approprié par la communauté, tel que le fait pour les parties de devoir fournir des informations l'une à l'autre dans un contexte donné.⁹⁸⁵ Il s'agit donc d'un concept normatif, encore controversé en *Common law* anglaise.⁹⁸⁶
- 485 Une **clause générale** de bonne foi – telle qu'elle existe notamment en droits suisse (art. 2 CC; *infra* n. 1195 s.)⁹⁸⁷ et allemand (§ 242 BGB; *infra* n. 701 ss)⁹⁸⁸ – n'est pas une règle comme les autres que l'on retrouve dans un Code. D'une part, elle a vocation à régir l'ensemble des relations juridiques de droit privé et à influencer l'application de l'ensemble des autres règles (norme «*transversale*», «*d'application du droit*»; «*Beurteilungsnorm*»).⁹⁸⁹ D'autre part, une telle clause n'est pas susceptible de subsomption, puisque ni les faits

⁹⁸¹ «“*Good faith*” is a mental attitude characterized by honesty and an absence of knowledge that an apparent situation is not the true situation» (DCFR, Full Edition, Definitions p. 72).

⁹⁸² TISSEYRE, n. 4.

⁹⁸³ HESSELINK, *Good Faith*, p. 619.

⁹⁸⁴ STEINAUER, n. 468.

⁹⁸⁵ HOGG, p. 422 s.

⁹⁸⁶ HONDIUS, *General Report*, p. 5.

⁹⁸⁷ Cf. not. CR CC I-CHAPPUIS, n. 5 ad art. 2 CC et les réf. citées.

⁹⁸⁸ Cf. not. STAUDINGER/LOOSCHELDERS/OLZEN, n. 110 ss ad § 242 BGB et les réf. citées.

⁹⁸⁹ Cf. STEINAUER, n. 485 et 493; CHAPPUIS, *Les règles de la bonne foi entre contrat et délit*, p. 232.

auxquels elle s'applique, ni les conséquences juridiques qu'elle prévoit ne peuvent être établis *a priori*. Les règles de la bonne foi relèvent de l'éthique sociale et reposent sur les valeurs universelles fondant le sentiment de justice. Elles sont l'expression de l'honnêteté, de la loyauté et de la correction dans les relations sociales.⁹⁹⁰ Une clause générale de bonne foi peut être qualifiée de norme «ouverte». En effet, son contenu ne peut être établi abstraitement, mais dépend des circonstances du cas concret. Le standard abstrait de la bonne foi nécessite donc une concrétisation pour son application. En dernier lieu, il revient au tribunal de déterminer ce que la bonne foi requiert dans un cas d'espèce.⁹⁹¹

iii. Norme de comportement

- 486 Dans le cadre qui nous intéresse, la bonne foi doit être comprise comme une norme de comportement («*Verhaltensnorm*») au stade précontractuel (*supra* n. 463).⁹⁹² Elle permet de qualifier le comportement d'une partie dans le cas concret comme étant conforme ou contraire au **standard d'honnêteté dans les faits et de loyauté commerciale**.⁹⁹³

ROUHETTE, RDC, p. 1345:

Est de bonne foi la personne ou le comportement que, à propos d'une opération donnée et dans des circonstances semblables, des contractants honnêtes tiendraient raisonnablement pour tel.

- 487 Sous cette acception, le principe de la bonne foi n'est pas inconnu des systèmes de la **Common law** (*infra* n. 852 ss). Dans un cas de contrat d'assurance resté célèbre, Lord MANSFIELD a considéré – sans que son opinion ne trouve toutefois d'échos favorables – qu'il s'agissait même d'un principe directeur applicable à

⁹⁹⁰ STEINAUER, n. 470.

⁹⁹¹ HESSELINK, *Good Faith*, p. 620 s.; WICKER/SAUTONIE-LAGUIONIE/BUJOLI, p. 524; STAUDINGER/LOOSCHELDERS/OLZEN, n. 104 ad § 242 BGB.

⁹⁹² FENOUILLET, p. 283; TISSEYRE, n. 89; TENENBAUM/CHAINAIS/GUILLAUME, p. 167 s.; MEKKI/KLOEPFER-PELÈSE, p. 354 s.

⁹⁹³ Le DCFR donne la définition suivante: «*The expression "Good faith and fair dealing" refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question*» (art. I.-1:103(1) DCFR).

tous les contrats et autres relations d'affaires.⁹⁹⁴ La bonne foi comme norme de comportement est parfois qualifiée de «*subjective good faith*»⁹⁹⁵ en droit anglo-américain. Il n'y a rien d'étonnant à cela puisque ce système s'attache systématiquement à l'examen du cas concret (*supra* n. 95). Par nature, le point de départ de l'analyse en droit de la *Common law* est le comportement subjectif de la partie mise en cause.⁹⁹⁶ Pourtant, comme le prouve l'affirmation de Lord MANSFIELD, il s'agit bien d'un jugement de valeur normatif applicable à chaque cas d'espèce.

- 488 Au stade précontractuel également, la bonne foi est un **standard de comportement objectif permettant de définir le comportement subjectif attendu dans le cas concret**. En d'autres termes, chacun est subjectivement tenu de se comporter objectivement de bonne foi dans un contexte donné.

DE CONINCK, p. 31:

Le comportement des parties à la négociation devra être mesuré à l'aune du comportement de l'homme normalement prudent placé dans la même situation.

- 489 Violer le standard de comportement de bonne foi résulte, au mieux, de l'**absence subjective de bonne foi** et, au pire, de la **présence positive de mauvaise foi**.⁹⁹⁷
- 490 Une violation fautive du standard de conduite de bonne foi peut être le fait d'un comportement **intentionnel** ou d'une **négligence**, elle peut procéder d'une **action** ou d'une **omission**.
- 491 Pour les parties en relation précontractuelle, se conformer au standard de la bonne foi signifie essentiellement respecter un **ensemble de devoirs de**

⁹⁹⁴ «*The governing principle is applicable to all contracts and dealings. Good faith forbids either party by concealing what he privately knows, to draw the other into a bargain, from his ignorance of that fact, and his believing the contrary*» (Carter v Boehm [1766] 3 Burr. 1905, p. 1910 (Court of King's Bench) = 97 E.R. 1162, p. 1164 per Lord MANSFIELD).

⁹⁹⁵ HOGG, p. 422 s.

⁹⁹⁶ Walford v Miles [1992] 2 A.C. 128, p. 138.

⁹⁹⁷ Sur les aspects positif et négatif de la bonne foi, cf. TISSEYRE, n. 13 ss.

diligence,⁹⁹⁸ **de protection et d'égards**⁹⁹⁹ («*Sorgfalts-, Schutz- und Rücksichtspflichten*»; *supra* n. 464) envers les intérêts légitimes de l'autre partie.¹⁰⁰⁰ Etant eux-mêmes génériques, ces devoirs se concrétisent par divers devoirs spécifiques selon les circonstances du cas d'espèce (*infra* n. 533 ss).¹⁰⁰¹

492 Un régime général de responsabilité précontractuelle repose donc sur une **norme fondamentale de comportement de bonne foi au stade précontractuel** (devoir fondamental de bonne foi précontractuelle; *supra* n. 463 s.).

b) *Fonctions*

i. **Introduction**

493 Avant de se pencher sur les divers devoirs spécifiques de diligence, de protection et d'égards (*infra* n. 533 ss), il est nécessaire de s'intéresser à l'**utilité** d'une norme fondamentale de comportement précontractuel les justifiant. En effet, certains ordres juridiques, à l'image de la *Common law* anglaise, sont (encore) hostiles à un devoir général de bonne foi au stade précontractuel (*infra* n. 856). La question de son utilité sera examinée ci-après sous l'angle du rapport qu'entretient le standard de bonne foi avec la relation de confiance («*Vertrauensverhältnis*»)¹⁰⁰² des parties au stade précontractuel.

494 La phase précontractuelle, l'expression d'un contact social particulier, est souvent comprise comme source d'une **confiance accrue** chez les parties.¹⁰⁰³ La relation précontractuelle se distinguerait par une confiance mutuelle des parties qui justifierait de leur imposer des devoirs précontractuels. La compréhension de la relation précontractuelle comme étant caractérisée par une confiance particulière mérite cependant d'être approfondie.

⁹⁹⁸ Cf. DIRK GUNST ad BGH, *Urt. v. 22.02.1989 – VIII ZR 4/88*, JZ 1991, 199, p. 203; VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 41 s.

⁹⁹⁹ Cf. § 241 BGB; BGH, *Urt. v. 10.07.1970 – V ZR 159/67*, NJW 1970, 1840, p. 1840.

¹⁰⁰⁰ Cf. MUTERS, n. 2 ad § 311 BGB; STOLL, p. 435; LOSER, n. 1365, parle de «*Loyalitätspflicht*».

¹⁰⁰¹ Peu importe que l'on déduise les devoirs spécifiques directement de la bonne foi ou d'un ensemble de devoirs de diligence, de protection et d'égards, dans les deux cas ils découlent d'un jugement de valeur et des circonstances (dans ce sens ég. KUONEN, n. 1472 ss).

¹⁰⁰² ROLLAND, n. 35 ad 1. Kapitel. Einführung.

¹⁰⁰³ SCHWENZER, n. 47.03; ROLLAND, n. 36 ad 1. Kapitel. Einführung.

- 495 La question de la confiance s'actualise typiquement dans le cadre de **négociations** précontractuelles. La confiance mutuelle est-elle toujours une composante naturelle des pourparlers? La naissance de la confiance n'est-elle pas plutôt favorisée par des facteurs extérieurs tels que l'expérience, la culture, les valeurs morales et le droit? Quel est l'objet de la confiance des parties? Dans quelle mesure la confiance dans la conclusion d'un contrat mérite-t-elle une protection légale lorsqu'elle est déçue?
- 496 Ces questions seront abordées sous l'angle du double rôle de la bonne foi dans la relation de confiance précontractuelle. Elle fonctionne à la fois comme un **standard de comportement créateur de confiance précontractuelle** (*infra* n. 497 ss) et comme un **standard objectif de mesure de la protection de la confiance précontractuelle** (*infra* n. 507 ss).

ii. Standard de comportement créateur de confiance précontractuelle

- 497 Les pourparlers précontractuels ne se traduisent que très rarement par une collaboration totalement désintéressée. A l'inverse, une négociation sans concessions réciproques n'en est pas une. Une certaine **coopération** est donc nécessaire et bénéfique. Non pas par altruisme, mais bien dans un dessein de gain personnel, matériel ou autre. Les parties entrent en pourparlers dans l'optique de maximiser le bénéfice attendu de la conclusion du contrat à moindre coût. Même un négociateur expérimenté, attentif aux intérêts et besoins de son partenaire, négocie pour atteindre avant tout ses propres objectifs. Le processus précontractuel est donc naturellement empreint d'un «*antagonisme coopératif*».¹⁰⁰⁴

FISHER/URY/PATTON, p. 14:

La négociation n'est au fond qu'un moyen d'obtenir des autres ce que l'on désire. C'est une forme de communication bilatérale destinée à produire un accord entre des gens qui possèdent à la fois des intérêts communs et des intérêts opposés.

- 498 Les négociations instaurent plus souvent un **rapport de force** plutôt qu'un climat de confiance. Certes, une relative confiance est susceptible de s'installer à

¹⁰⁰⁴ HOWARD RAIFFA, *The Art and Science of Negotiation: How to Resolve Conflicts and Get the Best out of Bargaining*, Cambridge/Londres 1982, p. 18 s.

force de déclarations et/ou de concessions réciproques. Cependant, une relation de confiance digne de ce nom ne s'établira qu'avec la conclusion d'un contrat, dont elle est la manifestation tangible. En effet, les parties seront plus à même de faire confiance en un comportement loyal et diligent du partenaire dès lors que ce dernier s'y est formellement engagé.

- 499 A défaut de mécanisme légal permettant de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi au stade précontractuel, les parties auront donc avantage à recourir à un **accord précontractuel obligatoire** («*Vorfeldvereinbarung*»; *infra* n. 1305). Celui-ci, pour autant qu'il sanctionne la violation du devoir fondamental de bonne foi au stade des négociations, crée la confiance nécessaire aux investissements précontractuels, à l'instar d'un régime légal supplétif de responsabilité précontractuelle, efficace et reconnu. Il permet de maîtriser l'allocation du risque précontractuel¹⁰⁰⁵ lié à la conclusion d'un contrat principal nul ou vicié, ou à l'échec éventuel des négociations.
- 500 Toutefois, sans même évoquer les coûts de transaction supplémentaires que la conclusion d'un accord précontractuel engendre, le problème d'une confiance insuffisante n'est que déplacé à un stade antérieur, puisqu'un tel accord nécessite le plus souvent lui-même des pourparlers. Un régime légal supplétif de responsabilité précontractuelle est donc un **instrument d'optimisation** du déroulement de la phase précontractuelle.
- 501 En l'absence de tout mécanisme de responsabilité précontractuelle légal ou conventionnel, la relation précontractuelle est naturellement empreinte d'une **relative méfiance**¹⁰⁰⁶ due à l'antagonisme apparent ou avéré des intérêts en présence. Sans responsabilité précontractuelle, l'intérêt commun à la conclusion du contrat est certes le moteur de la coopération, mais il est insuffisant pour créer une relation de confiance stable entre les parties. Les comportements mettant à profit l'inexpérience, la méconnaissance, voire la faiblesse de l'autre s'en trouvent encouragés, puisque la poursuite d'un bénéfice personnel à moindre coût n'est guère réfrénée par les règles sociales ou autres valeurs morales dans une économie libérale.

¹⁰⁰⁵ Le risque précontractuel consiste dans la probabilité d'une diminution du patrimoine due à des investissements effectués avant l'exécution du contrat projeté ne faisant l'objet d'aucune compensation économique (KUONEN, n. 722).

¹⁰⁰⁶ KUONEN, *Rupture des négociations et perte d'une chance de conclure*, p. 251.

- 502 Plus qu'aux règles sociales et morales, il revient donc avant tout au **droit**¹⁰⁰⁷ d'encourager la confiance précontractuelle, notamment par la prescription d'un standard de comportement dictant des devoirs spécifiques dont la violation entraîne l'obligation de réparer le préjudice causé dans un cadre de circonstances donné.
- 503 Le standard de comportement de bonne foi **crée la confiance précontractuelle** nécessaire au bon déroulement du processus menant à la conclusion d'un contrat.¹⁰⁰⁸ La relation précontractuelle en est modifiée *ab ovo*, les parties ayant conscience que leur comportement sera mesuré à l'aune du standard imposé. Dans l'optique d'un entretien du cercle vertueux des pourparlers, il revient au standard de comportement de bonne foi de favoriser la confiance précontractuelle.¹⁰⁰⁹ Encore faut-il qu'il soit porté à la connaissance des parties. Or, seule une proclamation publique et officielle est susceptible de le garantir. C'est le fondement de la thèse ici soutenue de l'avantage, sinon de la nécessité de codifier une clause générale de responsabilité précontractuelle en droit suisse (*infra* n. 1414 ss).
- 504 Si les ordres juridiques s'accordent pour sanctionner les **comportements les plus excessifs**, tels que le dol («*Täuschung*», «*fraud*»), ils divergent quant à savoir jusqu'où étendre le cercle des comportements réprimés. Même lorsque le cercle tracé est pratiquement identique dans certains systèmes juridiques, l'étendue du dommage réparable est susceptible de varier d'un ordre juridique à l'autre (*infra* n. 893).
- 505 Plus grave, les **modalités** de l'action en responsabilité précontractuelle sont parfois discutées au sein d'un même ordre juridique (*infra* n. 1181 ss), la responsabilité précontractuelle relevant dans une large mesure de considérations de politique juridique.
- 506 Enfin, à l'exemple de la *Common law* anglaise, au-delà des modalités et de la portée d'une responsabilité précontractuelle, c'est le **principe** même d'un devoir général de comportement de bonne foi dans la phase précontractuelle qui est parfois contesté (*infra* n. 856).

¹⁰⁰⁷ LOSER, n. 37 ss; DRUEY, p. 350.

¹⁰⁰⁸ CLAVEL, p. 16; KUONEN, n. 736; ROUHETTE, RDC, p. 1395

¹⁰⁰⁹ RISKE, p. 66.

iii. Standard objectif de mesure de la protection de la confiance précontractuelle

(a) Objet de la confiance

- 507 L'objet de la confiance doit d'abord être compris comme celui que les parties ont par rapport au sérieux, au caractère complet et à l'exactitude de leurs **déclarations** réciproques quant à une réalité factuelle ou juridique.¹⁰¹⁰
- 508 La confiance peut également porter sur la **conclusion future du contrat**. Les parties étant généralement libres de ne pas conclure de contrat (*ius variandi*; *supra* n. 471), le simple fait de mettre un terme aux négociations engagées n'est pas encore contraire à la bonne foi. Entamer ou poursuivre des négociations ne signifie donc pas encore fonder une attente légitime qu'un contrat sera conclu.
- 509 Dans les ordres juridiques connaissant un standard précontractuel de bonne foi, la confiance porte plus généralement sur l'**honnêteté** et la **diligence** du partenaire contractuel potentiel ou de son auxiliaire («*allgemeine Redlichkeitserwartung*»; *supra* n. 462).¹⁰¹¹ La confiance subjective dans l'interlocuteur précontractuel sera en outre favorisée par des facteurs extrinsèques comme la bonne réputation de ce dernier ou de l'entreprise qu'il représente, sa fiabilité, son professionnalisme, son expertise, etc. Enfin, selon que l'on se place dans la perspective de l'une ou de l'autre des parties à la relation précontractuelle, la confiance peut être attendue, accordée ou suscitée.¹⁰¹²

(b) Objet de la protection

- 510 La confiance subjective qui pourrait préexister ou naître entre les parties n'est juridiquement protégée que lorsqu'elle correspond à la **confiance objectivement considérée comme légitime**,¹⁰¹³ «à savoir une situation dans laquelle un jugement normatif permet de considérer que la confiance doit être protégée».¹⁰¹⁴ La protection de la confiance nécessite un jugement de valeur et repose, en dernier lieu, sur des considérations d'équité.

¹⁰¹⁰ ATF 120 II 331 c. 5a; arrêt du TF 4C.320/2002 du 03.02.2003, c. 3.2.

¹⁰¹¹ JAUN, p. 423 s.

¹⁰¹² LARENZ, *Schuldrecht I*, p. 106.

¹⁰¹³ JAUN, p. 422; CARTWRIGHT/HESSELINK, p. 455 s.; MISTELI, p. 173; BERGER, n. 1998.

¹⁰¹⁴ KUONEN, n. 712.

(c) *Protection de la confiance légitime dans la conclusion d'un contrat*

- 511 Une **illustration** parlante du rôle joué par le standard de la bonne foi quant à la légitimité de la protection légale est le cas de la confiance dans la conclusion du contrat envisagé («*Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags*»).¹⁰¹⁵
- 512 Il est admis – dans les ordres juridiques civilistes¹⁰¹⁶ – qu'un manquement à la bonne foi est donné lorsqu'une partie rompt les négociations **sans motif légitime** alors qu'elle avait suscité la **conviction qu'un contrat serait conclu** au moyen d'une manifestation de volonté expresse (*infra* n. 513) ou par actes concluants (*infra* n. 514 ss).
- 513 La protection de la confiance suscitée relève du jugement de valeur (*supra* n. 510). Nul doute que la protection de la confiance dans la conclusion du contrat doit d'être envisagée lorsqu'elle est un aspect de la protection de la confiance quant à l'exactitude des déclarations des parties (*supra* n. 507). La confiance dans la conclusion du contrat est indubitablement légitime en présence d'un **engagement** – objectivement reconnaissable comme tel – d'une partie de conclure le contrat avec la partie envers laquelle l'engagement a été pris (*infra* n. 566 ss). Dans cette hypothèse, ne pas conclure équivaut à tromper la confiance légitime dans la conclusion du contrat.
- 514 Il est beaucoup plus délicat de considérer qu'il y a manquement à la bonne foi lorsque l'espoir dans la conclusion d'un contrat est suscité par de simples **actes concluants**, par exemple en poursuivant les négociations sur les modalités du futur contrat, puis déçu parce que le contrat n'est finalement pas conclu.
- 515 L'admission d'une responsabilité précontractuelle dans ce cas de figure nécessite une **double interprétation objective**.

¹⁰¹⁵ WOLF/NEUNER, p. 414.

¹⁰¹⁶ BGH, *Urt. v.* 22.02.1989 – VIII ZR 4/88, JZ 1991, 199, p. 202; BGH, *Urt. v.* 12.06.1975 – X ZR 25/73, NJW 1975, 1774, p. 1774; BGH, *Urt. v.* 10.07.1970 – V ZR 159/67, NJW 1970, 1840, p. 1840; pour la France, cf. Cass. civ., 20 décembre 2012, 11-27340, (inédit), consultable sur Internet à la p. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026817524&fastReqId=1022233080&fastPos=1>> (visité le 26.06.2015); Cass. civ., 18 décembre 2012, 10-30764, (inédit), consultable sur Internet à la p. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026821130&fastReqId=660919317&fastPos=1>> (visité le 26.06.2015).

- 516 Du côté de la **partie victime de la rupture**, la confiance suscitée doit être objectivement légitime.¹⁰¹⁷ Il faut qu'une personne de bonne foi placée dans la même situation que la victime aurait eu la conviction – du fait du comportement de l'autre au cours des négociations – qu'un contrat serait conclu à coup sûr (*infra* n. 572 s.).
- 517 Du côté de la **partie qui rompt les négociations**, il faut un comportement contraire au standard de bonne foi précontractuelle. Un comportement objectivement honnête et diligent ne peut engendrer de responsabilité précontractuelle. Autrement dit, une personne normalement honnête et diligente placée dans la même situation que la partie qui rompt les négociations n'aurait pas agi de la sorte,¹⁰¹⁸ soit que son comportement eut été tel qu'il n'aurait pas été susceptible d'éveiller une confiance légitime dans la conclusion du contrat, soit que son comportement eut bien éveillé une confiance légitime chez l'autre partie, mais que la rupture des négociations aurait été justifiée par un motif objectivement considéré comme légitime à l'aune de la situation concrète (*infra* n. 574 ss.).
- 518 La jurisprudence allemande admet ainsi que la personne qui suscite la **conviction qu'un contrat serait conclu à coup sûr**, mais qui, ensuite, **rompt les négociations sans raison valable** est tenue de réparer le dommage causé (*infra* n. 715).¹⁰¹⁹ En Suisse, cette responsabilité pour *culpa in contrahendo* est une des expressions de l'institution connue sous l'appellation «*Haftung aus treuwidriger Enttäuschung erweckten Vertrauens*»¹⁰²⁰ («responsabilité du fait de la déception déloyale de la confiance éveillée»),¹⁰²¹ souvent simplement appelée «*Vertrauenshaftung*»¹⁰²² («responsabilité fondée sur la confiance», «*liability for legitimate reliance*»;¹⁰²³ *infra* n. 1208 ss.).

¹⁰¹⁷ Parmi d'autres, BERGER, n. 2001 s.

¹⁰¹⁸ Cf. DE CONINCK, p. 31.

¹⁰¹⁹ BGH, *Urt. v.* 22.02.1989 – VIII ZR 4/88, JZ 1991, 199, p. 202; BGH, *Urt. v.* 18.10.1974 – V ZR 17/73, NJW 1975, 43, p. 44; WOLF/NEUNER, p. 413; critique sur la question, après la codification de la *culpa in contrahendo* dans le BGB en 2002, RIEBLE, p. 139 s. et 150 s.; pour le *soft law* paneuropéen, cf. art. 6 al. 3 Projet GANDOLFI.

¹⁰²⁰ Locution utilisée dans l'ATF 124 III 297 c. 5c.

¹⁰²¹ Traduction libre.

¹⁰²² La théorie de la *Vertrauenshaftung* (au sens large) a été formulée en 1971 par le juriste allemand CLAUS-WILHELM CANARIS (cf. CANARIS, p. 1 ss.).

¹⁰²³ Terminologie anglophone selon BANAKAS, p. 309 ss.

c) *Synthèse*

- 519 Il ressort de ces quelques considérations que la bonne foi a vocation à jouer un double rôle dans la phase précontractuelle. En imposant un **standard de comportement**, elle favorise la confiance entre les parties en relation précontractuelle. Comme **standard objectif**, elle est un critère pour la mesure dans laquelle la confiance subjective doit être protégée dans une situation donnée.

D. *Champ d'application*

1. **Introduction**

- 520 Afin de définir la portée donnée à la *culpa in contrahendo* et à la responsabilité qu'elle engendre, il est utile d'en connaître les différentes conceptions échafaudées au fil du temps. En effet, l'institution a connu un **élargissement progressif** de son champ d'application (*infra* n. 521 ss).

2. **Historique**

- 521 La responsabilité précontractuelle est reconnue en tant qu'**institution** depuis sa formulation par VON JHERING en 1861 dans sa contribution «*Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*».¹⁰²⁴
- 522 La **genèse** de l'institution part du constat que l'ordre juridique allemand d'alors ne prévoyait pas d'action en réparation du préjudice lorsqu'une partie a provoqué la nullité d'un contrat par son erreur. En l'absence de contrat valable, l'action contractuelle était irrecevable. Les conditions de l'action délictuelle n'étant pas remplies à défaut d'illicéité, cette voie faisait également défaut.

VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 4 s.:

Ich ersuche einen Freund, der nach Bremen reist, mir bei einem Cigarrenlieferanten ¼ Kiste Cigarren zu bestellen, er versieht sich aber und bestellt 4 Kisten. Dieselben werden mir übersandt, von mir aber zurückgewiesen. Hat der Absender die doppelten Transportkosten zu tragen?

¹⁰²⁴ Cf. VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 1 ss.

Man muß in seinem Glauben an das römische Recht jede Regung des gesunden Rechtsgefühl in sich unterdrückt haben, wenn man sich dabei zu beruhigen Vermag, daß der Contract wegen mangelnden Consenses über das Quantum der Waare nicht zu Stande gekommen, eine Contractsklage folglich nicht möglich sei, die Voraussetzungen der act. legis Aquiliae aber nicht vorlägen. Wer fühlt nicht, daß es hier einer Schadensersatzklage bedarf? Aber freilich – unsere Quellen beobachten über die Frage ein tiefes Schweigen, und unsere Literatur hat dies Beispiel nur zu treulich befolgt [...].

Je demande à un ami, qui se rend à Brême, de commander ¼ de carton de cigares auprès d'un marchand de cigares, mais il se trompe et commande 4 cartons. Ceux-ci me sont envoyés, mais je les refuse. L'expéditeur doit-il supporter les doubles coûts de transport? Il faut avoir opprimé en soi dans sa foi dans le droit romain toute velléité de bon sens juridique pour se contenter du fait que le contrat ne serait pas arrivé à chef à cause du manque de consentement sur la quantité de la marchandise, une action contractuelle ne serait donc pas possible, mais que les conditions pour l'action aquilienne ne seraient pas remplies. Qui ne ressent pas qu'il y a lieu d'accorder une action en réparation du préjudice dans ce cas? Mais bien sûr – nos sources gardent un silence profond sur la question et notre littérature n'a que trop loyalement suivi cet exemple [...].¹⁰²⁵

- 523 En partant de cette hypothèse et d'une analyse des sources romaines (*infra* n. 649 ss), VON JHERING justifie sa théorie par l'**équité**¹⁰²⁶ et la résume par sa fameuse **prémisse**:¹⁰²⁷

¹⁰²⁵ Traduction libre.

¹⁰²⁶ Par son retour aux principes fondamentaux, VON JHERING ouvre le chemin pour un retour de l'idée de la bonne foi dans la science juridique (cf. IMMENHAUSER, p. 93).

¹⁰²⁷ Cf. VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 2 s. et 4 s.

VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 52:

Das Gebot der contractlichen diligentia gilt wie für gewordene, so auch für werdende Contractsverhältnisse, eine Verletzung desselben begründet hier, wie dort die Contractsklage auf Schadenersatz.

Le précepte de la diligence contractuelle vaut pour les relations contractuelles existantes, comme pour celles en devenir, une violation du même justifie, dans ces cas-ci comme dans ceux-là, l'action contractuelle en réparation du dommage.¹⁰²⁸

524 Tout en s'appuyant sur la doctrine relative au droit commun,¹⁰²⁹ VON JHERING renforce la légitimité de sa théorie en soulignant la reconnaissance par l'ALR et l'ABGB d'une responsabilité *in contrahendo* dans certains cas concrets (*infra* n. 674).¹⁰³⁰ Par généralisation (extension téléologique), il identifie **trois hypothèses d'application** pour la *culpa in contrahendo*.¹⁰³¹ La partie lésée a droit à la réparation du préjudice subi lorsque:

(i) un contrat est conclu, mais n'est pas valable pour une question de capacité de contracter¹⁰³² («*Fähigkeit des Subjects*»);

(ii) un contrat est conclu, mais n'est pas valable pour une question de vice de l'objet du contrat¹⁰³³ («*Fähigkeit des Objects*»); et

(iii) un contrat est conclu, mais n'est pas valable pour une question de vice de la volonté¹⁰³⁴ («*Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens*»)¹⁰³⁵.

¹⁰²⁸ Traduction libre.

¹⁰²⁹ Cf. VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 44.

¹⁰³⁰ Cf. VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 45 ss.

¹⁰³¹ Cf. VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 56.

¹⁰³² Cf. I 5 § 33 ALR; II 2 § 135 ALR; §§ 248 et 866 ABGB (abrogés).

¹⁰³³ Cf. I 5 § 53 ALR; § 878 ABGB (1811).

¹⁰³⁴ Cf. I 5 § 105 ALR; I 4 § 79 ALR; §§ 869, 872 et 874 ABGB (en vigueur).

¹⁰³⁵ VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 51 s., voit une confirmation de sa théorie dans I 5 § 284 ALR: «*Was wegen des bey Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch für den Fall, wenn einer der Contrahenten bey Abschließung des Vertrags die Ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat*».

- 525 Au sens historique, la *culpa in contrahendo* couvre donc, conformément au titre de la contribution de VON JHERING, **la réparation du préjudice lorsqu'un contrat est conclu, mais s'avère nul ou vicié** («*Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*»). Inversement, VON JHERING n'étend la responsabilité précontractuelle ni aux cas où aucun contrat n'est conclu, au moins en apparence,¹⁰³⁶ ni aux cas où un contrat valable est conclu.

3. Classique

- 526 Au sens classique, la responsabilité pour *culpa in contrahendo* couvre désormais **la réparation du préjudice subi que le contrat soit conclu mais nul ou vicié, valablement conclu mais qu'il diverge substantiellement de ce qui était légitimement attendu, ou non conclu à la suite de négociations contraires à la bonne foi.**
- 527 Déjà au temps des contemporains de VON JHERING, la théorie de la *culpa in contrahendo* connaît un **retentissement** considérable. Alors que parmi ceux-ci certains formulent la critique qu'une telle responsabilité était inconnue des juristes romains,¹⁰³⁷ d'autres voix s'élèvent pour soutenir la nouvelle institution.¹⁰³⁸ Il faudra cependant attendre la fin du XIX^e siècle pour voir une évolution de la théorie. Sous l'impulsion de la doctrine, le champ d'application de la *culpa in contrahendo* ne cessera alors de s'étendre jusqu'à nos jours.
- 528 C'est LEONHARD qui donnera en premier une direction nouvelle à la *culpa in contrahendo*. Il développe l'idée que l'institution s'applique également lorsqu'un **contrat valable est conclu**.¹⁰³⁹ En effet, il y a lieu de considérer une responsabilité lorsque le contrat diffère substantiellement de ce qui était raisonnablement envisagé. Une responsabilité doit être admise lorsque, par manque d'informations ou de fausses informations sur l'objet ou le contenu du contrat, des attentes spécifiques quant aux prestations promises sont éveillées, mais qui, ensuite, ne peuvent être satisfaites au vu du contenu du contrat (*supra* n. 481).¹⁰⁴⁰ Bien que le principe d'une réparation ne soit guère contesté, cette hypothèse d'application demeure toutefois hautement controversée. Une partie

¹⁰³⁶ Dans ce sens ég. KUONEN, n. 467 s.

¹⁰³⁷ Cf. not. MOMMSEN, p. 1 ss.

¹⁰³⁸ Cf. not. VON VANGEROW, p. 165 s.

¹⁰³⁹ LEONHARD, p. 5 ss; BERGER, n. 1944.

¹⁰⁴⁰ FARGNOLI, p. 173; STOLL, p. 460 ss.

de la doctrine soutient que l'action précontractuelle cède systématiquement le pas à l'action contractuelle lorsqu'un contrat est conclu, la responsabilité contractuelle «*absorbant*»¹⁰⁴¹ la responsabilité précontractuelle (*infra* n. 1242 ss). Nous défendons l'avis selon lequel l'action précontractuelle subsiste généralement à la conclusion d'un contrat valable (*infra* n. 1268).

- 529 L'idée d'une application de la *culpa in contrahendo* lorsqu'**aucun contrat n'est conclu** s'est imposée graduellement dans le paysage juridique civiliste.¹⁰⁴² Au point même que la réparation du préjudice subi pour un comportement contraire à la bonne foi au cours de négociations qui s'avèreront infructueuses est parfois comprise comme étant «*le domaine propre*»¹⁰⁴³ de la responsabilité précontractuelle en droit suisse. Même si l'affirmation est exagérée, il est vrai qu'il s'agit de l'hypothèse donnant lieu aux écrits les plus élaborés, notamment en rapport avec l'institution d'origine doctrinale allemande de la responsabilité fondée sur la confiance («*Vertauenshaftung*»; *infra* n. 1208 ss), dont la responsabilité précontractuelle ne serait qu'un cas d'application.¹⁰⁴⁴

4. Moderne

- 530 Sous l'impulsion notamment du droit de la consommation européen, la *culpa in contrahendo* connaît une importance croissante dans le domaine de la réparation du préjudice subi suite à la violation de **devoirs d'information spéciaux** (*infra* n. 589 ss).¹⁰⁴⁵ La doctrine suisse n'a que peu exploré ce champ d'application de la responsabilité précontractuelle.¹⁰⁴⁶
- 531 A l'instar de certains modèles d'uniformisation du droit privé européens (*infra* n. 1055), nous préconisons la réparation des dommages causés par la violation

¹⁰⁴¹ Cf. p.ex. TF, SJ 1999 I 113 c. 3a; HEHLI, n. 371; pour le droit allemand, BGH, *Urt. v.* 31.01.1962 – VIII ZR 120/60, NJW 1962, 1196, p. 1199; LORENZ, *Germany*, p. 172 ss; pour un survol de la question en droit comparé en rapport avec la conclusion d'un contrat de vente, CARTWRIGHT/HESSELINK, *Case 13*, p. 395 ss.

¹⁰⁴² Cf. HONDIUS, *General Report*, p. 8 ss; STOLL, p. 445.

¹⁰⁴³ TERCIER/PICHONNAZ, n. 645.

¹⁰⁴⁴ ATF 140 III 200 c. 5. 2; ATF 130 III 345 c. 2.1; ATF 124 III 363 c. II/5b; ATF 121 III 350 c. 6c; ROUILLER, *Devoirs précontractuels*, p. 1.

¹⁰⁴⁵ Ainsi not. en Allemagne où la violation de devoirs d'information spéciaux fonde une prétention en dommages-intérêts pour *culpa in contrahendo* (§§ 311 al. 2 et 241 al. 2 BGB); DCFR, *Full Edition*, Note 13 ad art. II.-3:105 DCFR p. 226; BALSCHKEIT, p. 166 s.).

¹⁰⁴⁶ Cf. toutefois BALSCHKEIT, p. 165 ss; MÜLLER/RISKE, *L'offre arnaqueuse*, p. 35 s.

fautive de tout devoir précontractuel que le contrat soit **conclu ou non**, et ce **indépendamment d'éventuels pourparlers**.¹⁰⁴⁷

- 532 Au sens moderne, la *culpa in contrahendo* doit donc être comprise comme **toute violation fautive d'un devoir reconnu par l'ordre juridique au cours de la phase précontractuelle**, dont l'obligation de réparer le préjudice n'est qu'une des sanctions possibles (*supra* n. 455).¹⁰⁴⁸

E. Devoirs précontractuels spécifiques

1. Introduction

- 533 Nous analyserons ci-dessous les **principaux** devoirs spécifiques habituellement rattachés à la responsabilité précontractuelle et généralement reconnus par les pays civilistes (*infra* n. 699 ss). A l'instar de la bonne foi (*supra* n. 485), les devoirs précontractuels qui en découlent ne peuvent généralement pas être établis *in abstracto*, mais dépendent au contraire largement des circonstances *in concreto*.¹⁰⁴⁹ Nous nous contenterons donc de dresser une liste exemplative de devoirs précontractuels spécifiques. En effet, ces derniers résultent d'une concrétisation du devoir fondamental (ou générique) de se comporter de bonne foi (*supra* n. 463 s.) délimité par un cadre de circonstances propre à chaque relation précontractuelle.¹⁰⁵⁰
- 534 Nous nous attarderons d'abord sur le **devoir de négociier de bonne foi** (*infra* n. 535 ss), ensuite sur les **devoirs d'information** (*infra* n. 584 ss), puis sur les **devoirs de protection spéciaux** (*infra* n. 600 ss) et, enfin, sur le **devoir de confidentialité** (*infra* n. 607 ss).

¹⁰⁴⁷ Cf. art. 2:207 ACQP; art. II.-3:109(3) DCFR; DCFR, *Full Edition*, Comment D ad art. II.-3:109 DCFR p. 236 s.; CASTRONOVO, p. 561 ss.

¹⁰⁴⁸ KOLLER, p. 427; BK-KRAMER, n. 39 ss ad art. 22 CO; MUTERS, n. 6 ss ad § 311 BGB; AnwKomm-BGB-KREBS, n. 39 ss ad § 311 BGB; SCHMIDT, n. 246.

¹⁰⁴⁹ WICKER/SAUTONIE-LAGUIONIE/BUJOLI, p. 524.

¹⁰⁵⁰ SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, n. 38; RISKE, p. 59 s.

2. Devoir de négocier de bonne foi

a) Notion

- 535 Largement admis par les juridictions civilistes,¹⁰⁵¹ le devoir de négocier de bonne foi («*Gebot der fairen Verhandlungsführung*»)¹⁰⁵² est une des expressions des devoirs précontractuels de diligence, de protection et d'égards («*Sorgfalts-, Schutz- und Rücksichtspflichten*»; *supra* n. 464). Il doit donc être compris comme l'application en cas de pourparlers du devoir de se comporter de bonne foi au stade précontractuel (devoir fondamental de bonne foi précontractuelle; *supra* n. 463 s.).¹⁰⁵³ Il se manifeste essentiellement par le **devoir de négocier sérieusement, conformément à ses intentions véritables**.¹⁰⁵⁴ En particulier, il s'agit de ne pas mener des négociations de manière à donner l'impression que sa volonté de conclure est plus forte qu'elle ne l'est en réalité.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵¹ L'Italie (art. 1337 CCit.: «*Trattative e responsabilità precontrattuale: Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede [1366, 1375, 2208]*») et le Portugal (art. 227 CCport.: «*Culpa na formação dos contratos: 1- Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*») ont expressément codifié le devoir de négocier de bonne foi; pour le droit allemand, cf. §§ 241 al. 1, 311 al. 2 et 3 BGB; not. LORENZ, *Germany*, p.165 ss; pour le droit français, not. KUYVEN, p. 208 ss; pour un survol en droit comparé, HONDIUS, *General Report*, p. 17; pour les codifications de *soft law*, art. II.-3:301(2) DCFR; art. 2:101 ACQP; art. 6 al. 1 Projet GANDOLFI; art. 2.1.15(2) PICC.

¹⁰⁵² Cf. WOLF/NEUNER, p. 413.

¹⁰⁵³ Un devoir d'information p.ex. peut être dû indépendamment d'éventuelles négociations.

¹⁰⁵⁴ ATF 140 III 200 c. 5.2; ATF 121 III 350 c. 6c; ATF 116 II 695 c. 3; ATF 105 II 75 c. 2a; arrêt du TF 4A_229/2014 du 19.09.2014, c. 4.1; arrêt du TF 4C.409/2005 du 23.03.2006, c. 3.2; arrêt du TF 4C.247/2005 du 17.11.2005, c. 3.1; arrêt du TF 4C.381/2002 du 29.04.2003, c. 5.1; arrêt du TF 4C.202/2002 du 30.10.2002, c. 3.1; arrêt du TF 4C.152/2001 du 29.10.2001, c. 3a; HUGUENIN, OR, n. 1541; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 951 ss; WERRO, RC, n. 321; ROUILLER, *Devoirs précontractuels*, p. 2; pour le droit français, cf. Cass. com., 22 février 1994, 92-13871, Bull. 1994, n. 72, p. 55, RTD civ. 1994, p. 850 s., note JACQUES MESTRE; LE TOURNEAU, n. 839; STARCK/ROLAND/BOYER, n. 347; pour le *soft law* international et paneuropéen, art. 2.1.15(3) PICC; art. 2.301(3) PECL; art. II.-3:301(4) DCFR; art. 2:103(3) ACQP; art. 6 al. 2 Projet GANDOLFI.

¹⁰⁵⁵ Cf. ATF 140 III 200 c. 5.2; arrêt du TF 4C.247/2005 du 17.11.2005, c. 3.1; arrêt du TF 4C.381/2002 du 29.04.2003, c. 5.1; pour le droit allemand, BGH, *Urt. v.* 17.10.1983 – II ZR 146/82, JZ 1984, 745, p. 746; BGH, *Urt. v.* 18.10.1974 – V ZR 17/73, NJW 1975, 43,

- 536 Le devoir de négocier sérieusement, conformément à ses véritables intentions, implique un **devoir de rompre** ou de **ne pas entamer des négociations** lorsqu'une personne sait ou devrait savoir qu'elle ne veut pas ou plus conclure le contrat, du moins pas avec le même partenaire de négociation.¹⁰⁵⁶
- 537 De même, une personne ne négocie pas de bonne foi si elle **autorise, par négligence ou par intention, la conclusion d'un contrat qui ne serait pas formellement valable**,¹⁰⁵⁷ alors qu'elle sait ou devrait savoir que son cocontractant fait confiance en la validité du contrat.¹⁰⁵⁸
- 538 Il n'en va pas autrement lorsque la personne **sait ou devrait savoir que la conclusion d'un contrat valable sera tout simplement impossible**, soit en fait, tel que l'erreur sur les faits ou l'impossibilité subjective initiale d'exécuter une prestation, soit en droit, comme l'impossibilité de l'objet par exemple.¹⁰⁵⁹
- 539 En substance, il y a **faute objective à entamer les négociations ou à les poursuivre alors qu'elles sont vouées à l'échec**.
- 540 Dans le même ordre d'idées, il est également contraire à la bonne foi de donner sans réserve son accord de principe pour conclure un contrat qui nécessite une forme particulière, puis de **refuser au dernier moment d'observer la forme requise** pour sa perfection,¹⁰⁶⁰ par exemple par manque de moyens financiers pour exécuter le contrat (devoir de ne pas empêcher sans motif légitime la perfection du contrat; *infra* n. 573).¹⁰⁶¹

p. 43; BGH, *Urt. v.* 14.07.1967 – V ZR 120/64, NJW 1967, 2199, p. 2199; GRUNEWALD, p. 711.

¹⁰⁵⁶ ATF 77 II 135 c. 2a; arrêt du TF 4C.247/2005 du 17.11.2005, c. 3.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 951; ZK-JÄGGI, n. 575 ad art. 1 CO; GONZENBACH, p. 93 s.; RISKE, p. 60; pour la réforme française du droit des contrats, cf. AUBERT DE VINCELLES, p. 135; art. 24 al. 2 Projet TERRÉ; art. 16 al. 2 Projet CHANCELLERIE; pour le *soft law*, art. 2.1.15(3) PICC concernant la mauvaise foi dans les négociations, et, de manière semblable, les art. 2:301(3) PECL et II.-3:301(4) DCFR.

¹⁰⁵⁷ Cf. art. 11 et 20 CO.

¹⁰⁵⁸ Pour le droit suisse GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 952; RISKE, p. 60; pour le droit allemand, cf. MEDICUS/LORENZ, n. 108.

¹⁰⁵⁹ BK-KRAMER, n. 18 ad art. 22 CO; RISKE, p. 60.

¹⁰⁶⁰ ATF 140 III 200 c. 5.2; arrêt du TF 4A_229/2014 du 19.09.2014, c. 4.1; arrêt du TF 4A_615/2010 du 14.01.2011, c. 4.1.1; TF, SJ 2002 I 164 c. 3a; HUGUENIN, OR, n. 1540; KÖTZ, p. 146 s.; LORENZ, *Germany*, p. 167.

¹⁰⁶¹ Dans le cadre d'une vente immobilière, cf. TC VS, RVJ 1996 232, p. 234 et 236 s.

- 541 Dans toutes ces éventualités, la **confiance légitime** de la partie dans le chef de laquelle elle a été suscitée ne correspond pas à la réalité.¹⁰⁶²

b) Rupture des négociations

i. Introduction

- 542 Les quelques lignes suivantes visent à donner un éclairage sur la problématique de la responsabilité à l'occasion de la rupture des négociations. Il s'agit en particulier de trouver des solutions équilibrées au regard de la **tension** entre les devoirs de rompre et de ne pas rompre sans motif légitime.
- 543 Dans ce cadre d'analyse, nous distinguerons le **principe** (*infra* n. 544 ss) des **exceptions** (*infra* n. 561 ss).

ii. Principe

(a) Introduction

- 544 Bien que d'aucuns soutiennent l'idée d'une **intensification du devoir de diligence** à mesure de l'avancement des négociations justifiant un devoir de ne pas les rompre (*infra* n. 545 ss), le principe doit rester l'**auto-responsabilité** (*infra* n. 560) et l'exception la responsabilité d'autrui en cas de rupture des négociations. En effet, seules des circonstances exceptionnelles permettent de justifier une responsabilité précontractuelle pour rupture abusive des pourparlers (*infra* n. 561 ss).

(b) Intensification du devoir de diligence

- 545 Une partie de la doctrine¹⁰⁶³ préconise un devoir **général** de ne pas rompre les négociations lorsqu'il est raisonnablement prévisible qu'elles seront couronnées de succès. Inexistant à l'entame des pourparlers, ce devoir s'actualiserait progressivement à mesure de l'avancement des négociations. Une remise en

¹⁰⁶² RISKE, p. 60.

¹⁰⁶³ KUONEN, n. 1487 ss; KUYVEN, p. 211; *contra*: MEDICUS/LORENZ, n. 106 ss; ROUILLER, *Devoirs précontractuels*, p. 2; *nuancé*: ZK-BAUMANN, n. 161 ss ad art. 2 CC.

question injustifiée de points considérés comme acquis par exemple engagerait une responsabilité précontractuelle.¹⁰⁶⁴

KUONEN, n. 1487:

Dans ce cas, la violation du devoir de diligence ne consiste pas dans le fait de susciter la confiance d'autrui, mais dans celui de la décevoir.

- 546 Le chef générateur de responsabilité consiste ici à adopter d'une manière négligente un **comportement objectivement contradictoire**.¹⁰⁶⁵ En d'autres termes, une partie viole son devoir fondamental de diligence précontractuelle lorsqu'en rompant les négociations elle adopte une attitude contraire à la confiance légitime qu'elle a suscitée. Il s'agit du devoir de faire preuve d'un comportement cohérent, d'un cas d'application de l'interdiction du *venire contra factum proprium*.¹⁰⁶⁶ Le devoir de faire preuve d'un comportement cohérent implique non seulement de ne pas rompre soi-même les négociations, mais aussi de ne pas «fournir de motifs soudains de rupture à l'autre partie (provocation fautive de la rupture)».¹⁰⁶⁷
- 547 Pour justifier l'actualisation d'un devoir général de ne pas rompre à mesure de l'avancement des négociations, une **intensification progressive** du devoir fondamental de diligence est postulée. Ainsi, si la diligence engendre une plus grande confiance, cette dernière justifierait à son tour une diligence croissante au fur et à mesure de la progression des négociations précontractuelles.

KUONEN, n. 1532:

Si bien que de manière générale le devoir de diligence précontractuel est d'abord fonction de la mesure de la confiance que l'on souhaite protéger aux différents stades des négociations.

¹⁰⁶⁴ KUONEN, n. 1546.

¹⁰⁶⁵ KUONEN, n. 1487.

¹⁰⁶⁶ RISKE, p. 61; pour le *soft law* international et paneuropéen, cf. art. 1.8 PICC; art. I.-1:103(2) DCFR; pour le droit prospectif français, art. 6 Projet TERRÉ.

¹⁰⁶⁷ KUONEN, n. 1487.

- 548 Le **degré d'avancement des négociations** devient alors un élément nécessaire dans l'établissement de l'intensité du devoir de diligence.
- 549 Or, pour caractériser le degré d'avancement des négociations, il est à son tour impératif de dégager un **schéma commun** à toute négociation.
- 550 Dans un **premier temps**, il est suggéré que les négociations débuteraient toujours par une discussion ouverte pouvant aboutir à une entente de principe. Cette dernière ne serait jamais une convention génératrice d'obligations, la volonté des parties de s'engager faisant encore défaut. L'entente de principe exprimerait au plus la volonté des parties de résumer les progrès accomplis. Les parties seraient encore indécises et elles ne s'engageraient ni à maintenir, ni à poursuivre les négociations. Dans cette première phase, les attentes suscitées par chacune des parties dans le chef de l'autre seraient trop minimales pour protéger la confiance des parties dans la conclusion d'un contrat valable, l'issue des négociations étant trop incertaine. Cette phase serait régie par l'auto-responsabilité.¹⁰⁶⁸
- 551 Dans la **deuxième phase**, une étape de transition, les parties détermineraient les lignes essentielles du contrat. La volonté de s'engager se préciserait et pourrait se manifester dans des déclarations formelles. Chaque partie pourrait raisonnablement croire en la conclusion du contrat et engager des investissements en vue de sa perfection. Ce serait une phase importante en cas de rupture des négociations où il s'agirait d'estimer le degré de confiance dans la réalisation du contrat qu'une partie pouvait légitimement avoir au regard des circonstances et des déclarations faites. Une responsabilité pour la violation du devoir de ne pas rompre pourrait alors entrer en ligne de compte.¹⁰⁶⁹
- 552 Dans la **troisième phase**, la confiance légitime dans la conclusion du contrat serait maximale et le devoir fondamental de diligence précontractuelle élevé. Il s'agit ici de la phase de clôture des négociations où le contrat n'a plus qu'à être (formellement) conclu, les points essentiels ayant été discutés et approuvés par les parties. Les parties auraient alors systématiquement un devoir de ne pas rompre les négociations (*infra* n. 572 ss).¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁸ KUONEN, n. 758 ss et 1541.

¹⁰⁶⁹ KUONEN, n. 761 ss et 1542.

¹⁰⁷⁰ KUONEN, n. 764; pour le *soft law* paneuropéen, cf. art. 6 al. 3 Projet GANDOLFI.

(c) *Critique*

- 553 La conception d'une intensification abstraite et linéaire du devoir fondamental de diligence (devoir fondamental de bonne foi précontractuelle) nous paraît discutable à **trois égards**.
- 554 Premièrement, la tentative de décrire toutes les négociations selon un **schéma préétabli** nous semble artificielle. Chaque négociation a lieu selon ses propres modalités et dynamique. En dehors du fait que les délimitations entre chacune des phases décrites ci-dessus (*supra* n. 550 ss) ne seraient pas aisées à établir, ces dernières ne se déroulent pas forcément toujours de manière chronologiquement identique. Alors même que la négociation peut sembler être à un stade avancé, un événement externe est à même de replonger les parties dans une discussion ouverte pouvant légitimement remettre en cause les points auparavant considérés comme acquis par celles-ci.
- 555 Deuxièmement, la notion de diligence s'accorde mal avec l'idée d'une **intensification abstraite et linéaire** de sa mesure. L'on fait preuve de diligence ou non dans un cadre de circonstances donné. Pour savoir ce que la diligence requiert, il s'agit toujours de prendre en compte le cas concret. Le devoir fondamental de diligence trouvant sa source dans le principe de la bonne foi, elle est une norme de comportement abstraite nécessitant une concrétisation. Or, ajouter à une notion abstraite une augmentation abstraite de sa mesure n'est pas propre à la matérialiser. La conception d'une intensification progressive du devoir de diligence reste alors cantonnée dans son rôle de justificatif pour une apparition progressive d'un devoir général de ne pas rompre à mesure de l'avancement des négociations. Or, la confiance légitime des parties n'augmente ni ne devrait forcément augmenter de manière linéaire. D'une part, il est possible de la considérer comme très importante dès le départ, par exemple parce que les parties sont déjà dans une relation commerciale stable, éprouvée par des négociations précédentes fructueuses. D'autre part, la confiance légitime des parties doit être susceptible de fluctuer au cours des négociations. Certaines déclarations, ainsi que certains comportements ou événements externes doivent être des critères quant à l'établissement de la légitimité d'une éventuelle protection légale à accorder à la confiance des parties. A un moment donné de la négociation, il est nécessaire de concevoir que la confiance légitime puisse être à même de diminuer suite par exemple à certaines déclarations ou comportements

d'une des parties.¹⁰⁷¹ Il est imaginable que la légitimité d'une protection légale de la confiance s'estompe à un *degré avancé* d'une négociation donnée, si bien que la protection de la confiance soit alors *moins justifiée* dans ce cas que celle qui serait à accorder à l'*entame* d'une énième négociation entre des partenaires au bénéfice d'une relation commerciale bien établie. Selon nous, imposer un devoir de ne pas rompre sans prendre en compte les critères susmentionnés créerait une situation de confiance normative qui ne serait pas souhaitable d'un point de vue de politique juridique.

- 556 Enfin et surtout, troisièmement, un obstacle important à cette conception est que l'intensification progressive du devoir de diligence à mesure de l'avancement des négociations ne se limite pas uniquement à avoir une incidence sur un supposé devoir général de ne pas rompre les négociations. Une augmentation abstraite de l'intensité du devoir de diligence aurait **un impact sur la mesure des autres devoirs précontractuels qui en découlent**. Or, il ne saurait être question par exemple d'un devoir faible, au début des pourparlers, d'informer son partenaire que les négociations sont vouées à l'échec dû à une impossibilité subjective de fournir l'objet du contrat.

(d) Synthèse

- 557 A notre sens, le devoir de négocier de bonne foi, sérieusement et conformément à ses intentions véritables suppose qu'une partie perdant toute intention de conclure le contrat – même à un stade avancé des négociations – doive les rompre sans attendre (*infra* n. 583). D'autant qu'à ce stade, les parties sont le plus à même de commencer à engager des frais importants. Bien loin d'un devoir de ne pas rompre, la rupture des négociations est alors exigée par la bonne foi. Autrement dit, il existe dans ce contexte un **devoir de rompre**.¹⁰⁷² La poursuite de négociations sans intention de conclure constitue alors une *culpa in contrahendo* sanctionnée par l'obligation d'indemniser le préjudice causé.¹⁰⁷³

¹⁰⁷¹ «[...] eine Steigerung der Information [bringt] keineswegs von selber eine Steigerung des Vertrauens [mit sich], sondern [hat] je nachdem die gegenteilige Wirkung. Das liegt daran, dass mit der zusätzlichen Information die Vertrauensbasis erodieren kann: Wer nie in einer Wurstfabrik war, genießt die Wurst meist mit mehr Vertrauen – „was ich nicht weiss, macht mir nicht heiss“» (DRUEY, p. 349).

¹⁰⁷² Dans ce sens ég. ENGEL, p. 189; PIOTET, p. 127.

¹⁰⁷³ Arrêt du TF 4C.253/2000 du 30.01.2001, c. 3c.

558 Les pourparlers précontractuels sont soumis au principe de la liberté de rompre les négociations (*ius variandi*; *supra* n. 471).¹⁰⁷⁴ En principe, chaque partie est libre de conclure ou ne pas conclure un contrat sans avoir à se justifier,¹⁰⁷⁵ c'est-à-dire de rompre les négociations, ne serait-ce que parce qu'elle a changé d'avis.¹⁰⁷⁶ Selon nous, la **durée**¹⁰⁷⁷ ou l'**avancement** des négociations, **avant des déclarations d'intention concordantes sur les éléments essentiels d'un contrat futur** (*infra* n. 572 s.), ne sont pas, ni ne devraient être propres à fonder une confiance légitime dans la conclusion du contrat.¹⁰⁷⁸ Les déclarations relatives au contenu ou aux modalités du contrat à conclure ne doivent jamais être considérées comme définitives avant sa finalisation, sous peine de vider la liberté contractuelle de sa substance et le contrat de la justification de sa force obligatoire.¹⁰⁷⁹ Aucune des parties n'est fondée à avoir une confiance aveugle dans la réalisation du contrat, mais bien plus, se doit d'envisager l'échec des négociations jusqu'à sa conclusion.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁴ Cf. art. 2:301(1) PECL; art. II.-3:301(1) DCFR; art. 2.1.15(1) PICC.

¹⁰⁷⁵ ATF 140 III 200 c. 5.2 («il diritto di interrompere le trattative in ogni tempo senza dovere fornire spiegazioni»); ATF 105 II 75 c. 2a («jede Partei darf [begonnene Verhandlungen] abbrechen und hat darüber der anderen grundsätzlich auch nicht Rechenschaft zu geben»); arrêt du TF 4C.381/2002 du 29.04.2003, c. 5.1 («chaque partie a le droit de rompre les pourparlers sans être obligée d'en donner les raisons»); arrêt du TF 4C.320/2002 du 03.02.2003, c. 3.2 («das Vertragsverhandlungsverhältnis verpflichtet die Parteien nicht dazu, einen Vertrag abzuschliessen. Nicht treuwidrig handelt deshalb jene Partei, die sich dazu entschliesst, die Vertragsverhandlungen abubrechen. Sie hat darüber grundsätzlich auch nicht Rechenschaft zu geben»); arrêt du TF 4C.152/2001 du 29.10.2001, c. 3a («en principe chaque partie a le droit de rompre les pourparlers sans en donner les raisons. Ce n'est que dans des situations exceptionnelles qu'une culpa in contrahendo sera retenue en cas de rupture des pourparlers»); arrêt du TF 4C.253/2000 du 30.01.2001, c. 3c («chaque partie est libre de mettre un terme aux pourparlers sans devoir rendre de compte à l'autre partie»); HUGUENIN, OR, n. 1540; ROUILLER, p. 262; pour le droit allemand, cf. not., RIEBLE, p. 150; pour le droit (prospectif) français, art. 1104 Projet CATALA; LE TOURNEAU, n. 838.

¹⁰⁷⁶ KÖTZ, p. 57; WIDMER C., *Umfang des Schadenersatzes*, p. 154; pour le droit suisse, cf. ZK-BAUMANN n. 161 ad art. 2 CC; ROUILLER, p. 263. Il faut toutefois que la partie qui change d'intention avise son cocontractant en temps utile, sans quoi elle commet une culpa in contrahendo (cf. p.ex. arrêt du TC NE, RJN 1982 32 c. 4).

¹⁰⁷⁷ GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive*, p. 20.

¹⁰⁷⁸ Nuancé: KUYVEN, p. 211.

¹⁰⁷⁹ Dans ce sens ég. LORENZ, *Germany*, p. 166; ROUILLER, *Devoirs précontractuels*, p. 2.

¹⁰⁸⁰ RISKE, p. 67; «La rupture des négociations ne donnera généralement lieu à aucune responsabilité, parce que la confiance des parties n'est légitimement totale qu'au moment où une manifestation définitive a été émise» (KUONEN, n. 1545).

- 559 Par ailleurs, si une partie engage des **dépenses** en vue d'un contrat, elle le fait à ses risques et périls.¹⁰⁸¹ S'il n'était possible de rompre les négociations qu'au prix de devoir rembourser systématiquement les dépenses faites jusque-là par l'autre partie, on remplacerait une bonne partie de la liberté contractuelle par une obligation de conclure.¹⁰⁸²
- 560 Bref, le principe doit rester l'**auto-responsabilité** et l'exception la responsabilité d'autrui. Cette dernière ne s'actualise que lorsque la confiance subjective dans la conclusion du contrat est considérée comme objectivement légitime, digne d'une protection légale (*supra* n. 510). La durée des négociations et/ou l'engagement de dépenses en vue d'un contrat, à eux seuls, n'y suffisent pas.¹⁰⁸³ Partant, un devoir de ne pas rompre, fondé sur ces seuls critères, doit être rejeté. Au contraire, le principe demeure que chacun reste libre de rompre les négociations à tout moment sans en donner les raisons (*ius variandi*; *supra* n. 471),¹⁰⁸⁴ pour autant qu'il agisse conformément aux exigences de la bonne foi.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸¹ Principe consacré par d'innombrables arrêts, cf. not. arrêt de la CJCE du 17 décembre 1998, *Embassy Limousines & Services v European Parliament*, T-203/96, Rec. 1998, p. II-04239, n. 75; en droit suisse, TF, SJ 2006 I 433 c. 2.3.3; arrêt du TF 4C.247/2005 du 17.11.2005, c. 3.1; arrêt du TF 4C.358/2004 du 22.11.2004, c. 2.3; arrêt du TF 4C.381/2002 du 29.04.2003, c. 5.1; arrêt du TF 4C.320/2002 du 03.02.2003, c. 3.2; arrêt du TF 4C.152/2001 du 29.10.2001, c. 3a; au niveau cantonal, TC NE, RJN 1982 32 c. 4 («les frais engagés par les demandeurs en vue de la conclusion du contrat qui ne s'est pas réalisé [...] font partie des risques normaux que doivent supporter les promoteurs immobiliers»); en droit allemand, BGH, *Urt. v.* 14.07.1967 – V ZR 120/64, NJW 1967, 2199, p. 2199; BGH, *Urt. v.* 18.10.1974 – V ZR 17/73, NJW 1975, 43, p. 44; en droit français, Cass. com., 9 mars 1999, 96-16559, Bull. 1999 IV, n. 54, p. 44.

¹⁰⁸² KÖTZ, p. 51; RISKE, p. 62.

¹⁰⁸³ TF, JT 2006 I 163 c. 3.1 («pour qu'une rupture des pourparlers apparaisse comme une *culpa in contrahendo*, il ne suffit pas que les négociations aient duré longtemps, ni que la partie à l'origine de la rupture ait été au courant des investissements effectués par l'autre»); arrêt du TF 4A_229/2014 du 19.09.2014, c. 4.3 («la durée des négociations [...] n'est pas en soi et à lui seul décisif»); arrêt du TF 4C.152/2001 du 29.10.2001, c. 3b («la durée des pourparlers [...] ne constitue pas en soi un facteur pertinent pour apprécier une éventuelle *culpa in contrahendo*»); ROUILLER, *Culpa*, p. 167; contra: KUYVEN, p. 211.

¹⁰⁸⁴ BK-KRAMER, n. 13 ad art. 22 CO.

¹⁰⁸⁵ Cf. art. 2:301(2) PECL; art. II.-3:301(3) DCFR; art. 2.1.15(2) PICC; art. 1104 Projet CATALA.

iii. Exceptions

(a) Introduction

- 561 Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'une responsabilité pour rupture abusive des négociations doit être retenue.¹⁰⁸⁶ Un devoir de ne pas rompre les négociations ne peut entrer en ligne de compte que lorsque, au vu de l'ensemble des circonstances, une partie est **légitimement fondée à croire avec certitude que le contrat sera conclu**.¹⁰⁸⁷
- 562 Toute la question réside donc dans la détermination des **circonstances** dans lesquelles une protection légale de la confiance dans la conclusion certaine du contrat mérite d'être accordée.
- 563 Cette protection se manifeste par la responsabilité de la partie qui n'est pas en mesure d'invoquer de **motif légitime** pour la déception de la confiance qu'elle a objectivement suscitée.
- 564 Même au sein des juridictions admettant un devoir de ne pas rompre sans motif légitime en cas de confiance dans la conclusion du contrat (*infra* n. 715), la question reste floue. La principale difficulté consiste en ce qu'il s'agit de concrétiser **deux notions indéterminées** avant d'admettre la responsabilité. Il s'agit de déterminer, d'une part, les circonstances susceptibles de fonder une confiance légitime dans la conclusion du contrat et, d'autre part, les motifs légitimant la rupture des pourparlers malgré la confiance suscitée.
- 565 Les quelques lignes suivantes établissent les principaux **critères** à prendre en compte. A notre sens, un devoir de ne pas rompre sans motif légitime (motif justifié) n'entre en ligne de compte qu'en présence soit d'une **renonciation au droit de changer d'avis sans motif** au moyen d'un précontrat ou d'un autre engagement précontractuel obligatoire (*infra* n. 566 ss), soit de **déclarations d'intention concordantes à propos des éléments essentiels du contrat** (*infra* n. 572 ss). Dans les **autres cas** (*infra* n. 579 ss), la rupture des négociations ne peut être que le révélateur de violations d'autres devoirs précontractuels justifiant une indemnisation (*infra* n. 583).

¹⁰⁸⁶ TF, SJ 2006 I 433 c. 3.2; HUGUENIN, OR, n. 1540.

¹⁰⁸⁷ Cf. not. dans le cadre du droit allemand, BGH, *Urt. v.* 12.06.1975 – X ZR 25/73, NJW 1975, 1774, p. 1774; BGH, *Urt. v.* 10.07.1970 – V ZR 159/67, NJW 1970, 1840, p. 1840; BGH, *Urt. v.* 14.07.1967 – V ZR 120/64, NJW 1967, 2199, p. 2199; STOLL, p. 446.

(b) *Engagements précontractuels valant renonciation au ius variandi*

- 566 Tout d'abord, une protection légale de la confiance dans la conclusion du contrat doit indubitablement être accordée lorsque les parties (ou l'une d'entre elles) se sont **engagées sans réserve** à renoncer à l'exercice du *ius variandi* (*supra* n. 471).
- 567 Si la renonciation au *ius variandi* résulte de la conclusion d'un **précontrat** (promesse de contracter proprement dite, «*Vorvertrag*»),¹⁰⁸⁸ la violation de l'*obligation de conclure* qu'il génère (*supra* n. 472 et 474) fonde, en l'absence de motif justificatif d'inexécution contractuelle, une action en réparation du dommage correspondant à l'intérêt positif au contrat envisagé. La problématique obéit aux mécanismes classiques de la responsabilité *contractuelle*. A nos yeux cependant, afin d'être qualifiée de précontrat, la convention en cause doit nécessairement contenir, de manière déterminée ou déterminable, tous les éléments essentiels du futur contrat,¹⁰⁸⁹ le tribunal n'ayant pas la possibilité de se substituer à la volonté des parties à l'égard de ces éléments.¹⁰⁹⁰ Par ailleurs, si le contrat à conclure nécessite le respect d'une forme légale, le précontrat doit la revêtir pour être valable.¹⁰⁹¹
- 568 Si la renonciation au *ius variandi* résulte d'un **accord précontractuel obligatoire** («*Vorfeldvereinbarung*»; *infra* n. 1305) ne pouvant pas être qualifié de précontrat («*Vorvertrag*»; *supra* n. 567)¹⁰⁹² ou d'un **engagement unilatéral** («*einseitige Selbstbindung*»)¹⁰⁹³ (promesses de contracter improprement dites),

¹⁰⁸⁸ Cf. art. 22 CO; 1351 CCit.; § 936 ABGB.

¹⁰⁸⁹ Explicitement en droit autrichien, § 936 ABGB; pour le droit allemand, MEDICUS/LORENZ, n. 106.

¹⁰⁹⁰ Dans ce sens ég. BK-KRAMER, n. 97 ad art. 22 CO.

¹⁰⁹¹ Explicitement, art. 22 al. 2 CO; art. 1351 CCit.; pour une approche nuancée, cf. BK-KRAMER, n. 115 ss ad art. 22 CO.

¹⁰⁹² En pratique, de tels accords résultent souvent de documents aux intitulés les plus divers («lettre d'intention», «accord de principe»; «contrat de négociation», «accord-cadre de négociation», ou encore «*Preliminary Agreement*»; «*Memorandum of Understanding*», «*Heads of Agreement*», etc.). En dernier lieu, il reviendra au tribunal d'interpréter la volonté des parties – sans s'arrêter aux dénominations utilisées – pour déterminer l'existence, le contenu et la portée obligatoire du document précontractuel en cause (cf. MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 195).

¹⁰⁹³ Un tel engagement peut not. ressortir d'une lettre d'intention unilatérale ou d'une autre déclaration unilatérale lorsque l'auteur avait l'intention d'être juridiquement lié sans acceptation (*infra* n. 1284); cf. BK-KRAMER, n. 53 ad art. 22 CO; pour le droit français, STARCK/ROLAND/BOYER, n. 95; sur la «*Selbstbindung ohne Vertrag*» en droit comparé,

la partie ainsi engagée ne pourra rompre les négociations qu'à la condition de faire valoir un motif objectivement considéré comme légitime.¹⁰⁹⁴ Autrement dit, il faut admettre dans ces circonstances précises une *obligation* de ne pas rompre les négociations sans motif légitime. La rupture des négociations sans un tel motif revient ici à un *venire contra factum proprium* justifiant une indemnisation.¹⁰⁹⁵ Partant, la protection de la confiance dans la conclusion du contrat définitif s'ajoute à celle des parties quant aux engagements pris (*pacta sunt servanda*).

- 569 Dès lors qu'il résulte d'un accord précontractuel obligatoire (*infra* n. 1305)¹⁰⁹⁶ (précontrat excepté) ou d'un engagement unilatéral (*infra* n. 1284),¹⁰⁹⁷ le devoir de ne pas rompre sans motif légitime revêt une **nature contractuelle**.¹⁰⁹⁸ Aussi, une réparation des dommages encourus suite à une violation de celui-ci doit être demandée sur la base de la responsabilité contractuelle. En revanche, en l'absence d'accord sur les éléments essentiels du contrat définitif, il ne saurait y avoir de prétention à l'indemnisation du dommage correspondant à l'intérêt positif au contrat.¹⁰⁹⁹ Bien plus, la partie qui ne peut faire valoir un motif justificatif légitime sera responsable à hauteur des dispositions prises (*damnum emergens*) et des gains manqués (*lucrum cessans*) du fait de la confiance accordée¹¹⁰⁰ (dommage de confiance, «*Vertrauensschaden*»; *infra* n. 1457

KÖNDGEN, p. 17 ss; pour le *soft law* paneuropéen, art. II.-1:103(2) DCFR; 2:107 PECL; art. 4:107(1) ACQP.

¹⁰⁹⁴ Cf. ROUILLER, p. 152; RIEBLE, p. 150.

¹⁰⁹⁵ Cf. SCHLOSSER, p. 360 s.

¹⁰⁹⁶ VINEY, n. 193.

¹⁰⁹⁷ Pour le droit français, cf. FABRE-MAGNAN, p. 687 s.; pour le *soft law* paneuropéen, art. 4 Projet GANDOLFI.

¹⁰⁹⁸ «[L]iability that arises out of breach of a freely assumed obligation by one party towards another on the occasion of the negotiations with the view to the formation of a contract is a type of contractual liability» (HAGE-CHAHINE, p. 467; cf. arrêt de la CJCE du 17 septembre 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinefabrik GmbH*, C-334/00, Rec. 2002, p. I-07357, n. 27).

¹⁰⁹⁹ De même, en droit américain. Ce dernier accorde l'intérêt négatif au contrat («*reliance interest*») pour la réparation du préjudice résultant d'un comportement contraire à la bonne foi au cours des négociations lorsque les parties ont conclu un accord précontractuel («*Preliminary Agreement*») (cf. SCHWARTZ/SCOTT, p. 667 et la jurisprudence citée en note de bas de page 34).

¹¹⁰⁰ DRUEY, p. 352.

ss)¹¹⁰¹ comprenant, suivant l'ordre juridique considéré, les chances perdues de conclure le contrat envisagé ou un contrat similaire.¹¹⁰²

- 570 Le standard pour admettre l'existence d'un **motif légitime** dans ces cas de figure se doit d'être élevé. L'obligation de ne pas rompre sans motif légitime faisant office de «succédané»¹¹⁰³ d'obligation de conclure (*supra* n. 472), le standard des motifs justifiant une rupture doivent se situer à hauteur de celui des motifs justificatifs d'inexécution contractuelle,¹¹⁰⁴ telle qu'une impossibilité non fautive subséquente¹¹⁰⁵ à l'engagement pris. De même, la rupture des négociations par une des parties suite à la violation d'un devoir précontractuel de l'autre doit être considérée comme légitime par analogie à l'*exceptio non adimpleti contractus*.¹¹⁰⁶
- 571 Indéniablement, la partie qui s'engage à renoncer au droit de changer d'avis sans motif perd une **partie essentielle de sa liberté contractuelle**. Le plus souvent, de tels engagements sont pris à un stade avancé des négociations et de manière bilatérale, les parties désirant mutuellement s'assurer du sérieux de leur partenaire de négociation. Naturellement, les parties ont le loisir d'assouplir le standard des motifs légitimes de rupture dans leur accord précontractuel.¹¹⁰⁷

(c) *Déclarations d'intention concordantes sur les éléments essentiels*

- 572 Ensuite, en l'absence d'engagement de renonciation au *ius variandi*, une protection légale de la confiance dans la conclusion du contrat doit également être accordée lorsqu'il est objectivement reconnaissable que les négociations ont abouti à des déclarations d'intention à propos des éléments essentiels du contrat envisagé. Ainsi, lorsque les parties émettent des **déclarations d'intention**

¹¹⁰¹ Cf. MEDICUS/LORENZ, n. 711; WOLF/NEUNER, p. 415.

¹¹⁰² La réparation de la perte d'une chance sérieuse de contracter est notamment admise en droit français (MUIR-WATT, *Les pourparlers*, p. 60; MÜLLER, *La perte d'une chance*, n. 69 et 490 ss).

¹¹⁰³ STOLL, p. 446, considère à raison que la responsabilité encourue pour un manquement à cette obligation est «*gewissermassen das „schwächere Surrogat“ für einen Kontrahierungszwang*».

¹¹⁰⁴ Cf. STAUDINGER/LÖWISCH/FELDMANN, n. 137 ad § 311 BGB.

¹¹⁰⁵ Cf. art. 119 al. 1 CO; § 275 al. 1 BGB; art. 79(1) CVIM.

¹¹⁰⁶ Cf. art. 82 CO; § 321 al. 1 BGB.

¹¹⁰⁷ L'accord précontractuel devra prendre la forme d'un précontrat, lorsque les parties désirent, à l'inverse, imposer une obligation de conclure plutôt que de faciliter la rupture de leurs négociations.

concordantes sur les points essentiels du contrat futur (*infra* n. 1304), il est contraire à la bonne foi de refuser au dernier moment et sans motif légitime d'accomplir les actes requis pour sa perfection. Un tel comportement tombe sous l'empire de la responsabilité *précontractuelle*.¹¹⁰⁸ Ici aussi, la partie qui ne peut faire valoir un motif justificatif légitime sera responsable à hauteur du dommage de confiance («*Vertrauensschaden*»; *infra* n. 1457 ss) comprenant, suivant l'ordre juridique considéré, les chances perdues de conclure le contrat envisagé ou un contrat similaire.

- 573 Par «points essentiels», il faut comprendre les éléments objectivement et subjectivement essentiels du contrat projeté. Si bien que si la volonté de se lier contractuellement ne faisait pas défaut et/ou qu'une formalité particulière pour sa conclusion n'était pas nécessaire, la conclusion du contrat serait parfaite,¹¹⁰⁹ sachant que les points non essentiels peuvent au besoin être complétés par le tribunal. Les négociations ayant essentiellement abouti,¹¹¹⁰ il y a plutôt lieu de parler d'un **devoir de ne pas empêcher sans motif légitime la perfection du contrat** dont la violation entraîne une responsabilité précontractuelle. Dans le même ordre d'idées, agit également de manière contraire à la bonne foi par exemple la personne qui refuse sans motif légitime d'entreprendre les démarches nécessaires ou de soumettre les documents requis pour obtenir une autorisation qui aurait été accordée, alors que l'«entrée en vigueur» du contrat y est subordonnée.¹¹¹¹
- 574 La détermination de ce qui constitue un **motif légitime** ne peut avoir lieu isolément. Il dépend du degré de légitime confiance dans la conclusion du contrat (*supra* n. 510). Plus cette confiance est grande, plus petit sera le cercle des motifs pouvant être considérés comme légitimes.¹¹¹²

¹¹⁰⁸ Pour le droit suisse, cf. ATF 140 III 200 c. 5.2; ATF 117 II 259 c. 2c; arrêt du TF 4A_615/2010 du 14.01.2011, c. 4.1.1; arrêt du TF 4C.152/2001 du 29.10.2001, c. 3a; dans le cadre d'une vente immobilière, arrêt du TF 4A_229/2014 du 19.09.2014, c. 4.1; TC VS, RVJ 1996 232, p. 235 s.; HUGUENIN, OR, n. 1542; GONZENBACH, p. 98; pour le droit français, STARCK/ROLAND/BOYER, n. 347; pour le droit allemand, BGH, *Urt. v.* 22.02.1989 – VIII ZR 4/88, JZ 1991, 199, p. 200; KÖTZ, p. 146 s.; LORENZ, *Germany*, p. 167; pour le *soft law* paneuropéen, art. 6 al. 3 Projet GANDOLFI.

¹¹⁰⁹ ROUILLER, p. 209; pour le *soft law* paneuropéen, art. 2:103 PECL; art. II.-4:103 DCFR.

¹¹¹⁰ Cf. Cass. com., 22 février 1994, 91-18842, Bull. 1994 IV, n. 79, p. 61.

¹¹¹¹ TC VS, RVJ 1986 225, p. 230; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 954.

¹¹¹² Cf. HÜTTE/HÜTTE, n. 629.

- 575 Ainsi, lorsque les parties sont tombées d'accord sur les points essentiels du contrat, la protection légale de la confiance dans la finalisation du contrat se justifie d'autant (a) que les **parties ont commencé l'exécution** du contrat,¹¹¹³ (b) en présence d'**assurances explicites et répétées** que le contrat sera formellement conclu¹¹¹⁴ ou (c) lorsque les parties sont des **professionnels habitués** à conclure des contrats du genre en question.¹¹¹⁵ Partant, le cercle des motifs légitimes pour refuser de parfaire le contrat s'amenuisera d'autant que de telles circonstances peuvent être invoquées cumulativement. En l'absence de ces dernières, on admettra toutefois que le motif est justifié dès lors que le refus de parfaire le contrat repose sur des considérations économiques raisonnables, par exemple parce qu'une partie a reçu une offre plus avantageuse relative au contrat envisagé.¹¹¹⁶
- 576 Par ailleurs, une réserve doit être formulée eu égard aux buts des **prescriptions formelles** pour la validité des contrats.
- 577 Les prescriptions formelles **réservées par les parties** pouvant avoir une valeur constitutive,¹¹¹⁷ une protection légale de la confiance dans la conclusion certaine du contrat se justifiera seulement lorsque la forme réservée n'était destinée qu'à revêtir une simple valeur probatoire. En revanche, s'il n'est pas objectivement reconnaissable, au vu de l'ensemble des circonstances, que les parties ont réservé une forme conventionnelle pour des raisons de preuve exclusivement, la forme conventionnelle doit être présumée constitutive pour la conclusion du contrat. Dans ces circonstances, une partie changeant d'avis au dernier moment n'aura pas à se justifier, son cocontractant prospectif ne pouvant légitimement pas se prévaloir d'une confiance certaine dans la conclusion du contrat.
- 578 Un examen des circonstances plus attentif encore s'impose lorsqu'une forme particulière est **réservée par l'ordre juridique**. La forme légale a pour buts la protection des parties et la sécurité des transactions. Il est admis qu'elle a en particulier pour fonction d'attirer l'attention du contractant prospectif sur la

¹¹¹³ Dans ce sens ég. GONZENBACH, p. 99 s; BK-KRAMER, n. 16 ad art. 22 CO.

¹¹¹⁴ Cf. Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 2 illustration n. 1 ad art. 1.8 PICC.

¹¹¹⁵ Cf. art. VI.-2:207(a) et (b) DCFR; art. 2:207(a) et (b) PEL Liab. Dam.

¹¹¹⁶ HÜTTE/HÜTTE, n. 630.

¹¹¹⁷ Le droit suisse instaure même une présomption (réfragable) en faveur du caractère constitutif des formes conventionnelles (cf. art. 16 al. 1 CO; parmi une multitude not., MONN, n. 459).

portée de son engagement.¹¹¹⁸ Afin de justifier exceptionnellement une protection légale de la confiance dans la conclusion du contrat, il doit être objectivement reconnaissable, au vu de l'ensemble des circonstances, que la partie recherchée en responsabilité avait pleinement conscience de la portée de ses engagements au moment du refus de formaliser le contrat. La négative est un motif légitime justifiant le refus en dernière minute de parfaire le contrat. En effet, il ne saurait être question d'abus de droit¹¹¹⁹ quant à l'exercice du *ius variandi* dans cette hypothèse, sachant que l'opportunité de changer d'avis au dernier moment est précisément un des buts protecteurs poursuivis par les prescriptions formelles. L'affirmative, par contre, pourrait être considérée comme un comportement contraire à la bonne foi, si un motif légitime pour ne pas formaliser l'accord ne peut être invoqué. Ceci dit, une reconnaissance d'une responsabilité dans ce cas de figure doit rester du domaine de l'exceptionnel. Partant, la preuve de la pleine conscience de la portée de l'engagement au moment du refus de formaliser est généralement difficile à apporter. La mauvaise foi de la partie refusant de formaliser le contrat doit être patente afin qu'une responsabilité puisse lui être imputée.¹¹²⁰ C'est notamment le cas si une intention dolosive peut lui être reprochée.¹¹²¹

(d) *Autres déceptions déloyales de la confiance éveillée*

- 579 Enfin, qu'en est-il des comportements susceptibles de fonder des attentes légitimes **avant** des déclarations d'intention concordantes sur les éléments essentiels du contrat envisagé et sans que les parties se soient engagées à renoncer au *ius variandi*?
- 580 La jurisprudence allemande admet dans certaines circonstances une **responsabilité précontractuelle** lorsqu'une des parties rompt les négociations

¹¹¹⁸ Dans le cadre du droit suisse, cf. p.ex. ATF 140 III 200 c. 4.2; arrêt du TF 4A_615/2010 du 14.01.2011, c. 4.1.1; TERCIER/PICHONNAZ, n. 680; pour le droit allemand, LORENZ, *Germany*, p. 167; ég. MEDICUS/LORENZ, n. 107.

¹¹¹⁹ L'abus de droit est connu comme un exemple typique de comportement contraire au principe de la bonne foi (cf. Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 2 ad art. 1.7 PICC).

¹¹²⁰ Cf. p.ex. ATF 140 III 200 c. 5.2; dans ce sens ég., WOLF/NEUNER, note de bas de page 46 p. 414.

¹¹²¹ Cf. p.ex. ATF 49 II 54 c. 2; BGH, *Urt. v.* 18.10.1974 – V ZR 17/73, NJW 1975, 43, p. 44.

sans «raison valable» («ohne triftigen Grund»),¹¹²² alors qu'elle a suscité la confiance dans le chef de l'autre qu'un contrat serait certainement conclu (responsabilité du fait de la déception déloyale de la confiance éveillée, «Haftung aus treuwidriger Enttäuschung erweckten Vertrauens»; *infra* n. 1211).

- 581 A notre sens, avant des déclarations d'intention concordantes sur les éléments essentiels du contrat, de simples assurances unilatérales quant à la conclusion du contrat (non équivalentes à un engagement de renonciation au *ius variandi*; *supra* n. 566 ss), des discussions quant à certaines modalités du contrat prospectif¹¹²³ ou des investissements importants,¹¹²⁴ seuls ou formant un ensemble de circonstances, ne sont pas ni ne devraient être propres à fonder une confiance légitime dans la conclusion **certaine** du contrat.¹¹²⁵ En l'absence d'engagement de renonciation au *ius variandi*, il ne peut y avoir de *venire contra factum proprium* avant un accord sur les éléments essentiels, car les déclarations et les comportements d'une partie en droit de changer d'avis sans motif ne sont pas susceptibles de fonder une confiance objectivement légitime quant à la conclusion du contrat. Admettre le contraire reviendrait à porter atteinte à la moelle substantielle de la liberté contractuelle. Dès lors, nul n'est besoin de déterminer quelles sont les «raisons valables» qui pourraient justifier une rupture avant des déclarations d'intention à propos des éléments essentiels du contrat. Elles le sont toutes.
- 582 En revanche, (a) des **assurances données** quant à la conclusion du contrat,¹¹²⁶ (b) des **discussions au sujet des modalités** du contrat prospectif¹¹²⁷ et/ou (c) des **investissements à perte** («sunk-cost investments»)¹¹²⁸ avant même des

¹¹²² Cf. p.ex. BGH, *Urt. v.* 22.02.1989 – VIII ZR 4/88, JZ 1991, 199, p. 200; WIDMER C., *Umfang des Schadenersatzes*, p. 163 s. et les réf. citées.

¹¹²³ Cf. GONZENBACH, p. 100.

¹¹²⁴ BGH, *Urt. v.* 18.10.1974 – V ZR 17/73, NJW 1975, 43, p. 44; Cass. com., 22 février 1994, 92-13871, Bull. 1994 IV, n. 72, p. 55; RTD civ. 1994, p. 850 s. note JACQUES MESTRE.

¹¹²⁵ Cf. MEDICUS/LORENZ, n. 107.

¹¹²⁶ BGH, *Urt. v.* 17.10.1983 – II ZR 146/82, JZ 1984, 745, p. 746.

¹¹²⁷ Cf. SCHLOSSER, p. 352.

¹¹²⁸ Il est question de «sunk-cost investment» ou «relation-specific investment» en présence d'un investissement qui ne peut être totalement ou partiellement redéployé. Ainsi, des barres de fer standards commandées pour un projet de construction peuvent être revendues sur le marché pour un autre projet. Par contre, un portail en fer forgé n'est redéployable si ce dernier a été ouvragé de sorte à se conformer aux instructions spécifiques de la partie contractante (cf. SCHWARTZ/SCOTT, note de bas de page 1).

déclarations d'intention sur les points essentiels du contrat sont susceptibles de renforcer la confiance légitime dans le respect du devoir de négocier sérieusement, conformément à ses intentions véritables.

- 583 La partie qui se voit ainsi confortée dans l'idée que la négociation est en bonne voie doit pouvoir s'attendre à ce que la partie dont les intentions changent l'en **informe** et, le cas échéant, **rompe immédiatement** la négociation. C'est seulement si elle ne s'acquitte pas de ce devoir de manière diligente – en continuant de négocier sans mot dire alors que ses intentions ont changé – qu'elle commettra une *culpa in contrahendo* en décevant de manière contraire à la bonne foi les attentes suscitées.¹¹²⁹ Ici, ce n'est pas le fait de changer d'avis en cours de la négociation qui fonde la prétention en réparation, mais la tardivité de sa manifestation.¹¹³⁰ La rupture en elle-même n'est pas constitutive d'un comportement contraire à la bonne foi, mais elle sera révélatrice d'éventuelles violations d'autres devoirs précontractuels, tels que le devoir d'information (*infra* n. 592)¹¹³¹ ou le devoir de rompre (*supra* n. 557).¹¹³²

3. Devoirs d'information

a) Introduction

- 584 Une deuxième catégorie de devoirs précontractuels, largement reconnus, concerne les devoirs d'information.¹¹³³ Il y a lieu de différencier deux types de devoirs d'information, à savoir le **devoir de se renseigner** (*infra* n. 585 ss) et le **devoir d'informer le cocontractant prospectif** (*infra* n. 589 ss). Au sein de ce dernier, on distingue encore le **devoir d'information général** (*infra* n. 592 ss) des **devoirs d'information spéciaux** (*infra* n. 589 ss) que le législateur impose parfois parce qu'il estime qu'il existe un déséquilibre *in abstracto* entre les parties dans la possibilité de l'une d'entre elles d'acquérir l'information. Dans

¹¹²⁹ TERCIER/PICHONNAZ, n. 634, considèrent à raison qu'il s'agit d'«une application typique de la responsabilité fondée sur la confiance [...] et le domaine classique de la responsabilité précontractuelle»; pour le droit allemand, cf. GRUNEWALD, p. 711; pour le droit français, AUBERT DE VINCELLES, p. 135.

¹¹³⁰ ATF 140 III 200 c. 5.2; arrêt du TF 4A_229/2014 du 19.09.2014, c. 4.1; Cass. com., 22 février 1994, 92-13871, Bull. 1994 IV, n. 72, p. 55; RTD civ. 1994, p. 850 s. note JACQUES MESTRE; ROUILLER, *Devoirs précontractuels*, p. 2.

¹¹³¹ Cf. art. VI.-2:207 DCFR; art. 2:207 PEL Liab. Dam.

¹¹³² Arrêt du TF 4C.253/2000 du 30.01.2001, c. 3c.

¹¹³³ Pour approfondir, cf. HARTMANN, n. 18 ss.

les cas où un tel déséquilibre existe *in concreto*, en l'absence d'asymétrie structurelle dans le pouvoir des parties, il reviendra en dernier lieu au tribunal de déterminer l'étendue d'un éventuel devoir d'information.¹¹³⁴

b) Devoir de se renseigner

- 585 La personne qui entre en contact avec une autre en vue de conclure un contrat est présumée négocier dans un rapport d'égalité avec son partenaire. En ce sens, **chaque partie doit veiller à sauvegarder elle-même ses intérêts**¹¹³⁵ pendant la phase précontractuelle et ne doit pas s'attendre à ce que son partenaire les prenne en considération à sa place.¹¹³⁶ Les parties supportent donc le fardeau de devoir se renseigner et de requérir elles-mêmes, du cocontractant prospectif ou de tierces personnes, les informations qu'elles supposent pertinentes.¹¹³⁷
- 586 Le **devoir de se renseigner l'emporte généralement sur le devoir d'informer** le cocontractant prospectif (*infra* n. 592 ss).¹¹³⁸ Le premier trace la limite du second.¹¹³⁹ Par principe, il revient à chaque partie de rechercher elle-même les informations nécessaires et ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'elles peuvent en être dispensées.¹¹⁴⁰
- 587 Le devoir de se renseigner porte sur les **éléments propres à influencer les négociations, la conclusion ou l'objet du contrat**.¹¹⁴¹ Ainsi, celui qui entend

¹¹³⁴ KUONEN, n. 1499; RISKE, p. 62; pour le droit allemand, cf. KAKATSAKIS, p. 72 s.

¹¹³⁵ TF, SJ 1961 127, p. 128; BGH, *Urt. v.* 13.07.1988 – VIII ZR 224/87, NJW 1989, 763, p. 764.

¹¹³⁶ SCHENKER, p. 91; ENGEL, p. 187.

¹¹³⁷ ATF 120 II 331 c. 5a; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 958; HUGUENIN, OR, n. 1543; pour le droit allemand, cf. WOLF/NEUNER, p. 414.

¹¹³⁸ TERCIER, *culpa*, p. 230; ZK-JÄGGI, n. 576 ad art. 1 CO.

¹¹³⁹ TERCIER/PICHONNAZ, n. 635; BK-KRAMER, n. 23 ad art. 22 CO; dans le cadre du droit français, MAZEAUD, p. 18.

¹¹⁴⁰ En droit suisse, le principe est codifié à l'art. 26 al. 1 CO. Ce dernier impose une obligation de réparation du préjudice à la partie qui annule le contrat pour cause d'une erreur due à sa faute, à moins que la partie préjudiciée n'ait dû connaître l'erreur. C'est un cas de figure de responsabilité précontractuelle qu'encourt une partie pour avoir causé un préjudice à l'autre en négligeant de se renseigner. De son côté, la partie qui subit l'annulation ne pourra pas se prévaloir de la réparation de son préjudice si elle connaissait ou devait connaître l'erreur de son partenaire contractuel (RISKE, note de bas de page 251).

¹¹⁴¹ RISKE, p. 64.

négocier un prêt de consommation conséquent doit préalablement se renseigner sur l'insolvabilité de l'emprunteur potentiel, sans quoi il pourrait se voir imputer une *culpa in contrahendo* à la rupture de négociations inutiles qui n'auraient pas été entreprises s'il s'était préalablement renseigné au sujet de la solvabilité de son partenaire.¹¹⁴² De même, celui qui ne comprend pas la signification, la portée ou l'importance d'un document contractuel doit se renseigner à son sujet, pour autant que la problématique en cause lui soit reconnaissable.¹¹⁴³

- 588 Eu égard au devoir général d'informer le contractant prospectif (*infra* n. 592 ss), il faut logiquement admettre **un devoir de se préparer correctement soi-même** aux négociations.¹¹⁴⁴ En effet, pour pouvoir satisfaire au devoir d'informer l'autre sur les éléments propres à influencer les négociations, il est nécessaire de les détenir soi-même au préalable. Il s'agit donc de rechercher soi-même, souvent avant même d'entrer en négociation, les informations au sujet desquelles la partie a un devoir d'informer le cocontractant prospectif.¹¹⁴⁵ Par ailleurs, étant donné que le devoir d'informer concerne également les propres intentions de la partie quant à la conclusion du contrat, il faut également admettre un devoir d'être au clair sur ses propres intentions.¹¹⁴⁶

c) *Devoirs d'informer le cocontractant prospectif*

i. **Devoirs d'information spéciaux**

- 589 Le législateur consacre des devoirs d'information précontractuels «spéciaux» dans le cadre de certaines transactions parce qu'il estime qu'il existe un déséquilibre *in abstracto* entre les parties dans la possibilité de l'une d'entre elles d'acquérir une information pertinente quant à la conclusion ou au contenu du contrat prospectif. Aux yeux du législateur, la **répartition asymétrique des connaissances**, due à un déséquilibre structurel entre les parties, justifie une protection *spéciale* de la partie désavantagée.¹¹⁴⁷

¹¹⁴² Dans ce sens ég. ZK-BAUMANN, n. 159 ad art. 2 CC.

¹¹⁴³ ATF 90 II 449 c. 4.

¹¹⁴⁴ HUGUENIN, OR, n. 1540; TERCIER, *culpa*, p. 232; ZK-BAUMANN, n. 158 ss ad art. 2 CC.

¹¹⁴⁵ ROUILLER, *Devoirs précontractuels*, p. 2.

¹¹⁴⁶ ENGEL, p. 187.

¹¹⁴⁷ WESSNER, *User, abuser, méduser*, p. 517; RISKE, p. 62.

- 590 Les devoirs d'information spéciaux (aussi appelés «légaux» en référence à leur consécration explicite dans une loi) sont prescrits dans le cadre de la **conclusion de certains contrats particuliers** (notamment les contrats de bail, de travail et d'assurance) ainsi que dans le domaine du **droit de la consommation**.¹¹⁴⁸ La violation d'un devoir d'information spécial est non seulement illicite, mais contrevient également à la bonne foi. En effet, celui qui ne respecte pas une injonction légale explicite ne saurait se prévaloir d'un comportement conforme à la bonne foi.¹¹⁴⁹
- 591 Eu égard au développement important ces 30 dernières années du droit privé européen en matière de droit de la consommation, il n'est guère surprenant que de nombreux devoirs d'information précontractuels spéciaux aient vu le jour grâce aux différentes **directives européennes**. Ce sont autant de manifestations tangibles du caractère régulateur du droit privé européen (*supra* n. 165). Nous aurons l'occasion de revenir sur les différents devoirs précontractuels spéciaux imposés par l'ordre juridique européen (*infra* n. 947 ss).

ii. Devoir d'information général

- 592 Le devoir d'information «général» trouve sa source dans le principe de la bonne foi et sa justification dans *«l'importance accrue attachée en pratique à la vertu de loyauté et à l'utilité, sinon à la nécessité de transparence dans les affaires»*.¹¹⁵⁰ Il consiste dans le devoir de toute personne qui s'engage dans une relation précontractuelle de délivrer de son propre chef, à l'autre partie, les **informations propres à influencer le déroulement des négociations, la décision de conclure ou la validité du contrat**.¹¹⁵¹ L'adjectif «général» dénote

¹¹⁴⁸ HARTMANN, n. 20 ss; en droit positif suisse, cf. not. l'art. 3 al. 1, let. s LCD; art. 3 et 4 LCA pour le contrat d'assurance; art. 381 al. 3 CO pour le contrat d'édition; art. 4 LVF pour le voyage à forfait; art. 40d CO relatif au démarchage à domicile. Certaines de ces dispositions trouvent leur source dans les directives européennes 2000/31/CE «commerce électronique», 90/314/CEE «voyages à forfait», 85/577/CEE «contrats conclus à domicile» et 87/102/CEE «crédit à la consommation»; pour le *soft law* paneuropéen, not. art. II.-3:102 et II.-3:103 DCFR.

¹¹⁴⁹ Cf. art. 2 LCD.

¹¹⁵⁰ WESSNER, *User, abuser, méduser*, p. 516.

¹¹⁵¹ ATF 105 II 75 c. 2a; ATF 102 II 84; ATF 92 II 328 c. 3b; arrêt du TF 4A_229/2014 du 19.09.2014, c. 4.1; arrêt du TF 4A_538/2013 du 19.03.2014, c. 5.1; arrêt du TF 4A_648/2012 du 25.02.2012, c. 3; arrêt du TF 4A_316/2008 du 03.10.2008, c. 2.1; arrêt du TF 4C.226/2002 du 27.09.2002, c. 4.1; arrêt du TF 4C.64/2002 du 02.05.2002, c.7; WERRO, RC, n. 321; RISKE, p. 62 s.; pour le droit allemand, cf. GRUNEWALD, p. 709;

que les éléments de ce devoir d'information ne sont pas prédéfinis par le législateur comme le sont les devoirs d'information spéciaux. Au contraire, l'étendue de ce devoir d'informer dépend toujours des circonstances du cas concret (*infra* n. 1144),¹¹⁵² notamment de la nature du contrat envisagé, la façon dont se déroulent les pourparlers et des intentions et connaissances des parties.¹¹⁵³ Il ne se justifie pas d'imposer systématiquement un devoir d'information étendu, car chaque partie supporte avant tout le fardeau de se renseigner elle-même (*supra* n. 585).¹¹⁵⁴

- 593 La portée limitée du devoir d'information général trouve également sa justification dans les enjeux et **réalités économiques**, où l'information a un coût. Celui qui investit dans l'obtention d'une information doit pouvoir en tirer un bénéfice.¹¹⁵⁵

United States v Dial (1985) 757 F.2d 163 (United States Court of Appeals), p. 168, per J. POSNER:

[...] *society wants to encourage people to find out the true value of things, and it does this by allowing them to profit from their knowledge.*

[...] la société veut encourager les gens à rechercher la vraie valeur des choses et elle le fait en les autorisant à profiter de leurs connaissances.¹¹⁵⁶

WOLF/NEUNER, p. 413 s.; pour le droit (prospectif) français, FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'informer*, n. 288 ss; art. 1110 s. Projet CATALA; pour le *soft law* paneuropéen, art. 7 al. 1 Projet GANDOLFI.

¹¹⁵² Arrêt du TF 4C.44/2007 du 22.06.2007, c. 6; CARRON, p. 110; WAHRENBERGER, p. 107; pour le devoir d'un postulant pour une place de travail d'informer sur sa maladie, cf. arrêt du TF 4C.189/2002 du 27.09.2002, c. 1.3; JAR 1990, p. 96; dans le même contexte pour la grossesse d'une postulante, RSJ/SJZ 1986, p. 262 ss; JAR 1994, p. 128.

¹¹⁵³ ATF 105 II 75 c. 2a; arrêt du TF 4A_538/2013 du 19.03.2014, c. 5.1; arrêt du TF 4A_648/2012 du 25.02.2012, c. 3; BSK-HONSELL, n. 17 ad art. 2 CC; RISKE, p. 63; pour approfondir, cf. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 311 s.

¹¹⁵⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 958; RISKE, p. 63.

¹¹⁵⁵ RISKE, p. 63.

¹¹⁵⁶ Traduction libre.

- 594 Sachant qu'un système économique libéral vise à **encourager la recherche d'informations**, imposer un devoir d'information étendu aurait pour effet de décourager une telle recherche.¹¹⁵⁷

Federal Deposit Insurance Corporation v W.R. Grace & Co. (1989) 877 F.2d 614 (United States Court of Appeals, 7th Cir.), p. 619, per J. POSNER:

A general duty of disclosure would turn every bargaining relationship into a fiduciary one. There would no longer be such a thing as arm's length bargaining, and enterprise and commerce would be impeded. The seller who deals at arm's length is entitled to take advantage of the buyer at least to the extent of exploiting information and expertise that the seller expended substantial resources of time and money on obtaining. Otherwise what incentive would there be to incur such costs?

Un devoir général de divulgation transformerait toute négociation en une relation fiduciaire. Il n'y aurait plus de chose telle qu'une négociation sur une base purement commerciale, et l'entreprise et le commerce se verraient entravés. Le vendeur qui négocie dans les conditions normales du marché a le droit de prendre avantage de l'acheteur, au moins à hauteur d'exploiter l'information et l'expertise qu'il a obtenues au prix de ses efforts substantiels en terme de ressources d'argent et de temps. Dans le cas contraire, quelle incitation y aurait-il à encourir de tels coûts?¹¹⁵⁸

- 595 L'intensité des relations des parties au stade précontractuel ne justifie pas une transparence au point de requérir que chaque partie informe l'autre de **toutes** ses connaissances relatives à un contrat, les privant ainsi de l'opportunité de réaliser de «bonnes affaires».¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁷ RISKE, p. 63.

¹¹⁵⁸ Traduction libre.

¹¹⁵⁹ BSK-HONSELL, n. 17 ad art. 2 CC; RISKE, p. 63; pour l'approche économique au droit, cf. FONTAINE, *processus*, p. 243 ss.

- 596 En revanche, les parties cocontractantes prospectives sont tenues de fournir des **informations véridiques** (devoir de ne pas tromper)¹¹⁶⁰ et de **prévenir les vices du consentement** dans le chef de l'autre (devoir de détromper).¹¹⁶¹ D'un autre côté, celui qui ne prospecte pas pour trouver d'éventuelles erreurs dans le chef de la partie adverse que celle-ci aurait pu découvrir par elle-même en faisant preuve d'une attention raisonnable n'agit pas de manière contraire à la bonne foi.¹¹⁶²
- 597 En définitive, il y a indubitablement un devoir d'informer lorsqu'un des partenaires sait ou devrait savoir que l'objet de l'accord est **impossible** ou **illicite** et que l'autre n'est pas en mesure ou n'a pas le devoir de le savoir.¹¹⁶³ Non seulement est-il concevable qu'une personne puisse espérer tirer profit d'un «contrat» dont elle sait l'objet illicite, cette dernière peut également avoir intérêt à laisser l'autre dans l'ignorance afin d'en obtenir des informations exploitables par ailleurs en prolongeant une négociation qu'elle sait vouée à l'échec.
- 598 De même, il y a un devoir d'informer quand l'objet du contrat ou la partie elle-même n'a pas les qualités que son partenaire est en droit d'attendre, par exemple lorsque la prestation contractuelle est défectueuse (*infra* n. 1262) ou lorsque une société-cible visée par une acquisition risque la faillite.¹¹⁶⁴ Il s'agit donc avant tout d'informations dont une des parties sait ou devrait savoir qu'elles sont **essentielles aux yeux de l'autre partie**, propres à influencer le déroulement des

¹¹⁶⁰ Art. 4:106 PECL: «la partie qui s'est engagée sur le fondement d'une information inexacte donnée par l'autre partie peut obtenir des dommages et intérêts [...] alors même que l'information n'a pas occasionné une erreur essentielle au sens de l'art. 4:103, à moins que la partie qui a donné l'information n'ait eu des raisons de croire que l'information donnée était exacte»; cf. de manière semblable, pour la responsabilité du fait d'une confiance légitime en une information incorrecte, art. II.-7:204 DCFR; pour une critique de la réglementation de l'erreur dans les PECL et de son rapport à la responsabilité précontractuelle, HARKE, ZEuP 2006, p. 326 ss.

¹¹⁶¹ Dans le cadre du droit suisse, ATF 90 II 449 c. 4; arrêt du TF 4C.44/2007 du 22.06.2007, c. 6; arrêt du TF 4C.64/2002 du 02.05.2002, c.7; HUGUENIN, OR, n. 1544; ZK-JÄGGI, n. 576 ad art. 1 CO; ENGEL, p. 187; pour la réticence dolosive, dans le droit prospectif français, cf. art. 1113-1 et 1115 Projet CATALA; dans le *soft law* paneuropéen, art. 4:107 PECL; art. II.-7:205 DCFR.

¹¹⁶² ATF 102 II 81 c. 2; ATF 92 II 328 c. 3b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 958; HUGUENIN, OR, n. 1544; RISKE, p. 63 s.

¹¹⁶³ ATF 102 II 81 c. 2; HUGUENIN, OR, n. 1544; ZK-JÄGGI, n. 576 ad art. 1 CO; RISKE, p. 64.

¹¹⁶⁴ RISKE, p. 64.

négociations ou la conclusion ou le contenu du contrat,¹¹⁶⁵ à provoquer son annulabilité ou sa nullité ou dont «la délivrance serait à même d'en empêcher la conclusion, parce que la partie qui les obtiendrait romprait (légitimement) les négociations».¹¹⁶⁶

- 599 Dans les cas où un déséquilibre dans la possibilité d'acquérir l'information existe *in concreto*, il reviendra en dernier lieu au tribunal de déterminer l'**étendue du devoir d'information**.¹¹⁶⁷ En tout état de cause cependant, les informations qui ont une valeur pour elles-mêmes et ne servent pas le seul intérêt de protection ne sont pas soumises au devoir d'information.¹¹⁶⁸ Ainsi, il n'y a pas de devoir d'informer sur les éléments de faits, courants ou faciles à vérifier, que l'autre partie est censée connaître elle-même en faisant preuve de l'attention requise.¹¹⁶⁹

4. Devoirs de protection spéciaux

- 600 Il s'agit ici des devoirs de chaque partie à une relation précontractuelle de prendre toutes les **mesures de protection** afin qu'il n'y ait aucune atteinte à l'intégrité des biens juridiques de son partenaire («*Verkehrssicherungspflichten*»)¹¹⁷⁰.
- 601 Ces devoirs visent la protection des **droits absolus** (la vie, la santé physique ou psychique, la personnalité, la propriété, les droit réels limités, la propriété intellectuelle)¹¹⁷¹ qu'une des parties soumet à la sphère d'influence de l'autre au

¹¹⁶⁵ ATF 125 III 86 c. 3c; HUGUENIN, OR, n. 1543; RISKE, p. 64.

¹¹⁶⁶ KUONEN, n. 1502.

¹¹⁶⁷ HUGUENIN, OR, n. 1543; KUONEN, n. 1499; pour le droit allemand, cf. KAKATSAKIS, p. 72 s.

¹¹⁶⁸ KUONEN, n. 1499; RISKE, p. 64; pour le droit allemand, cf. KAKATSAKIS, p. 72 s.

¹¹⁶⁹ ATF 116 II 431 c. 3a; ATF 102 II 81 c. 2; ATF 92 II 328 c. 3b; ATF 68 II 295 c. 5; arrêt du TF 4A_648/2012 du 25.02.2012, c. 3; HUGUENIN, OR, n. 1543; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 312; BERGER, n. 1947.

¹¹⁷⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER n. 961; RISKE, p. 65; pour le droit allemand, cf. § 311 al. 2 BGB en relation avec § 241 al. 2 BGB; BGH, *Urt.* v. 28.01.1976 – VIII ZR 246/74, BGHZ 66, 51, p. 54; WOLF/NEUNER, p. 413; MEDICUS/LORENZ, n. 104; MEDICUS, *Culpa*, p. 210 s., où l'auteur admet une violation concurrente d'un devoir délictuel et contractuel.

¹¹⁷¹ La possession seule, en tant que simple maîtrise de fait, n'est pas un droit absolu (MÜLLER, RC, n. 159; REY, n. 692; *contra*: FELLMANN/KOTTMANN, n. 292; SCHWENZER, n. 50.05).

cours de la phase précontractuelle,¹¹⁷² en pénétrant dans un magasin ou en essayant une chose offerte à l'achat par exemple (*infra* n. 718 s.).¹¹⁷³

- 602 La controverse doctrinale tient à la question de savoir s'il faut considérer ces devoirs comme étant **propres à la relation précontractuelle**¹¹⁷⁴ ou s'ils ne sont finalement qu'une **expression des devoirs de la responsabilité délictuelle générale**.¹¹⁷⁵
- 603 Ceci dit, abstraction faite de leur nature juridique, il y a des devoirs de protection spéciaux **spécifiques** au domaine précontractuel à l'égard de biens facilitant les négociations, tels que des échantillons ou des modèles (*infra* n. 644 et 1244).¹¹⁷⁶
- 604 La controverse relative à la nature des devoirs de protection spéciaux précontractuels n'a de **portée pratique** que dans l'éventualité où le système juridique considéré ne conçoit pas la responsabilité précontractuelle comme un cas de responsabilité aquilienne. Dans le cas contraire en effet, les conséquences d'une violation de devoirs de protection spéciaux et des autres devoirs précontractuels s'indemnisent suivant les modalités du même régime (délictuel).
- 605 Les défenseurs d'une nature **mixte** des devoirs de protection spéciaux – dans un système juridique où la responsabilité précontractuelle n'est pas un cas de responsabilité aquilienne – argumentent qu'il y a lieu de faire bénéficier les personnes lésées d'une violation des devoirs de protection spéciaux du régime précontractuel,¹¹⁷⁷ en tant que celui-ci s'avère plus protecteur que le régime délictuel.¹¹⁷⁸ A leurs yeux, la violation d'un devoir de protection délictuel au

¹¹⁷² HUGUENIN, OR, n. 1548.

¹¹⁷³ RISKE, p. 65.

¹¹⁷⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 962.

¹¹⁷⁵ ZK-BAUMANN, n. 175 ad art. 2 CC; KUONEN, n. 1519; pour le droit allemand, cf. PICKER, p. 392.

¹¹⁷⁶ ZK-BAUMANN, n. 175 ad art. 2 CC; RISKE, p. 65.

¹¹⁷⁷ Dans le cadre du droit suisse, cf. HUGUENIN, OR, n. 1551; en droit allemand, AnwKomm-BGB-KREBS, n. 25 ad § 311 BGB; *contra*: STOLL, p. 437 et 452.

¹¹⁷⁸ Dans le cadre du droit allemand, il s'agit notamment de la responsabilité pour le fait de l'auxiliaire (§ 278 BGB) dont il est possible de s'exonérer en matière délictuelle selon le § 831 al. 1 BGB (cf. KÜHNE, p. 283). En droit suisse, la même question se pose notamment en rapport avec l'applicabilité de l'art. 101 CO en lieu et place de l'art. 55 CO (cf. HUGUENIN, OR, n. 1551).

stade précontractuel représente en même temps la violation d'un devoir précontractuel.¹¹⁷⁹

- 606 Une telle conception trouve une justification – de politique juridique – principalement dans le cadre des devoirs de protection spéciaux spécifiques au domaine précontractuel (*supra* n. 603), les biens protégés étant **typiques** du cadre précontractuel. Quant aux violations d'autres devoirs de protection spéciaux – tel que le devoir de protéger l'intégrité physique d'une personne se rendant dans un grand magasin¹¹⁸⁰ – une différenciation nous semble dogmatiquement peu convaincante. En effet, pourquoi distinguer par exemple le cas d'une personne se promenant dans les rayons d'un supermarché pour y flâner et éventuellement procéder à une transaction contractuelle, de celui d'une autre franchissant simplement la porte d'entrée du même établissement pour s'abriter de la pluie?¹¹⁸¹ A notre sens, dans un cas comme dans l'autre, une atteinte fautive à son intégrité physique devrait être soumise à la seule responsabilité aquilienne (*infra* n. 1462).¹¹⁸²

5. Devoir de confidentialité

- 607 Bien que certains projets académiques d'uniformisation du droit privé règlent expressément la question du devoir de confidentialité pour les parties en pourparlers,¹¹⁸³ il est exagéré de vouloir tirer du devoir de bonne foi des parties en négociation un devoir **général** de confidentialité, dans le sens où chaque partie aurait systématiquement un devoir de garder secret les éléments de fait découverts au cours des négociations qui relèvent de la sphère privée de l'autre.¹¹⁸⁴

¹¹⁷⁹ AnwKomm-BGB-KREBS, n. 25 ad § 311 BGB; MEDICUS, *Culpa*, p. 210 s.

¹¹⁸⁰ Pour le droit allemand, cf. typiquement BGH, *Urt. v.* 28.01.1976 – VIII ZR 246/74, BGHZ 66, 51, p. 51 ss («*Gemüseblattfall*»), à propos de la chute d'une petite fille dans une épicerie due à une glissade sur un légume pendant qu'elle aidait sa mère dans l'emballage des achats.

¹¹⁸¹ Cf. not. STAUDINGER/LÖWISCH/FELDMANN, n. 108 ad § 311 BGB et les réf. citées.

¹¹⁸² Dans ce sens ég. ANEX, p. 60 s.

¹¹⁸³ Art. 2.1.16 PICC; art. 8 Projet GANDOLFI; art. 2:302 PECL; art. II.-3:302 et VI.-2:205 DCFR; art. 2:205 PEL Liab. Dam.

¹¹⁸⁴ RISKE, p. 65.

- 608 Lorsque les parties éprouvent un besoin de confidentialité, il leur est conseillé de régler la problématique conventionnellement¹¹⁸⁵ ou, du moins, de **manifester clairement et expressément le caractère confidentiel** des informations données.¹¹⁸⁶
- 609 En revanche, il se justifie d'admettre un devoir spécifique de confidentialité lorsqu'il résulte de la **nature** de la relation envisagée ou des **circonstances** dans lesquelles l'information a été obtenue que la partie qui en bénéficie savait ou devait savoir qu'elle était confidentielle pour l'autre.¹¹⁸⁷ Ainsi, un rapport de confiance particulier se crée à l'occasion des pourparlers entre une banque et un client potentiel qui engendre un devoir de discrétion du banquier,¹¹⁸⁸ même en l'absence de réglementation explicite en ce sens. Il en est de même pour les négociations avec des médecins, avocats et autres fiduciaires où des dispositions déontologiques ou légales peuvent par ailleurs régler les questions de confidentialité.¹¹⁸⁹
- 610 Il n'en demeure pas moins que le devoir de confidentialité **spécifique** est une des concrétisations du devoir général de se conformer aux exigences de la bonne foi dans la phase précontractuelle (devoir fondamental de bonne foi précontractuelle; *supra* n. 463 s.).¹¹⁹⁰

F. Conclusions intermédiaires

- 611 La responsabilité précontractuelle est **une sanction pour la violation fautive de devoirs imposés par la bonne foi dans la phase précontractuelle**. Elle oblige la personne responsable à réparer le préjudice causé à la personne lésée par la violation de ces devoirs.

¹¹⁸⁵ TENENBAUM/CHAINAIS/GUILLAUME, p. 187 s.; ZK-BAUMANN, n. 176 ad art. 2 CC.

¹¹⁸⁶ Par la mention «confidentiel» sur le document par exemple. Ceci dit, une convention de confidentialité peut également se former de manière tacite (cf. KUONEN, n. 152).

¹¹⁸⁷ Cf. art. II.-3:302(2) et VI.-2:205 DCFR; art. 2:205 PEL Liab. Dam.

¹¹⁸⁸ «Dès le début de pourparlers engagés entre un banquier et un client éventuel, un rapport de confiance prend naissance dont découle une obligation accessoire de discrétion à la charge du banquier, fondées sur les règles de la bonne foi» (AUBERT/BÉGUIN/BERNASCONI/GRAZIANO-VON BURG/SCHWOB/TREUILLAUD, p.75).

¹¹⁸⁹ ZK-BAUMANN, n. 176 ad art. 2 CC; RISKE, p. 66; dans le cadre du droit allemand, cf. not. MUTERS, n. 19 ad § 311 BGB.

¹¹⁹⁰ Cf. ROUHETTE, p. 155.

- 612 Quelle soit précédée de pourparlers ou non, la conclusion potentielle d'un contrat – l'objet de la phase précontractuelle – implique une **relation interpersonnelle**. Cette relation, généralement considérée comme étant de nature juridique dans les systèmes germaniques, débute dès le premier contact entre les cocontractants prospectifs.
- 613 La liberté de choisir de ne pas conclure un contrat (*ius variandi*) en tant qu'aspect de la liberté contractuelle joue un rôle clé dans la problématique de la responsabilité précontractuelle. En effet, le *ius variandi* garantit à chacun le **droit de changer d'avis** quant à la conclusion du contrat sans avoir à donner de raisons.
- 614 Comme toute liberté, le *ius variandi* n'est pas absolu. Le principe connaît **trois limitations**. Les deux premières – les restrictions légales et contractuelles – sont directes dans le sens où elles imposent une obligation de conclure, respectivement une obligation de ne pas rompre les négociations sans motif légitime. La troisième – la responsabilité précontractuelle – est indirecte dans la mesure où l'exercice du *ius variandi* peut entraîner une obligation de réparer le préjudice causé dans certaines circonstances précises.
- 615 La responsabilité précontractuelle limite indirectement également la liberté contractuelle sous l'aspect de la **liberté de l'objet des prestations**. La responsabilité précontractuelle est une restriction indirecte à la liberté de convenir de l'objet des prestations dans la mesure où elle impose – lorsque les conditions en sont réunies – une obligation de réparer le préjudice causé à celui qui induit à conclure un contrat vicié. De même, elle limite indirectement la liberté de conclure des contrats dont les prestations réciproques sont économiquement déséquilibrées. La responsabilité précontractuelle permet à la partie qui s'aperçoit après la conclusion du contrat qu'elle doit plus que ce à quoi elle pouvait légitimement s'attendre de rechercher l'autre en réparation de son préjudice en vertu notamment de la violation du devoir d'information. A moins qu'elle ne se trouve dans l'erreur de sa propre faute, la partie préjudiciée fera du manque d'informations obtenues la cause du déséquilibre des prestations réciproques et le chef de responsabilité de sa prétention en réparation.
- 616 L'institution de la *culpa in contrahendo* a connu un **élargissement progressif** de son champ d'application. Historiquement, la *culpa in contrahendo* couvre, conformément au sens donné par VON JHERING, la réparation du préjudice lorsqu'un contrat est conclu mais s'avère nul ou vicié. LEONHARD donne rapidement une direction nouvelle à la *culpa in contrahendo*. Il développe l'idée que l'institution s'applique lorsqu'un contrat valable est conclu. Par ailleurs,

l'idée de soumettre à la responsabilité précontractuelle les comportements contraires à la bonne foi lorsqu'aucun contrat n'est conclu s'impose graduellement dans le paysage juridique civiliste. Si bien qu'au sens classique, la responsabilité pour *culpa in contrahendo* couvre la réparation du préjudice subi, que le contrat soit conclu mais nul ou vicié, valablement conclu mais divergeant substantiellement de ce qui était légitimement attendu, ou non conclu à la suite de négociations contraires à la bonne foi. En vertu notamment du développement du droit de la consommation européen des 30 dernières années, l'institution de la *culpa in contrahendo* a investi le domaine de la réparation du préjudice subi suite à la violation de devoirs précontractuels d'information spéciaux.

- 617 Au sens large, la *culpa in contrahendo* doit être comprise comme **toute violation fautive d'un devoir reconnu par l'ordre juridique au cours de la phase précontractuelle** dont l'obligation de réparer le préjudice n'est qu'une des sanctions possibles. La prétention en réparation du préjudice causé par la violation fautive d'un devoir précontractuel n'est pas dépendante de la tenue de pourparlers, ni de la conclusion d'un contrat.
- 618 La **bonne foi** a vocation à jouer un **double rôle** dans la phase précontractuelle. En imposant un standard de comportement, elle favorise la confiance entre les parties en relation précontractuelle. Comme standard objectif, elle est un critère pour la mesure dans laquelle la confiance subjective doit être protégée.
- 619 La bonne foi, au sens d'**honnêteté dans les faits et de loyauté commerciale dans une transaction donnée**, est un standard de comportement objectif permettant de définir le comportement subjectif attendu par les parties. Se conformer au standard de la bonne foi signifie essentiellement respecter un ensemble de devoirs de diligence, de protection et d'égards envers les intérêts de l'autre partie («*Sorgfalts- Schutz- und Rücksichtspflichten*»). Etant génériques, ces devoirs se concrétisent par divers devoirs spécifiques selon les circonstances du cas d'espèce. La violation fautive de ces devoirs constitue une *culpa in contrahendo* – une faute dans le processus menant à la conclusion d'un contrat – et donne naissance, à côté d'autres sanctions possibles, à l'obligation de réparer le préjudice qui en résulte pour l'autre partie à la relation précontractuelle.
- 620 En l'absence de tout mécanisme de responsabilité précontractuelle légal ou conventionnel, la relation précontractuelle, plutôt que d'être caractérisée par la confiance des parties, est naturellement empreinte d'une **relative méfiance** due à l'antagonisme apparent des intérêts en présence (antagonisme coopératif). Plus qu'aux règles sociales et morales, il revient au droit d'encourager la confiance

précontractuelle, notamment par la prescription d'un standard de comportement objectif.

- 621 Le standard de comportement de bonne foi **crée la confiance précontractuelle** nécessaire au bon déroulement du processus menant à la conclusion d'un contrat. Un régime légal de responsabilité précontractuelle est donc un instrument d'optimisation du déroulement de la phase précontractuelle.
- 622 L'**objet de la confiance** est d'abord compris comme celui que les parties ont par rapport au sérieux, au caractère complet et à l'exactitude de leurs déclarations réciproques. Dans les ordres juridiques connaissant un standard de comportement de bonne foi au stade précontractuel, la confiance est à même de porter plus généralement sur l'honnêteté et la diligence du partenaire précontractuel («*allgemeine Redlichkeitserwartung*»; *supra* n. 462). La confiance subjective dans les déclarations du partenaire contractuel potentiel ou de son auxiliaire sera en outre favorisée par des facteurs extrinsèques comme la bonne réputation de l'interlocuteur précontractuel ou de la partie qu'il représente, sa fiabilité, son professionnalisme, son expertise, etc. Cependant, la confiance subjective qui pourrait préexister ou naître entre les parties ne sera protégée que lorsqu'elle correspond à la confiance objectivement considérée comme légitime.
- 623 Ensuite, la confiance des parties peut également porter sur la **conclusion future du contrat**. Les parties étant généralement libres de ne pas conclure de contrat (*ius variandi*), le simple fait de mettre un terme aux négociations engagées n'est pas contraire à la bonne foi. Entamer ou poursuivre des négociations ne signifie donc pas encore fonder une attente légitime qu'un contrat sera conclu. Toutefois, il est admis, notamment par les ordres juridiques germaniques, qu'un manquement à la bonne foi existe lorsqu'une partie rompt les négociations sans motif légitime alors qu'elle avait suscité la conviction – au moyen d'une manifestation de volonté expresse ou par actes concludants – qu'un contrat serait conclu («*Vertrauenshaftung*»).
- 624 La confiance dans la conclusion du contrat est indubitablement légitime en présence d'un **engagement** d'une partie de conclure le contrat avec la partie envers laquelle l'engagement a été pris. Dans cette hypothèse, ne pas conclure équivaut à tromper la confiance légitime dans la conclusion du contrat.
- 625 Il est beaucoup plus discutable de considérer qu'un manquement à la bonne foi existe lorsque l'espoir dans la conclusion d'un contrat est suscité par de simples **actes concludants**. A notre sens, l'admission d'une responsabilité précontractuelle dans ces cas de figure nécessite une double interprétation

objective. Du côté de la partie lésée, la confiance suscitée doit être objectivement légitime. Du côté de la partie qui rompt les négociations, il faut un comportement objectivement contraire au standard normatif de bonne foi précontractuelle.

- 626 Le **devoir de négocier de bonne foi** est une des expressions des devoirs précontractuels de diligence, de protection et d'égards la plus largement reconnue par les juridictions civilistes.
- 627 Le devoir de négocier de bonne foi se manifeste principalement par le **devoir de négocier sérieusement, conformément à ses intentions véritables**. En particulier, il s'agit de ne pas mener des négociations de manière à donner l'impression que sa volonté de conclure est plus forte qu'elle ne l'est en réalité. Plus largement, le devoir de négocier de bonne foi est violé à chaque fois qu'une partie poursuit ou entame des négociations alors que celles-ci sont vouées à l'échec.
- 628 Le devoir de négocier sérieusement, conformément à ses intentions véritables, implique donc un **devoir de rompre ou de ne pas entamer des négociations**, lorsqu'une personne sait ou devrait savoir qu'elle ne veut pas ou plus conclure le contrat, du moins pas avec le même partenaire de négociation.
- 629 Une partie de la doctrine préconise toutefois un **devoir de ne pas rompre** les négociations lorsqu'il est prévisible qu'elles seront couronnées de succès. Inexistant à l'entame des pourparlers, ce devoir s'actualiserait progressivement à mesure de l'avancement des négociations. Toutefois, sauf à vider la liberté contractuelle de sa substance et le contrat de la justification de sa force obligatoire, chaque partie doit en principe rester libre de conclure ou ne pas conclure un contrat sans avoir à se justifier (*ius variandi*). Selon nous, l'avancée ou la durée des négociations avant des déclarations d'intention concordantes sur les éléments essentiels d'un contrat, à elles seules, ne sont pas, ni ne devraient être propres à fonder une confiance légitime dans la conclusion d'un contrat. Aucune des parties n'est fondée à avoir une confiance totale dans la réalisation du contrat, mais bien plus, elles se doivent d'envisager l'échec des négociations jusqu'à sa conclusion. Le principe doit rester l'auto-responsabilité et l'exception la responsabilité d'autrui.
- 630 Un **devoir de ne pas rompre les négociations sans motif légitime** peut entrer en ligne de compte lorsque, au vu de l'ensemble des circonstances, une partie est objectivement fondée à croire avec certitude que le contrat sera effectivement conclu.

- 631 Afin de résoudre la tension existante entre le devoir de rompre et le devoir de ne pas rompre les négociations sans motif légitime, il y a lieu de déterminer les **circonstances** dans lesquelles une protection légale de la confiance dans la conclusion du contrat mérite d'être accordée.
- 632 Le droit de changer d'avis en tout temps sans motif quant à la conclusion d'un contrat futur en tant que composante essentielle de la liberté contractuelle doit rester le **principe**.
- 633 **Exceptionnellement**, une responsabilité limite l'exercice de ce droit lorsqu'une confiance légitime dans la conclusion certaine d'un contrat futur a été suscitée et que sa déception ne peut être justifiée par un motif légitime.
- 634 En cas de **renonciation** (unilatérale ou bilatérale) explicite et sans réserve au *ius variandi*, la confiance légitime dans la conclusion du contrat est donnée. Si la renonciation au *ius variandi* résulte de la conclusion d'un précontrat (promesse de contracter proprement dite), elle génère une obligation contractuelle de conclure le contrat projeté dont la violation injustifiée fonde une prétention à la réparation de l'intérêt positif à titre de responsabilité *contractuelle*. Dans le cadre d'un engagement unilatéral ou bilatéral obligatoire, ne pouvant pas être qualifié de précontrat (promesse de contracter improprement dite), une renonciation au *ius variandi* génère une *obligation* de ne pas rompre les pourparlers sans motif légitime dont la violation entraîne une responsabilité *contractuelle* à hauteur du dommage de confiance comprenant, pour autant que l'ordre juridique considéré l'admette, la chance perdue de contracter. Dans ce cadre, le standard des motifs justificatifs pour une rupture devrait logiquement se situer à hauteur des motifs justificatifs d'inexécution contractuelle.
- 635 Lorsque les parties ont émis des **déclarations d'intentions concordantes sur les points essentiels** d'un futur contrat, leur confiance dans la conclusion du contrat mérite également une protection légale, leurs tractations ayant essentiellement abouties. Aussi, il y a lieu d'admettre un *devoir* de ne pas empêcher sans motif légitime la conclusion formelle du contrat, dont la violation est sanctionnée par la responsabilité *précontractuelle* à hauteur du dommage de confiance comprenant, selon le droit applicable, la chance perdue de contracter. En présence de professionnels, d'un commencement d'exécution ou d'assurances que le contrat sera formellement conclu, le standard de ce qu'il y a lieu de considérer comme étant des motifs légitimes pour empêcher la conclusion formelle ou l'effectivité du contrat s'élèvera d'autant que ces circonstances peuvent être invoquées cumulativement. En leur absence toutefois, on admettra que le motif est légitime dès lors que le refus de parfaire

le contrat repose sur des considérations économiques raisonnables, par exemple parce qu'une partie a reçu une offre plus avantageuse relative au contrat envisagé.

- 636 Lorsque le contrat ne nécessite plus que le **respect d'une forme** légale ou conventionnelle pour sa conclusion, l'ensemble des déclarations et comportements des parties doit être pris en compte pour déterminer si les parties ont pleinement conscience de la portée de leurs engagements, respectivement n'accordent qu'une valeur probatoire au respect de la forme. Dans la négative, les parties sont en droit de changer d'avis sans motif. Dans l'affirmative, un motif légitime doit être fourni sauf à encourir le risque d'être actionné en responsabilité *précontractuelle*.
- 637 **Avant des déclarations d'intention concordantes sur les éléments essentiels d'un contrat, sans précontrat ou sans autre engagement de renonciation au *ius variandi***, la rupture des pourparlers, en tant que telle, n'est pas contraire à la bonne foi, mais sera potentiellement révélatrice de violations d'autres devoirs précontractuels, tels que le devoir d'informer sur ses intentions ou le devoir de rompre. Ces violations entraînent une responsabilité *précontractuelle* à hauteur du dommage de confiance.
- 638 Les **devoirs d'information** forment une catégorie de devoirs précontractuels largement admise par les juridictions civilistes.
- 639 Les parties étant supposées négocier sur un pied d'égalité, il revient en **principe** à chaque partie de rechercher elle-même les informations nécessaires et ce n'est qu'à titre **exceptionnel** qu'elles peuvent en être dispensées.
- 640 Chaque partie doit veiller à sauvegarder elle-même ses intérêts pendant la phase précontractuelle et ne doit pas s'attendre à ce que son partenaire les prenne en considération à sa place. Les parties sont donc avant tout tenues d'un **devoir de se renseigner** et de requérir elles-mêmes, du cocontractant prospectif ou de tierces personnes, les informations qu'elles estiment pertinentes. En substance, le devoir de se renseigner porte sur les éléments propres à influencer les négociations, la conclusion ou l'objet du contrat. Le devoir de se renseigner implique un devoir de se préparer correctement aux négociations.
- 641 En présence notamment d'une asymétrie des connaissances, une partie peut toutefois être tenue à des **devoirs d'information** envers l'autre.
- 642 L'ordre juridique impose des devoirs d'information précontractuels **spéciaux** lorsque le législateur considère qu'il existe un déséquilibre *in abstracto* entre les parties dans la possibilité de l'une d'entre elles d'acquérir l'information. Les

devoirs d'information spéciaux sont notamment prescrits dans le cadre des contrats de bail, de travail ou d'assurance, ainsi que dans le domaine du droit de la consommation.

- 643 Chaque partie supportant avant tout le fardeau de se renseigner elle-même, l'existence et l'étendue d'un devoir d'information **général** dépend des circonstances du cas concret, notamment de la nature du contrat envisagé, de la façon dont se déroulent les pourparlers et des intentions et connaissances des parties *in concreto*. Le devoir d'information général porte sur les informations propres à influencer le déroulement des négociations, ou la conclusion ou le contenu du contrat, ou propres à provoquer son annulation ou sa nullité. Il s'agit essentiellement d'informations dont une des parties sait ou devrait savoir qu'elles sont essentielles aux yeux de l'autre. Par contre, les informations qui ont une valeur pour elles-mêmes et ne servent pas le seul intérêt de protection ne sont pas soumises au devoir d'information.
- 644 Dans les ordres juridiques où la responsabilité précontractuelle n'est pas considérée comme un cas de responsabilité délictuelle, tel qu'en Allemagne, l'action précontractuelle en cas de violation de **devoirs de protections spéciaux** («*Verkehrssicherungspflichten*») est admise. Il s'agit ici des devoirs de chaque partie à la relation précontractuelle de prendre toutes les mesures de protection afin qu'il n'y ait aucune atteinte aux droits absolus de son partenaire. Il y a lieu de faire bénéficier les personnes lésées d'une violation des devoirs de protection spéciaux du régime précontractuel, en tant que celui-ci s'avère plus favorable. A nos yeux, cette conception est justifiée essentiellement quant aux devoirs de protection spéciaux *typiques du cadre précontractuel*, tels que les devoirs de protection des échantillons ou des modèles que l'on confie à son partenaire de négociation («*Obhutspflicht*»).
- 645 Sans avoir de portée générale, un **devoir de confidentialité** doit être admis dans la phase précontractuelle à chaque fois que l'information a été expressément donnée à ce titre ou qu'il résulte de la nature de la relation envisagée ou des circonstances dans lesquelles elle a été obtenue que la partie qui en bénéficie savait ou devait savoir qu'elle est confidentielle pour l'autre.

II. Origines

A. Introduction

- 646 L'examen des origines de la responsabilité précontractuelle permet de mettre en perspective les diverses approches possibles quant à sa **nature juridique**. Or, trancher la question de la nature juridique a un impact immédiat sur le régime et les modalités d'application de la responsabilité pour *culpa in contrahendo* (*infra* n. 1181 ss). La controverse historique autour de la nature de la responsabilité précontractuelle oscille entre deux types de responsabilité. D'une part, la responsabilité (quasi-)contractuelle qui sanctionne la violation de devoirs relatifs dont est tenue une personne envers une autre en vertu d'une relation juridique particulière («*rechtlliche Sonderverbindung*»; *supra* n. 462) et, d'autre part, la responsabilité aquilienne qui sanctionne la violation de devoirs généraux imposés par l'ordre juridique, indépendants d'un rapport d'obligation.¹¹⁹¹
- 647 En droit **suisse** également, où la responsabilité précontractuelle est (encore) une institution prétorienne, sa nature juridique fait l'objet d'un large éventail d'opinions doctrinales. D'aucuns y voient une responsabilité contractuelle ou quasi-contractuelle (*infra* n. 1183 ss), d'autres une responsabilité de nature délictuelle selon les articles 41 ss CO (*infra* n. 1191 ss), d'autres encore une responsabilité *sui generis* fondée sur l'article 2 CC (*infra* n. 1200 ss).
- 648 Nous procéderons ci-dessous d'abord à une analyse sommaire des principales **sources romaines** sur lesquelles l'institution de la *culpa in contrahendo* est fondée (*infra* n. 649 ss), puis à un survol de l'**évolution historique** des conceptions des principaux porte-drapeaux des écoles de pensée successives (*infra* n. 662). Nos **conclusions intermédiaires** viendront clore la présente section (*infra* n. 689 ss).

B. Sources romaines

1. Introduction

- 649 La théorie de la *culpa in contrahendo* a été esquissée par le pandectiste allemand VON JHERING¹¹⁹² dans sa fameuse étude datant de 1861 (*supra* n. 521).¹¹⁹³ La

¹¹⁹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 976 s.; RISKE, p. 68; pour une analyse en profondeur de la controverse suisse et de ses implications, cf. KUONEN, n. 1083 ss.

¹¹⁹² MEDICUS, *Entdeckung*, p. 169 ss.

responsabilité précontractuelle n'est pas inconnue avant la thèse de VON JHERING et ce dernier ne cache en rien les bases utilisées pour son élaboration.¹¹⁹⁴ Ainsi nous pencherons-nous ci-après sur les **sources romaines** dans lesquelles VON JHERING a pensé trouver la justification de sa théorie (*infra* n. 653 ss).

- 650 Conformément à leur esprit pragmatique, les juristes romains n'ont jamais eu une approche systématique à la problématique de la responsabilité précontractuelle. Ils n'ont pas cherché à trouver une solution généralisable, mais bien plutôt des solutions adaptées aux circonstances de faits. Malgré l'absence de généralisation, une **constante** peut néanmoins être dégagée. Les juristes romains ont sanctionné par une responsabilité des situations dans lesquelles un contrat de vente a été conclu, mais s'est révélé être nul pour cause d'impossibilité initiale de son objet.¹¹⁹⁵
- 651 En revanche, le droit romain ne traite pas des situations où un **contrat n'est pas conclu** sous l'angle d'une responsabilité *in contrahendo*. La rupture fautive des négociations lui reste étrangère. On notera toutefois que, dans une situation apparentée, l'*actio de dolo* est accordée à celui qui a effectué des investissements sans base contractuelle pour obtenir la réparation de son préjudice.¹¹⁹⁶

ULPIANUS, D. IV, III, 34 (*lib. 42. ad Sabinum*):

Si, cum nihi permissis saxum ex fundo tuo ejicere, vel cretam, vel arenam fodere, et sumptum in hanc rem fecerim, et non patiaris me tollere: nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit.

Après m'avoir permis de tirer de la pierre de votre héritage ou d'y fouiller pour prendre de la craie ou du sable, lorsque j'ai fait des dépenses pour ces entreprises, si vous ne voulez

¹¹⁹³ VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 1 ss.

¹¹⁹⁴ RISKE, p. 68.

¹¹⁹⁵ RISKE, p. 69.

¹¹⁹⁶ KUONEN, note de bas de page 14.

pas me laisser emporter ce que j'en ai tiré, je n'ai d'autre action contre vous que celle de la mauvaise foi.¹¹⁹⁷

- 652 Les principaux textes invoqués par VON JHERING (*infra* n. 653 ss)¹¹⁹⁸ ont en commun qu'il s'agit toujours d'un problème touchant la **vente** (*emptio-venditio*) d'une **chose hors du commerce** (*res extra commercium*) et d'un **contrat nul**.¹¹⁹⁹ En effet, toutes les hypothèses portent sur des choses religieuses, sacrées ou publiques. En tant que choses *extra commercium*, elles ne peuvent être vendues,¹²⁰⁰ d'où la nullité pour cause d'impossibilité initiale¹²⁰¹ (*impossibilium nulla obligatio est*).¹²⁰²

2. *Actio in factum*

- 653 Un premier texte traite de la **vente d'une chose religieuse que l'on croyait privée**.

ULPANIUS, D. XI, VII, 8, 1 (*lib. 25 ad Edictum*):

Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.

Si un lieu religieux a été vendu comme s'il eût été profane, le préteur accorde une action expositive du fait à celui qui y a intérêt. Cette action se transmet pour et contre les

¹¹⁹⁷ Traduction HENRI HULOT; pour une situation apparentée, cf. POMPONIUS, D. XIX, V, 16, 1.

¹¹⁹⁸ VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 8 ss.

¹¹⁹⁹ MEDICUS, *Entdeckung*, p. 170; RISKE, p. 69.

¹²⁰⁰ Les choses religieuses ou sacrées ne peuvent être vendues parce qu'elles ne sont sujettes ni à propriété, ni même à possession (cf. PAULUS, D. XLI, II, 30, 1).

¹²⁰¹ KUONEN, n. 64; au sujet de l'impossibilité initiale, cf. DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, *Droit privé romain II*, p. 49.

¹²⁰² «A l'impossible nul n'est tenu» (CELSUS, D. L, XVII, 185 [traduction libre]).

héritiers, parce que de sa nature elle approche de celle de la vente.¹²⁰³

- 654 Si à l'origine l'action en réparation du préjudice pour cause d'impossibilité initiale de l'objet du contrat de vente semble fondée sur le **dol** (*actio doli*),¹²⁰⁴ on remarque qu'ULPIEN, déjà, lui préfère une action *in factum* **quasi-contractuelle** (*actio in factum quasi ex empto*).¹²⁰⁵
- 655 L'octroi d'une *actio in factum* par le prêteur se justifiait lorsque ce dernier se trouvait confronté à une situation qui n'était pas prévue par l'édit, mais que celle-ci méritait néanmoins une protection justifiée par la raison naturelle (*supra* n. 60).¹²⁰⁶ Dès lors, il est légitime de penser que si le recours à cette action paraissait opportun à ULPIEN, c'est parce qu'il considérait que les **autres actions envisageables étaient inappropriées**. L'*actio legis Aquiliae*¹²⁰⁷ était exclue parce qu'elle ne permettait pas la réparation d'un préjudice purement économique, mais seulement un préjudice causé par atteinte à une chose appartenant à la victime ou à son intégrité corporelle,¹²⁰⁸ ce qui n'était pas le cas dans la situation en question.¹²⁰⁹ L'action contractuelle *ex empto* n'était pas non plus envisageable puisqu'un élément de droit matériel pour l'ouverture de la voie de l'*actio empti* faisait défaut: le contrat de vente n'était pas valable.¹²¹⁰ Quant à l'*actio doli*, elle nécessitait la preuve par le demandeur du dol du défendeur. Or, dans le cas présent, l'acheteur aurait alors dû démontrer qu'au moment de la conclusion du contrat, le vendeur connaissait la nature de la chose.¹²¹¹

¹²⁰³ Traduction HENRI HULOT.

¹²⁰⁴ KUONEN, n. 1995; au sujet de l'action pour dol et la bonne foi dans les contrats, cf. SCHMIDLIN, *Droit privé romain I*, p. 28.

¹²⁰⁵ RISKE, p. 70.

¹²⁰⁶ MOUSOURAKIS, note de bas de page n. 25 p. 191; SCHMIDLIN, *Droit privé romain I*, p. 28.

¹²⁰⁷ Pour approfondir, cf. BÉNÉDICT WININGER, *La responsabilité aquilienne romaine, Damnum Iniuria Datum*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, p. 23 ss.

¹²⁰⁸ DUNAND/SCHMIDLIN/WININGER, *Droit privé romain II*, p. 193 ss.

¹²⁰⁹ PAULUS, D. IX, II, 33, 1: «*In damnis, quae lege Aquiliae non tenentur, in factum datur actio*» («Quant au dommage pour la réparation desquels on ne peut avoir recours à la loi Aquilia, il y a lieu à une action expositive du fait» [Traduction HENRI HULOT]).

¹²¹⁰ KUONEN, n. 122.

¹²¹¹ RISKE, p. 70.

- 656 Il est raisonnable d’imaginer qu’ULPIEN, vu la difficulté d’apporter la **preuve** de la connaissance de la nature de la chose, ait préféré une *actio in factum*, développé le modèle du *bonae fidei iudicium*¹²¹² (c’est-à-dire reposant sur le pouvoir d’appréciation du juge).¹²¹³ Ce dernier présente l’avantage d’un allègement du fardeau de la preuve dans le sens où il est suffisant pour l’acheteur de démontrer un manquement à la bonne foi de la part du vendeur.¹²¹⁴

3. *Actio empti*

- 657 Deux autres textes reprennent l’hypothèse de la **vente de choses religieuses, sacrées ou publiques**.

MODESTINUS, D. XVIII, I, 62, 1 (*lib. 5 Regularum*):

Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica, pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.

Lorsqu’on achète des lieux sacrés, religieux ou publics, et qu’on ignore tels, quoique la vente soit nulle, elle donne cependant à l’acheteur une action contre le vendeur, par laquelle il sera condamné à indemniser l’acheteur de l’intérêt qu’il avait de n’être pas trompé.¹²¹⁵

JUSTINIUS, *Institutiones*, III, XXIV, 5:

Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit: quae tamen si pro profanis vel privatis, deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut

¹²¹² MOUSOURAKIS, note de bas de page n. 25 p. 191.

¹²¹³ JUSTINIUS, *Institutiones*, IV, VI, 30: «*In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat [...]*» («Dans les *bonae fidei iudicia*, un libre pouvoir est laissé au juge pour estimer selon la justice et l’équité, ce qui doit être donné au demandeur [...]»). [Traduction NICOLAS KUONEN].

¹²¹⁴ KUONEN, n. 121; RISKE, p. 70.

¹²¹⁵ Traduction HENRI HULOT.

consequatur, quod sua interest eum deceptum eum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.

Les lieux sacrés ou consacrés à la religion par la sépulture, les lieux publics, comme la place publique, un temple, ne peuvent être valablement achetés par celui qui a connaissance de leur nature. Mais si un acheteur, trompé par le vendeur, les avait achetés comme des lieux profanes ou privés, il aura l'action de l'achat contre le vendeur, fondée sur ce qu'il ne peut pas avoir la jouissance; et il obtiendra, en vertu de cette action, une somme proportionnée à l'intérêt qu'il avait de n'être pas trompé. Il en sera de même de celui qui aura acheté un homme libre pour un esclave.¹²¹⁶

- 658 En apparence, le texte de MODESTIN laisse entrevoir une **évolution vers une nature contractuelle** de la responsabilité *in contrahendo*, un processus qui aurait été amorcé par le texte de son maître ULPIN. Toutefois, l'octroi par MODESTIN de l'*actio empti* malgré la nullité du contrat s'explique davantage par des raisons pratiques que matérielles.¹²¹⁷ Au cours du III^e siècle après J.-C., l'apparition progressive de la *cognitio extra ordinem*¹²¹⁸ au détriment de la procédure formulaire érode progressivement le lien étroit qui existait entre la formule de l'action et son fondement matériel. Il est imaginable que le pouvoir discrétionnaire accru du juge à cette époque ait eu pour conséquence que la validité de la vente ne soit plus une condition stricte de l'octroi de l'*actio empti*.¹²¹⁹
- 659 JUSTINIEN accorde également l'**action contractuelle**. Dans ce cas, la contradiction avec le texte d'ULPIN ne peut que s'expliquer par une conception

¹²¹⁶ Traduction HENRI HULOT.

¹²¹⁷ RISKE p. 71 s.

¹²¹⁸ Procédure extraordinaire où un officier public (par délégation impériale) s'occupe de toute l'affaire, décision comprise. Contrairement aux procédures «ordinaires», il n'y a pas deux phases dans le procès, tout se déroule sous le contrôle d'un même fonctionnaire. La *cognitio extra ordinem* a contribué significativement au développement du droit (cf. ADOLF BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Volume 43, Part 2*, Philadelphie 1953, réimpr. 1991, p. 394; MOUSOURAKIS, p. 334 ss; SCHMIDLIN/CANNATA, p. 256 s.).

¹²¹⁹ WINKEL, p. 153; RISKE, p. 72.

qui admettrait une validité partielle du contrat par l'effet guérisseur de la bonne foi de la partie lésée: la nullité de l'obligation primaire du vendeur, celle de transférer la possession paisible de la chose vendue, ne serait pas un obstacle à la validité d'une obligation secondaire, celle de réparer le préjudice, par analogie à la voie de la garantie pour éviction.¹²²⁰ Il faut alors admettre que la responsabilité pour une vente nulle d'une chose *extra commercium* est de nature contractuelle dans l'optique du texte de JUSTINIEN.

4. Synthèse

- 660 L'époque classique du droit romain reconnaissait une **responsabilité *in contrahendo*** dans des situations où un contrat de vente était nul à cause d'une impossibilité juridique initiale. Une lecture attentive des textes nous suggère que l'engagement de la responsabilité était soumis à la condition que le vendeur s'était rendu coupable d'un dol (*dolus in contrahendo*): d'une part, l'acheteur devait ignorer le vice de l'objet de la vente au moment de la conclusion du contrat et, d'autre part, le vendeur le connaissait. Les juriconsultes, et parmi ceux-ci notamment ULPIEN, tendraient toutefois à sanctionner le dol sous le couvert plus large d'un manquement à la bonne foi. La difficulté pour l'acheteur de prouver la connaissance du vice par le vendeur a vraisemblablement poussé ULPIEN à se tourner vers des solutions plus souples par le biais de l'*actio in factum*, plutôt que vers l'*actio doli*. La contradiction avec le texte d'ULPIEN que renferment les textes de MODESTIN et, surtout, de JUSTINIEN ne se résout que difficilement par une distinction entre obligations primaires et secondaires. La nullité des premières n'empêcherait pas la validité des secondes. Dès lors, la responsabilité précontractuelle aurait un fondement contractuel ou quasi-contractuel. En revanche, le texte d'ULPIEN, semble consacrer une responsabilité extracontractuelle, en ce qu'il sanctionne la violation d'un devoir général de ne pas se comporter de mauvaise foi.¹²²¹
- 661 Les **opinions divergentes** des juristes romains quant à la solution à donner à la responsabilité dans des situations où un contrat de vente est nul à cause d'une impossibilité juridique initiale marque le début de la controverse doctrinale quant à la nature juridique de la responsabilité précontractuelle.

¹²²⁰ KUONEN, n. 1995.

¹²²¹ RISKE, p. 72 s.

C. Survol de l'évolution historique

1. Introduction

662 Loin d'une analyse approfondie de l'évolution des conceptions au sujet des hypothèses relevant de la responsabilité précontractuelle, nous nous limitons ici à une mise en évidence des opinions de **savants représentatifs** des différentes écoles de pensée qui se sont suivies au cours des siècles.¹²²² Il s'agit d'ACCURSE pour les glossateurs (*infra* n. 663 s.), DONEAU pour les humanistes (*infra* n. 665 ss), GROTIUS pour les jusnaturalistes (*infra* n. 668 ss) et, enfin, de VON JHERING pour les pandectistes (*infra* n. 676 ss).

2. Glose d'ACCURSE

663 Alors que les *Institutes* de JUSTINIEN sont encore imprégnés du contexte procédural et de l'approche casuistique, les glossateurs (*supra* n. 83) proposent une **interprétation matérielle** des sources. Suite à la redécouverte du *Corpus Iuris Civilis* (*supra* n. 82 ss), ACCURSE en particulier cherche à découvrir une solution harmonieuse et unique à un problème donné au-delà des apparentes contradictions des sources. L'ébauche d'une construction plus dogmatique de la pensée juridique se dessine.

664 L'idée d'une nullité qui n'atteindrait que l'obligation primaire de la délivrance de la chose et épargnerait l'obligation secondaire de réparer le préjudice se trouve renforcée et y est plus clairement exprimée.¹²²³ ACCURSE soutient l'opinion que la nullité de la vente doit être comprise comme n'affectant que l'objet de la vente, c'est-à-dire la **chose vendue** elle-même.¹²²⁴ Par ailleurs, l'action de l'acheteur serait bien l'*actio empti*, conformément au texte de MODESTIN (*supra* n. 657).¹²²⁵

¹²²² Bien qu'elle ait contribué de manière significative au développement de la science juridique dans d'autres matières, l'école des commentateurs (*supra* n. 87) n'a pas apporté de nouveautés dans le domaine qui nous intéresse. C'est la raison pour laquelle cette école de pensée n'est pas représentée dans le présent survol de l'évolution historique de la responsabilité précontractuelle.

¹²²³ KUONEN, n. 191 s.

¹²²⁴ ACCURSIUS, glose *Non teneat* ad D. XVIII, I, 62, 1: «*quod ad rem*».

¹²²⁵ ACCURSIUS, glose *Ex empto* ad D. XVIII, I, 62, 1; KUONEN, n. 188; WINKEL, p. 153.

3. Humanisme de DONEAU

- 665 Il faudra toutefois attendre les humanistes et DONEAU¹²²⁶ pour que la science du droit soit véritablement élevée au rang de système. En effet, l'approche aux sources romaines devient alors elle-même **systématique**.¹²²⁷ Au niveau des conséquences de l'impossibilité initiale, l'analyse des sources par DONEAU reprend la distinction entre obligations primaires et secondaires. Il postule sans ambiguïté que la nullité des premières n'emporte pas pour autant l'invalidité des secondes.¹²²⁸

DONELLUS, *Commentarii de iure civili*, XII, XX, XVII (col. 601):

Denique quod ad res ipsas attinet, non tenet emptio, ut scribit Modestinus, tatumque in id agitur, ut praestetur emptori, quod eius interest deceptum non fuisse.

En somme, pour ce qui touche aux choses elles-mêmes, la vente est nulle, comme l'écrit Modestin, et on agit seulement pour que l'acheteur obtienne l'intérêt qu'il avait à ne pas être déçu.¹²²⁹

- 666 La sanction de nullité empêche qu'une indemnité de remplacement ou une sanction pécuniaire soit due pour l'inexécution de l'obligation primaire. La nullité de l'obligation primaire ne prévient toutefois pas la naissance d'une obligation secondaire sous forme d'une **prétention en dommages-intérêts**,¹²³⁰ fondée par analogie sur l'obligation du vendeur de garantir la conformité aux qualités promises.¹²³¹
- 667 L'obligation secondaire de réparer le préjudice trouvant sa source dans le contrat, DONEAU donne à ce cas de responsabilité précontractuelle une **nature contractuelle**.

¹²²⁶ HUGUES DONEAU (1527-1591), jurisconsulte français.

¹²²⁷ Sur l'apport de DONEAU au développement des systèmes de *Civil law* modernes, cf. STEIN, *Origins*, p. 439 ss.

¹²²⁸ RISKE, p. 73.

¹²²⁹ Traduction NICOLAS KUONEN.

¹²³⁰ Principe repris par RICHELMANN, p. 129 ss, s'appuyant sur DONEAU.

¹²³¹ KUONEN, n. 1998; RISKE, p. 73; sur la *culpa* du vendeur d'une chose défectueuse, cf. l'analyse des sources romaines par VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 35 ss.

4. Jusnaturalisme de GROTIUS

- 668 En se distanciant des sources romaines, l'école du droit naturel émergente au XVII^e s'éloigne également des discussions dogmatiques des siècles précédents. Le jusnaturalisme apporte un **bouleversement** radical dans la conception même du droit. Alors que le droit était auparavant basé sur la cosmologie antique, puis sur la théologie médiévale, le juriste GROTIUS,¹²³² en tant que figure de proue du jusnaturalisme, propose de fonder le droit sur la seule raison humaine.¹²³³
- 669 GROTIUS identifie trois sources aux obligations: le contrat, le délit et la loi.¹²³⁴ Concernant la responsabilité, sa contribution est remarquable. Il est le premier à prévoir une **clause générale de responsabilité extracontractuelle**, une conception reprise notamment dans le CCfr. (*infra* n. 747 ss).

GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, II, XVII, I (p. 289):

Maleficium hîc appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines communiter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est, nempe ut id resarciatur.

Nous appelons ici délit toute faute, soit dans l'action, soit dans l'inaction, en opposition avec ce que les hommes doivent faire ou communément, ou à raison d'une qualité déterminée. D'une telle faute, s'il y a eu un dommage causé, naît naturellement une obligation, qui a pour objet de le réparer.¹²³⁵

- 670 En posant une clause générale de responsabilité extracontractuelle qui n'exclut pas la réparation du préjudice purement économique, GROTIUS assure un fondement à la réparation de **tout préjudice** sitôt qu'il y a faute. Ainsi, lorsque

¹²³² *Supra* note de bas de page 226.

¹²³³ Encyclopaedia Universalis, «Jusnaturalisme», (www.universalis.fr/), p.<<http://www.universalis.fr/encyclopedie/jusnaturalisme/>> (visité le 26.06.2015).

¹²³⁴ GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II, XVII, I (p. 289): «*Supra diximus ejus quod nobis debetur fontes esse tres, pactionem, maleficium, legem*» («Nous avons dit plus haut que les sources de ce qui nous est dû sont au nombre de trois: la convention, le délit, la loi» [Traduction PAUL PRADIER-FODÉRÉ]).

¹²³⁵ Traduction PAUL PRADIER-FODÉRÉ.

des devoirs précontractuels sont enfreints il y a une obligation de réparer le dommage causé, que le comportement fautif consiste en une action ou en une omission.

- 671 L'œuvre de GROTIUS mentionne une **hypothèse de responsabilité précontractuelle**. Il s'agit de la réparation du préjudice suite à une promesse entachée d'un défaut de s'informer.

GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, II, XI, VI, (p. 222):

Quod si promissor negligens fuit in re exploranda, aut in senso suo exprimendo, & damnum inde alter passus sit, tenebitur id resarcire promissor, non ex vi promissionis, sed ex damno per culpam dato, de quo capita infra [II, XVII] agemus.

Que si celui qui a promis a mis de la négligence à s'informer de la chose, ou à exprimer sa pensée, et si l'autre partie en a souffert un préjudice, le promettant sera tenu de le réparer, non pas en vertu de la promesse mais en vertu du dommage causé par sa faute: chef dont il sera traité plus bas [II, XVII].¹²³⁶

- 672 Il ressort d'abord de ce texte que GROTIUS reconnaît un **devoir de diligence** au promettant. Ce dernier implique un devoir de s'informer au sujet de l'objet promis, ainsi qu'un devoir d'exprimer correctement au bénéficiaire l'étendue de son engagement. GROTIUS impose donc au promettant de se préparer de manière diligente *en vue* de la promesse qu'il se propose de faire.
- 673 Ensuite, le promettant qui ne fait pas montre d'une diligence suffisante dans l'accomplissement de ces devoirs précédant l'acte¹²³⁷ est tenu de répondre des dommages ainsi causés au bénéficiaire. GROTIUS prend position quant à la **nature délictuelle** de cette responsabilité («*ex damno per culpam dato*»). Dès lors, il est raisonnable d'affirmer que d'après GROTIUS, la responsabilité

¹²³⁶ Traduction PAUL PRADIER-FODÉRE.

¹²³⁷ Par rapport aux actes qui précèdent l'engagement, GROTIUS reconnaît par ailleurs expressément un devoir précontractuel d'informer le cocontractant des défauts qu'il connaît à propos de la chose dont il s'agit (GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, II, XII, IX [p. 230]).

précontractuelle est basée sur une faute délictuelle et perd son attachement au contrat.¹²³⁸

- 674 S'il est vrai que les jusnaturalistes allemands¹²³⁹ reprennent la conception de GROTIUS, ils inspireront à leur tour les premières grandes codifications. L'**ALR** (*supra* n. 115) et l'**ABGB** (*supra* n. 114) ont consacré le principe d'une responsabilité précontractuelle dans diverses situations où un contrat est conclu, mais se révèle (partiellement) nul ou annulable à cause de l'incapacité d'une partie,¹²⁴⁰ du vice de l'objet du contrat¹²⁴¹ ou du vice du consentement (*supra* n. 524).¹²⁴²

¹²³⁸ KUONEN, n. 246 et 1999.

¹²³⁹ VON WOLFF consacre la même solution que GROTIUS à propos de la responsabilité du promettant envers le bénéficiaire du fait d'une promesse nulle pour cause d'erreur fautive du promettant (cf. VON WOLFF, *Jus naturae*, III, IV, § 571 [p. 396]); VON PUFENDORF définit la faute consistant dans le fait promettre une chose que l'on aurait dû savoir impossible alors que l'autre l'ignorait comme la violation d'un devoir de diligence. Celle-ci est soumise à la responsabilité extracontractuelle (cf. VON PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, III, VII, 2 [p. 290]).

¹²⁴⁰ I 5 § 33 ALR: «Wer aber, nach gehörig angestellter Erkundigung dennoch von einem Unfähigen zur Schließung eines Vertrags verleitet worden, kann aus dem Vermögen desselben Schadloshaltung fordern»; § 866 ABGB (abrogé): «Wer listiger Weise vorgibt, daß er Verträge zu schließen fähig sei, und dadurch einen Anderen, der darüber nicht leicht Erkundigung einholen konnte, hintergeht, ist zur Genugthuung verpflichtet».

¹²⁴¹ I 5 § 53 ALR: «War die bedingte Unmöglichkeit nur demjenigen bekannt, der zu der unmöglichen Handlung oder Leistung sich verpflichtete, so muß er den andern Theil vollständig entschädigen»; § 878 ABGB (1811): «Ueber alles, was im Verkehre steht, können Verträge geschlossen werden. Was nicht geleistet werden kann; was geradezu unmöglich oder unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden. Wer ein Andern durch dergleichen Zusagen täuscht; wer ihn aus schuldbarer Unwissenheit verkürzt; oder aus dessen Schaden einen Nutzen zieht, bleibt dafür verantwortlich»; § 878 ABGB (en vigueur): «Was geradezu unmöglich ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden. Ist Mögliches und Unmögliches zugleich bedungen, so bleibt der Vertrag in ersterem Teile gültig, wenn anders aus dem Vertrage nicht hervorgeht, daß kein Punkt von dem anderen abgesondert werden könne. Wer bei Abschließung des Vertrages die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte, hat dem anderen Teile, falls von diesem nicht dasselbe gilt, den Schaden zu ersetzen, den er durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat».

¹²⁴² I 4 § 79 ALR: «Ist jedoch derselbe durch eignes grobes oder mäßiges Versehen in den Irrthum gerathen, und der Andre hat nicht gewußt, daß der Erklärende sich irre, so ist der Erklärende zum Ersatz des durch seine Schuld entstandenen Schadens verpflichtet»; § 872 ABGB (en vigueur): «Betrifft aber der Irrthum weder die Hauptsache, noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand; so bleibt der

- 675 Dans l'ALR comme dans l'ABGB, la responsabilité n'est pas toujours soumise aux mêmes conditions: elle requiert parfois le dol, parfois la seule négligence. Par contre, la responsabilité est toujours **extracontractuelle**.¹²⁴³

5. Pandectisme de VON JHERING

- 676 La thèse de VON JHERING sur la *culpa in contrahendo* amorce un retour vers une **conception contractualiste** de la responsabilité précontractuelle. Sa théorie est un reflet de la science pandectiste allemande (*supra* n. 125) et elle est directement fondée sur les sources romaines. Il érige la responsabilité précontractuelle au rang d'institution juridique («*Begriffsjurisprudenz*»; *supra* n. 125).¹²⁴⁴
- 677 Le pandectiste VON JHERING reprend la distinction entre obligations primaires d'exécution et secondaires de réparation et admet que la nullité du contrat n'a pas d'effets sur ces dernières.¹²⁴⁵ Il fonde la responsabilité précontractuelle sur un **comportement d'ordre contractuel**: la diligence qui s'impose dans l'exécution du contrat projeté s'applique déjà avant sa conclusion (*supra* n. 523).
- 678 Le raisonnement ne souffre-t-il pas toutefois d'un **problème de rétroactivité**? En effet, la question de la responsabilité contractuelle se pose pour le stade de l'exécution après la conclusion du contrat, lorsqu'un des devoirs contractuels n'est pas ou mal rempli et que l'on demande des dommages-intérêts. Ici, la responsabilité sanctionne des comportements qui précèdent la conclusion du contrat. Or, avant la conclusion du contrat, il n'y a pas encore de devoirs issus des promesses de prestations.
- 679 A dire vrai, tout indique que VON JHERING ait eu parfaitement **conscience** de ce problème.

Vertrag, in so fern beyde Theile in den Hauptgegenstand gewilligt, und den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben, noch immer gültig: allein dem Irreführten ist von dem Urheber des Irrthumes die angemessene Vergütung zu leisten»; § 874 ABGB (en vigueur): «In jedem Falle muß derjenige, welcher einen Vertrag durch List oder ungerechte Furcht bewirkt hat, für die nachtheiligen Folgen Genugthuung leisten».

¹²⁴³ KUONEN, n. 2001 s.

¹²⁴⁴ KUONEN, n. 2004; RISKE, p. 74; sur la méthode de pensée de VON JEHRING, cf. IMMENHAUSER, p. 306 ss.

¹²⁴⁵ VON JHERING, *Culpa in Contrahendo* p. 29 s.; IMMENHAUSER, p. 309.

VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 2:

Denn da der Contract nicht zu Stande gekommen ist, so kann von einer Anwendbarkeit der Grundsätze über contractliche culpa nicht die Rede sein, unter die außercontractlichen, der act. legis Aquiliae, läßt sich der Fall ebenso wenig bringen.

Comme le contrat n'est pas conclu, il n'est pas question d'application des principes de la faute contractuelle, pas plus qu'on ne peut soumettre le cas à ceux de l'extracontractuelle, l'action aquilienne.¹²⁴⁶

- 680 A notre sens, VON JHERING n'envisage pas d'appliquer une diligence proprement contractuelle à une relation qui n'en est pas encore une. Il suggère simplement que le **précepte** d'un comportement diligent entre cocontractants s'impose également aux cocontractants prospectifs.¹²⁴⁷
- 681 Poussé par des considérations d'**équité**,¹²⁴⁸ VON JHERING relève, au moyen du précepte du comportement diligent, la nécessité de concevoir une institution juridique couvrant la réparation de dommages causés par une violation de la diligence requise lors de la conclusion du contrat (*culpa in contrahendo*).¹²⁴⁹ Dans une certaine mesure, il est vrai que le résultat de l'analyse est insatisfaisant, VON JHERING lui-même restant vague au sujet de la nature des devoirs sanctionnés.¹²⁵⁰ Toutefois, il est propre aux institutions juridiques fondamentales que de comprendre des notions juridiques indéterminées. Cette flexibilité est une qualité nécessaire à leur pérennité. Elle permet aux institutions juridiques de survivre à l'évolution des modes de pensée et au progrès technologique.
- 682 En revanche, il est indéniable que VON JHERING se décide pour l'**action contractuelle** comme moyen procédural pour la mise en œuvre de son institution.¹²⁵¹

¹²⁴⁶ Traduction libre.

¹²⁴⁷ «Das Gebot einer contractlichen diligentia gilt für gewordene, so auch für werdende Contractsverhältnisse [...]» (VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 52).

¹²⁴⁸ Cf. VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 2, 25 et 34.

¹²⁴⁹ Cf. VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 34.

¹²⁵⁰ MEDICUS, *Entdeckung*, p. 174.

¹²⁵¹ VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 55.

- 683 D'une part, il considère que la relation qui unit les parties dans leurs efforts en vue de conclure un contrat s'approche d'avantage d'une relation contractuelle que d'une rencontre de fait entre deux individus.¹²⁵² En effet, la relation entre les parties en phase précontractuelle **ressemble** suffisamment à une relation contractuelle («*vertragsähnlich*») pour qu'elle mérite d'être appréhendée comme une relation juridique particulière. A nos yeux, l'analyse de VON JHERING constitue le point de départ pour l'élaboration de la théorie de la «*rechtliche Sonderverbindung*» (*infra* n. 709) comme source nouvelle du rapport d'obligation («*Schuldverhältnis*»; *infra* n. 706 ss) et de devoirs spécifiques en résultant.¹²⁵³
- 684 N'oublions pas, d'autre part, que VON JHERING n'envisageait pas encore une application de son institution aux cas dans lesquels aucun contrat n'est conclu. Dans l'optique de VON JHERING, la *culpa in contrahendo* entre en considération lorsqu'un **contrat est conclu**, bien que celui-ci s'avère vicié ou nul. Or, malgré qu'aucune obligation primaire d'exécution ne puisse en découler, une obligation secondaire de réparer le préjudice peut y survivre (*supra* n. 666).¹²⁵⁴
- 685 Vu que l'action aquilienne interdisait la réparation de préjudices purement économiques et que l'action pour dol nécessitait une intention trompeuse, l'action contractuelle devait apparaître à VON JHERING comme le **moyen le plus cohérent**.
- 686 Son choix ne devrait pas nous laisser penser qu'il attribue nécessairement une nature véritablement contractuelle à la *culpa in contrahendo*. Bien que VON JHERING rejette l'idée d'une catégorie intermédiaire entre le contrat et le délit,¹²⁵⁵ il nous invite néanmoins à **réfléchir à une nature propre**, ni purement contractuelle, ni proprement aquilienne de la responsabilité précontractuelle.¹²⁵⁶
- 687 Nous en voulons pour preuve l'autre innovation majeure de VON JHERING. Elle réside dans la définition de l'étendue des dommages-intérêts par le concept de l'**intérêt négatif** au contrat. Ce dernier marquera la science juridique d'une empreinte indélébile.

¹²⁵² Cf. VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 25.

¹²⁵³ IMMENHAUSER, p. 309 et 312, y voit l'amarce d'une responsabilité légale.

¹²⁵⁴ VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 3; en accord avec RICHELMANN, p. 129 s.

¹²⁵⁵ VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 23; WINIGER, *Conclusions*, p. 195.

¹²⁵⁶ Cf. VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 26.

688 Si le concept de l'intérêt négatif est adopté par les juristes pandectistes, pour le reste, la théorie de VON JHERING disparaîtra des codifications de la fin du XIX^e siècle. L'aCO suit le modèle français d'une **clause générale de responsabilité extracontractuelle** (*infra* n. 747 ss).¹²⁵⁷ La responsabilité précontractuelle y est soumise et son régime suit le système délictuel général.¹²⁵⁸ Par ailleurs, le Code de 1881 consacre des cas isolés, mais traditionnels, de responsabilité précontractuelle.¹²⁵⁹ Pour ce qui est des dommages-intérêts, le TF¹²⁶⁰ n'optera pas pour la possibilité laissée par le Message¹²⁶¹ d'allouer à la personne lésée l'intérêt positif au contrat, mais fera largement usage du concept de VON JHERING de l'intérêt négatif.¹²⁶²

D. Conclusions intermédiaires

689 Le regard porté sur les origines de la responsabilité précontractuelle nous a permis de mettre en lumière les diverses approches historiques quant à sa **nature juridique**.

690 Alors que la responsabilité précontractuelle pour cause d'impossibilité initiale de l'objet d'une vente en droit romain reposait vraisemblablement initialement sur le dol, un **glissement progressif vers une nature contractuelle** s'est opéré au fil des textes romains.

691 Cette nature contractuelle ne peut s'expliquer que par une conception qui admet une **validité partielle** du contrat par l'effet guérisseur de la bonne foi de l'acheteur. La nullité de l'obligation primaire, celle de livrer la chose,

¹²⁵⁷ Art. 50 aCO : «Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer».

¹²⁵⁸ FF 1880 I 115, p. 149; KUONEN n. 2006 s.; IMMENHAUSER, p. 375.

¹²⁵⁹ P.ex. art. 33 al. 3 aCO (responsabilité précontractuelle de la partie incapable qui s'est fausement donné pour capable) ; art. 23 aCO (responsabilité précontractuelle de la partie qui se prévaut de son erreur [fautive] pour se soustraire au contrat) ; art. 48 aCO (responsabilité précontractuelle du pseudo-représentant).

¹²⁶⁰ ATF 25 II 848 c. 8; ATF 27 II 199 c. 5; ATF 31 II 400 c. 3; ATF 36 II 193 c. 4.

¹²⁶¹ «C'est au juge qu'il appartiendra par conséquent de décider la question fort subtile de savoir [...] si, en particulier, en cas de «culpa in contrahendo» [...] il ne faut prendre en considération que le dommage résultant de ce qu'il n'y ait pas eu de contrat, ou bien s'il faut aussi tenir compte de l'intérêt qu'avait la partie lésée à ce que le contrat projeté fût suivi de son exécution» (FF 1880 I 115, p. 150).

¹²⁶² RISKE, p. 75.

n'empêche pas la validité de l'obligation secondaire, celle de réparer le préjudice.

- 692 Le glossateur ACCURSE, avec l'ébauche d'une construction plus dogmatique de la pensée juridique, semble être à l'**origine de la distinction** entre obligations primaires et secondaires.
- 693 Il faut attendre l'avènement de l'Humanisme pour que la science juridique soit véritablement érigée en **système**. DONEAU, dans son analyse systématique des sources romaines, postule définitivement que la nullité des obligations primaires n'entraîne pas pour autant l'invalidité des obligations secondaires.
- 694 L'école du droit naturel parvient à prendre plus de recul face aux sources romaines. Génial initiateur de l'idée d'une clause générale de responsabilité délictuelle, GROTIUS revient à un **fondement délictuel** de la responsabilité précontractuelle. Les jusnaturalistes successifs reprennent sa conception et inspirent à leur tour les premières grandes codifications prussienne, autrichienne et française.
- 695 Bien que la «découverte» de la responsabilité précontractuelle, matérialisée dans la théorie de la *culpa in contrahendo* du pandectiste VON JHERING, semble amorcer un **retour vers une conception contractualiste** de la responsabilité précontractuelle, celle-ci ne sera pas reprise par les codifications de la fin du XIX^e siècle. Sa théorie de l'intérêt négatif au contrat marquera pourtant durablement la science juridique de son empreinte.

III. Appréhension par les deux cultures juridiques

A. Introduction

- 696 Tout en soulignant les particularités nationales quant aux **comportements précontractuels** faisant l'objet de sanctions civiles, notre étude vouera une attention particulière à la problématique de la rupture des négociations. Les cultures juridiques européennes de la *Common law* et de la *Civil law* sont notamment confrontées aux questions suivantes: Est-il possible de rompre les négociations en toute liberté et d'une manière discrétionnaire tant qu'un contrat n'a pas été conclu? Le comportement d'une partie qui conduit ou rompt fautivement les négociations est-il à même d'engager une responsabilité? Si oui, sur quelles bases juridiques des manquements peuvent-ils être déterminés et sanctionnés?
- 697 Dans le cadre de cette problématique, on oppose fréquemment la ***Civil law*** (*infra* n. 699 ss) à la ***Common law*** (*infra* n. 849 ss). S'il est vrai que toutes deux opèrent une distinction entre les phases contractuelle et précontractuelle, la *Common law* est souvent apparentée à l'accentuation de cette césure par rapport à la *Civil law*. Avant le contrat, les parties à la négociation auraient une totale liberté de rompre et aucun devoir de bonne foi ne leur serait opposable en droit de la *Common law*. En droit civil continental par contre, un devoir de bonne foi très étendu existerait à charge des parties dont la violation serait sanctionnée par la responsabilité précontractuelle. En particulier, les parties pourraient systématiquement se voir reprocher la rupture des négociations sur cette même base.¹²⁶³
- 698 A travers l'examen des systèmes nationaux représentatifs des cultures juridiques de la ***Civil law romano-germanique*** (*infra* n. 699 ss) et de la ***Common law anglo-américaine*** (*infra* n. 849 ss) nous verrons que cette vue est quelque peu réductrice. Enfin, des **conclusions comparatives** (*infra* n. 884 ss) mettront notamment en évidence l'identité ou la singularité des solutions consacrées par les ordres juridiques examinés, les conséquences qui en résultent, ainsi que les raisons sous-jacentes qui les expliquent.

¹²⁶³ RISKE, p. 76.

B. Civil law *romano-germanique*

1. Introduction

699 La famille juridique romano-germanique est une expression importante du droit civiliste continental («*Civil law*»)¹²⁶⁴. Afin de donner un aperçu fidèle des différentes solutions dégagées au sein d'une famille, il est judicieux de choisir les ordres juridiques à l'origine de cette dernière («*parent systems*»)¹²⁶⁵. Ainsi, dans le cadre d'une comparaison de la responsabilité précontractuelle, nous consacrerons-nous d'abord au droit **allemand** (*infra* n. 700 ss) comme système-père de la composante germanique de la *Civil law*, puis au droit **français** (*infra* n. 743 ss) en tant que père du courant romaniste des ordres juridiques civilistes.

2. Allemagne

a) Introduction

700 Après un exposé des **fondements** de la responsabilité précontractuelle en droit allemand (*infra* n. 701 ss), notre regard se portera en particulier sur les **devoirs précontractuels** (*infra* n. 714 ss), les **hypothèses génératrices de devoirs précontractuels** (*infra* n. 721 ss), les **effets obligationnels envers les tiers** (*infra* n. 732 ss) et la **nature** de l'institution (*infra* n. 739 ss). Une **synthèse** (*infra* n. 742) viendra clore l'examen du droit allemand.

b) Fondements

i. Bonne foi (§ 242 BGB)

701 En Allemagne, le principe de la bonne foi a révolutionné le droit des obligations au point de devenir un **trait caractéristique** de son ordre juridique. L'Allemagne est le pays où le principe de la bonne foi a vécu sa plus importante percée.¹²⁶⁶

702 Le § 242 BGB prévoit que le **débiteur doit s'exécuter en tenant compte de la bonne foi eu égard des usages dans les relations d'affaires**. C'est une des dispositions du Livre 2 du BGB relatif au droit des rapports d'obligations

¹²⁶⁴ DAVID/JAUFFRET-SPINOZI, p. 16 ss.

¹²⁶⁵ MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, n. 209 ss.

¹²⁶⁶ WICKER/SAUTONIE-LAGUIONIE/BUJOLI, p. 520; RISKE, p. 79.

(«*Recht der Schuldverhältnisse*»; §§ 241 à 853 BGB). Au sein du Livre 2, il est inscrit sous le Titre 1 consacré à l'engagement à prester («*Verpflichtung zur Leistung*»; §§ 241 à 292 BGB) de la Section 1 sur le contenu des rapports d'obligations («*Inhalt der Schuldverhältnisse*»; §§ 241 à 304 BGB).

§ 242 BGB *Leistung nach Treu und Glauben*:

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistungen so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

§ 242 BGB Prestation selon la bonne foi:

Le débiteur est tenu d'effectuer les prestations comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages du commerce.¹²⁶⁷

- 703 La disposition impose au débiteur («*Schuldner*») de faire preuve de **loyauté** («*Treue*»)¹²⁶⁸ dans l'exécution de ses prestations («*Leistungen*»), de respecter la **confiance** («*Glauben*»)¹²⁶⁹ qui a été placée en lui et de tenir compte des intérêts légitimes du créancier («*Gläubiger*»), conformément, le cas échéant,¹²⁷⁰ aux usages du commerce («*Verkehrssitte*»)¹²⁷¹. Il est reconnu que le § 242 BGB s'adresse également au créancier qui doit en retour faire valoir sa créance en portant attention aux intérêts légitimes du débiteur.¹²⁷²
- 704 Le § 242 BGB a été étendu au-delà d'un simple principe dans l'exécution de bonne foi des prestations. Il est devenu un principe général dans le droit allemand dans la mesure où il a acquis une portée beaucoup plus considérable. Il a été érigé en **clause générale**¹²⁷³ et en **principe supérieur d'équité**

¹²⁶⁷ Traduction libre.

¹²⁶⁸ Cf. STAUDINGER/LOOSCHELDERS/OLZEN, n. 140 ad § 242 BGB.

¹²⁶⁹ Cf. STAUDINGER/LOOSCHELDERS/OLZEN, n. 141 ad § 242 BGB.

¹²⁷⁰ Les usages commerciaux ne jouent qu'un rôle subsidiaire par rapport à la bonne foi et doivent être matériellement compatibles avec ce standard prioritaire (MK-BGB-ROTH/SCHUBERT, n. 13 ad § 242 BGB).

¹²⁷¹ Par «*Verkehrssitte*», il faut comprendre un usage considéré comme effectivement et socialement contraignant dans la branche d'activité concernée (NK-BGB-KREBS, n. 14 ad § 242 BGB).

¹²⁷² BGH, *Urt. v.* 29.09.1977 – III ZR 167/75, NJW 1997 2358, p. 2359; NK-BGB-KREBS, n. 5 ad § 242 BGB; STAUDINGER/LOOSCHELDERS/OLZEN, n. 125 ad § 242 BGB.

¹²⁷³ Extensivement, STAUDINGER/LOOSCHELDERS/OLZEN, n. 105 ss ad § 242 BGB.

juridique.¹²⁷⁴ A ce titre, il vise à assurer le respect de la justice et de l'équité non seulement dans le domaine des obligations,¹²⁷⁵ mais aussi dans toute la vie juridique, partout où s'établissent des rapports de droit.¹²⁷⁶ Ainsi trouve-t-il application également dans les droits réels, le droit de la famille, le droit des successions, le droit du travail, le droit des sociétés, le droit des assurances, le droit de la concurrence, le droit de la procédure, le droit pénal et le droit public en général.¹²⁷⁷

- 705 Le principe de la bonne foi s'applique également à la **phase précontractuelle**.¹²⁷⁸ A partir de la théorie de la *culpa in contrahendo* développée par VON JHERING (*supra* n. 676 ss),¹²⁷⁹ le principe de la bonne foi au stade des négociations a été affiné par la doctrine au XX^e siècle.¹²⁸⁰

ii. Rapport d'obligation (§ 241 al. 1 BGB)

- 706 Le rapport d'obligation («*Schuldverhältnis*») est le **rapport juridique** en vertu duquel une partie est en droit d'exiger une prestation de l'autre.¹²⁸¹
- 707 Le rapport d'obligation est **fonctionnellement significatif à trois niveaux**:
- (i) En indiquant au débiteur ce qu'il doit faire pour satisfaire aux droits du créancier, il est générateur de devoirs de comportement (*infra* n. 721 ss).¹²⁸²

¹²⁷⁴ Ses racines historiques remontent à la *bona fides* et l'*aequitas* du droit romain (cf. MK-BGB-ROTH/SCHUBERT, n. 17 ad § 242 BGB; NK-BGB-KREBS, n. 34 ad § 242 BGB).

¹²⁷⁵ KESSLER/FINE, p. 404.

¹²⁷⁶ RISKE, p. 80.

¹²⁷⁷ NK-BGB-KREBS, n. 18 ad § 242 BGB; MK-BGB-ROTH/SCHUBERT, n. 2 ad § 242 BGB.

¹²⁷⁸ Cf. NK-BGB-KREBS, n. 20 ad § 242 BGB; CANARIS, p. 534; CANARIS, JZ 1965, p. 478.

¹²⁷⁹ Cf. VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 1 ss.

¹²⁸⁰ VON THUR admet l'existence d'un rapport juridique particulier entre les parties aux négociations qui confère à la responsabilité précontractuelle un caractère quasi-contractuel, alors que LEONHARD défend la thèse d'une nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle.

¹²⁸¹ § 241 al. 1 BGB: «*Pflichten aus dem Schuldverhältnis: (1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen*».

¹²⁸² MK-BGB-ERNST, n. 9 ad Einl.

(ii) Le rapport d'obligation, après sa concrétisation en titre susceptible d'exécution, devient la base pour une exécution forcée, qui est parfois considérée comme la «responsabilité» pour ce qui est dû.¹²⁸³

(iii) Dans la mesure où le créancier a obtenu la prestation due et que le débiteur est libéré de son obligation de prêter, le rapport d'obligation est le fondement juridique justifiant le droit de conserver la prestation obtenue (*causa*).¹²⁸⁴

708 La théorie générale des obligations reconnaît **trois sources traditionnelles** au rapport d'obligation, à savoir:

(i) le contrat («*Vertrag*»; §§ 311 à 359 BGB), dont la conclusion obéit aux règles établies dans la partie générale du BGB (§§ 145 à 157 BGB);

(ii) l'enrichissement illégitime («*ungerechtfertigte Bereicherung*»; §§ 812 à 822 BGB); et

(iii) l'acte illicite («*unerlaubte Handlung*»; §§ 823 à 853 BGB).¹²⁸⁵

709 Dans la décision topique du «*Linoleumrollenfall*»,¹²⁸⁶ le *Reichsgericht* a étendu le champ d'application de la responsabilité précontractuelle à des préjudices qui ne présentent pas une nature purement économique. Le tribunal alloua des dommages-intérêts à la cliente d'un magasin qui fut blessée suite à la chute de rouleaux de linoleum causée par la négligence d'un employé. Le tribunal relève que l'accident a eu lieu dans le contexte d'une relation contractuelle envisagée. Une constatation de fait qui pousse le tribunal à admettre l'existence entre les parties d'un **rapport juridique particulier de nature analogue à une relation contractuelle** («*rechtliche Sonderverbindung mit vertragsähnlichem Charakter*») fondant des devoirs juridiques, dont celui d'user de la diligence requise pour éviter un préjudice à la santé et à la propriété de l'autre.

710 Ainsi est-il reconnu que la **relation précontractuelle** s'inscrit dans le cadre plus large du rapport d'obligation.

¹²⁸³ *Ibid.*

¹²⁸⁴ *Ibid.*

¹²⁸⁵ MK-BGB-ERNST, n. 2 ad Einl.

¹²⁸⁶ «*Linoleumrollenfall*», RG, *Urt. v.* 07.12.1911, RGZ 78, p. 239, consultable sur Internet à la p. <<http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/rgz78.htm>> (visité le 26.06.2015).

iii. *Culpa in contrahendo* (§§ 241 al. 2, 311 al. 2 et 3 BGB)

(a) *Historique*

- 711 La responsabilité pour les comportements contraires à la bonne foi au stade précontractuel a connu un développement si important après l'entrée en vigueur du BGB qu'elle est devenue elle-même une **institution centrale** du droit civil allemand.¹²⁸⁷ C'est notamment la raison pour laquelle le législateur a jugé utile de la consacrer dans le BGB à l'occasion d'une réforme du droit des obligations en 2002.¹²⁸⁸ Ce que les pères du BGB ne consacrèrent que ponctuellement – en admettant un droit à la restitution des frais engagés au profit du cocontractant victime d'un vice affectant le contrat (§§ 122,¹²⁸⁹ 179¹²⁹⁰ BGB; § 307 aBGB¹²⁹¹) – est à la base de la généralisation ultérieure du principe de la *culpa in contrahendo*. Ce faisant, la doctrine allemande moderne a reproduit le schéma de l'extension téléologique utilisé par VON JHERING, qui s'était appuyé sur certaines dispositions de l'ALR pour formuler sa théorie en 1861 (*supra* n. 524).¹²⁹²
- 712 140 ans après la contribution de VON JHERING, soit le 1^{er} janvier 2002, est entrée en vigueur la Loi modernisant le droit des obligations.¹²⁹³ Elle a codifié l'institution jusque-là prétorienne de la *culpa in contrahendo* dans le § 311 al. 2 et 3 BGB. Ces dispositions se sont vues accompagnées d'un nouveau § 241 al. 2 BGB pour clarifier qu'un rapport d'obligation est à même de naître sans qu'**aucune obligation primaire de prester** n'existe entre les parties impliquées dans la négociation ou le contexte préparatoire à la conclusion d'un contrat («*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*»; *supra* n. 462).¹²⁹⁴

¹²⁸⁷ KESSLER/FINE, p. 404.

¹²⁸⁸ BT-Drs. 14/6040, p. 162; KAKATSAKIS, p. 17 s.

¹²⁸⁹ Consentement nul selon le § 118 BGB (consentement non sérieux) ou vicié selon les §§ 119 (consentement erroné) et 120 (erreur dans la transmission du consentement) BGB.

¹²⁹⁰ Responsabilité du représentant sans pouvoirs.

¹²⁹¹ Confiance déçue dans la possibilité initiale du contrat.

¹²⁹² Cf. RIEBLE, p. 137.

¹²⁹³ La réforme du droit des obligations a été combinée avec l'obligation de transposer trois directives européennes jusqu'à fin 2001. Il s'agit des directives 1999/44/CE «vente de biens de consommation», 2000/31/CE «commerce électronique» et 2000/35/CE «retard de paiement» (BT-Drs. 14/6040, p. 1).

¹²⁹⁴ HÜTTE/HÜTTE, n. 602; NK-BGB-KREBS, n. 24 ad § 241 BGB.

(b) *Bases légales (§§ 241 al. 2, 311 al. 2 et 3 BGB)*

- 713 Les §§ 241 al. 2, 311 al. 2 et 3 BGB du livre 2 relatif au droit des rapports d'obligation (§§ 241 à 853 BGB) ont la **teneur** suivante:

§ 241 Abs. 2:

Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

§ 241 al. 2:

Le rapport d'obligation peut, selon son contenu, tenir chaque partie à faire montre d'égards envers les droits, les biens juridiques et les intérêts de l'autre.¹²⁹⁵

§ 311 Abs. 2:

Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch:

- 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,*
- 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder*
- 3. ähnliche geschäftliche Kontakte.*

§ 311 al. 2:

Un rapport d'obligation générateur de devoirs selon le § 241 al. 2 naît également:

1. de l'entame de négociations,
2. du fait que la conclusion d'un contrat se dessine, où une partie, en vue d'une éventuelle relation juridique, accorde à

¹²⁹⁵ Traduction libre.

l'autre la possibilité d'influer sur ses droits, ses biens juridiques et ses intérêts ou les lui confie, ou

3. de contacts commerciaux similaires.¹²⁹⁶

§ 311 Abs. 3:

Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

§ 311 al. 3:

Un rapport d'obligation générateur de devoirs selon le § 241 al. 2 peut également naître à l'égard de personnes qui n'ont pas vocation à devenir elles-mêmes parties au contrat. Un tel rapport d'obligation résulte en particulier de ce que le tiers suscite une confiance particulière en sa personne et influence à ce titre considérablement les négociations ou la conclusion du contrat.¹²⁹⁷

c) *Devoirs précontractuels (§ 241 al. 2 BGB)*

i. Présentation

- 714 Le § 241 al. 2 BGB est le fondement légal des devoirs du débiteur de **faire montre d'égards** envers les intérêts dignes de protection du créancier.¹²⁹⁸ Ces devoirs n'existent pas seulement dans le cadre contractuel («*vertragliches Schuldverhältnis*»; § 311 al. 1 BGB),¹²⁹⁹ ils sont déjà applicables aux parties au

¹²⁹⁶ Traduction libre.

¹²⁹⁷ Traduction libre.

¹²⁹⁸ MK-BGB-ROTH/BACHMANN, n. 48 ad § 241 BGB.

¹²⁹⁹ § 311 Abs. 1 BGB: «*Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse: (1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt*».

rapport d'obligation précontractuel («*vorvertragliches Schuldverhältnis*»; § 311 al. 2 et 3 BGB). Leur violation est sanctionnée notamment par une prétention en réparation des dommages causés (§ 280 al. 1 BGB¹³⁰⁰ en relation avec les §§ 311 al. 2 et 3 BGB et 241 al. 2 BGB; *infra* n. 721).¹³⁰¹

- 715 Le législateur n'évoque que le devoir générique de faire preuve de «*Rücksicht*» (§ 241 al. 2 BGB). Cependant, la norme vise bien toute la **palette des devoirs précontractuels** («*Sorgfalts-, Schutz- und Rücksichtspflichten*»; *supra* n. 464) déjà élaborée par la jurisprudence¹³⁰² avant l'entrée en vigueur de la Loi de modernisation de 2002¹³⁰³ sur la base du § 242 BGB (*supra* n. 701 ss).¹³⁰⁴ Le contenu et l'étendue des devoirs précontractuels dépendent du but du rapport d'obligation, des usages commerciaux et des exigences du comportement commercial loyal.¹³⁰⁵ Ce dernier dicte en particulier que la personne qui suscite une confiance légitime dans le chef de l'autre quant à la conclusion du contrat envisagé ne peut rompre les négociations sans raison valable, sous peine d'être tenu à la réparation du dommage causé («*Vertrauenshaftung*»; *supra* n. 518).¹³⁰⁶
- 716 Aux yeux du juriste étranger, une catégorisation de ces différents devoirs en **deux genres** s'impose eu égard à la typicité du droit allemand en matière de responsabilité précontractuelle: le premier se compose des devoirs classiques découlant du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle (*infra* n. 717) et le deuxième des devoirs de protection spéciaux (*infra* n. 718 ss).¹³⁰⁷

¹³⁰⁰ § 280 al. 1 BGB: «*Schadensersatz wegen Pflichtverletzung: (1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat*».

¹³⁰¹ MK-BGB-ROTH/BACHMANN, n. 49 ad § 241 BGB; RIEBLE, p. 137.

¹³⁰² L'élargissement du catalogue des devoirs de comportement par les tribunaux est devenu l'outil créatif principal de la jurisprudence pour résoudre les problèmes de responsabilité, non seulement dans le domaine contractuel, mais également dans celui des relations juridiques particulières extracontractuelles (IMMENHAUSER, p. 267.)

¹³⁰³ Le catalogue des devoirs précontractuels élaboré par la jurisprudence avant 2002 demeure pleinement valable (cf. BT-Drs. 14/6040, p. 163; RIEBLE, p. 145; HÜTTE/HÜTTE, n. 625).

¹³⁰⁴ Avant l'introduction du § 241 al. 2 BGB, ces devoirs étaient directement tirés du principe de la bonne foi (§ 242 BGB).

¹³⁰⁵ BGH, *Urt.* v. 14.03.2013 – III ZR 296/11, p. 12; BGH, *Urt.* v. 30.09.2009 – VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135, p. 1135.

¹³⁰⁶ BGH, *Urt.* v. 22.02.1989 – VIII ZR 4/88, JZ 1991, 199, p. 202; BGH, *Urt.* v. 18.10.1974 – V ZR 17/73, NJW 1975, 43, p. 44; pour une vue critique, cf. RIEBLE, p. 139 s. et 150 s.

¹³⁰⁷ Dans ce sens ég. DE CONINCK, p. 55 ss.

ii. Devoirs découlant du principe de la bonne foi

- 717 Nous ne reviendrons pas sur la catégorie des devoirs typiquement issus du devoir fondamental de bonne foi (*supra* n. 463 s.) puisqu'il s'agit là des devoirs précontractuels que nous avons déjà exposés, comme le devoir de confidentialité (*supra* n. 607 ss)¹³⁰⁸ ou le devoir d'information général (*supra* n. 592 ss).¹³⁰⁹

iii. Devoirs de protection spéciaux

- 718 La particularité du droit allemand de la responsabilité précontractuelle est qu'il impose des devoirs de protection spéciaux («*Verkehrssicherungspflichten*»; *supra* n. 600 ss). Ils sont «spéciaux» dans le sens où ils prescrivent un comportement propre à préserver autrui des atteintes possibles à ses **droits absolus**.¹³¹⁰ Les devoirs de protection spéciaux visent à ce que le comportement d'une partie dans la phase précontractuelle ne compromette pas le droit à la vie, à la santé, à la liberté et à la propriété d'une autre (*supra* n. 601). Ainsi, une partie qui ouvre son établissement au public et au commerce doit s'assurer que ses locaux sont libres de tous dangers et risques d'atteintes aux biens juridiques de l'autre (§ 311 al. 2 ch. 2, première alternative BGB).¹³¹¹
- 719 Les devoirs de protection spéciaux s'étendent également aux cas où une des parties à la négociation a **confié sa propriété** à l'autre avant même la conclusion d'un contrat (§ 311 al. 2 ch. 2, deuxième alternative BGB). La propriété du partenaire à la négociation doit être conservée avec soin et à l'abri de dommages éventuels. Ainsi, si le vendeur de voitures donne à essayer une automobile au client potentiel et que celui-ci l'accidente par sa faute, il pourra être tenu à la réparation du dommage causé sur la base d'une violation du devoir de protection précontractuel («*Obhutspflicht*»)¹³¹².
- 720 Dans le droit français notamment, les hypothèses visées seraient couvertes par les règles de la **responsabilité délictuelle** (*infra* n. 747 ss). D'aucuns argumentent que les devoirs de protection spéciaux furent développées en Allemagne pour remédier aux supposées faiblesses du droit allemand de la responsabilité délictuelle, notamment en cas d'atteintes à l'intégrité physique de

¹³⁰⁸ Cf. STOLL, p. 453.

¹³⁰⁹ Extensivement, cf. MK-BGB-EMMERICH, n. 68 ss ad § 311 BGB.

¹³¹⁰ KAKATSAKIS, p. 64 s.

¹³¹¹ BGH, *Urt. v.* 28.01.1976 – VIII ZR 246/74, BGHZ 66, 51, p. 51 ss («*Gemüseblattfall*»); RGZ 28, p. 239 («*Linoleumrollenfall*»).

¹³¹² HÜTTE/HÜTTE, n. 626; KAKATSAKIS, p. 65.

clients, blessés suite aux négligences de préposés aux magasins.¹³¹³ Il n'en demeure pas moins vrai que ces devoirs précontractuels spéciaux ont une parenté avec les devoirs de protection sanctionnés par la responsabilité délictuelle allemande. La doctrine¹³¹⁴ admet d'ailleurs le concours entre ces deux types de responsabilité (*infra* n. 737).

d) *Hypothèses génératrices de devoirs précontractuels (§ 311 al. 2 BGB)*

i. **Introduction**

- 721 Seul le principe de la *culpa in contrahendo* a été codifié dans le § 311 al. 2 BGB. La disposition est une **clause générale**. Elle n'est pas susceptible de subsumption.¹³¹⁵ Le § 311 al. 2 BGB ne donne aucune indication quant au contenu et à l'étendue des devoirs précontractuels à respecter, ni même aux sanctions encourues suite à une *culpa in contrahendo*. Par exemple, la question des circonstances dans lesquelles la rupture des négociations ou la conclusion d'un contrat au contenu défavorable peut conduire à une responsabilité n'est pas mentionnée dans la disposition. Par contre, il ressort du renvoi au § 241 al. 2 BGB que les devoirs de comportement qu'il consacre doivent être respectés en vertu du rapport d'obligation entre les parties impliquées dans la phase précontractuelle. A son tour, la violation des devoirs de comportement selon le § 241 al. 2 BGB est un des fondements pour la réparation du préjudice causé selon la règle générale du § 280 BGB («*Schadenersatz wegen Pflichtverletzung*»).¹³¹⁶ Malgré qu'elle se veuille didactique, la codification de la *culpa in contrahendo* dans le BGB, par son degré de technicité, s'inscrit dans la grande tradition pandectiste du Code scientifique (*supra* n. 122 ss).
- 722 Le § 311 al. 2 BGB consacre **trois hypothèses** génératrices de devoirs précontractuels:

- (i) le fait d'entamer des négociations (§ 311 al. 2 ch. 1 BGB; *infra* n. 723 ss);
- (ii) le contexte préparatoire à la conclusion d'un contrat (§ 311 al. 2 ch. 2 BGB; *infra* n. 726 s.); et

¹³¹³ AnwKomm-BGB-KREBS, n. 25 ad § 311 BGB; KAKATSAKIS, p. 65.

¹³¹⁴ MEDICUS/LORENZ, n. 104; MEDICUS, *Culpa*, p. 210 s.; KAKATSAKIS, p. 65.

¹³¹⁵ RIEBLE, p. 137.

¹³¹⁶ BT-Drs. 14/6040, p. 162.

(iii) les contacts commerciaux similaires (§ 311 al. 2 ch. 3 BGB; *infra* n. 728 ss).

ii. Entame de négociations (§ 311 al. 2 ch. 1 BGB)

- 723 L'entame de négociations est l'hypothèse **classique** dans le cadre de laquelle des devoirs précontractuels sont imposés aux parties (*supra* n. 529).¹³¹⁷ En effet, les contacts commerciaux génèrent un rapport d'obligation (*supra* n. 706 ss) avec des devoirs selon le § 241 al. 2 BGB (*supra* n. 714 ss) au plus tard au moment où les parties entament des négociations.
- 724 Il s'agit d'un **cas particulier** de contexte préparatoire à la conclusion d'un contrat où une partie accorde à l'autre la possibilité d'influer sur ses intérêts juridiquement protégés (§ 311 al. 2 ch. 2 BGB; *infra* n. 726 s.).
- 725 L'entame des négociations est un processus factuel ne nécessitant pas encore la présence de manifestations de volonté définitives.¹³¹⁸ Il faut toutefois que les parties soient déjà plongées dans des **discussions** en vue de la conclusion d'un contrat futur. En revanche, de simples mesures unilatérales, tel que l'envoi publicitaire de prospectus («*Prospekthaftung*»), sont insuffisantes pour tomber sous le champ d'application du § 311 al. 2 ch. 1 BGB.¹³¹⁹ De telles mesures unilatérales en vue de la conclusion d'un contrat sont appréhendées par le § 311 al. 2 ch. 2 ou 3 BGB dans la mesure où elles font partie du contexte préparatoire à la conclusion d'un contrat (*infra* n. 726 s.), ou, du moins, sont l'expression de contacts commerciaux similaires (*infra* n. 728 ss).¹³²⁰ Tel est également le cas de l'échange d'informations préalables visant à établir si des intérêts communs existent qui justifieraient éventuellement d'engager des négociations.¹³²¹

iii. Contexte préparatoire à la conclusion (§ 311 al. 2 ch. 2 BGB)

- 726 Les parties sont tenues de devoirs précontractuels selon le § 241 al. 2 BGB du fait que la conclusion d'un contrat se dessine, dans la mesure où une partie au

¹³¹⁷ Cf. KAKATSAKIS, p. 31.

¹³¹⁸ AnwKomm-BGB-KREBS, n. 18 ad § 311 BGB; MK-BGB-EMMERICH, n. 46 ad § 311 BGB.

¹³¹⁹ MK-BGB-EMMERICH, n. 46 ad § 311 BGB; *contra*: HÜTTE/HÜTTE, n. 606.

¹³²⁰ MÜLLERS, n. 20 ad § 311 BGB; *nuancé*: STAUDINGER/LÖWISCH/FELDMANN, n. 106 ad § 311 BGB qui demandent que la prise de contact soit consensuelle.

¹³²¹ NK-BGB-KREBS, n. 40 ad § 311 BGB; MK-BGB-EMMERICH, n. 46 ad § 311 BGB; BEAUCAMB, NJW 2003, p. 3096.

moins accorde à l'autre la possibilité d'influer sur ses droits, ses biens juridiques et ses intérêts ou les lui confie (§ 311 al. 2 ch. 2 BGB). Des négociations ne sont pas nécessaires,¹³²² de simples mesures unilatérales suffisent (*supra* n. 725).¹³²³ Ainsi comprise, la disposition englobe le § 311 al. 2 ch. 1 BGB.¹³²⁴ Elle est l'**hypothèse de base** génératrice de devoirs précontractuels («Grundtatbestand»).1325

- 727 En principe, **elle doit être interprétée de manière large** et la condition supplémentaire d'accorder à l'autre la possibilité d'influer sur ses intérêts ne doit pas être soumise à des exigences trop strictes.¹³²⁶ De simples informations sur des offres sans engagement suffisent typiquement pour satisfaire à cette condition lorsqu'elles sont fournies à un client se rendant dans un lieu destiné aux transactions commerciales – tel qu'un restaurant, une place de marché,¹³²⁷ un magasin,¹³²⁸ un bureau¹³²⁹ ou même un lieu virtuel tel un site Internet.¹³³⁰

iv. Contacts commerciaux similaires (§ 311 al. 2 ch. 3 BGB)

- 728 Enfin, le § 311 al. 2 ch. 3 BGB prévoit qu'un rapport d'obligation (*supra* n. 706 ss) avec des devoirs selon le § 241 al. 2 BGB (*supra* n. 714 ss) naît de «contacts commerciaux similaires» («*ähnliche geschäftliche Kontakte*»). Il s'agit d'une **hypothèse subsidiaire** («*Auffangtatbestand*») pour les cas qui ne tomberaient pas sous l'empire du § 311 al. 2 ch. 1 ou 2 BGB.¹³³¹
- 729 La doctrine, parfois très critique,¹³³² demeure en mal d'expliquer le **champ d'application** propre à cette hypothèse. La lecture des travaux préparatoires

¹³²² MUTERS, n. 18 ad § 311 BGB.

¹³²³ MK-BGB-EMMERICH, n. 46 ad § 311 BGB.

¹³²⁴ AnwKomm-BGB-KREBS, n. 19 ad § 311 BGB.

¹³²⁵ MK-BGB-EMMERICH, n. 46 ad § 311 BGB; *contra*: KAKATSAKIS, p. 31.

¹³²⁶ MK-BGB-EMMERICH, n. 46 ad § 311 BGB; AnwKomm-BGB-KREBS, n. 19 ad § 311 BGB.

¹³²⁷ STAUDINGER/LÖWISCH/FELDMANN, n. 107 ad § 311 BGB.

¹³²⁸ Cf. not. BGH, *Urt. v.* 28.01.1976 – VIII ZR 246/74, BGHZ 66, 51, p. 51 ss («Gemüseblattfall»); *Urt. v.* 26.10.1962 – BGH VI ZR 92/61, NJW 1962, 31, p. 32; RGZ 28, p. 239 («Linoleumrollenfall»).

¹³²⁹ BGH, *Urt. v.* 14.03.2013 – III ZR 296/11, p. 11.

¹³³⁰ RIEBLE, p. 141.

¹³³¹ MUTHERS, n. 20 ad § 311 BGB.

¹³³² «Wenn mit Canaris Studenten und Ausländer von der Kodifikation profitieren sollen, dann hätte eine derartige Irreführung unterbleiben müssen. Denn diese Generalklausel

nous apprend que sa *ratio legis* est de couvrir tous les contacts pour lesquels la conclusion d'un contrat ne se dessine pas encore, mais qui sont amenés à le préparer.¹³³³ Toutefois, il semble abscons d'admettre une phase préparatoire au contexte préparatoire à un contrat.¹³³⁴ A notre sens, une telle phase doit être assimilée au contexte préparatoire au sens du § 311 al. 2 ch. 2 BGB.¹³³⁵

- 730 La situation la plus souvent invoquée pour une **application spécifique** du § 311 al. 2 ch. 3 BGB est le rapport de complaisance analogue à un acte juridique sans obligation primaire de prester («*Gefälligkeitsverhältnis mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter ohne primäre Leistungspflicht*»)¹³³⁶ dont une illustration serait le renseignement bancaire,¹³³⁷ notamment sous forme de prospectus.¹³³⁸ Il s'agit d'informations données à titre professionnel qui ont une importance économique déterminante pour le bénéficiaire,¹³³⁹ sans pour autant que ce dernier ne soit le client du premier.¹³⁴⁰
- 731 L'**utilité** du § 311 al. 2 ch. 3 BGB réside avant tout dans sa délimitation négative, à savoir les cas dans lesquels un rapport d'obligation n'est *pas* généré. La disposition proscriit l'élargissement de la *culpa in contrahendo* aux rapports sociaux purement factuels.¹³⁴¹ Il faut que le contact entre les parties vise, au moins potentiellement, l'établissement d'une relation contractuelle¹³⁴² ou s'effectue dans le cadre d'un autre acte juridique, tel qu'une promesse publique de récompense («*Auslobung*»; § 657 BGB).¹³⁴³

ist nicht nur nicht konturenscharf. Niemand weiss, wozu sie eigentlich gut ist» (RIEBLE, p. 141).

¹³³³ BT-Drs. 14/6040, p. 163.

¹³³⁴ RIEBLE, p. 141.

¹³³⁵ MK-BGB-EMMERICH, n. 49 ad § 311 BGB.

¹³³⁶ CANARIS, JZ 2001, p. 520; *nuancé*: STAUDINGER/LÖWISCH/FELDMANN, n. 107 ad § 311 BGB.

¹³³⁷ Cf. not. BGH, *Urt. v.* 20.02.1990 – XI ZR 47/89, BGHZ 110, 263, p. 266; BGH, *Urt. v.* 25.06.1973 – II ZR 26/72, NJW 1973, 1923, p. 1924; MK-BGB-EMMERICH, n. 49 ad § 311 BGB.

¹³³⁸ MUTERS, n. 20 ad § 311 BGB.

¹³³⁹ BGH, *Urt. v.* 13.02.1992 – III ZR 28/90, NJW 1992, 2081, p. 2082.

¹³⁴⁰ KAKATSAKIS, p. 47.

¹³⁴¹ CANARIS, JZ 2001, p. 520; RIEBLE, p. 30.

¹³⁴² Cf. BT-Drs. 14/6040, p. 163.

¹³⁴³ STAUDINGER/LÖWISCH/FELDMANN, n. 106 ad § 311 BGB.

e) *Effets obligationnels envers les tiers (§ 311 al. 3 BGB)*

i. **Présentation**

- 732 Le § 311 al. 3 BGB prévoit qu'un rapport d'obligation est à même de naître également à l'égard de personnes qui n'ont **pas vocation à devenir elles-mêmes des parties** au contrat (§ 311 al. 3, première phrase BGB).¹³⁴⁴ Le cas de figure compte parmi les hypothèses classiques de la *culpa in contrahendo* allemande.¹³⁴⁵
- 733 L'extension aux tiers de la sphère de protection de la *culpa in contrahendo* adresse d'un côté la problématique de la responsabilité du **tiers intervenant dans la relation** entre les cocontractants prospectifs («*Sachwalterhaftung*»; *infra* n. 734 ss) et de l'autre le rapport d'obligation précontractuel avec **effet protecteur pour les tiers** («*vorvertragliches Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte*»; *infra* n. 738).

ii. ***Sachwalterhaftung***

- 734 Il n'est pas rare que d'autres personnes que les cocontractants prospectifs participent au processus menant à la conclusion d'un contrat. De telles personnes, lorsqu'elles agissent en tant qu'**experts, courtiers, conseillers, représentants légaux ou autorisés et autres auxiliaires**, peuvent être soumises à responsabilité pour le dommage qu'elles causent («*Sachwalterhaftung*»; §§ 311 al. 3 et 241 al. 2 BGB en relation avec § 280 BGB).¹³⁴⁶
- 735 Bien que significative, l'hypothèse de la responsabilité fondée sur la confiance particulière suscitée par le tiers («*Vertrauenshaftung*») n'est mentionnée qu'à titre **exemplatif** par la deuxième phrase du § 311 al. 3 BGB.¹³⁴⁷ La disposition laisse une place à d'autres critères que la confiance particulière, comme le

¹³⁴⁴ Cf. BT-Drs. 14/6040, p. 163.

¹³⁴⁵ Cf. not. BGH, *Urt. v.* 12.01.2011 – VIII ZR 346/09, p. 8; BGH, *Urt. v.* 05.04.1971 – VII ZR 163/69, BGHZ 56, 81, p. 81 ss; SCHNEIDER, p. 42; MUTHERS, n. 21 ad § 311 BGB; WICK, note de bas de page 31.

¹³⁴⁶ Cf. not. MEDICUS/LORENZ, n. 110.

¹³⁴⁷ BT-Drs. 14/6040, p. 163; CANARIS, JZ 2001, p. 520; NK-BGB-KREBS, n. 113 ad § 311 BGB.

laissent entendre les mots «[...] *ensteht insbesondere* [...]» (§ 311 al. 3, deuxième phrase BGB; mise en évidence ajoutée).¹³⁴⁸

- 736 L'admission d'une responsabilité **propre** de l'auxiliaire est d'importance lorsque un créancier entend obtenir réparation non pas de son futur cocontractant mais de la personne qui a par exemple mené les négociations pour le cocontractant prospectif.
- 737 L'exemple suivant illustre les implications des **relations triangulaires** entre les parties: A aimerait contracter avec B. Dans le cadre des négociations, B fait intervenir l'expert C. C cause un dommage à A en violant un devoir précontractuel. La problématique ne soulèverait pas de difficulté si B avait violé un tel devoir, A aurait une action contre B en vertu des §§ 280 al. 1, 241 al. 2 et 311 al. 2 ch. 1 BGB. S'agissant d'une violation d'un devoir par C, B en répond envers A sur la base de la responsabilité du débiteur du fait d'autrui selon § 278 BGB. La question à laquelle répond la *Sachwalterhaftung* est celle de savoir si A peut agir contre C, par exemple parce que B est insolvable. Une action en responsabilité délictuelle fondée sur le § 823 al. 1 BGB est envisageable en cas d'atteinte aux droits absolus. Si toutefois C, en donnant de fausses informations, a violé un devoir précontractuel causant un dommage purement économique, A ne pourra agir contre C en responsabilité qu'en vertu du rapport d'obligation selon le § 311 al. 3 BGB.¹³⁴⁹

iii. Effet protecteur pour les tiers

- 738 Bien que la deuxième phrase du § 311 al. 3 BGB ne vise que la légitimité passive du tiers impliqué dans la relation entre les cocontractants prospectifs («*Sachwalterhaftung*»; *supra* n. 734 ss), la première phrase de la même disposition laisse ouverte la possibilité d'une **légitimation active** du tiers.¹³⁵⁰ Autrement dit, le § 311 al. 3, première phrase BGB sert de base légale à l'extension à la phase précontractuelle de la théorie du contrat avec effet protecteur pour les tiers («*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*»).¹³⁵¹ Le cas

¹³⁴⁸ Ainsi sont visées également les personnes qui ont un intérêt économique propre à la conclusion du contrat, sans pour autant avoir la volonté de devenir elles-mêmes des parties cocontractantes (cf. WOLF/NEUNER, p. 415).

¹³⁴⁹ HÜTTE/HÜTTE, n. 607.

¹³⁵⁰ Cf. MÜLLERS, n. 22 ad § 311 BGB.

¹³⁵¹ WOLF/NEUNER, p. 415; AnwKomm-BGB-KREBS, n. 52 ad § 311 BGB; CANARIS, JZ 2001, p. 520; MÜLLERS, n. 23 ad § 311 BGB; *contra*: HÜTTE/HÜTTE, N. 613; SCHNEIDER, p. 42 s.

type de l'extension du champ protecteur de la *culpa in contrahendo* aux tiers est celui couvrant les personnes accompagnant le cocontractant potentiel – notamment les enfants qu'il a sous sa garde¹³⁵² – dans un lieu destiné aux transactions commerciales (*supra* n. 727).

f) *Nature*

739 Malgré l'intitulé «*Rechtsgeschäftliche und Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*» du § 311 BGB, la responsabilité découlant de la violation des devoirs générés par le rapport d'obligation précontractuel ne doit pas être comprise comme une responsabilité de nature contractuelle. S'appliquant régulièrement bien qu'aucun contrat ne soit conclu, elle ne peut être qu'une **responsabilité légale**.¹³⁵³ On ne devrait pas non plus incorporer la faute dans la conclusion du contrat dans le droit délictuel, par exemple en considérant que les règles prétorienne relatives aux devoirs précontractuels comme des normes de protection spécifiques au sens du § 823 al. 2 BGB («*Schutzgesetze*»; *infra* n. 892).¹³⁵⁴ Une des justifications importantes pour son existence est la confiance déçue. Cette analyse est due avant tout à CANARIS¹³⁵⁵ qui a contribué à formuler l'hypothèse d'une troisième voie, entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle.¹³⁵⁶ La responsabilité précontractuelle appartient à une catégorie propre.¹³⁵⁷ Autrement dit, il s'agit d'une responsabilité de type *sui generis* consacrée par la loi.

740 Les §§ 280, 241 al. 2 et 311 al. 2 et 3 BGB donnent une assise légale à la théorie du **rapport de protection uniforme** («*einheitliches Schutzverhältnis*») développée par la doctrine allemande.¹³⁵⁸ Cette théorie vise à soumettre à un même régime la violation de l'ensemble des devoirs de comportement qui s'imposent aux parties avant («*vorvertragliche Pflichtverletzung*»), pendant («*positive Pflichtverletzung*») et après l'exécution du contrat («*nachvertragliche*

¹³⁵² Typiquement, BGH, *Urt. v. 28.01.1976* – VIII ZR 246/74, BGHZ 66, 51, p. 51 ss («*Gemüseblattfall*»); WOLF/NEUNER, p. 415.

¹³⁵³ MEDICUS/LORENZ, n. 112; *contra*: RIEBLE, p. 140.

¹³⁵⁴ Cf. CANARIS, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, p. 45.

¹³⁵⁵ Cf. CANARIS, p. 1 ss; CANARIS, JZ 1965, p. 475 ss.

¹³⁵⁶ MEDICUS/LORENZ, n. 112.

¹³⁵⁷ MEDICUS/LORENZ, n. 112; SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, n. 37.

¹³⁵⁸ MK-BGB-KRAMER, n. 63 ss ad Einl. vor §§ 241-432 BGB; WALTER, *Responsabilité fondée sur la confiance* 2009, p. 156; *nuancé*: RIEBLE, p. 140.

Pflichtverletzung»¹³⁵⁹ Le rapport de protection uniforme naît avec l'établissement entre les parties d'un lien particulier qui leur impose des devoirs spécifiques. Ce rapport spécial devient juridique par l'effet de la loi et se caractérise par un contact commercial entre les parties. En vertu du rapport spécial, chacune des parties peut légitimement attendre de l'autre un comportement loyal envers elle («*allgemeine Redlichkeitserwartung*»; *supra* n. 462). Le rapport de protection uniforme prend naissance dès les débuts d'une relation d'affaires et prend fin dès que les parties n'ont plus un tel contact social accru et que leur relation de confiance disparaît.¹³⁶⁰ La fin du rapport de protection ne correspond donc pas forcément à la fin du contrat. Il est indépendant de ce dernier.¹³⁶¹

- 741 Le rapport de protection uniforme fonde l'existence de **devoirs de comportement particuliers** qui découlent de la bonne foi dans les affaires. En effet, le rapport spécial qui unit les parties justifie l'application des règles de la bonne foi. Toutefois, ces devoirs de comportement ont leur source directement dans la loi et naissent donc indépendamment de la volonté des parties.¹³⁶²

g) Synthèse

- 742 En 2002, le législateur allemand a codifié une responsabilité fondée sur le standard de comportement de bonne foi dans les affaires que les parties se doivent en vertu du **lien juridique spécial** qui s'établit dès la première prise de contact en vue de conclure un contrat. De par son fondement légal, ce rapport de protection occupe une position intermédiaire entre le contrat et le délit et se veut un lien dogmatique harmonieux entre les deux.

3. France

a) Introduction

- 743 Eu égard aux nombreux projets de réforme du droit des obligations français, la responsabilité précontractuelle, tant de **lege lata** (*infra* n. 744 ss), comme de **lege ferenda** (*infra* n. 763 ss), sera exposée ci-après. Enfin, nous fournirons au

¹³⁵⁹ Cf. BGH, *Urt. v.* 30.09.2009 – VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135, p. 1137.

¹³⁶⁰ Cf. HÜTTE/HÜTTE, n. 614.

¹³⁶¹ RISKE, p. 82.

¹³⁶² *Ibid.*

lecteur une **synthèse** de nos considérations à l'égard du droit français de la responsabilité précontractuelle (*infra* n. 846 ss).

b) De lege lata

i. Introduction

744 Après une présentation des **principes** (*infra* n. 745 s.) et des **bases légales** (*infra* n. 747 ss) de la responsabilité précontractuelle, nous porterons notre regard sur la notion de **faute précontractuelle** (*infra* n. 751 ss). Enfin, nous exposerons la **nature** (*infra* n. 762) de la responsabilité précontractuelle en droit positif français.

ii. Principes

745 En droit positif français, la **liberté contractuelle** est également érigée en principe. Les parties à la relation précontractuelle sont libres de conclure ou non le contrat envisagé et la rupture de négociations, en tant que telle, n'est généralement pas répréhensible.¹³⁶³

746 Par contre, si les parties sont libres de rompre les négociations précontractuelles, la violation de devoirs précontractuels en rapport avec la rupture de celles-ci engagera leur responsabilité (*infra* n. 753 ss).¹³⁶⁴ En France aussi, le principe de la liberté contractuelle est canalisé par un devoir général de **bonne foi** (*infra* n. 760).¹³⁶⁵

iii. Bases légales (art. 1382 et 1383 CCfr.)

747 La réparation du préjudice occasionné par la violation d'un devoir de comportement dans la phase précontractuelle se fait sur la base de la **clause générale de responsabilité** de l'article 1382 CCfr. Le CCfr. ne contient pas de disposition spécifique régissant la responsabilité précontractuelle.¹³⁶⁶

¹³⁶³ LE TOURNEAU, n. 838; DESHAYES, *Le dommage réparable*, p. 99 s.

¹³⁶⁴ DE CONINCK, p. 21.

¹³⁶⁵ MAZEAUD, p. 17; TISSEYRE, n. 19.

¹³⁶⁶ SCHMIDT-SZALEWSKI, p. 148.

Article 1382:

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

748 La disposition citée **va de pair** avec l'article suivant:

Article 1383:

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence.

749 Par la combinaison des deux articles cités, tous les faits de l'homme, positifs comme négatifs, engagent une responsabilité pour autant que le fait considéré soit **dommageable** et qu'il constitue une **faute**.¹³⁶⁷

750 L'article 1382 CCfr. permet la réparation de **tous** les dommages, indépendamment de leur nature. La réparation du dommage purement économique est ainsi admise, sans que le préjudice doive nécessairement avoir pour origine une atteinte à la propriété ou à l'intégrité corporelle.¹³⁶⁸ La conception française s'éloigne de la responsabilité aquilienne romaine qui limite la réparation aux dommages qui résultent d'une atteinte à la personne ou à la propriété de la victime.¹³⁶⁹ Cette ouverture a une importance particulière dans le cadre de la responsabilité précontractuelle, puisque le dommage que cette dernière vise à réparer est typiquement de nature purement économique.¹³⁷⁰

iv. Faute précontractuelle

751 En droit français, les règles relatives à la phase précontractuelle sont d'**origine jurisprudentielle**.¹³⁷¹ La Cour de cassation,¹³⁷² à travers l'application des

¹³⁶⁷ Cf., SCHMIDT-SZALEWSKI, p. 150; *Travaux préparatoires du Code civil, Tome 13^e*, p. 467 et 488.

¹³⁶⁸ SCHMIDT-SZALEWSKI, p. 149; RISKE, p. 78.

¹³⁶⁹ KUONEN, n. 417.

¹³⁷⁰ RISKE, p. 78.

¹³⁷¹ MAZEAUD, p. 14.

articles 1382 s. CCfr., a intégré le critère de la bonne foi dans les finalités des relations précontractuelles.¹³⁷³ Cette dernière impose ou proscriit certains comportements dans la phase des négociations. Il est ainsi interdit pour une partie d'engager des pourparlers en sachant qu'ils n'aboutiront pas, notamment parce que la partie n'a pas l'intention sérieuse de contracter (*supra* n. 536),¹³⁷⁴ ou n'est pas titulaire du droit en question.¹³⁷⁵ La bonne foi prohibe également de prolonger les négociations en sachant qu'on ne conclura pas avec le partenaire pressenti,¹³⁷⁶ «*a fortiori lorsqu'une partie les prolonge tout en ayant initié des négociations parallèles qu'elle fait aboutir par ailleurs*».¹³⁷⁷

- 752 Le **cercle** de ce qui constitue une faute précontractuelle s'est progressivement affiné en droit français, appréciée à l'aune des principes du *ius variandi* (*supra* n. 471)¹³⁷⁸ et de la bonne foi (*supra* n. 486).¹³⁷⁹
- 753 Dans ce cadre, la science juridique française s'est attachée au concept de «**rupture fautive**» des négociations. En France, la controverse autour de la faute précontractuelle s'inscrit volontiers dans la problématique posée par la rupture des pourparlers.
- 754 Au départ, une rupture fautive ne pouvait être que celle intervenant avec une **intention de nuire**. La Cour de cassation a cependant admis, dès les années 1970, qu'une telle intention n'était pas requise pour l'admission d'une action sur la base des articles 1382 s. du CCfr., la **mauvaise foi** étant suffisante.¹³⁸⁰
- 755 Dans les années 1990, la Cour de cassation a encore assoupli la notion de faute précontractuelle. Selon la Cour, rompre brutalement et unilatéralement les pourparlers signifierait, dans certaines circonstances, agir avec une «*légèreté*

¹³⁷² Cf. not. Cass. com., 20 mars 1972, 70-14154, Bull. 1972 IV, n. 93, p. 90; Cass. civ., 3 octobre 1972, 71-12993, Bull. 1972 III, n. 491, p. 359; Cass. civ., 12 avril 1976, 74-11770, Bull. 1976 I, n. 122, p. 98.

¹³⁷³ KUYVEN, p. 204; GHESTIN, n. 228; FENOUILLET, p. 282; TISSEYRE, n. 19.

¹³⁷⁴ FABRE-MAGNAN, p. 230; STARCK/ROLAND/BOYER, n. 347.

¹³⁷⁵ MOUSSERON, p. 252; SCHMIDT, RTD civ., p. 58; DE CONINCK, p. 25 s.

¹³⁷⁶ GHESTIN, n. 228; RISKE, p. 78.

¹³⁷⁷ DE CONINCK, p. 26.

¹³⁷⁸ Alors que le principe est reconnu, notons que sa locution latine est largement étrangère à la science juridique française.

¹³⁷⁹ KUYVEN, p. 204; GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive*, p. 18.

¹³⁸⁰ Cass. com., 20 mars 1972, 70-14154, Bull. 1972 IV, n. 93, p. 90; RTD civ. 1972, p. 780, note GEORGES DURRY; Cass. civ., 3 octobre 1972, 71-12993, Bull. 1972 III, n. 491, p. 359; Cass. civ., 12 avril 1976, 74-11770, Bull. 1976 I, n. 122, p. 92.

*constitutive d'une faute*¹³⁸¹ engageant une obligation de réparer le préjudice causé. La Cour réaffirma par la suite qu'une **légèreté blâmable** suffit pour constituer un abus du droit de rompre les négociations.¹³⁸²

756 Partant, l'**avancement**¹³⁸³ ou parfois même la **durée**¹³⁸⁴ des négociations sont cités parmi les critères d'appréciation du caractère fautif de la rupture, lorsque celle-ci a été brutale et effectuée sans raison légitime.¹³⁸⁵ Par conséquent, la demande soudaine d'un prix excessif dans le but de faire échouer les négociations au dernier moment pourrait être considérée comme une attitude fautive.¹³⁸⁶ Le tribunal devra toutefois encore reconnaître que ce comportement est constitutif d'une faute en relation causale avec l'échec des négociations. En effet, à côté du dommage et de la faute, le rapport de causalité est une des conditions de la responsabilité délictuelle.¹³⁸⁷

757 Dans les années 2000, par un mouvement initié par l'arrêt topique «*Manoukian*»,¹³⁸⁸ une partie de la doctrine a commencé à se distancier du concept de rupture fautive. Au point même de considérer que la rupture ne serait

¹³⁸¹ Cass. com., 12 octobre 1993, 91-19456, (inédit), consultable sur Internet à la p. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007208902&fastReqId=2067627107&fastPos=1>> (visité le 26.06.2015).

¹³⁸² Cass. com., 22 février 1994, 91-18842, Bull. 1994 IV, n. 79, p. 61; RTD civ. 1994, p. 849 s. note JACQUES MESTRE.

¹³⁸³ Cass. com., 26 mars 2008, 07-11026, (inédit), consultable sur Internet à la p. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018551365&fastReqId=944469729&fastPos=1>> (visité le 26.06.2015).

¹³⁸⁴ Cass. com., 7 janvier 1997, 94-21561, (inédit), consultable sur Internet à la p. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007319876&fastReqId=643326432&fastPos=1>> (visité le 26.06.2015).

¹³⁸⁵ KUYVEN, p. 211 s.; STARCK/ROLAND/BOYER, n. 347.

¹³⁸⁶ DE CONINCK, p. 26.

¹³⁸⁷ COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2006*, p. 399; RISKE, p. 78 s. En droit suisse (art. 41 CO), rappelons-le, une quatrième condition s'ajoute à la liste: l'illicéité. Celle-ci exprime le caractère objectif de la faute qui consiste dans le manquement à la diligence que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'auteur du comportement dommageable. L'illicéité et la faute objective sont ainsi largement confondues, une constatation ne manquant pas d'interpeller l'esprit juridique français.

¹³⁸⁸ Cass. com., 26 novembre 2003, 00-10243 00-10949, Bull. 2003 IV, n. 186, p. 206, Rec. Dalloz 2004 (1), p. 869 ss. L'arrêt consacra la solution, confirmée par la suite (cf. not. l'arrêt «*Antinéas*», Cass. civ., 28 juin 2006, 04-20040, Bull. 2006 III, n. 164, p. 136), selon laquelle une faute dans la rupture des négociations n'ouvre pas droit à l'indemnisation du gain que permettrait d'espérer le contrat négocié, ni même de la perte de chance de réaliser ce gain.

jamais, en elle-même, **fautive**.¹³⁸⁹ Uniquement les circonstances extérieures à la rupture, dont le seul lien avec cette dernière est d'avoir été révélées à son occasion, pourraient être constitutives d'une faute (*supra* n. 583).¹³⁹⁰

758 A suivre cette conception, seuls certains comportements à l'**occasion de négociations** peuvent se révéler être des manquements fautifs à la bonne foi, tel qu'engager ou poursuivre des pourparlers sans intention de conclure le contrat, laisser fautivement croire à la conclusion du contrat (*supra* n. 582 s.), répandre de fausses informations sur les prestations ou les qualités de son partenaire de négociation.¹³⁹¹ De même, est considéré comme fautif, à titre de violation du devoir de «discrétion» (devoir de confidentialité; *supra* n. 607 ss), le fait d'exploiter ou de révéler les techniques, secrets ou autres informations obtenues au cours de négociations finalement avortées.¹³⁹² D'autres comportements précontractuels, typiques du domaine de la *culpa in contrahendo*, tels que la violation de l'«obligation» d'information (devoir d'information général; *supra* n. 592 ss), le dol dans la formation du contrat ou l'exploitation fautive d'une erreur viciant le consentement, sont également sujets à une responsabilité délictuelle en droit français.¹³⁹³

759 Admettre qu'une rupture n'est jamais fautive revient logiquement à se dispenser de la nécessité de rechercher des motifs la légitimant. En effet, celui qui est **libre de rompre** les pourparlers en tout état de cause n'est pas tenu de fournir de motif justificatif pour exercer sa liberté.¹³⁹⁴ Il s'agit là de l'adhésion française au principe du *ius variandi* (*supra* n. 471).

760 Tout principe ayant des exceptions, l'exercice du *ius variandi* est encadré par l'interdiction de l'abus de droit.¹³⁹⁵ Aussi, la doctrine française admet-elle désormais que la dispense du contrôle des motifs ne saurait être une règle

¹³⁸⁹ Commentant l'arrêt «Antinéas» précité, la Cour de cassation semble supporter cette conception: «la troisième chambre civile, réunie en plénière de chambre, affirme à son tour le droit qu'ont les partenaires de rompre à tout moment des pourparlers précontractuels. Ceci la conduit à exclure toute relation de cause à effet entre la perte des avantages attachés à la conclusion du contrat et les conditions de la rupture qui seules sont fautives» (COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2006, p. 400).

¹³⁹⁰ DESHAYES, *Le dommage réparable*, p. 99.

¹³⁹¹ DESHAYES, *Le dommage réparable*, p.100; MAZEAUD, p. 17.

¹³⁹² DE CONINCK, p. 26.

¹³⁹³ JOURDAIN, p. 71; MAZEAUD, p. 17

¹³⁹⁴ DESHAYES, *La faute dans la rupture*, p. 546.

¹³⁹⁵ Cf. Cass. com., 22 février 1994, 91-18842, Bull. 1994 IV, n. 79, p. 61.

générale.¹³⁹⁶ En d'autres termes, il y aurait des circonstances dans lesquelles la rupture doit être justifiée par un **motif légitime** afin de ne pas être considérée comme fautive. C'est ainsi que la Cour de cassation a laissé entendre qu'il y aurait un stade de négociation à partir duquel les parties ne seraient libres de rompre qu'à la condition d'être en mesure de fournir un motif légitime (*supra* n. 574 ss).¹³⁹⁷ Ce faisant, la jurisprudence admet donc aussi, au moins indirectement, la nécessité de protéger la confiance légitime dans la conclusion du contrat (*supra* n. 511 ss).¹³⁹⁸

- 761 Bien que cette évolution soit à saluer dans la mesure où elle s'inscrit dans une **perspective d'harmonisation** par rapport aux conceptions germaniques, la jurisprudence française omet de se prononcer sur le degré d'avancement des négociations à partir duquel les parties doivent justifier d'un motif légitime afin que leur rupture ne soit pas considérée comme fautive. Il est également regrettable qu'elle ne donne pas (encore) d'indications quant au cercle des motifs légitimant une rupture (*supra* n. 574 ss).

v. Nature

- 762 La doctrine unanime considère que la responsabilité précontractuelle est de nature **délictuelle**.¹³⁹⁹ Cette conception repose sur un argument négatif: sachant qu'aucun contrat valable n'a été conclu, la responsabilité ne saurait être de nature contractuelle.¹⁴⁰⁰ Ainsi, l'hypothèse d'une responsabilité précontractuelle survivant à la conclusion d'un contrat valable n'est tout simplement pas prise en

¹³⁹⁶ DESHAYES, *La faute dans la rupture*, p. 546; GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive*, p. 20.

¹³⁹⁷ Cass. civ., 20 décembre 2012, 11-27340, (inédit), consultable sur Internet à la p. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026817524&fastReqId=1022233080&fastPos=1>> (visité le 26.06.2015); cf. ég. Cass. civ., 18 décembre 2012, 10-30764, (inédit), consultable sur Internet à la p. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026821130&fastReqId=660919317&fastPos=1>> (visité le 26.06.2015).

¹³⁹⁸ Cf. Cass. civ., 20 décembre 2012, 11-27340, (inédit), consultable sur Internet à la p. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026817524&fastReqId=1022233080&fastPos=1>> (visité le 26.06.2015).

¹³⁹⁹ VINEY, n. 196-1; SCHMIDT-SZALEWSKI, p. 148; JOURDAIN, p. 71; AUBERT DE VINCELLES, p. 134; DE CONINCK, p. 22; cf. toutefois JÉRÔME HUET, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle: essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse Paris 1978.

¹⁴⁰⁰ LE TOURNEAU, n. 824; VINEY, n. 196-1; KUONEN, n. 432.

compte. La science juridique française n'a pas non plus repris l'idée de VON JHERING selon laquelle les parties seraient contractuellement liées à observer la diligence requise dans l'exécution du contrat (*supra* n. 682).¹⁴⁰¹

c) De lege ferenda

i. Réforme du droit des obligations

(a) Introduction

763 La célébration du Bicentenaire du CCfr. en 2004 a donné l'occasion à la France de constater le succès de son Code, mais également de mettre en exergue quelques **imperfections**.¹⁴⁰² Dès lors, il fut inéluctable qu'une volonté de réforme eût tôt fait de se répandre au-delà de quelques comparatistes spécialisés.¹⁴⁰³ Alors que certains domaines régis par le CCfr. ont fait l'objet de réformes telles que le droit des personnes et de la famille, le droit des contrats notamment, figure centrale du droit des obligations,¹⁴⁰⁴ reste régi par les articles datant de 1804.¹⁴⁰⁵

764 Suite à un exposé succinct des principaux **motifs** de la réforme (*infra* n. 765 ss), nous présentons ci-après la liste des **projets** de réforme (*infra* n. 768 ss), ainsi qu'un **commentaire** des dispositions entretenant un lien avec la problématique de la responsabilité précontractuelle (*infra* n. 776 ss).

(b) Motifs

765 Les motifs de la réforme en France sont à la fois **intrinsèques** et **extrinsèques** au CCfr. lui-même.¹⁴⁰⁶

¹⁴⁰¹ GHESTIN, n. 228; SCHMIDT-SZALEWSKI, p. 148; RISKE; p. 77.

¹⁴⁰² CATALA, p. 11 s.

¹⁴⁰³ Une prise de conscience quant à la nécessité d'insuffler un nouvel élan dans le droit contractuel français s'était notamment déjà exprimée à l'occasion du colloque organisé en 2003 mettant en parallèle le droit français du contrat et les PECL (cf. PAULINE RÉMY-CORLAY/DOMINIQUE FENOUILLET [dir.], *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris 2003).

¹⁴⁰⁴ CORNU, p. 25.

¹⁴⁰⁵ CASTETS-RENARD, *Les projets de réforme*, p. 65 s.

¹⁴⁰⁶ CASTETS-RENARD, *Les projets de réforme*, p. 66.

- 766 S'agissant des motifs intrinsèques, ils tiennent aux **lacunes** et au **vieillessement** du CCfr., dont la partie relative aux obligations est demeurée inchangée depuis 1804. Les évolutions du droit français des obligations se sont faites en dehors du CCfr., par le biais de la jurisprudence notamment.¹⁴⁰⁷ Afin de répondre aux impératifs de la sécurité et de la prévisibilité juridiques, il est apparu impératif de consolider dans le CCfr. les nombreuses solutions jurisprudentielles innovantes échafaudées au fil du temps.¹⁴⁰⁸
- 767 Les motifs extrinsèques résultent de la volonté d'inscrire le droit français dans le **mouvement de rapprochement** des droits nationaux, sous l'égide des projets académiques internationaux et européens d'uniformisation du droit privé (*supra* n. 369 ss),¹⁴⁰⁹ de la révision de l'acquis communautaire (*supra* n. 222 ss) et de la CVIM (*supra* n. 335 ss).¹⁴¹⁰ Soumis à une concurrence normative du fait de révisions récentes des droits nationaux – allemand et néerlandais entre autres¹⁴¹¹ – le droit français se devait non seulement de maintenir le rayonnement du CCfr. à l'étranger, mais également d'apporter sa propre pierre à l'édifice de l'harmonisation européenne du droit privé.¹⁴¹² Sans quoi, certains pays, pourtant attachés à la culture juridique française, pourraient hésiter à continuer de s'inspirer des textes désormais vieux de plus de deux siècles.¹⁴¹³

(c) *Projets*

- 768 Pas moins de **cinq** projets de réforme du droit des obligations ont vu le jour en France.
- 769 (i) En septembre 2005, Monsieur le Ministre de la Justice PASCAL CLÉMENT s'est vu remettre l'«**Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription**», émanant d'un groupe de travail sous la présidence du Professeur CATALA (Projet CATALA; *infra* n. 776 ss).

¹⁴⁰⁷ PICOD, p. 3; CASTETS-RENARD, *Les projets de réforme*, p. 66.

¹⁴⁰⁸ CASTETS-RENARD, *Les projets de réforme*, p. 66.

¹⁴⁰⁹ Cf. WICKER, p. 53; JOURDAIN, *Avant-propos*, p. V s.; ROUHETTE, RDC, p. 1378 s.

¹⁴¹⁰ CASTETS-RENARD, *Les projets de réforme*, p. 66 s.; ROUHETTE, RDC, p. 1377 s.

¹⁴¹¹ CATALA, p. 11; ROUHETTE, RDC, p. 1378.

¹⁴¹² Cf. JOURDAIN, *Avant-propos*, p. VI

¹⁴¹³ CASTETS-RENARD, *Les projets de réforme*, p. 66.

- 770 (ii) En juillet 2008, la Chancellerie – Ministère de la Justice – a d’abord diffusé une première version du «**Projet de réforme du droit des contrats**»¹⁴¹⁴ auprès de la communauté des juristes français,¹⁴¹⁵ puis a publié, en mai 2009, la version actuelle de sa proposition (Projet CHANCELLERIE; *infra* n. 793 ss).¹⁴¹⁶
- 771 (iii) En décembre 2008, le projet «**Pour une réforme du droit des contrats**», du GROUPE DE TRAVAIL DE L’ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES dirigé par le Professeur TERRÉ, a été remis à Madame la Ministre de la Justice RACHIDA DATI (Projet TERRÉ; *infra* n. 810 ss).
- 772 (iv) En 2011, le projet «**Pour une réforme du droit de la responsabilité civile**», du GROUPE DE TRAVAIL DE L’ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES, également dirigé par le Professeur TERRÉ, a été publié (Projet TERRÉ RC; *infra* n. 837 ss). Le groupe avait remis son rapport de travail au garde des Sceaux l’année précédente déjà, suite aux encouragements de Madame la Ministre de la Justice MICHÈLE ALLIOT-MARIE à persévérer dans la rénovation du droit civil.
- 773 (v) En janvier 2013, enfin, a été remis à la Chancellerie le 3^e volet du projet de réforme du droit des obligations élaboré par un groupe du travail animé par le professeur TERRÉ, toujours sous l’égide de l’ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES. Le projet «**Pour une réforme du régime général des obligations**»¹⁴¹⁷ porte non seulement sur le régime général des obligations, mais aussi sur les sources d’obligations autres que le contrat et la responsabilité. A ce titre, une des innovations marquantes est la disparition de la notion ambiguë de quasi-contrat. Ne subsistent que les trois concepts de la gestion d’affaires et – sous une rubrique commune «*De l’avantage indûment reçu d’autrui*» – le paiement de l’indu et l’enrichissement sans cause.¹⁴¹⁸ N’ayant pas de lien immédiat avec la responsabilité précontractuelle, nous nous contentons de mentionner ici ce dernier projet sans aller plus avant dans son analyse.

¹⁴¹⁴ Version disponible sur Internet à la p.<http://www.chairejlb.ca/pdf/reforme_all.pdf> (visité le 26.06.2015).

¹⁴¹⁵ WICKER, p. 54.

¹⁴¹⁶ Cf. Projet CHANCELLERIE, p. 1 ss.

¹⁴¹⁷ GROUPE DE TRAVAIL DE L’ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES (TERRÉ FRANÇOIS [dir.]), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Paris 2013.

¹⁴¹⁸ Cf. la présentation disponible sur Internet à la p.<<http://www.lgdj.fr/colloques-etudes-rapports/233809376/reforme-regime-general-obligations>> (visité le 26.06.2015).

- 774 Suite à ces travaux, une réécriture de l'ensemble du droit des obligations est désormais engagée. Ci-après, dans l'examen des Projets CATALA (*infra* n. 776 ss), CHANCELLERIE (*infra* n. 793 ss) et TERRÉ (*infra* n. 810 ss), nous nous limitons à chaque fois à une **présentation**, puis à un **commentaire** sommaire des articles présentant un lien immédiat avec la problématique de la responsabilité précontractuelle (négociation, devoir d'information général et, le cas échéant, devoir de confidentialité et principes généraux).
- 775 Finalement, nous mettrons également en exergue quelques-unes des propositions de **modifications notables** formulées par le Projet TERRÉ RC (*infra* n. 837 ss).

ii. **Projet CATALA**

(a) *Présentation*

- 776 Le Projet CATALA¹⁴¹⁹ s'attèle à la révision du droit des **obligations** et du droit de la **prescription**. Le droit de la prescription a d'ores et déjà fait l'objet d'une importante réforme: la Loi du 17 juin 2008¹⁴²⁰ portant réforme de la prescription a offert une modernisation, une simplification et une harmonisation européenne en la matière. Quant au droit des obligations, l'apport principal du Projet CATALA consiste à proposer une codification des constructions tant jurisprudentielles – telles que l'exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire ou l'opposabilité du contrat aux tiers et par les tiers – que doctrinales – comme la distinction des obligations de moyens et de résultats.¹⁴²¹

(b) *Bonne foi dans les négociations (art. 1104 à 1104-2 Projet CATALA)*

- 777 En premier lieu, s'agissant de la problématique des **pourparlers précontractuels**, les rédacteurs du projet y ont consacré le § 1 («*De la négociation*») de la section 2 «*De la formation du contrat*» du chapitre I «*Dispositions générales*» du sous-titre I «*Du contrat et des obligations conventionnelles en général*» (art. 1102 à 1326-2 Projet CATALA). Le CCfr. restant silencieux sur la phase de la rencontre des volontés, il a probablement semblé légitime aux initiateurs du projet de combler cette lacune. Ils ont opté pour des règles générales destinées à encadrer la phase précontractuelle.

¹⁴¹⁹ Cf. Projet CATALA, p. 1 ss.

¹⁴²⁰ Loi 2008-561 du 17 juin 2008 parue au JO n. 141 du 18 juin 2008.

¹⁴²¹ PICOD, p. 3.

- 778 Dans la formulation des articles du § 1 en question (art. 1104 à 1104-2 Projet CATALA), les rédacteurs du Projet CATALA se sont inspirés de la **jurisprudence française**, de certaines **codifications** européennes et internationales récentes – notamment allemande (*supra* n. 711 ss), néerlandaise et québécoise – ainsi que des **modèles académiques** européens et internationaux de droit privé uniforme (*infra* n. 903 ss).¹⁴²²

§ 1 – De la négociation

Article 1104:

L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi.

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.

Article 1104-1:

Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer, et à concourir de bonne foi à leur détermination.

Article 1104-2:

Le régime des accords destinés à aménager le déroulement ou la rupture des pourparlers, est soumis aux dispositions du présent sous-titre.

- 779 Les règles formulées laissent une place aux principes reconnus de la **liberté contractuelle** (*supra* n. 466 ss)¹⁴²³ et de la **bonne foi** au stade précontractuel

¹⁴²² DELBECQUE/MAZEAUD, p. 17.

¹⁴²³ Cf. art. 1.1 PICC; art. 1:102(1) PECL; art. II.-1:102(1) DCFR; art. 2 Projet GANDOLFI; ROUHETTE, RDC, p. 1393 s., déplorant à raison qu'elle ne soit pas explicitement consacrée dans le Projet CATALA.

(*supra* n. 486).¹⁴²⁴ En effet, les parties sont libres d'entrer en pourparlers, de mener leur négociation et d'y mettre fin comme et quand bon leur semble,¹⁴²⁵ pour autant qu'elles agissent de bonne foi (art. 1104 al. 1 Projet CATALA).¹⁴²⁶

- 780 Outre la codification du devoir de se comporter de bonne foi à l'occasion de «*l'initiative*» et pendant «*le déroulement*» des négociations (art. 1104 al. 1 Projet CATALA), le projet consacre expressément le ***ius variandi*** (*supra* n. 471). En principe, chacun des négociateurs est libre de changer d'avis et de rompre les négociations sans avoir à donner de raisons. Ils ne sauraient être recherchés en responsabilité du seul fait que la négociation a été rompue et que cette dernière a provoqué un dommage pour l'un deux.¹⁴²⁷
- 781 Le ***ius variandi*** trouve toutefois sa limite dans le devoir de se comporter de bonne foi.¹⁴²⁸ La libre rupture des négociations est tempérée par une responsabilité lorsqu'à l'occasion de son exercice, la partie recherchée s'est comportée de **mauvaise foi** ou s'est rendue coupable de toute autre **faute** (art. 1104 al. 2 Projet CATALA).¹⁴²⁹ Ainsi, tout en s'inspirant des différents textes des projets académiques d'uniformisation du droit privé (*infra* n. 905 ss),¹⁴³⁰ le Projet CATALA traduit également la jurisprudence française rendue dans le cadre de la rupture fautive des pourparlers (*supra* n. 753 ss).
- 782 Par ailleurs, les rédacteurs du projet ont fait le choix de codifier la liberté de recourir à des **accords précontractuels** au moyen desquels les négociateurs ont le loisir d'aménager les modalités de leur relation en perspective de la conclusion d'un contrat définitif. Sous la terminologie générique d'«*accord de principe*» (art. 1104-1 Projet CATALA), le projet vise tous les «*accords destinés à aménager le déroulement ou la rupture des pourparlers*» (art. 1104-2 Projet CATALA) tels que le contrat de négociation, la promesse de contracter ou le

¹⁴²⁴ Cf. art. 2:101 ACQP; ROUHETTE, RDC, p. 1395 s.

¹⁴²⁵ DELBECQUE/MAZEAUD, p. 17.

¹⁴²⁶ Cf. art. 2.1.15 PICC; art. 2:301(1) PECL; art. II.-3:301(1) DCFR; art. 6 al. 1 Projet GANDOLFI.

¹⁴²⁷ DELBECQUE/MAZEAUD, p. 17.

¹⁴²⁸ L'abus de droit est connu comme un exemple typique de comportement contraire au principe de la bonne foi (Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 2 ad art. 1.7 PICC).

¹⁴²⁹ Cf. AUBERT DE VINCELLES, p. 136.

¹⁴³⁰ Cf. art. 2.1.15 PICC; art. 2:301(2) PECL; art. II.- 3:301(2) DCFR; art. 2:103(2) ACQP; art. 6 al. 2 Projet GANDOLFI.

pacte de préférence.¹⁴³¹ Naturellement, cette liste n'est qu'exemplative et les parties sont libres d'utiliser d'autres instruments contractuels.

783 Toutefois, la liberté de conclure des accords jalonnant et encadrant les négociations est, elle aussi, **limitée** par l'exigence de se comporter de bonne foi (art. 1104-2 Projet CATALA).¹⁴³² Le cas échéant, un échec des négociations portant sur un accord destinés à aménager le déroulement ou la rupture des négociations futures peut être source de responsabilité, si cet échec est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties (art. 1104-2 en relation avec l'art. 1104 al. 2 Projet CATALA).

784 Etant donné qu'au sens du Projet CATALA, les accords de principes sont des **contrats**, ils n'échappent pas au régime contractuel général (art. 1104-2 Projet CATALA).¹⁴³³ Une évidence qui pourrait donner l'occasion à certains de mettre en cause l'utilité de leur consécration expresse dans le projet. Cette dernière se justifie pourtant par des motifs de prévisibilité et de sécurité juridiques. A la seule lecture du Code, le justiciable serait informé de sa prérogative de conclure, dans les limites de la loi, des conventions destinées à régir les négociations d'un contrat futur.

(c) *Devoir d'information général (art. 1110 et 1110-1 Projet CATALA)*

785 En deuxième lieu, alors que le Projet CATALA demeure silencieux quant aux devoirs de cohérence (*infra* n. 822) et de discrétion précontractuels (*supra* n. 607 ss), le **devoir d'information général** («*obligation de renseignement*») (*supra* n. 592 ss) jouit d'une consécration détaillée dans le projet.

§ 1 – De l'intégrité du consentement

Article 1110:

Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner.

¹⁴³¹ DELBECQUE/MAZEAUD, p. 17.

¹⁴³² DELBECQUE/MAZEAUD, p. 17 s.

¹⁴³³ «[le] *présent sous-titre*» auquel l'art. 1104-2 Projet CATALA fait référence est le sous-titre I «*Du contrat et des obligations conventionnelles en général*» (art. 1102 à 1326-2 Projet CATALA).

Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties.

Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation.

Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat.

Article 1110-1:

Le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu.

786 Soulignons d'abord, à l'égard de la **systématique** choisie, que les articles 1110 et 1110-1 Projet CATALA ne se situent pas dans le paragraphe dédié à la négociation, ni même dans la section consacrée à la formation du contrat du premier chapitre. En effet, ils se trouvent sous le § 1 «*De l'intégrité du consentement*», de la sous-section 2 «*De la qualité du consentement*», de la section 1 «*Du consentement*» du chapitre II dédié aux conditions essentielles pour la validité des conventions. Il faut y voir la volonté de donner au devoir d'information général («*obligation de renseignement*») une place parmi les conditions de validité du contrat, détachée à la fois des seules négociations et des devoirs issus de la bonne foi précontractuelle.¹⁴³⁴

787 Pour autant, le devoir d'information ne constitue pas une incombance au sein du Projet CATALA. Au contraire, ce dernier consacre un **fondement de responsabilité** propre à l'omission négligente du devoir d'information («*sans intention de tromper*»; art. 1110-1 Projet CATALA). La violation du devoir

¹⁴³⁴ Contrairement à l'art. 7 Projet GANDOLFI.

d'informer qui provoquerait par ailleurs une erreur essentielle chez l'autre (art. 1112 ss Projet CATALA), révélerait une intention de tromper (dol; art. 1113 Projet CATALA)¹⁴³⁵ ou constituerait une dissimulation intentionnelle d'un fait dont l'importance est déterminante pour l'autre («*réticence dolosive*»;¹⁴³⁶ art. 1113-1 Projet CATALA)¹⁴³⁷ est non seulement sanctionnée par la responsabilité du fautif ayant causé un dommage, mais également par la nullité du contrat (art. 1115 Projet CATALA).¹⁴³⁸

788 Le projet CATALA illustre que la responsabilité n'est pas la seule sanction pour le comportement fautif *in contrahendo*. Selon son degré de gravité, il est susceptible d'entraîner également la **nullité** du contrat. La *culpa in contrahendo* ne se confond pas avec la responsabilité précontractuelle. Cette dernière n'est qu'une des conséquences possibles de la première.

789 Ensuite, l'article 1110 Projet CATALA consacre un devoir d'information **limité** à l'information dont on sait l'«*importance déterminante pour l'autre*» (art. 1110 al. 1 Projet CATALA) dans la formation de sa volonté (*supra* n. 592 ss) et qui présente «*un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat*» (art. 1110 al. 4 Projet CATALA).¹⁴³⁹

790 Le devoir d'information général est en outre canalisé à raison par le **devoir de se renseigner** («*qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner*»; *supra* n. 585 ss) ou, du moins, sujet à l'existence d'une **confiance légitime** à l'égard du cocontractant («*qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant*»), notamment en raison de «*la nature du contrat, ou de la qualité des parties*» (art. 1110 al. 2 Projet CATALA).¹⁴⁴⁰

¹⁴³⁵ «*Le dol est le fait pour un contractant de surprendre le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges*» (art. 1113 Projet CATALA).

¹⁴³⁶ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET, p. 21; cf. les art. 4:107(3) PECL, II.-7:205(3) DCFR et 7 al. 2 Projet GANDOLFI, dans lesquels la bonne foi est déterminante quant à savoir si une partie est tenue de révéler une information particulière dans le cas concret.

¹⁴³⁷ «*Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par un contractant d'un fait qui, s'il avait été connu de son cocontractant, l'aurait dissuadé de contracter, au moins aux conditions convenues*» (art. 1113-1 Projet CATALA).

¹⁴³⁸ «*La convention contractée par erreur, dol ou violence donne ouverture à une action en nullité relative. Indépendamment de l'annulation du contrat, la violence, le dol ou l'erreur qui cause à l'une des parties un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*» (art. 1115 Projet CATALA).

¹⁴³⁹ Cf. art. 7 al. 1 Projet GANDOLFI.

¹⁴⁴⁰ Cf. REMY-CORLEY/FENOUILLET, p. 153.

- 791 Enfin, le projet juge utile de préciser qu'il revient au créancier du devoir d'information de supporter le fardeau de la **preuve** que le débiteur connaissait ou aurait dû connaître l'information en question (art. 1110 al. 3 Projet CATALA).
- 792 Par cette réglementation, le projet de réforme démontre qu'il ne cède pas aux sirènes d'un devoir d'information précontractuel étendu. Au contraire, il reste fidèle au **principe** voulant que chaque partie supporte avant tout la charge de devoir se renseigner elle-même au sujet des informations qu'elle estime pertinentes (*supra* n. 585).¹⁴⁴¹

iii. **Projet CHANCELLERIE**

(a) *Présentation*

- 793 Le Projet CHANCELLERIE¹⁴⁴² ne reprend pas à l'identique le Projet CATALA, bien qu'il s'en inspire et qu'il tienne compte des observations dont le Projet CATALA a fait l'objet par les différents acteurs économiques et judiciaires.¹⁴⁴³ Le champ d'application du Projet CHANCELLERIE est significativement plus restreint. Il s'attèle uniquement à reformer le droit des **contrats** (titre III du livre III du CCfr.), à l'exclusion des responsabilités contractuelle et extracontractuelle ainsi que du droit de la prescription qui a fait l'objet d'une refonte par la loi du 17 juin 2008 (*supra* n. 776).¹⁴⁴⁴
- 794 Etant un **projet gouvernemental**, et non simplement doctrinal, il a davantage vocation à inspirer la réforme.¹⁴⁴⁵ Tout comme les projets de réforme doctrinaux, il s'inspire des grands principes consacrés dans les projets d'uniformisation internationaux et européens (*infra* n. 903 ss).¹⁴⁴⁶

¹⁴⁴¹ Cf. MAZEAUD, p. 18 s.

¹⁴⁴² Cf. Projet CHANCELLERIE, p. 2 ss.

¹⁴⁴³ WICKER, p. 54.

¹⁴⁴⁴ Cf. Projet TERRÉ RC, p. 1 ss; Communication du Ministère de la Justice sur la Réforme de la responsabilité civile, p. <<http://www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/direction-des-affaires-civiles-et-du-sceau-10023/reforme-de-la-responsabilite-civile-23045.html>> (visité le 26.06.2015).

¹⁴⁴⁵ CASTETS-RENARD, *Les projets de réforme*, p. 68.

¹⁴⁴⁶ FENOUILLET, p. 281.

(b) *Principes généraux (art. 5 et 6 Projet CHANCELLERIE)*

- 795 En premier lieu, sous le sous-titre 1 «*Le contrat*» du chapitre préliminaire dédié à la source des obligations, le projet codifie aux articles 5 et 6 Projet CHANCELLERIE les principes généraux (*infra* n. 813 ss) de la **liberté contractuelle** (*supra* n. 466 ss) et de la **bonne foi** (*supra* n. 482 ss).

Article 5:

Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter.

La liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat.

Elle s'exerce dans le respect de l'article 6 du présent code.

Article 6:

Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi.

- 796 La liberté contractuelle trouve une consécration expresse,¹⁴⁴⁷ tant à l'égard de son **principe** qu'à ses **aspects** (art. 5 al. 1 et 2 Projet CHANCELLERIE).¹⁴⁴⁸
- 797 L'exercice de cette liberté est toutefois immédiatement tempérée par la **bonne foi** (renvoi de l'article 5 al. 3 à l'article 6 Projet CHANCELLERIE). Le CCfr., tel qu'en vigueur aujourd'hui, fait mention du devoir de bonne foi à l'alinéa 3 de son article 1134. Cependant, ce dernier est textuellement limité à l'exécution du contrat. A raison, la jurisprudence¹⁴⁴⁹ a étendu son champ d'application à la phase des négociations (*supra* n. 751).¹⁴⁵⁰ La traduction de cette évolution dans un projet de réforme est cohérente et bienvenue.¹⁴⁵¹ En aménageant au devoir de se comporter de bonne foi une place centrale,¹⁴⁵² tant dans la formation que dans

¹⁴⁴⁷ Cf. art. 1.1 PICC; art. 1:102(1) PECL; art. II.-1:102(1) DCFR; art. 2 Projet GANDOLFI.

¹⁴⁴⁸ Correspondent aux art. 15 et 16 al. 1 de la version 2008 du Projet CHANCELLERIE.

¹⁴⁴⁹ Cf. not. Cass. com., 20 mars 1972, 70-14154, Bull. 1972 IV, n. 93, p. 90; Cass. civ., 3 octobre 1972, 71-12993, Bull. 1972 III, n. 491, p. 359; Cass. civ., 12 avril 1976, 74-11770, Bull. 1976 I, n. 122, p. 98.

¹⁴⁵⁰ FENOUILLET, p. 282.

¹⁴⁵¹ Cf. AUBERT DE VINCELLES, *Les principes généraux*, p. 116.

¹⁴⁵² Cf. CASTETS-RENARD, *Les projets de réforme*, p. 72.

l'exécution des contrats (art. 6 Projet CHANCELLERIE),¹⁴⁵³ le projet gouvernemental diffère du Projet CATALA qui ne s'y réfère qu'à titre ponctuel.¹⁴⁵⁴

(c) *Bonne foi dans les négociations* (art. 16 et 17 Projet CHANCELLERIE)

798 En second lieu, dans le chapitre 1 consacré à la formation du contrat, le projet gouvernemental a dédié sa **première section** à la négociation.

SECTION 1: La négociation

Article 16:

L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres.

La conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle. La faute est notamment constituée lorsque l'une des parties a entamé ou a poursuivi des négociations sans intention de parvenir à un accord.

Les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu.

Article 17:

Indépendamment de toute rupture, celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité délictuelle.

¹⁴⁵³ La version 2008 du projet ne fait encore aucune précision quant à savoir à quel moment «chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi» (art. 18 de la version 2008 du Projet CHANCELLERIE).

¹⁴⁵⁴ Cf. MAZEAUD, p. 18; ROUHETTE, RDC, p. 1395 s.

- 799 Cette section n'a subi aucun changement par rapport à la première mouture de juillet 2008.¹⁴⁵⁵ Le projet rappelle d'abord que la liberté (pré)contractuelle comprend la liberté d'engager des pourparlers, de façonner leur déroulement et, le cas échéant, de les rompre (art. 16 al. 1 Projet CHANCELLERIE¹⁴⁵⁶ en rapport avec l'art. 5 al. 1 Projet CHANCELLERIE). Ce faisant, il codifie le principe du *ius variandi* (*supra* n. 471).
- 800 Le projet gouvernemental traduit ensuite l'opinion doctrinale française¹⁴⁵⁷ selon laquelle la responsabilité en cas de «conduite et rupture fautive»¹⁴⁵⁸ des pourparlers est un cas de **responsabilité délictuelle** (art. 16 al. 2, 1^{ière} phrase Projet CHANCELLERIE; *supra* n. 747). Dans la mesure où ce choix entre en droite ligne dans la conception française, il n'appelle pas de commentaire particulier à cet endroit.
- 801 Il en va autrement pour la **circonscription de la faute**. En exemplifiant la faute par l'entame ou la poursuite des négociations sans intention de parvenir à un accord (art. 16 al. 2, 2^e phrase Projet CHANCELLERIE), le projet n'adresse que l'aspect «conduite fautive» des négociations.
- 802 Le projet trahit ainsi les hésitations autour de la notion de **rupture fautive** (*supra* n. 753 ss). Il aurait fallu, soit ne pas mentionner la rupture fautive, auquel cas le *ius variandi* aurait trouvé sa limite dans le principe général de la bonne foi dans la formation des contrats (art. 6 Projet CHANCELLERIE), soit indiquer un exemple de rupture fautive (p.ex. rupture sans motif légitime en cas de déclarations d'intention concordantes sur les points essentiels du contrat envisagé; *supra* n. 572 ss).¹⁴⁵⁹ L'illustration du projet gouvernemental du comportement fautif donne l'impression d'un «parachutage» d'un paragraphe isolé des dispositions des projets d'uniformisation sur les négociations contraires à la bonne foi.¹⁴⁶⁰ Or, dans ces derniers, l'entame ou la poursuite des négociations sans intention de conclure sert à illustrer un des possibles comportements contraires à la bonne foi, et non pas une rupture fautive. En effet, contrairement au projet gouvernemental, qui n'édicte que le principe général de bonne foi dans la formation et l'exécution des contrats (art. 6 Projet

¹⁴⁵⁵ Cf. art. 20 et 21 Projet CHANCELLERIE juillet 2008.

¹⁴⁵⁶ Cf. art. 1104 al. 1 Projet CATALA.

¹⁴⁵⁷ Cf. PICOD, p. 6.

¹⁴⁵⁸ Cf. art. 2.1.15(2) PICC.

¹⁴⁵⁹ A l'instar de l'art. 6 al. 3 Projet GANDOLFI.

¹⁴⁶⁰ Cf. art. 2.1.15(3) PICC; art. II.-3:301(4) DCFR; art. 2:301(3) PECL; art. 2:103(3) ACQP; art. 6 al. 2 Projet GANDOLFI.

CHANCELLERIE; *supra* n. 797), les projets d'uniformisation codifient expressément l'interdiction des négociations contraires à la bonne foi comme chef de responsabilité.¹⁴⁶¹ Le comportement fautif générique y est clairement identifié. Il se cristallise dans le fait de négocier d'une manière contraire à la bonne foi. Le projet CHANCELLERIE, par son raccourci, jette plus de doutes que de clarté quant aux limites du *ius variandi*.

- 803 En excluant la réparation du préjudice correspondant à l'intérêt positif au contrat (art. 16 al. 3 Projet CHANCELLERIE), le projet français reprend la prémisse française traditionnelle en matière de responsabilité précontractuelle: puisqu'aucun contrat valable n'a été conclu, **la victime ne peut prétendre être placée dans la situation où elle se serait trouvée si le contrat avait été valablement conclu**. En n'imposant pas d'autres limites, le projet gouvernemental n'écarte pas pour autant la réparation de la perte d'une chance de conclure le contrat envisagé ou similaire (*infra* n. 1460).
- 804 Enfin, dans sa section relative à la négociation, le projet gouvernemental instaure une responsabilité délictuelle pour la révélation sans autorisation d'**informations confidentielles** (devoir de confidentialité; *supra* n. 607 ss) indépendamment de toute rupture (art. 17 Projet CHANCELLERIE). Ce faisant, elle s'inspire également des projets académiques d'uniformisation du droit privé.¹⁴⁶²
- 805 Le projet français ne donne cependant **aucune indication** sur ce qu'il faut entendre par «*information confidentielle*» (art. 17 Projet CHANCELLERIE). Il eût été souhaitable de mentionner, par exemple, que la notion désigne «*une information dont, en raison de sa nature ou des circonstances dans lesquelles elle est obtenue, la partie qui la reçoit sait ou peut raisonnablement savoir qu'elle est confidentielle pour l'autre partie*» (art. II.-3:302(2) DCFR).¹⁴⁶³ Ainsi définie, la disposition aurait permis de mieux circonscrire le devoir de confidentialité en l'absence de déclarations expresses des parties.

¹⁴⁶¹ Cf. art. 2.1.15 PICC; art. II.-3:301 DCFR; art. 2:301 PECL; art. 2:103 ACQP; art. 6 Projet GANDOLFI.

¹⁴⁶² Cf. art. 2.1.16 PICC; art. II.-3:302 DCFR; art. 2:302 PECL; art. 8 Projet GANDOLFI.

¹⁴⁶³ Traduction JACQUES GHESTIN.

(d) *Devoir d'information général (art. 44 Projet CHANCELLERIE)*

806 En troisième lieu, le projet gouvernemental codifie le **devoir d'information général** (*supra* n. 592 ss).

§ 1 Le devoir d'information

Article 44:

Celui des contractants qui connaît ou est en situation de connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier peut ignorer cette information ou faire confiance à son cocontractant.

Sont déterminantes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Le contractant qui se prévaut du non respect de ce devoir d'information doit prouver que l'autre partie connaissait ou était en situation de connaître cette information, sauf pour celle-ci à prouver qu'elle l'ignorait elle-même ou qu'elle a satisfait à son obligation.

Tout manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité civile délictuelle de celui qui en était tenu, sans préjudice, en cas de vice du consentement, de la nullité du contrat.

807 Remarquons d'abord, au niveau **systématique**, que le projet gouvernemental a fait le choix de placer le devoir d'information parmi les règles relatives au consentement (section 1 du Projet CHANCELLERIE) du chapitre sur la validité du contrat (chapitre IV du sous-titre I «*Le contrat*» du titre III «*Les obligations*» du Projet CHANCELLERIE). Tout comme le Projet CATALA (*supra* n. 786), il en fait ainsi une question de validité du contrat, détachée des seules négociations.

808 Est à saluer ensuite, sur le plan **terminologique**, l'abandon de la locution «*obligation de renseignement*» figurant dans le Projet CATALA (*supra* n. 785) pour celle plus appropriée de «*devoir d'information*» (intitulé du §1 avant art. 44

et art. 44 al. 3 Projet CHANCELLERIE). D'une part, le terme «obligation» – souvent utilisé par la littérature française en rapport avec le devoir d'information précontractuel¹⁴⁶⁴ – doit être réservé aux obligations proprement dites, à savoir celles susceptibles de faire l'objet d'une exécution forcée. D'autre part, le terme «information» est un choix plus heureux que «renseignement», puisqu'il évite la confusion avec le devoir de se renseigner.

- 809 Enfin, quant au **fond**, la disposition du projet gouvernemental est sensiblement identique à ce qui est consacré dans le Projet CATALA.¹⁴⁶⁵ Elle précise simplement que toute violation du devoir d'information engage la responsabilité délictuelle de son auteur, sans exclure pour autant la nullité du contrat lorsque cette violation est de nature à provoquer un vice du consentement chez l'autre (art. 44 al. 4 Projet CHANCELLERIE). Pour le reste, nous renvoyons à nos commentaires sur le Projet CATALA relatifs au devoir d'information général (*supra* n. 787 ss).

iv. **Projet TERRÉ**

(a) *Présentation*

- 810 Elaborés sous l'égide du GROUPE DE TRAVAIL DE L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES réunissant des universitaires, des juristes du monde des affaires et des magistrats, les travaux du groupe dirigé par le Professeur TERRÉ ont été publiés sous le titre «*Pour une réforme des contrats*».¹⁴⁶⁶ Communément appelé «Projet TERRÉ», il est le **troisième projet de réforme** du droit des obligations.¹⁴⁶⁷
- 811 Même si la diffusion du Projet TERRÉ est intervenue postérieurement au Projet CHANCELLERIE, ce dernier s'inspire du premier,¹⁴⁶⁸ leur élaboration s'étant effectuée en parallèle. Aussi ne s'étonnera-t-on pas des **fortes similitudes** entre les textes des deux projets. Comme les autres projets de réforme du droit des contrats, le projet TERRÉ s'inspire des modèles européens et internationaux d'uniformisation (*infra* n. 903 ss).

¹⁴⁶⁴ Ainsi la version de juillet 2008 du Projet Chancellerie parlait-elle encore d'«*obligation pré-contractuelle d'information*» (cf. art. 50 Projet Chancellerie 2008). En dehors de cet ajustement, la règle n'a subi aucun changement.

¹⁴⁶⁵ Cf. art. 1110 et 1110-1 Projet CATALA.

¹⁴⁶⁶ Cf. Projet TERRÉ, p. 11 ss.

¹⁴⁶⁷ WICKER, p. 54.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*

(b) *Principes généraux (art. 3 à 6 Projet TERRÉ)*

- 812 En premier lieu, après deux dispositions sur la source des obligations et l'obligation naturelle (art. 1 et 2 Projet TERRÉ), le titre 1 du projet «Des contrats» commence par **quatre principes généraux** relatifs au droit des contrats: **(i)** la liberté contractuelle (art. 3 Projet TERRÉ), **(ii)** l'ordre public et les droits fondamentaux (art. 4 Projet TERRÉ), **(iii)** la bonne foi (art. 5 Projet TERRÉ), et, enfin, **(iv)** l'interdiction d'agir en contradiction avec ses propres déclarations ou comportements antérieurs (art. 6 Projet TERRÉ).

Article 3:

Les parties sont libres, dans les limites fixées par la loi, de choisir leur cocontractant et de déterminer la forme et le contenu du contrat.

Article 4:

On ne peut déroger, par contrat particulier, aux règles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

On ne peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime.

Article 5:

Les contrats se forment et s'exécutent de bonne foi; les parties ne peuvent exclure ni limiter ce devoir.

Article 6:

Une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondé.

La simple tolérance ne suffit pas à rendre la confiance légitime.

- 813 Les principes généraux (ou «directeurs»),¹⁴⁶⁹ en tant que dispositions préliminaires, ont souvent une **fonction** pédagogique et symbolique en ce qu'elles permettent de transmettre les valeurs fondamentales sous-jacentes à l'ordre juridique donné (*supra* n. 418 ss).
- 814 Particulièrement dans un domaine du droit largement régi par des règles dispositives, tel que le droit des contrats, elles ont toutefois aussi une **valeur normative** en fixant les règles essentielles du domaine considéré. Les projets d'uniformisation européens et internationaux comportent également des principes généraux, généralement présentés comme des «dispositions préliminaires» (Projet GANDOLFI) ou des «dispositions générales» (PICC; PECL; DCFR). Les principes généraux se justifient particulièrement pour de telles codifications supranationales où ils remplissent une fonction unificatrice en constituant les fondements gouvernant les règles modèle adoptées.¹⁴⁷⁰
- 815 Parmi les principes essentiels au droit français des contrats, le projet TERRÉ s'est efforcé de choisir quatre principes généraux «transversaux»,¹⁴⁷¹ ayant vocation à régir **toutes les phases du contrat**, des négociations à la terminaison. Ces principes généraux ont donc bien une valeur normative. En cas de conflit, il revient au tribunal de s'inspirer de ces principes, dans l'application des règles particulières régissant par ailleurs les différentes étapes de la vie d'un contrat.¹⁴⁷² Au-delà d'une aide d'interprétation, les principes généraux sont à même d'offrir un soutien dans le comblement de lacunes.¹⁴⁷³
- 816 L'article 3 Projet TERRÉ codifie **trois des aspects de la liberté contractuelle**¹⁴⁷⁴ (*supra* n. 468), à savoir (i) la liberté des parties, dans les limites de la loi,¹⁴⁷⁵ de choisir leur cocontractant, (ii) celle de déterminer la forme du contrat, et (iii) celle de décider de l'objet de ce dernier (art. 3 Projet TERRÉ).

¹⁴⁶⁹ L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE/SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, dans un projet indépendant mais complémentaire au DCFR, propose des «*Principes directeurs du droit européen du contrat*» à intégrer dans l'éventuel futur CCR (cf. PCC, p. 21 ss).

¹⁴⁷⁰ AUBERT DE VINCELLES, *Les principes généraux*, p. 113.

¹⁴⁷¹ AUBERT DE VINCELLES, *Les principes généraux*, p. 114.

¹⁴⁷² *Ibid.*

¹⁴⁷³ FENOUILLET, p. 282.

¹⁴⁷⁴ Cf. art. 1.1 PICC; art. 1:102(1) PECL; art. II.-1:102(1) DCFR; art. 2 Projet GANDOLFI; art. 0:101 Principes directeurs PCC.

¹⁴⁷⁵ Cf. art. 19 al. 1 CO.

- 817 On s'étonnera, pour une disposition se voulant «principe général», de l'absence de la liberté contractuelle dans son principe même, à savoir le **libre choix des parties de conclure ou non un contrat**.¹⁴⁷⁶ En ce sens, le projet gouvernemental nous semble plus abouti puisqu'il consacre la liberté contractuelle tant dans son principe que dans ses aspects (cf. art. 5 al. 1 et 2 Projet CHANCELLERIE; *supra* n. 796).
- 818 L'article 4 al. 1 Projet TERRÉ, indique que les limites à la liberté contractuelle, outre celles fixées dans la loi (art. 3 Projet TERRÉ), sont celles définies par les règles s'attachant à l'**ordre public** et aux **bonnes mœurs**.¹⁴⁷⁷ Le juriste suisse se trouvera en terrain familier puisque ces éléments figurent également parmi ceux mentionnés à l'article 19 al. 2 CO.
- 819 Plus exotique est la référence aux **libertés et droits fondamentaux**, faite à l'article 4 al. 2 Projet TERRÉ, auxquels il est possible de porter atteinte «*dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime*» (art. 4 al. 2 Projet TERRÉ). *A priori*, on pourrait s'étonner que les libertés et droits fondamentaux trouvent une mention particulière dans l'article en question, dans la mesure où ils peuvent être considérés comme des composantes intégrantes de l'ordre public. La distinction entre l'ordre public et les libertés et droits fondamentaux s'explique pour deux raisons. Premièrement, la mention des libertés et droits fondamentaux revêt une importance symbolique pour le CCfr., eu égard au contexte historique de son élaboration, imprégné des valeurs révolutionnaires (*supra* n. 116 ss). Deuxièmement, la juridiction française¹⁴⁷⁸ a une inclination à n'admettre aucune dérogation conventionnelle aux droits et libertés fondamentales, à l'image des autres normes rattachées à l'ordre public.¹⁴⁷⁹ Toutefois, une différence de traitement dans l'application de ces règles est justifiée, étant donné que les libertés et droits fondamentaux ne sont pas illimités.

¹⁴⁷⁶ Il faut aller chercher dans le rapport explicatif dédié à cette partie du projet pour trouver la confirmation que la liberté contractuelle s'exprime «*dans le choix de contracter ou ne pas contracter*» (AUBERT DE VINCELLES, *Les principes généraux*, p. 114).

¹⁴⁷⁷ Cf. art. 1.4 PICC; art. 1.102(1) PECL; art. II.-1:102(1) DCFR; art. 2 Projet GANDOLFI; art. 0:101(3) Principes directeurs PCC.

¹⁴⁷⁸ Cf. Cass. civ., 22 mars 2006, 04-19349, Bull. 2006 III, n. 73, p. 61.

¹⁴⁷⁹ AUBERT DE VINCELLES, *Les principes généraux*, p. 111 ss.

AUBERT DE VINCELLES, *Les principes généraux*, p. 115:

[Les libertés et droits fondamentaux] s'apprécient au regard des intérêts en présence et particulièrement dans les rapports horizontaux. Face à une liberté, il en existe souvent une autre invoquée par l'autre partie conduisant le juge à peser les intérêts en présence et les valeurs protégées, pour décider lequel faire prévaloir. Les libertés et droits fondamentaux, parce qu'ils sont souvent individuels, s'appréhendent en termes de conflits de droits que le juge doit résoudre. Dès lors, la formulation proposée canalise la prise en compte de libertés et droits fondamentaux en montrant qu'il est possible d'y porter atteinte dès lors que la protection d'un intérêt sérieux et légitime le justifie.

- 820 Un **exemple** d'une atteinte contractuelle¹⁴⁸⁰ à un droit fondamental, admissible dans une mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime, est la clause de non-concurrence¹⁴⁸¹ limitée dans le temps. En effet, une clause de non-concurrence, pour autant qu'elle ne soit pas perpétuelle, porte une atteinte admissible à la liberté économique de la partie qui y est tenue.
- 821 Ensuite, à l'image du projet gouvernemental (*supra* n. 797), le Projet TERRÉ consacre l'application du devoir de **bonne foi** tant au stade de la formation qu'à celui de l'exécution du contrat. Contrairement au premier toutefois, le Projet TERRÉ soustrait expressément le devoir de bonne foi à la liberté contractuelle. Il est ainsi proposé, à l'instar de certains modèles d'uniformisation (*infra* n. 913),¹⁴⁸² que la bonne foi soit érigée en principe absolument impératif dans le sens où les «parties ne peuvent exclure ni limiter ce devoir» (art. 5 Projet TERRÉ). Ainsi, une clause excluant ou même limitant le devoir de se comporter

¹⁴⁸⁰ Le principe général proposé à l'art. 4 Projet TERRÉ trouve une application particulière dans les règles relatives au contenu du contrat. En effet, l'art. 59 Projet TERRÉ rappelle que le contenu du contrat ne peut pas déroger à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Par ailleurs, le contrat ne peut «porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime» (art. 59 al. 2 Projet TERRÉ).

¹⁴⁸¹ Cf. ROUHETTE, RDC, p. 1394 s.

¹⁴⁸² Cf. art. 1.7(2) PICC; art. 1:201(2) PECL; art. 0:301(2) Principes directeurs PCC.

de bonne foi au cours des pourparlers¹⁴⁸³ dans un accord précontractuel serait inefficace.¹⁴⁸⁴

- 822 Enfin, le Projet TERRÉ propose de consacrer comme principe général l'**interdiction de se contredire au détriment d'autrui**, soit l'interdiction d'agir en contradiction avec ses propres «*déclarations ou comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondée*» (art. 6 al. 1 Projet TERRÉ). Cette formulation du principe de l'interdiction du *venire contra factum proprium* est bienvenue dans l'optique d'une harmonisation des législations. Sujet à des réticences doctrinales quant à sa reconnaissance,¹⁴⁸⁵ l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui («*devoir de cohérence*»)¹⁴⁸⁶ n'occupe pas une place centrale dans le droit contractuel français,¹⁴⁸⁷ bien qu'on en recense des applications jurisprudentielles.¹⁴⁸⁸ Sa codification rapprocherait le droit français non seulement d'autres systèmes juridiques nationaux dans lesquels il joue un rôle important,¹⁴⁸⁹ mais également des PICC (art. 1.8 PICC; *infra* n.

¹⁴⁸³ Cf. art. II.-3:301(2) DCFR.

¹⁴⁸⁴ D'aucuns considèrent à raison que la soustraction du devoir de bonne foi à la liberté contractuelle va de soi (cf. ROUHETTE, RDC, p. 1396), la bonne foi étant un principe d'ordre public auquel on ne saurait déroger (cf. FENOUILLET, p. 281 s. et note de bas de page 14).

¹⁴⁸⁵ Sur les raisons de cette réticence, cf. MAZEAUD, *La confiance légitime*, p. 363 ss.

¹⁴⁸⁶ Cf. art. 0:304 Principes directeurs PCC.

¹⁴⁸⁷ PCC, p. 185; MAZEAUD, *La confiance légitime*, p. 366.

¹⁴⁸⁸ Ainsi not. Cass. com., 11 mars 1997, n. 95-16853, (inédit), disponible sur Internet à la p. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007343721&fastReqId=683129278&fastPos=1>> (visité le 26.06.2015) où la Cour de cassation considère qu'«*en vertu de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, nul ne peut se contredire illégitimement aux dépens d'autrui, et tromper ainsi l'attente légitime de son cocontractant*».

¹⁴⁸⁹ La formulation du principe du «*Verbot des venire contra factum proprium*» entre dans le droit allemand en 1912 par la publication de la thèse d'habilitation d'ERWIN RIEZLER, *Venire contra factum proprium, Studium im römischen, englischen und deutschen Civilrecht*, Leipzig 1912. L'auteur est un des juristes de langue allemande les plus renommés du début du XX^e siècle. Non seulement a-t-il constitué, par la règle formulée dans le titre de sa thèse, l'un des principes les plus typiques du droit allemand moderne, mais en plus c'est le premier privatiste allemand à utiliser explicitement la méthode comparative pour dégager de nouvelles règles dans le cadre du tout jeune BGB. Il est également le premier juriste allemand à s'intéresser au droit anglais en général et à l'*estoppel* en particulier, auquel il rattache à raison le principe qu'il formule (cf. RANIERI, p. 25 s.).

1096 s.). En tant qu'application du principe général de la bonne foi,¹⁴⁹⁰ l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui introduirait dans le cadre législatif français également la notion de confiance légitime (*supra* n. 510 ss).

- 823 Le Projet TERRÉ pose cependant une **limite au principe** au sens où «[l]a simple tolérance ne suffit pas à rendre la confiance légitime» (art. 6 al. 2 Projet TERRÉ). Ainsi, l'indulgence d'un créancier est insuffisante pour susciter une confiance légitime chez le débiteur dans la renonciation du créancier de demander l'exécution de son droit.¹⁴⁹¹ De même, tolérer des négociations ne suffit pas à fonder une confiance légitime dans la conclusion d'un contrat.

(c) *Bonne foi dans les négociations (art. 24 à 27 Projet TERRÉ)*

- 824 En deuxième lieu, les articles 24 à 27 Projet TERRÉ relatifs aux **négociations** forment le § 3 de la section 1 «*De la conclusion du contrat*» du chapitre II «*De la formation du contrat*» du titre I relatif aux contrats.

§ 3. Des négociations

Article 24 :

L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi.

La faute dans l'exercice de la faculté de rompre est source de responsabilité. Elle est notamment constituée lorsqu'une des parties a entamé ou a poursuivi des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord.

En aucun cas les dommages et intérêts ne peuvent compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu.

Article 25:

Indépendamment de toute rupture, l'utilisation non autorisée d'une information confidentielle obtenue des

¹⁴⁹⁰ Cf. RANIERI, p. 26; Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 1 ad art. 1.8 PICC.

¹⁴⁹¹ Cf. AUBERT DE VINCELLES, *Les principes généraux*, p. 117.

négociations ouvre droit à réparation dans les conditions du droit commun de la responsabilité délictuelle.

Article 26:

Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer. Elles doivent alors concourir de bonne foi à leur détermination.

Article 27:

Le régime des accords destinés à aménager le déroulement ou la rupture des pourparlers, est soumis aux dispositions du présent Titre.

- 825 La lecture du § 3 Projet TERRÉ révèle rapidement que ce dernier est composé d'articles (ou de parties d'articles) souvent littéralement identiques à ceux figurant soit dans le § 1 Projet CATALA relatif à la négociation (art. 1104 à 1104-2 Projet CATALA), soit dans la section du projet gouvernemental qui s'y consacre (art. 16 et 17 Projet CHANCELLERIE). Seules les **rares divergences** avec les deux projets seront soulevées ci-après. Pour le reste, nous nous limitons à renvoyer aux remarques déjà émises à l'occasion des deux autres projets de réforme (*supra* n. 777 ss).
- 826 L'article 24 al. 1 Projet TERRÉ est parfaitement identique à l'article 1104 al. 1 Projet CATALA relatif à la **liberté dans l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations dans les limites de la bonne foi** (*supra* n. 778).
- 827 En revanche, l'article 24 al. 2, 1^{ière} phrase Projet TERRÉ ne figure tel quel dans aucun des deux autres projets. En effet, les termes «*faute dans l'exercice de la faculté de rompre*» (art. 24 al. 2, 1^{ière} phrase Projet TERRÉ), faisant écho aux réflexions françaises quant à l'**abus dans la rupture** (*supra* n. 760),¹⁴⁹² sont utilisés à bon escient en lieu et place de la locution controversée «*rupture fautive*» de l'article 16 al. 2, 1^{ière} phrase Projet CHANCELLERIE (*supra* n. 798). Toutefois, contrairement au Projet TERRÉ, le projet gouvernemental plus récent

¹⁴⁹² Cf. AUBERT DE VINCELLES, p. 135.

a le mérite d'identifier clairement la «*conduite fautive*» des négociations (art. 16 al. 2, 1^{ière} phrase Projet CHANCELLERIE) comme fondement de responsabilité.

- 828 La **critique** que nous formulons à l'égard de l'article 16 al. 2 Projet CHANCELLERIE (*supra* n. 802) vaut également pour l'article 24 al. 2 Projet TERRÉ. L'illustration de l'entame ou la poursuite des négociations sans intention de conclure, figurant dans les deux projets français (art. 24 al. 2, 2^e phrase Projet TERRÉ; art. 16 al. 2, 2^e phrase Projet CHANCELLERIE) provient, il est vrai, de certains modèles d'uniformisation,¹⁴⁹³ mais dans ces derniers, il est exemplatif d'un des possibles comportements contrevenant à l'interdiction de négocier contrairement à la bonne foi et non pas d'une faute dans l'exercice de la faculté de rompre.
- 829 Concernant les **dommages réparables**,¹⁴⁹⁴ les deux projets excluent la réparation du préjudice correspondant à l'intérêt positif au contrat (art. 24 al. 3 Projet TERRÉ; art. 16 al. 3 Projet CHANCELLERIE; *supra* n. 803).
- 830 Comme souvent en matière de codification, il vaut mieux prévoir expressément ce qui tombe sous le sens, sauf à encourir le risque de réintroduire sinon le doute, du moins le débat à propos du sujet en question – *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'une problématique controversée également au niveau international. Ainsi, il est parfaitement reconnu en droit positif français que la responsabilité précontractuelle est de nature délictuelle (*supra* n. 762). Or, contrairement à l'article 16 al. 2, 1^{ière} phrase Projet CHANCELLERIE qui mentionne expressément que le fondement de la responsabilité pour conduite ou rupture fautive des négociations est délictuel, l'article 24 al. 2, 1^{ière} phrase Projet TERRÉ reste muet quant à la **nature** de la responsabilité encourue pour la faute dans l'exercice de la faculté de rompre. Comment, dès lors, interpréter le silence de l'article 24 al. 2, 1^{ière} phrase Projet TERRÉ à la lecture de l'article 25 du même projet relatif au devoir de confidentialité? En effet, il y est prévu qu'une violation de ce dernier «*ouvre droit à la réparation dans les conditions du droit commun de la responsabilité délictuelle*» (art. 25 Projet TERRÉ). Faut-il en conclure *a contrario* que la faute dans l'exercice de la faculté de rompre n'est pas soumise à la responsabilité délictuelle, ou alors qu'elle l'est, mais pas aux conditions de celles du «*droit commun*» de cette dernière? A cet égard, le projet gouvernemental est plus cohérent, puisque dans les deux cas, la violation du

¹⁴⁹³ Cf. art. 2.1.15(3) PICC; art. II.-3:301(4) DCFR; art. 2:301(3) PECL; art. 2:103(3) ACQP; art. 6 al. 2 Projet GANDOLFI.

¹⁴⁹⁴ Cf. AUBERT DE VINCELLES, p. 136 s.

devoir précontractuel considéré est expressément réparable sur le fondement de la responsabilité délictuelle (art. 16 al. 2, 1^{ière} phrase et 17 Projet CHANCELLERIE).

- 831 Quant au principe même du **devoir de confidentialité**, il trouve une consécration matériellement identique dans les deux projets (art. 25 Projet TERRÉ; art. 17 Projet CHANCELLERIE; *supra* n. 804 s.).
- 832 Les articles 26 et 27 Projet TERRÉ relatifs aux **accords précontractuels** s'inspirent des articles 1104-1 et 1104-2 Projet CATALA (*supra* n. 778).
- 833 Il y a cependant une **différence notable** entre les deux projets. Contrairement à l'article 1104-1 Projet CATALA, l'article 25 Projet TERRÉ prévoit que la conclusion d'un tel «*accord de principe*» impose impérativement aux parties un devoir de «*concourir de bonne foi à [la] détermination*» des éléments du contrat futur (art. 26 Projet TERRÉ). Il s'agit d'un cas d'application de l'article 5 Projet TERRÉ érigeant la bonne foi en principe général soustrait à la liberté contractuelle des parties (*supra* n. 821).

(d) *Devoir d'information général (art. 33 et 34 Projet TERRÉ)*

En troisième lieu, les articles 33 et 34 Projet TERRÉ traitant du **devoir d'information général** figurent à la section 2 «*Du consentement*» du chapitre II «*De la formation du contrat*» du titre I relatif aux contrats.

Article 33:

La partie qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance de celle-ci est légitime.

L'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance, du fait notamment de la nature du contrat ou de la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Article 34:

Le manquement à une obligation d'information engage la responsabilité de celui qui en était tenu et, le cas échéant, conduit à la nullité du contrat dans les conditions des articles 35 [¹⁴⁹⁵] et suivants.

- 834 A l'image de l'article 44 Projet CHANCELLERIE, les articles 33 et 34 Projet TERRÉ traduisent fidèlement la **substance** des règles énoncées dans les articles 1110 et 1110-1 Projet CATALA.¹⁴⁹⁶ Raison pour laquelle nous renvoyons à nos commentaires y relatifs (*supra* n. 787 ss).
- 835 Tout au plus pouvons-nous constater que l'énoncé limitant le devoir d'information général aux informations présentant un **lien direct et nécessaire avec le contrat** (art. 1110 al. 4 Projet CATALA; art. 44 al. 2 Projet CHANCELLERIE) n'est pas consacré par le Projet TERRÉ. A rigueur de texte, le groupe TERRÉ s'est contenté de la référence à l'«*information dont [une partie] sait le caractère déterminant pour l'autre*» (art. 33 al. 1 Projet TERRÉ). La formulation du projet gouvernemental est plus heureuse, puisqu'elle limite le devoir d'information général aux informations dont l'importance est déterminante «*pour le consentement de l'autre*» (art. 44 al. 1 Projet CHANCELLERIE)¹⁴⁹⁷ et «*qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties*» (art. 44 al. 2 Projet CHANCELLERIE). En tant que critère objectif pour la détermination des informations pertinentes, ce dernier alinéa est fort utile pour une meilleure circonscription de l'objet du devoir d'information général. En effet, le devoir d'information général, rappelons-le, est subsidiaire au devoir de se renseigner (*supra* n. 586).
- 836 Enfin, l'article 34 Projet TERRÉ, comme l'article 44 al. 4 Projet CHANCELLERIE (*supra* n. 809), sanctionne la violation du devoir d'information général par la **responsabilité** de l'auteur, tout en réservant expressément la **nullité** du contrat lorsque la violation est de nature à provoquer un vice du consentement (erreur,

¹⁴⁹⁵ Art. 35 Projet TERRÉ: «*Il n'y a pas de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été surpris par le dol ou extorqué par la violence*».

¹⁴⁹⁶ Cf. REMY-CORLEY/FENOUILLET, p. 153 s.

¹⁴⁹⁷ Le rapport au Projet TERRÉ relatif au consentement mentionne que le groupe avait considéré qu'il était plus clair de se référer à l'information ayant «*une importance déterminante pour le consentement de l'autre partie*» (REMY-CORLEY/FENOUILLET, p. 154).

dol ou violence; art. 34 Projet TERRÉ par renvoi aux art. 35 ss Projet TERRÉ). Ici aussi (*supra* n. 830), le projet gouvernemental a l'avantage de dissiper d'éventuels doutes en précisant que la prétention en réparation se fonde sur la responsabilité délictuelle (*supra* n. 809).

v. Projet TERRÉ RC

(a) Présentation

- 837 Sachant que la responsabilité précontractuelle est de **nature délictuelle** en droit français, il est légitime de s'attarder brièvement sur le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du groupe animé par le Professeur TERRÉ (Projet TERRÉ RC). Ce dernier ne traite en effet que de la responsabilité délictuelle; la responsabilité contractuelle étant réglée dans le Projet TERRÉ dans la section relative aux dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat (art. 117 à 123 Projet TERRÉ) à la suite des autres remèdes à l'inexécution (exécution forcée en nature, *exceptio non adimpleti contractus*, réduction du prix et résolution; art. 97 à 116 Projet TERRÉ).¹⁴⁹⁸

(b) Illicéité

- 838 Un des traits les plus remarquables du Projet TERRÉ RC est l'introduction de l'illicéité comme **élément constitutif du dommage réparable**. Le Projet TERRÉ RC introduit la notion dans sa toute première disposition. Cette dernière définit le délit civil de la façon suivante: «*Constitue un délit civil tout dommage illicitement causé à autrui*» (art. 1 al. 1 Projet TERRÉ RC). La notion d'illicéité apparaît également dans la définition de la faute dans l'article 5: «*La faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite. Un fait est illicite quand il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence*» (art. 5 Projet TERRÉ RC). La notion d'illicéité se trouve aussi à la base de la définition du dommage de l'article 8: «*Constitue un dommage toute atteinte certaine à un intérêt de la personne reconnu et protégé par le droit*» (art. 8 al. 1 Projet TERRÉ RC).¹⁴⁹⁹
- 839 Le Projet TERRÉ RC entend ainsi adresser les critiques émises à l'égard de la clause générale de responsabilité des articles 1382 et 1383 CCfr. (*supra* n. 747 ss), où la réparation du préjudice causé est soumise à la **seule faute**

¹⁴⁹⁸ REMY, p. 15 s.

¹⁴⁹⁹ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 125 s.

objective.¹⁵⁰⁰ Or, la position du CCfr. est singulière à cet égard. D'un point de vue historique, la science juridique a transformé la formule romaine de la *Lex Aquilia* «*damnum iniuria factum*» en «*damnum injuria et culpa datum*» («dommage infligé illicitement et fautivement»). Cette conception contient toutes les conditions de la responsabilité civile moderne, à savoir le préjudice, la causalité, la faute et l'illicéité. Elle a été reprise par tous les grands Codes, à savoir l'ABGB (§ 1295), le BGB (§ 823), l'aCO (art. 50) et le CO (art. 41), à l'exception du CCfr. (art. 1382 s.).¹⁵⁰¹

- 840 L'apparente simplicité véhiculée par la clause générale du CCfr. est un des motifs principaux invoqués quant à la nécessité de la réforme du système français de la responsabilité civile. La clause générale du droit positif français ne permet pas de connaître le **contenu** de la norme à respecter. Pour ce faire, il est indispensable de recourir à la jurisprudence des tribunaux. Ces derniers endossent dès lors le rôle contestable de législateur suppléant.¹⁵⁰² A dire vrai, la clause générale française a des hypothèses d'application indéfinies et illimitées.¹⁵⁰³

REMY, p. 21:

Cette clause générale a été traitée de telle façon qu'on grossit à peine ses traits actuels en l'exprimant ainsi: la faute quelconque d'un auteur quelconque, qui cause directement ou indirectement un dommage quelconque à une victime quelconque oblige son auteur à la réparer intégralement.

- 841 La jurisprudence et la doctrine françaises ont contribué à l'extension de la clause générale pour faute, notamment en diluant l'illicéité dans la définition de la faute.¹⁵⁰⁴ La refonte en cours du droit français de la responsabilité civile n'a pas seulement pour but de consolider les solutions jurisprudentielles et de combattre une imprévisibilité néfaste, mais avant tout d'enrayer la **multiplication des dommages réparables** et de lutter contre l'explosion des demandes de

¹⁵⁰⁰ CARVAL, p. 187.

¹⁵⁰¹ WINIGER, *Les intérêts protégés par la responsabilité civile*, p. 1.

¹⁵⁰² REMY, p. 36.

¹⁵⁰³ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 122.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*

réparation qui ont fait céder le système.¹⁵⁰⁵ En l'état, les articles 1382 s. CCfr. n'offrent pas de résistance structurelle aux demandes de réparation, lesquelles sont abandonnées au bon cœur des juges.¹⁵⁰⁶ L'idéologie de la réparation n'y rencontre dès lors aucun obstacle technique¹⁵⁰⁷ autre que la causalité. Le Professeur REMY, membre du groupe de travail chargé du projet, reconnaît expressément la supériorité du droit allemand à cet égard.

REMY, p. 33:

La sélection des intérêts protégés (par l'énumération du § 823 I [BGB] ou par la règle du Schutzgesetz du § 823 II [BGB]) confère à l'ensemble du système une rigidité, ou, si l'on préfère, des capacités de résistance plus grandes à la demande de réparation que notre clause générale.

- 842 Non seulement la nouvelle définition proposé par le Projet TERRÉ RC du délit civil comme dommage causé illicitement s'accorde-t-il avec le courant général des systèmes européens de responsabilité délictuelle, mais il remplit la même fonction que la condition du «*legally relevant damage*» des PEL Liab. Dam. et du DCFR (art. 1:101 et 2:101 PEL Liab. Dam. = art. VI.-1:101 et VI.-2:101 DCFR; *infra* n. 984 ss),¹⁵⁰⁸ à savoir de définir si l'intérêt de la victime à la réparation est protégé par l'ordre juridique. Partant, le Projet TERRÉ RC introduit une **hiérarchie des intérêts protégés**. Cette dernière se manifeste nettement dans la distinction des intérêts de la personne et de l'intérêt collectif (art. 8 Projet TERRÉ RC), dans la protection particulière de l'intérêt physique et psychique (art. 3, 20, 26, 35, 43 et 48 Projet TERRÉ RC), ainsi que dans les règles particulières de réparation (art. 58 et 59 Projet TERRÉ RC).¹⁵⁰⁹ Par exemple, en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique causé du fait d'un véhicule terrestre à moteur, la faute de la victime «*est sans incidence sur le droit à la réparation, à moins qu'il ne s'agisse d'une faute inexcusable ayant été la cause exclusive de l'accident*» (art. 26 al. 2 Projet TERRÉ RC).

¹⁵⁰⁵ REMY, p. 19 ss.

¹⁵⁰⁶ REMY, p. 39.

¹⁵⁰⁷ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 123.

¹⁵⁰⁸ REMY/BORGHETTI, p. 77.

¹⁵⁰⁹ REMY/BORGHETTI, p. 77 s.

(c) *Devoir général de prudence et de diligence*

- 843 Le projet de réforme du droit français de la responsabilité extracontractuelle prévoit expressément que la violation du **devoir général de prudence et de diligence** est un fait illicite à l'image de la violation de n'importe quelle autre règle de conduite imposée par la loi: «*Un fait est illicite quand il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence*» (art. 5, 2^e phrase Projet TERRÉ RC).
- 844 En déclarant illicite tout fait d'une personne contrevenant fautivement à une règle de conduite imposée par le devoir général de prudence et de diligence, l'article 5 Projet TERRÉ RC absorbe la **responsabilité précontractuelle**. En effet, celle-ci sanctionne la violation du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle (*supra* n. 463 s.). Or, ce dernier peut être compris comme étant une des expressions du devoir général de prudence et diligence tel que prévu à l'article de 5, 2^e phrase Projet TERRÉ RC.
- 845 Enfin, si le Projet TERRÉ devait trouver une concrétisation législative ensemble avec le Projet TERRÉ RC, leur mise en rapport aboutirait, en vertu des articles 5 et 24 Projet TERRÉ (*supra* n. 812 et 824), à ce que la bonne foi au stade précontractuel soit une règle de conduite imposée par la **loi** au sens de l'article 5, 2^e phrase Projet TERRÉ RC.

d) *Synthèse*

- 846 Le droit français reconnaît l'existence d'une responsabilité précontractuelle. Il voit en elle un cas d'application du régime général de la **responsabilité délictuelle** qui en dicte les conditions. Les règles relatives à la phase précontractuelle sont d'origine jurisprudentielle. En effet, la jurisprudence a intégré le critère de la bonne foi dans les finalités des relations précontractuelles. Ainsi, la bonne foi impose ou interdit certains comportements au stade des négociations.
- 847 Tout en s'inspirant des modèles d'uniformisation du droit privé (*infra* n. 903 ss), les dispositions des Projets CATALA, CHANCELLERIE et TERRÉ codifient les règles jurisprudentielles françaises de sorte à accorder une place privilégiée aux principes de la bonne foi et de la liberté contractuelle. Ces principes trouvent une expression dans la concrétisation de **clauses de responsabilité distinctes** relatives aux négociations contraires à la bonne foi et au manquement au devoir général d'information précontractuel.

- 848 En imposant une responsabilité délictuelle pour la violation du **devoir général de prudence et de diligence**, le Projet TERRÉ RC absorbe la responsabilité précontractuelle qui, elle, sanctionne le manquement à un des différents devoirs issus du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle.

C. Common law *anglo-américaine*

1. Introduction

- 849 Dans l'examen des traditions juridiques civilistes, nous avons débuté par le modèle juridique allemand où le principe de la bonne foi est un pilier du droit (*supra* n. 704). À l'inverse, le modèle de la *Common law* ne reconnaît pas un devoir général de se comporter de bonne foi au stade précontractuel (*infra* n. 855 s.). Nous mettrons en avant le **droit anglais** en tant que système de la *Common law* historique et européen. Toutefois, le **droit américain** doit être évoqué en parallèle, non seulement à cause de la proximité culturelle entre les deux ordres juridiques, mais surtout parce que le dernier offre des pistes d'évolution au premier.
- 850 L'absence en droit de la *Common law* d'une institution telle que la *culpa in contrahendo* n'implique pas qu'il n'y ait pas de mécanismes protégeant la confiance légitime. Le droit anglo-américain a développé **plusieurs moyens** qui peuvent être invoqués par une partie dans certains cas de figure de confiance déçue. Un bon nombre de résultats que les autres droits atteignent grâce à l'exigence de la bonne foi sont obtenus par des solutions spécifiques.¹⁵¹⁰
- 851 Ainsi, après un examen du rôle la **bonne foi** dans la *Common law* anglo-américaine (*infra* n. 852 ss), nous vouerons notre attention au «**promissory estoppel**» (*infra* n. 858 ss), à l'«**unjust enrichment**» (*infra* n. 862 ss), ainsi qu'à la «**misrepresentation**» (*infra* n. 865 ss) qui sont les principaux mécanismes évoqués dans le cadre fonctionnel de la protection de la confiance déçue en phase précontractuelle. Enfin, une **synthèse** viendra clore notre analyse des solutions consacrées par la *Common law* anglo-américaine (*infra* n. 883).

¹⁵¹⁰ LANDBRECHT, p. 592; ROUHETTE, p. 76.

2. Bonne foi

a) Présentation

852 Le concept de la bonne foi («*good faith and fair dealing*»; *supra* n. 486 s.), dans le sens d'honnêteté dans les faits et de loyauté commerciale, n'est pas étranger aux systèmes de la *Common law*. Contrairement aux pays civilistes, on ne lui reconnaît toutefois **pas de portée générale** («*not an overriding principle*»). Le droit anglais notamment a développé des solutions au coup par coup («*piecemeal solutions*») pour répondre aux problèmes d'iniquités («*problems of unfairness*»).¹⁵¹¹ Dans les pays de la *Common law*, la bonne foi joue un rôle dans certains contrats spéciaux, comme la vente¹⁵¹² ou le contrat d'assurance.¹⁵¹³ Aux Etats-Unis, il figure même comme devoir contractuel général tant dans le «*Restatement (Second) of Contracts*»¹⁵¹⁴ (§ 205 Restatement (2d) Contracts)¹⁵¹⁵ que dans l'«*Uniform Commercial Code*»¹⁵¹⁶ (§ 1-304 UCC).¹⁵¹⁷ Ce dernier définit la bonne foi comme «*honesty in fact in the conduct or transaction concerned*» (§ 1-201(20) UCC).¹⁵¹⁸ Lorsqu'elle s'applique dans le cas concret, la portée du principe de la bonne foi est largement restée limitée à l'exécution du contrat.¹⁵¹⁹ Jusqu'à récemment, l'idée d'un devoir de bonne foi

¹⁵¹¹ *Interfoto Picture Library Ltd. v Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989] Q.B. 433, p. 439.

¹⁵¹² BROWNSWORD, p. 13; HOGG, p. 207.

¹⁵¹³ *HIH Casualty and General Insurance Ltd. v Chase Manhattan Bank* [2003] UKHL 6 = 1 All E.R. (Comm) 349 = [2003] 1 C.L.C. 358, p. 364; KUONEN, n. 1445.

¹⁵¹⁴ Les *Restatements of the Law* sont des projets de l'*American Law Institute – ALI*. Ce sont essentiellement des lois modèles visant à clarifier et synthétiser la «*common law*» («*case law*»; *supra* n. 95) dans un domaine juridique particulier (p.<<http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.instituteprojects>> [visité le 26.06.2015]).

¹⁵¹⁵ § 205 Restatement (2d) Contracts: «*Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement*».

¹⁵¹⁶ La loi modèle UCC a été adoptée, avec quelques variations, par les 50 Etats fédérés des E.-U. (p.<<http://uniformcommercialcode.uslegal.com/>> [visité le 26.06.2015]). Il est révisé et approuvé par deux organismes neutres, l'«*Uniform Law Commission – ULC*» (www.uniformlaws.org) et l'«*American Law Institute – ALI*» (www.ali.org) (visités le 26.06.2015).

¹⁵¹⁷ § 1-304 UCC: «*Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement*».

¹⁵¹⁸ Cf. art. I.-1:103(1) DCFR.

¹⁵¹⁹ *Smith v Morgan* [1971] 1 W.L.R. 803, p. 808; § 1-304 UCC; DE CONINCK, p. 67.

comme standard général de comportement¹⁵²⁰ n'a pas été reconnue comme une source doctrinale dans le droit anglo-américain.¹⁵²¹

b) Phase précontractuelle

- 853 Au stade précontractuel, la bonne foi soulève **deux questions**. Premièrement, un devoir de négocier de bonne foi dans un accord d'entrée en négociation («*agreement to negotiate*») est-il pourvu d'un effet juridique? Deuxièmement, en l'absence d'un tel accord, y a-t-il des circonstances dans lesquelles le droit anglo-américain reconnaît un devoir de négocier de bonne foi?
- 854 Le droit anglais répond par la négative dans le **premier cas**.¹⁵²² D'un côté, le contenu du devoir de négocier de bonne foi est considéré comme trop incertain¹⁵²³ et de l'autre, un accord d'entrée en négociation informel – à lui seul – ne satisfait pas au «*law of contract*». ¹⁵²⁴ En droit de la *Common law*, un contrat n'a en principe pas de force contraignante du seul fait de l'échange des manifestations concordantes et réciproques des volontés. Le consensualisme ne suffit pas pour la conclusion d'un contrat valable. Il faut également une «*consideration*», une contrepartie donnée au promettant.¹⁵²⁵ Sans elle, ce dernier n'est en principe pas engagé et peut changer d'avis.¹⁵²⁶ Il est suffisant mais nécessaire que la «*consideration*» ait une valeur («*valuable*») pour le promettant: elle doit conférer soit un bénéfice au promettant, soit un désavantage au destinataire de la promesse, consister en une action ou une

¹⁵²⁰ Par le biais du droit communautaire, le principe de la bonne foi reçoit une importance grandissante au Royaume-Uni dans le domaine spécifique du droit de la consommation. Ainsi, Sect. 5(1) Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 prévoit qu'une clause non individuellement négociée doit être considérée comme «*unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*».

¹⁵²¹ BROWNSWORD, p. 13; FARNSWORTH, *Good faith*, p. 154.

¹⁵²² FURMSTON/TOLHURST, n. 12.10.

¹⁵²³ *Walford v Miles* [1992] 2 A.C. 128, p. 138.

¹⁵²⁴ *Courtney & Fairbairn Ltd. v Tolaini Brothers (Hotels) limited* [1975] W.L.R. 297, p. 301 (Court of Appeal).

¹⁵²⁵ FARNSWORTH, *Contracts*, p. 45 s.; FURMSTON/TOLHURST, n. 10.17 s.; WIDMER C., p. 57.

¹⁵²⁶ Sauf si la promesse a été faite sous forme solennelle. Ainsi la «*consideration*» est-elle une condition de validité pour les contrats non formels et reste étrangère aux contrats faits sous le sceau de celui qui s'engage («*contracts under seal*») (DE CONINCK, p. 67).

omission ou encore être une contre-promesse négociée et accordée en échange de la promesse originale.¹⁵²⁷

- 855 Quant au **deuxième cas**, la bonne foi ne joue qu'exceptionnellement un rôle lorsque le contrat envisagé, de par sa nature,¹⁵²⁸ impose un devoir de diligence particulier («*duty of care*»), tel un devoir d'information («*duty to disclose*»).¹⁵²⁹ Il en est ainsi du contrat d'assurance qui demande des parties qu'elles démontrent le plus haut degré de bonne foi¹⁵³⁰ («*uberrime fidei contract*»).¹⁵³¹
- 856 La *Common law* anglaise est largement **opposée** à une extension générale du principe de la bonne foi à la phase précontractuelle¹⁵³² et ne connaît pas le concept général de la responsabilité précontractuelle.¹⁵³³ L'opinion de LORD ACKNER dans l'arrêt *Walford v Miles*¹⁵³⁴ fait autorité en la matière.

Walford v Miles [1992] 2 A.C. 128, p. 138 per LORD ACKNER:

[...] *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*

¹⁵²⁷ *Channel Home Centers, Division of Grace Retail Corporation v Grossman* (1986) 795 F. 2d 291, p. 299 (United States Court of Appeals, 3rd Cir.); PEEL, n. 3-027 ss. Une lettre d'intention («*Letter of Intent*»; *infra* n. 1282) incorporant une déclaration d'intention de conclure un contrat sous certaines conditions détaillées peut valoir «*good consideration*» dans le cadre d'une promesse d'entrée en négociation (*Channel Home Centers, Division of Grace Retail Corporation v Grossman* (1986) 795 F. 2d 291, p. 300 (United States Court of Appeals, 3rd Cir.); *Walford v Miles* [1992] 2 A.C. 128, p. 131).

¹⁵²⁸ FURMSTON/TOLHURST, n. 12.17.

¹⁵²⁹ *Interfoto Picture Library Ltd. v Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989] Q.B. 433, p. 439.

¹⁵³⁰ *HIH Casualty and General Insurance Ltd. v Chase Manhattan Bank* [2003] UKHL 6 = 1 All E.R. (Comm) 349 = [2003] 1 C.L.C. 358, p. 364; RISKE, p. 85; TENENBAUM/CHAINAIS/GUILLAUME, p. 187.

¹⁵³¹ Le transfert de parts sociales ou la vente de terrain comptent également parmi les *uberrime fidei contracts* (WICKER/SAUTONIE-LAGUIONIE/BUJOLI, p. 522).

¹⁵³² FURMSTON/TOLHURST, n. 12.07.

¹⁵³³ ALLEN, *England*, p. 14; FURMSTON/TOLHURST, n. 12.36; DE CONINCK, p. 67; RISKE, p. 85.

¹⁵³⁴ [1992] 2 A.C. 128 = [1992] 2 W.L.R. 174 = [1992] 1 All E.R. 453.

as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. [...] In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reasons.

[...] le concept d'un devoir de poursuivre les négociations de bonne foi est inhéremment inconciliable avec la position antagoniste des parties lorsqu'elles sont impliquées dans des négociations. Chaque partie aux négociations est en droit de poursuivre son propre intérêt, tant qu'il évite de s'adonner à de fausses représentations de la réalité. [...] Un devoir de négocier de bonne foi est aussi inapplicable en pratique qu'inhéremment inconsistant avec la position d'une partie en négociation. [...] A mon avis, tant que des négociations sont en cours, chaque partie est en droit de se retirer de ces négociations en tout temps et pour n'importe quelles raisons.¹⁵³⁵

- 857 En droit anglais, avant qu'un contrat ne soit valablement conclu, les parties sont **libres de rompre les négociations** à tout moment, sans avoir à donner de raisons (*ius variandi*; *supra* n. 471).¹⁵³⁶ Rien n'empêche donc une partie d'engager des négociations parallèles avec un tiers pour ensuite choisir librement son partenaire contractuel en tout temps.¹⁵³⁷ Dans ce système, la partie qui engage des frais importants avant la conclusion d'un contrat supportera le risque que les négociations échouent. Elle n'a aucune revendication à formuler à l'égard du cocontractant prospectif tant qu'un contrat n'a pas été conclu.¹⁵³⁸

¹⁵³⁵ Traduction libre.

¹⁵³⁶ FURMSTON/TOLHURST, n. 12.21.

¹⁵³⁷ FURMSTON/TOLHURST, n. 12.21; FARNSWORTH, *Precontractual liability*, p. 22; RISKE, p. 85.

¹⁵³⁸ DE CONINCK, p. 69; FURMSTON/TOLHURST, n. 12.21.

3. *Promissory estoppel*

a) *Présentation*

858 Le «*promissory estoppel*»¹⁵³⁹ est un instrument de promotion de la bonne foi.¹⁵⁴⁰ Il permet de donner un effet juridique à une promesse qui normalement en serait dépourvue sur le plan contractuel à défaut de «*consideration*» (*supra* n. 854).¹⁵⁴¹ Le «*promissory estoppel*» est une **interdiction de bénéficiaire de ses propres contradictions** fonctionnant comme un mécanisme de blocage à la manière d'une fin de non-recevoir.¹⁵⁴² Le droit anglais conçoit cette théorie uniquement comme un moyen de défense pour mettre en échec l'action intentée par la partie qui a fait une promesse mais revient sur ses dires («*a shield, not a sword*»). La construction du «*promissory estoppel*» s'applique lorsqu'une partie fait une promesse telle qu'elle crée à l'égard d'une autre une expectative claire de manière à ce que cette dernière s'y fie, en tienne compte dans sa façon d'agir et qu'il en résulte un préjudice pour celle-ci.¹⁵⁴³ La partie qui a suscité ladite confiance est empêchée de nier la réalité de sa promesse ayant induit l'autre partie à une action ou une omission préjudiciable aux intérêts de cette dernière.¹⁵⁴⁴ Ainsi, le «*promissory estoppel*» peut être vu comme une expression fonctionnelle du principe civiliste de l'interdiction du *venire contra factum proprium*.

b) *Applications*

859 *Central London Property Trust Ltd. v High Trees House Ltd.*¹⁵⁴⁵ est un «*leading case*» pour la doctrine du «*promissory estoppel*». En 1937, le bailleur (*Central*

¹⁵³⁹ Le mot «*estoppel*» a probablement traversé la Manche avec GUILLAUME LE CONQUÉRANT et vient du vieux français «*estoupe*». Etouper signifie «*boucher*» ou «*stopfen*» en allemand. Partant, on retrouve également une parenté étymologique avec le mot allemand «*Stöpsel*» désignant communément un bouchon de baignoire, de lavabo, etc. De la même façon qu'on étoupe pour boucher une fuite dans la coque d'un bateau, l'avocat utilise le moyen de l'«*estoppel*» au cours d'un procès, comme s'il bâillonnait son adversaire pour lui interdire d'alléguer une prétention en contradiction avec ses propres dires ou agissements antérieurs (cf. FAUVARQUE-COSSON, p. 3 ss; BLACK, p. 629 s.).

¹⁵⁴⁰ FURMSTON/TOLHURST, n. 12.55.

¹⁵⁴¹ FURMSTON/TOLHURST, n. 12.60; TISSEYRE, n. 158.

¹⁵⁴² FAUVARQUE-COSSON, p. 3.

¹⁵⁴³ DE CONINCK, p. 68 s.; KÖNDGEN, p. 69; RISKE, p. 86.

¹⁵⁴⁴ Cf. BLACK, p. 631.

¹⁵⁴⁵ *Central London Property Trust Ltd. v High Trees House Ltd.* [1947] K.B. 130.

London Property Trust Ltd.) loue un bloc d'appartements pour un montant de 2'500 Livres par an. En 1940, la plupart des appartements se retrouvent vides à cause de la guerre. Le bailleur consent à réduire le loyer du locataire (*High Trees House Ltd.*) de moitié à cause des difficultés rencontrées par ce dernier pour trouver des sous-locataires en temps de crise. En 1945, les appartements se trouvent à nouveau tous occupés. Le bailleur réclame, pour l'avenir et pour la deuxième moitié de 1945, le paiement du montant initialement convenu. Il obtient gain de cause. Cependant, LORD DENNING – dans un *obiter dictum* demeuré célèbre – suggère que le bailleur aurait été «*estopped*» d'exiger le montant total des loyers entre 1940 et 1945, en raison de sa **promesse** de réduction du loyer qu'il avait faite au locataire.

Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd. [1947] K.B. 130, p. 136 per LORD DENNING:

If the case had been one of estoppel [...], I prefer to apply the principle that a promise intended to be binding, intended to be acted upon, and in fact acted on, is binding so far as its terms properly apply. Here it was binding as covering the period down to the early part of 1945 [...].

Si le cas avait été celui de l'*estoppel* [...], je préfère appliquer le principe qu'une promesse, destinée à être contraignante, destinée à ce que l'on agisse sur sa foi et qu'en fait on a agi sur sa foi, est contraignante dans la mesure où ses termes s'appliquent correctement. Ici, elle fut contraignante pour une période allant jusqu'à la première partie de 1945 [...].¹⁵⁴⁶

- 860 En droit de la *Common law* anglaise, celui à qui la promesse a été faite n'a pas d'action qu'il puisse faire valoir du fait de la promesse. En revanche, le tribunal interdira au promettant d'agir en contradiction avec sa promesse postérieure à la conclusion du contrat et l'empêchera ainsi d'insister sur les droits originaux qu'il avait en vertu du contrat. Le «*promissory estoppel*» anglais opère seulement en cas de **relations contractuelles ou légales préexistantes** entre les

¹⁵⁴⁶ Traduction libre.

parties.¹⁵⁴⁷ Ainsi, le «*promissory estoppel*» est admis en principe uniquement dans l'hypothèse où les parties entretiennent déjà un lien contractuel, et dont l'une, après avoir formulé une promesse sans «*consideration*» dans l'intérêt de l'autre, réclame l'exécution du contrat existant en contradiction avec ses déclarations précédentes. Le «*promissory estoppel*» empêche que la partie – ayant agi sur la foi de la promesse de l'autre («*reliance on promise*») de ne pas exercer un droit contractuel existant – soit lésée par la réfutation de la promesse qui lui avait été faite.¹⁵⁴⁸

- 861 Le «*promissory estoppel*» n'est pas (encore) appliqué aux **négociations** précontractuelles dans le droit anglais. Il serait toutefois malvenu de le passer sous silence dans le cadre de notre analyse, puisque d'un point de vue fonctionnel, le «*promissory estoppel*» agit comme un mécanisme de protection de la confiance suscitée. Par ailleurs, la sphère d'application de la doctrine du «*promissory estoppel*» recèle un potentiel de développement. Ainsi connaît-elle une importance beaucoup plus considérable aux E.-U. En effet, en droit américain, la doctrine du «*promissory estoppel*» est admise de façon plus large et peut être source de droits d'action en qualité de demandeur.¹⁵⁴⁹ De surcroît, elle trouve application également au stade précontractuel.¹⁵⁵⁰ Le «*Restatement (Second) of Contracts*» lui consacre le § 90(1).¹⁵⁵¹ Il retient qu'une promesse lie son auteur si l'autre partie s'y est raisonnablement fiée et a pris des dispositions en conséquence. La violation d'une telle promesse entraîne en général des dommages-intérêts négatifs («*reliance damages*»), même si des dommages-intérêts positifs ne sont pas exclus.¹⁵⁵² S'agissant de promesses suscitant une confiance légitime, le «*promissory estoppel*» au sens des *Restatements* remplit

¹⁵⁴⁷ ALLEN, p. 132; PEEL, n. 3-079; RISKE, p. 87.

¹⁵⁴⁸ DE CONINCK, p. 70.

¹⁵⁴⁹ *Hoffman v Red Owl Stores, Inc.* (1965) 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (Supreme Court of Wisconsin); décision critiquée par SCHWARTZ/SCOTT, p. 668 ss; pour l'Australie, cf. *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v Maher* (1988) C.L.R. 387.

¹⁵⁵⁰ FARNSWORTH, *General Report*, p. 20; FARNSWORTH, *Precontractual liability*, p. 217 ss; KÖNDGEN, p. 77.

¹⁵⁵¹ § 90(1) *Restatement (2d) of Contracts*: «*A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or such forbearance is binding in justice if it can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach of promise may be limited as justice requires*».

¹⁵⁵² WIDMER C., *Umfang des Schadenersatzes*, p. 157 ss et les réf. citées.

donc une des fonctions de la «*Vertrauenshaftung*» germanique (*infra* n. 1210 ss).

4. *Restitution for Unjust Enrichment*

a) *Présentation*

862 L'obligation de restituer les **bénéfices acquis indûment** pendant les négociations est une autre expression fonctionnelle de la responsabilité précontractuelle en droit anglo-américain. Une partie en négociation ne doit pas pouvoir s'enrichir impunément et injustement aux dépens de l'autre, alors qu'une confiance légitime dans la conclusion d'un contrat valable a été suscitée. Afin de prévenir l'enrichissement injuste («*unjust enrichment*»), le droit de la *Common law* admet une action en responsabilité où l'étendue de la réparation s'étend aux bénéfices perçus par le défendeur au détriment du demandeur en l'absence de contrat valable («*liability to pay quantum meruit*»).¹⁵⁵³ L'action en question vise donc une remise du gain injustement perçu. Un correspondant fonctionnel de cette institution en droit suisse peut être trouvé dans l'action en remise du gain («*Gewinnherausgabeklage*») pour gestion d'affaires imparfaite («*Geschäftsanmassung*»; art. 423 al. 1 CO) dans le cadre précontractuel (*infra* n. 1464).

b) *Applications*

863 La «*restitution for unjust enrichment*» s'applique principalement aux cas de bénéfices indus liés à des **services rendus** pendant les négociations. Le cas type est celui d'un architecte ou d'une entreprise de construction qui rend des services au maître de l'ouvrage pendant la phase des planifications ou des négociations¹⁵⁵⁴ sans qu'au final un contrat entre les parties n'ait été (valablement) conclu. Il a été jugé, dans cet ensemble d'hypothèses précises, que les bénéfices perçus devaient être indemnisés.¹⁵⁵⁵

¹⁵⁵³ *Benedetti v Sawiris and others* [2013] 4 All E.R. 253; FURMSTON/TOLHURST, n. 12.62; FARNSWORTH, *General Report*, p. 18.

¹⁵⁵⁴ PEEL, n. 22-021.

¹⁵⁵⁵ *Georgia Malone & CO., Inc. v Rieder*, 2012 NY Slip Op 05200, 19 N.Y.3d 511 (2012) (New York Court of Appeals); *British Steel Corp. v Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd.* (1981) [1984] 1 All E.R. 504; *Hill v Waxberg*, 237 F.2d 936 (1956) (United States Court of Appeals, 9th Cir.).

864 L'action n'est pas fondée sur une responsabilité contractuelle, puisqu'il n'y a pas de contrat, mais sur le fondement du «*law of restitution*» qui, dans le cadre de négociations infructueuses, nécessite l'établissement d'un enrichissement **injuste**.¹⁵⁵⁶ En effet, le seul fait qu'une partie a bénéficié des services de l'autre n'est pas suffisant pour obtenir le droit à la restitution. La règle demeure donc que les parties en négociation doivent en principe supporter le risque de l'échec des négociations, chaque partie consentant ses efforts et investissements dans le but de faire fructifier ses propres intérêts (*supra* n. 559).¹⁵⁵⁷ En dépit du potentiel qu'il recèle, ce fondement de responsabilité en cas de non aboutissement des négociations semble encore être quelque peu sous-exploité par la science juridique, en Angleterre comme aux Etats-Unis.¹⁵⁵⁸

5. *Misrepresentation*

a) *Présentation*

865 Un autre mécanisme anglo-américain important en rapport avec la fonction de la responsabilité précontractuelle est le «*law of tort*». Bien qu'il faille se méfier des assimilations hâtives entre les institutions juridiques de la *Civil law* et de la *Common law*, le «*law of tort*», qui, dans sa définition négative, englobe les cas de responsabilité ne trouvant leur source ni dans le contrat, ni dans l'enrichissement illégitime,¹⁵⁵⁹ correspond relativement bien, fonctionnellement parlant, à la responsabilité extracontractuelle civiliste. En droit anglo-américain, il n'existe toutefois pas un régime unique de responsabilité délictuelle obligeant tout auteur d'un dommage à verser une réparation. On distingue au contraire selon le délit («*tort*»): la violation de propriété («*trespass*»), la malversation («*conversion*»), l'association de malfaiteurs («*conspiracy*»), la négligence («*negligence*»), la diffamation («*defamation*»), etc.¹⁵⁶⁰

866 Une «*misrepresentation*» est une **fausse représentation de la réalité** (par déclaration ou comportement)¹⁵⁶¹ d'une partie à l'endroit d'une autre induisant cette dernière à conclure un contrat avec la première.

¹⁵⁵⁶ FURMSTON/TOLHURST, n. 12.65; DE CONINCK, p. 74.

¹⁵⁵⁷ DE CONINCK, p. 74; RISKE, p. 89.

¹⁵⁵⁸ RISKE, p. 89.

¹⁵⁵⁹ BLACK, p. 1626; WIDMER C., p. 48.

¹⁵⁶⁰ Cf. arrêt de la Cour EDH du 10.05.2001, *T.P. and K.M. v the United Kingdom*, 28945/95, n. 45.

¹⁵⁶¹ WIDMER C., p. 93.

- 867 La *Common law* anglaise connaît **trois types** de «*misrepresentation*», à savoir: la «*fraudulent misrepresentation*» (*infra* n. 869 ss), la «*negligent misrepresentation*» (*infra* n. 876 ss) et l'«*innocent misrepresentation*» (*infra* n. 880 ss).
- 868 Le droit anglais a précisé les règles de la «*misrepresentation*» de «*common law*» («*case law*»; *supra* n. 95) dans le Misrepresentation Act 1967. Par principe, le contrat conclu sous l'emprise d'une «*misrepresentation*» est **annulable** («*voidable*») par la partie lésée.¹⁵⁶² Suivant le type de «*misrepresentation*», la partie lésée peut demander des dommages et intérêts et/ou l'annulation du contrat et la restitution des prestations effectuées («*rescission of the contract*»; Sct. 2 Misrepresentation Act 1967).

b) Fraudulent Misrepresentation

- 869 La «*fraudulent misrepresentation*» («*tort of deceit*», «*fraud*») est la protection offerte par le droit anglo-américain contre le dommage causé à une partie qui a tenu compte d'une **fausse représentation de la réalité**¹⁵⁶³ d'une autre partie (i) qui la savait fausse, (ii) n'avait pas foi dans sa véracité ou (iii) ne se préoccupait pas de savoir si elle était vraie ou fausse,¹⁵⁶⁴ et (iv) qui avait l'intention que la partie lésée en tienne compte.¹⁵⁶⁵
- 870 Sauf dans les cas d'«*uberrime fidei contract*» (*supra* n. 855) dans lesquels une partie a un devoir d'informer sur tous les éléments matériels («*duty to disclose*»), le seul **silence** ne constitue pas une «*misrepresentation*».¹⁵⁶⁶
- 871 Est susceptible de tomber sous l'empire du «*law of tort*» (*supra* n. 865) le **comportement frauduleux** de quelqu'un qui entre en négociation uniquement pour détourner l'attention de l'autre partie de toute négociation parallèle sans jamais avoir eu l'intention de contracter (*infra* n. 872). Il est admis en droit américain qu'une personne qui entame une négociation doit avoir l'intention sérieuse de la faire aboutir. Continuer à négocier tout en sachant qu'on ne contractera pas, ou ne pas informer son partenaire de négociation de son

¹⁵⁶² PEEL, n. 9-081.

¹⁵⁶³ Et non une simple estimation (cf. *Esso Petroleum v Mardon* [1976] Q.B. 801).

¹⁵⁶⁴ *Derry v Peek* [1889] 14 A.C. 377 = [1889] 5 T.L.R. 625.

¹⁵⁶⁵ WIDMER C., p. 55; BLACK, p. 1091.

¹⁵⁶⁶ *Smith v Hughes* [1871] L.R. 6 Q.B. 597; WIDMER C., p. 93; pour le *soft law* paneuropéen cf. art. II.-7:205 DCFR (*Fraud*).

changement d'avis peut être répréhensible au même titre que de prendre l'initiative d'entrer en négociation avec un concurrent dans le seul but d'éviter que ce concurrent réalise une autre affaire ailleurs.¹⁵⁶⁷

- 872 Dans l'affaire *Markov v ABC Transfer & Storage Co.*,¹⁵⁶⁸ le bailleur d'un immeuble avait laissé entendre à son locataire qu'il avait l'intention de renouveler le bail existant pour trois ans de plus, tout en négociant discrètement avec un acheteur potentiel la vente de l'immeuble loué. Son objectif réel était que l'occupation du bien par le locataire se poursuive au cas où la vente échouerait. La Cour Suprême de l'Etat de Washington sanctionna le bailleur pour avoir **promis frauduleusement** «*to renew the lease [...] and to negotiate the amount of rentals in good faith*», ajoutant que la fraude était établie «*if the promise is made without care or concern whether it will be kept*».¹⁵⁶⁹
- 873 L'indemnisation allouée englobait non seulement les **frais encourus** par le déménagement précipité du locataire (*damnum emergens*) mais aussi le **manque à gagner** du fait que le locataire avait perdu son client principal, parce qu'aucune préparation n'avait été faite pour le déménagement (*lucrum cessans*). Il s'agit donc bien de dommages-intérêts négatifs («*reliance damages*») qui visent à replacer la partie lésée dans la situation qui aurait été la sienne si elle n'avait jamais conclu le contrat ou n'avait jamais entrepris sa négociation.¹⁵⁷⁰
- 874 La *Common law* admet également la réparation de la **perte d'une chance** (*infra* n. 1460) de réaliser des profits à raison d'une autre affaire dans laquelle la partie lésée aurait investi si elle n'avait pas été induite à conclure le contrat en cause par la «*misrepresentation*» de l'autre.¹⁵⁷¹
- 875 En droit anglais, lorsqu'un contrat a été conclu, la personne lésée par une «*fraudulent misrepresentation*» peut, à côté de **dommages-intérêts** «*in tort*»,¹⁵⁷² demander l'**annulation du contrat conclu** et, dans la mesure du

¹⁵⁶⁷ DE CONINCK, p. 80; FARNSWORTH, *Precontractual Liability*, p. 234; RISKE, p. 90 s.

¹⁵⁶⁸ 70 Wash.2d 388, 476 P.2d 535 (1969) (Supreme Court of Washington), cité par FARNSWORTH, *General Report*, p. 31.

¹⁵⁶⁹ *Markov v ABC Transfer & Storage Co.*, 70 Wash.2d 388 (1969) (Supreme Court of Washington), p. 396.

¹⁵⁷⁰ KUONEN, n. 1838 ss; RISKE, p. 90.

¹⁵⁷¹ *East v Maurer* [1991] 1 W.L.R 461.

¹⁵⁷² Cf. *Doyle v Olby (Ironmongers) Ltd.* [1969] 2 Q.B. 158 = [1969] 2 W.L.R. 673; Misrepresentation Bill, p. 930 per VISCOUNT COLVILLE OF CULROSS.

possible,¹⁵⁷³ la **restitution des prestations** effectuées («*rescission of the contract*»).¹⁵⁷⁴ Le dol au sens de l'article 28 CO peut être vu comme fonctionnellement correspondant à la «*fraudulent misrepresentation*».

c) *Negligent Misrepresentation*

- 876 Le même type de réparation s'applique dans les cas de «*negligent misrepresentation*» («*tort of negligent misstatement*») où il n'y a pas de mauvaise foi caractérisée, mais seulement une **négligence** de l'auteur d'une déclaration inexacte et imprudente alors que les circonstances lui imposaient de faire montre de prudence.¹⁵⁷⁵ Il s'agit d'un cas d'application du «*tort of negligence*». En effet, les parties peuvent être tenues à certaines obligations juridiques dans le cadre de leur relation précontractuelle,¹⁵⁷⁶ notamment lorsque les circonstances du cas concret imposent un devoir de diligence («*duty of care*») pendant la phase précontractuelle.¹⁵⁷⁷ Un manquement à ce devoir donne lieu à une responsabilité «*in tort*», si la violation d'un «*duty of care*» a causé un dommage effectif à la victime.¹⁵⁷⁸
- 877 Afin d'établir la **preuve** de l'existence d'un devoir de diligence dans le cas concret, le demandeur doit démontrer que la situation entre dans une catégorie établie et existante d'affaires où l'on a effectivement admis un tel devoir. Dans des situations nouvelles, pour démontrer l'existence d'un devoir de diligence, le demandeur doit satisfaire à un triple critère: il doit établir (i) que le préjudice

¹⁵⁷³ Ainsi, le droit à la «*rescission*» est notamment perdu lorsque la restitution en nature est impossible (p.ex. la chose a péri ou a été consommée) ou que la restitution serait préjudiciable à des tiers qui ont acquis des droits contractuels ou réels sur la chose (cf. PEEL, n. 9-094 ss).

¹⁵⁷⁴ Cf. PEEL, n. 9-071.

¹⁵⁷⁵ «*A careless or inadvertent false statement in circumstances where care should have been taken*» (BLACK, p. 1092).

¹⁵⁷⁶ *Hedley Byrne & Co. Ltd v Heller & Partners Ltd*. [1964] A.C. 465.

¹⁵⁷⁷ C'est notamment le cas dans les «*uberrime fidei contracts*» tel que le contrat d'assurance. Une relation purement sociale ne suffit généralement pas à faire naître un devoir de diligence particulier, de sorte qu'aucune action en «*common law*» ne saurait être à disposition de la partie lésée qui s'est fiée à un conseil amical inexact, même donné par un professionnel. Dans une telle hypothèse, il ne saurait être raisonnable et équitable d'imposer un «*duty of care*» (PEEL, n. 9-031).

¹⁵⁷⁸ Arrêt de la Cour EDH du 10.05.2001, *T.P. and K.M v the United Kingdom*, n. 28945/95, c. 46; WIDMER C., p. 63.

qu'il a subi était prévisible, (ii) qu'il existait entre lui-même et le défendeur un lien de proximité suffisant et (iii) qu'il est équitable, juste et raisonnable d'engager la responsabilité du défendeur.¹⁵⁷⁹

878 Dans l'affaire *Esso Petroleum v Mardon*,¹⁵⁸⁰ une partie avait fait une **déclaration inexacte de façon imprudente** («carelessness») à propos de la quantité de produit pétrolier vendue habituellement par une station mise en location. La partie préjudiciée qui avait pris la location de la station en question sur la base de cette information se retourna avec succès contre l'auteur de celle-ci. Dans l'affaire en question, un contrat résulta de la déclaration inexacte imprudente. Par la nature des choses, le «duty of care» doit avoir existé avant la conclusion du contrat. Par principe, on doit donc admettre qu'une action basée sur une violation d'un «duty of care» puisse être intentée avec succès bien qu'aucun contrat n'ait été conclu.¹⁵⁸¹

879 En droit anglais, lorsqu'un contrat a été conclu, la victime d'une «negligent misrepresentation» peut demander «to rescind the contract» (*supra* n. 875) **en plus** de dommages-intérêts,¹⁵⁸² à l'instar des cas de «fraudulent misrepresentation» (Sct. 2(1) Misrepresentation Act 1967). La «negligent misrepresentation» peut être vue comme une provocation négligente d'une erreur dans le chef de l'autre. En droit suisse, cette hypothèse tombe sous la théorie générale de la *culpa in contrahendo*.

d) Innocent Misrepresentation

880 L'«innocent misrepresentation» est une représentation fausse de la réalité qui ne résulte ni d'un comportement frauduleux, ni même d'une négligence.¹⁵⁸³ L'auteur de la «misrepresentation» est en mesure de démontrer qu'il avait de **bonnes raisons de croire et qu'il croyait de fait en la véracité de sa représentation de la réalité** jusqu'à la conclusion du contrat (Sct. 2(1) Misrepresentation Act 1967).

¹⁵⁷⁹ Arrêt de la Cour EDH du 10.05.2001, *T.P. and K.M. v the United Kingdom*, 28945/95, n. 46; *Caparo Industries Plc. v Dickman* [1990] 2 A.C. 605.

¹⁵⁸⁰ *Esso Petroleum v Mardon* [1976] Q.B. 801.

¹⁵⁸¹ *FURMSTON/TOLHURST*, n. 12.48.

¹⁵⁸² *Roycot Trust Ltd. v Rogerson* [1991] 2 Q.B. 297 = [1991] 3 W.L.R. 57.

¹⁵⁸³ *WIDMER C.*, p. 63.

- 881 Dans les cas d'«*innocent misrepresentation*», le tribunal a le pouvoir d'allouer des dommages-intérêts **en lieu et place** d'accorder une «*rescission*» du contrat (*supra* n. 875). Le tribunal ne peut donc pas considérer le contrat comme annulé et imposer la restitution des prestations et de surcroît allouer des dommages-intérêts (Sct. 2(2) Misrepresentation Act 1967). Le droit à la «*rescission*» est sujet au pouvoir discrétionnaire du tribunal. Il peut considérer que le contrat subsiste et allouer une indemnité «*in lieu of rescission*».¹⁵⁸⁴ Le Misrepresentation Act 1967 ne donne aucune indication quant à l'étendue de la réparation à accorder. Celle-ci est également laissée à l'appréciation du tribunal. Il est cependant approprié que l'auteur d'une «*innocent misrepresentation*» soit tenu pour responsable à hauteur de la différence entre la valeur moindre de ce qu'il a transféré en vertu de sa «*misrepresentation*» et du prix qu'il a effectivement reçu.¹⁵⁸⁵
- 882 Tout comme les autres cas de «*misrepresentation*», la sanction encourue pour «*innocent misrepresentation*» vise à protéger de manière équitable la **confiance légitime** de la partie lésée dans la véracité des représentations qui lui ont été faites, compte tenu des circonstances du cas concret. L'«*innocent misrepresentation*» correspond à une provocation innocente d'une erreur dans le chef de l'autre. Faute de *culpa in contrahendo*, il s'agit d'une responsabilité reposant sur des considérations d'équité («*Billigkeitshaftung*»), inconnue du droit positif suisse.

6. Synthèse

- 883 La *Common law* anglo-américaine est réticente quant à l'application générale du principe de la bonne foi à la phase précontractuelle. Elle admet dans certaines hypothèses précises une responsabilité précontractuelle, sans pour autant en faire une institution à portée générale. Toutefois, un bon nombre de résultats que les droits romano-germaniques atteignent par la responsabilité pour *culpa in contrahendo* sont obtenus par les **mécanismes spécifiques** du «*promissory estoppel*», de l'«*unjust enrichment*» et de la «*misrepresentation*».

¹⁵⁸⁴ PEEL, n. 9-093.

¹⁵⁸⁵ PEEL, n. 9-068.

D. Conclusions comparatives

1. Systèmes allemand et français

- 884 Le principe selon lequel les parties doivent se comporter de bonne foi dans la phase précontractuelle a trouvé sa plus importante percée dans l'**ordre juridique allemand** (*supra* n. 705).
- 885 Le crédit en revient en grande partie au pandectiste allemand VON JHERING qui, avant même l'entrée en vigueur du BGB, a théorisé la responsabilité pour *culpa in contrahendo* en prenant appui sur le droit romain et certaines dispositions de l'ALR (*supra* n. 524). Une autre raison importante pour le développement en Allemagne de la **bonne foi au stade précontractuel** tient au fait que la bonne foi, consacrée par le § 242 BGB («*Leistung nach Treu und Glauben*»; *supra* n. 702), a elle-même été érigée en principe supérieur d'équité juridique, au point de devenir un trait caractéristique du système tout entier (*supra* n. 704).
- 886 Bien que la *culpa in contrahendo* n'ait été codifiée qu'en 2002, l'histoire du droit allemand en est imprégnée depuis plus de 150 ans. La conscience de la richesse des hypothèses d'application est une des explications pourquoi le § 311 al. 2 et 3 BGB a été formulé en **clause générale** constituée d'hypothèses génératrices de devoirs précontractuels («*Tatbestände*»; *supra* n. 721 ss). La disposition en question ne donne aucune indication quant au contenu et à l'étendue des devoirs précontractuels, ni même aux sanctions encourues suite à leur violation. Ces éléments ne peuvent être dégagés que par la mise en relation avec le contenu d'autres dispositions du BGB qui, elles-mêmes, sont souvent dogmatiques. Ainsi, pour dégager les effets et les limites de la responsabilité pour *culpa in contrahendo*, un recours à la doctrine et à la jurisprudence relative aux dispositions applicables en la matière (§§ 280, 241 al. 2 et 311 al. 2 et 3 BGB) demeure indispensable. Tout en incorporant les hypothèses génératrices de devoirs élaborées avant son entrée en vigueur, le § 311 al. 2 et 3 BGB laisse volontairement une place aux évolutions jurisprudentielles et doctrinales futures.
- 887 Le **droit français** reconnaît, lui aussi, le principe de la bonne foi. Le CCfr. mentionne le principe, tout en le limitant textuellement à l'exécution du contrat (art. 1134 al. 3 CCfr.). Son extension à la période précontractuelle est due à la jurisprudence. Cette dernière a intégré le critère de la bonne foi dans les finalités des relations précontractuelles (*supra* n. 751).
- 888 Pour des raisons de prévisibilité et de sécurité juridiques, les **projets de réforme** du droit des contrats français (*supra* n. 763 ss) proposent de codifier dans le CCfr. les règles jurisprudentielles relatives à la faute précontractuelle en

s'inspirant notamment des projets européens et internationaux d'uniformisation du droit privé (*infra* n. 903 ss). En visant à codifier un chef de responsabilité propre à la violation de chacun des principaux devoirs précontractuels spécifiques (devoir de négocier de bonne foi, devoir d'information général et, pour le projet gouvernemental, devoir de confidentialité), les projets français assurent une meilleure circonscription de la responsabilité que le BGB. En effet, il demeure impossible à la seule lecture du BGB d'identifier les principaux devoirs spécifiques issus du devoir générique qui y est formulé («*Rücksichtspflicht*»; § 241 al. 2 BGB; *supra* n. 715). Toutefois, ce que le système allemand perd en prévisibilité, il le gagne en souplesse. La stipulation d'un devoir générique laisse place aux concrétisations jurisprudentielles futures.

- 889 Le standard du comportement de bonne foi au stade précontractuel étant reconnu des systèmes français et allemand, il n'est guère étonnant que l'examen des écrits et de la jurisprudence des deux ordres juridiques révèle qu'ils reconnaissent largement les **mêmes devoirs** précontractuels. Toutefois, une des particularités du droit allemand est qu'il sanctionne par la responsabilité pour *culpa in contrahendo* la violation des devoirs de protection spéciaux visant à préserver autrui des atteintes possibles à ses droits absolus à l'occasion de la phase précontractuelle («*vorvertragliche Verkehrssicherungspflichten*»; *supra* n. 718 ss). En droit français, la question du régime applicable à la réparation des violations des droits absolus au stade précontractuel ne se pose pas, puisque la responsabilité précontractuelle n'est qu'un cas de responsabilité délictuelle.
- 890 Les développements récents de la jurisprudence française relatifs à la **rupture fautive des négociations** (*supra* n. 760) rapprochent cette dernière de la conception allemande de la «*Vertrauenshaftung*» (*supra* n. 715). Les deux ordres juridiques admettent une responsabilité lorsqu'une partie ne peut se prévaloir d'un motif légitime pour avoir rompu les négociations alors qu'elle avait suscité dans le chef de l'autre une confiance légitime dans la conclusion certaine d'un contrat futur. Une des fonctions principales de la responsabilité précontractuelle, à savoir la protection de la confiance légitime, a été théorisée dès 1971 par le juriste allemand CANARIS.¹⁵⁸⁶ Les juristes français ont désormais également intégré la protection de la confiance dans leurs réflexions relatives à la responsabilité précontractuelle.¹⁵⁸⁷

¹⁵⁸⁶ Cf. CANARIS, p. 5.

¹⁵⁸⁷ Cf. not. TISSEYRE, n. 178 ss.

- 891 La différence entre les droits allemand et français ressort principalement de la **nature** de la responsabilité précontractuelle. En droit français, elle n'est qu'une des expressions de la responsabilité délictuelle, alors qu'en droit allemand, elle est volontiers considérée comme une troisième voie entre les responsabilités contractuelle et délictuelle (*supra* n. 739). En droit allemand, les devoirs précontractuels naissent de la relation juridique particulière («*rechtliche Sonderverbindung*»; *supra* n. 462) qu'entretiennent les parties en phase précontractuelle, à savoir un rapport d'obligation sans obligation primaire de prester («*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*»). En droit français, les devoirs précontractuels sont déduits de la faute délictuelle.
- 892 L'appréhension différente quant à la nature de la responsabilité précontractuelle provient également de la **sphère de protection** illimitée de la responsabilité délictuelle française. La clause générale de responsabilité n'imposant aucune limite au type de préjudice réparable, elle permet d'y incorporer facilement la responsabilité précontractuelle qui oblige typiquement à la réparation de dommages purement économiques. En droit allemand de la responsabilité délictuelle, l'illicéité («*Widerrechtlichkeit*») – clairement distinguée de la condition de la faute («*Verschulden*») – fonctionne comme frein aux prétentions en réparation (*supra* n. 841). En effet, la sphère de protection de la responsabilité délictuelle allemande est limitée en principe à la violation de droits absolus (§ 823 al. 1 BGB). Le dommage purement économique n'est qu'exceptionnellement réparable en présence d'une violation d'une norme de protection spécifique («*Schutzgesetz*»; § 823 al. 2 BGB) ou d'un dommage causé intentionnellement contrairement aux bonnes mœurs («*sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*»; § 826 BGB).¹⁵⁸⁸ Les règles prétoriennes relatives aux devoirs précontractuels ne devant pas être considérées comme des normes de protection au sens du § 823 al. 2 BGB, la responsabilité précontractuelle ne saurait être une simple expression de la responsabilité délictuelle. Ceci dit, le concours entre les responsabilités précontractuelle et délictuelle est admis¹⁵⁸⁹ en cas d'atteintes aux droits absolus selon le § 823 al. 1 BGB ou de dommages qualifiés au sens du § 826 BGB.
- 893 Un **impact pratique** des différences conceptuelles entre les ordres juridiques allemand et français quant à l'étendue de la sphère de protection des intérêts

¹⁵⁸⁸ Cf. MK-BGB-WAGNER, n. 247 ss ad § 823 BGB; WERRO, RC, n. 307 et les réf. citées; en droit positif suisse, art. 41 al. 2 CO.

¹⁵⁸⁹ Cf. HÜTTE/HÜTTE, n. 607; KAKATSAKIS, p. 65.

s'exprime au niveau des dommages réparables. Le droit de la responsabilité délictuelle français admet la réparation de la perte d'une chance de conclure le contrat envisagé avec le partenaire fautif ou, le cas échéant, un contrat similaire avec une tierce personne (*infra* n. 1460).¹⁵⁹⁰ Le droit allemand ne connaît pas la figure de la perte d'une chance.¹⁵⁹¹ Partant, la chance, bien qu'elle représente un désavantage économique lorsqu'elle est perdue, ne figure pas dans le catalogue exhaustif des biens juridiquement protégés du droit de la responsabilité délictuelle allemand.¹⁵⁹²

2. Approches romano-germanique et anglo-américaine

894 A l'inverse de la famille romano-germanique, la *Common law* anglo-américaine ne reconnaît pas de devoir général de **bonne foi au stade précontractuel**. Le droit anglais notamment est largement réfractaire à l'idée d'une extension du principe de la bonne foi («*good faith and fair dealing*») à la phase précontractuelle (*supra* n. 855 s.). L'absence d'une institution générale telle que la *culpa in contrahendo* n'implique pas pour autant que les comportements de mauvaise foi ne soient pas sanctionnés, ni que la confiance légitime ne soit pas protégée par le droit anglo-américain. Ce dernier a développé divers moyens adressant la problématique de la confiance déçue. Un bon nombre de résultats que les droits romano-germaniques atteignent par la responsabilité pour *culpa in contrahendo* sont obtenus par les mécanismes spécifiques du «*promissory estoppel*» (*supra* n. 858 ss), de la «*restitution for unjust enrichment*» (*supra* n. 862 ss), et de la «*misrepresentation*» (*supra* n. 865 ss). Ainsi, bien que la *Common law* anglo-américaine demeure méfiante face à une généralisation de la bonne foi dans la phase précontractuelle, elle admet dans certaines hypothèses précises une responsabilité précontractuelle, sans pour autant en faire une institution d'application générale.¹⁵⁹³

895 Contrairement à la conception romano-germanique, la *Common law* anglo-américaine considère en particulier que le **devoir de négocier de bonne foi** («*duty to negotiate in good faith*») est inconciliable avec la position antagoniste des parties en pourparlers (*supra* n. 856). De plus, le contenu d'un tel devoir est perçu comme étant trop incertain. Dans les systèmes de la *Common law*, les

¹⁵⁹⁰ MÜLLER, *La perte d'une chance*, n. 69.

¹⁵⁹¹ Cf. MÜLLER, *La perte d'une chance*, n. 161 ss.

¹⁵⁹² MÜLLER, *La perte d'une chance*, n. 166.

¹⁵⁹³ Cf. KÜHNE, p. 296.

parties sont en droit de poursuivre leurs propres intérêts tant qu'elles ne s'adonnent pas à des fausses représentations de la réalité («*misrepresentations*»). Abstraction faite des hypothèses spécifiques du «*tort of deceit*» («*fraudulent misrepresentation*»; *supra* n. 869 ss) et du «*tort of negligent misstatement*» («*negligent misrepresentation*»; *supra* n. 876 ss), il n'y a pas de devoir général de bonne foi applicable aux négociations précontractuelles.¹⁵⁹⁴ Les parties peuvent donc librement rompre les négociations sans encourir de responsabilité.

- 896 En droit anglo-américain, la bonne foi ne joue qu'exceptionnellement un rôle lorsque la nature du contrat envisagé impose un **devoir de diligence particulier** («*duty of care*»; *supra* n. 855), tel que le devoir d'informer («*duty to disclose*»; *supra* n. 855) dans le cadre du contrat d'assurance par exemple. En effet, ce dernier demande des parties le plus haut degré de bonne foi («*uberrime fidei contract*»; *supra* n. 855). En revanche, le seul fait d'entrer en négociations est insuffisant pour faire naître un «*duty to disclose*». ¹⁵⁹⁵ Les droits allemand et français, à l'inverse, reconnaissent l'existence d'un devoir d'information général indépendant de la nature du contrat envisagé.
- 897 Reste à expliquer les **raisons** pour lesquelles la *Common law* est largement imperméable à l'idée d'un devoir général de se comporter de bonne foi dans la phase précontractuelle.
- 898 Conformément à leur **nature casuistique** (*supra* n. 94 s.) d'abord, les systèmes de la *Common law* répugnent à se laisser tenter par des concepts dogmatiques. Fonctionnant par raisonnement inductif, ils préfèrent dégager des solutions *ad hoc* pour chaque groupe de cas concrets. Ainsi, en dehors des contextes spécifiques où un devoir de diligence particulier est reconnu, la *Common law* anglo-américaine rejette le concept d'un devoir général d'égards envers les intérêts du cocontractant prospectif («*I'm not my brother's keeper*»). ¹⁵⁹⁶ Aussi ne connaît-elle par exemple pas de devoir général de détromper l'autre (*supra* n. 596). ¹⁵⁹⁷

¹⁵⁹⁴ Cf. FURMSTON/TOLHURST, n. 12.37.

¹⁵⁹⁵ Cf. HOGG, p. 208; FURMSTON/TOLHURST, n. 12.39.

¹⁵⁹⁶ Les juges anglais aiment à poser la question de Caïn «*Am I my brother's keeper?*» avant d'admettre un «*duty of care*» dans le cas concret (cf. p.ex. *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd*. [1970] A.C. 1004, p. 1061 per Lord DIPLOCK).

¹⁵⁹⁷ Cf. FURMSTON/TOLHURST, n. 12.45.

- 899 Ensuite, la raison sous-jacente au refus de consacrer le principe de la bonne foi précontractuelle est de nature socio-économique. Les pays anglo-saxons sont empreints de la culture du **libéralisme économique**. L'approche romano-germanique est perçue par le juriste de la *Common law* comme une atteinte à ce qu'il conçoit comme un droit fondamental à agir dans ses propres intérêts en contractant. La poursuite des intérêts propres est invoquée comme une des raisons principales à l'épanouissement de la société mercantile. Le juriste anglo-saxon ne s'explique pas comment il serait possible de librement poursuivre ses propres intérêts tout en ayant des égards pour ceux de son partenaire contractuel. Dès lors, aux yeux du *common lawyer*, de tels devoirs ne peuvent que demeurer du domaine de l'exceptionnel.¹⁵⁹⁸ Dans les pays anglo-saxons, profiter d'informations particulières que l'on détient pour maximiser son bénéfice au détriment de son cocontractant prospectif est moins considéré comme une attitude répréhensible qu'une qualité du négociateur («*to have an edge*»). Le surplus de profit réalisé est justifié par le risque précontractuel que l'on supporte si le contrat n'est pas conclu, à savoir le risque de la perte de l'investissement consenti pour acquérir les informations pertinentes. Une partie de la doctrine suggère qu'en préservant la liberté de manœuvrer, le droit anglo-américain trouve une justification économique en ce qu'il favorise la libre concurrence entre les acteurs du marché.¹⁵⁹⁹
- 900 La culture du libéralisme économique transparait jusque dans la **terminologie** anglophone des relations précontractuelles. Ainsi le terme «*bargain*» signifie-t-il à la fois «affaire» au sens d'une transaction quelconque entre deux ou plusieurs acteurs économiques et «bonne affaire» au sens d'un achat particulièrement avantageux pour une des parties.¹⁶⁰⁰
- 901 Une admission pure et simple du principe général de la bonne foi au stade précontractuel se heurte donc à la **culture** anglo-saxonne de la libre concurrence entre acteurs économiques dans le cadre de relations précontractuelles.
- 902 Quelles sont dès lors les **pistes d'évolution** offertes au droit anglais ménageant à la fois son identité culturelle tout en favorisant la protection de la confiance légitime? En dehors d'une admission plus large des cas de la «*restitution for*

¹⁵⁹⁸ Cf. HOGG, p. 208.

¹⁵⁹⁹ FURMSTON/TOLHURST, n. 12.08.

¹⁶⁰⁰ Cf. Oxford English Dictionary ad «*Bargain*», consultable sur Internet à la p.<<http://www.oed.com/view/Entry/15525?result=1&rskey=fTu1m8&>> (visité le 26.06.2015).

unjust enrichment» et de la «*misrepresentation*», le plus grand potentiel réside sans doute dans l'extension du «*promissory estoppel*» au-delà des relations juridiques préexistantes et comme voie d'action en responsabilité, à l'instar de ce que connaît le droit américain.

IV. Solutions retenues par le droit privé uniforme

A. Introduction

- 903 Nous voici parvenu au point de l'analyse qui fait le **lien** entre les deux grands thèmes de notre étude, à savoir le processus d'uniformisation du droit privé européen (*supra* n. 146 ss) et la responsabilité précontractuelle.
- 904 Ci-après, il sera question d'observer l'accueil réservé à la problématique de la responsabilité précontractuelle dans les différents instruments de droit privé uniforme, sachant que les directives européennes laissent aux législateurs nationaux le soin de régler la question de la réparation du dommage résultant de la violation des devoirs précontractuels. Nous traiterons indistinctement des solutions consacrées dans les **projets académiques paneuropéens** (PECL, *infra* n. 905 ss; ACQP, *infra* n. 926 ss; PEL Liab. Dam., *infra* n. 982 ss; PETL, *infra* n. 995 ss; DCFR, *infra* n. 1008 ss; Projet GANDOLFI, *infra* n. 1068 ss) et des **outils de soft law international** que sont les PICC (*infra* n. 1084 ss) et la «Loi type d'UNIDROIT sur la divulgation des informations en matière de franchise» (*infra* n. 1099 ss). Enfin, avant nos **conclusions intermédiaires** (*infra* n. 1170 ss), nous offrons également un aperçu de la question de la responsabilité pour violation des devoirs précontractuels dans le **CESL** (*infra* n. 1120 ss), ainsi qu'une réflexion sur le rôle éventuel de la responsabilité précontractuelle dans la **CVIM** (*infra* n. 1159 ss).

B. Principes du droit européen du contrat (PECL)

1. Introduction

- 905 Les PECL, comme par exemple les PICC ou les ACQP, adoptent la forme d'un *Restatement* à l'américaine (*supra* n. 379). Selon l'article 1:101(1) PECL, ils ont vocation à s'appliquer en tant que règles générales du droit des contrats dans l'UE. Cependant, leur **champ d'application** se veut plus large que celui des PICC, puisqu'ils ont pour ambition de s'appliquer à toutes les conventions, y compris à celles entre consommateurs et professionnels et non exclusivement aux contrats commerciaux. De plus, ils visent tous les contrats, qu'ils soient nationaux ou internationaux. Par contre, leur champ d'application territorial se

limite *a priori* aux Etats membres de l'UE, alors que les PICC ont une vocation internationale (*supra* n. 433).¹⁶⁰¹

- 906 Les PECL élèvent la **bonne foi** au rang de principe fondamental dans la section 2 du chapitre 1 relatif aux dispositions générales (*infra* n. 907). La **responsabilité précontractuelle** fait l'objet de deux dispositions dans la section 3 intitulée «*Liability for negotiations*» (*infra* n. 914). Cette section fait partie du chapitre 2 sur la formation des contrats.

2. Bonne foi (art.1:201 PECL)

- 907 L'article 1:201 PECL de la section 2 «*General Duties*» du chapitre 1 «*General Provisions*» consacre le principe de la bonne foi en ces **termes**:

Article 1:201: *Good Faith and Fair Dealing*

(1) *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.*

(2) *The parties may not exclude or limit this duty.*

Article 1:201: Bonne foi

(1) Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi.

(2) Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter.¹⁶⁰²

- 908 Cet article instaure un **principe de base** sous-tendant l'ensemble des PECL. La bonne foi est requise tant dans la formation et l'exécution des devoirs et obligations contractuelles que dans l'exercice d'un droit contractuel.¹⁶⁰³

- 909 Des **applications particulières** de ce principe se retrouvent dans différentes dispositions spécifiques des PECL, telles que celles consacrant le devoir de ne pas négocier sans intention de parvenir à un accord (art. 2:301 PECL; *infra* n. 919), le devoir de ne pas divulguer une information confidentielle donnée au cours des négociations (art. 2:302 PECL; *infra* n. 920), le devoir de ne pas tirer

¹⁶⁰¹ RISKE, p. 92.

¹⁶⁰² Traduction ISABELLE DE LAMBERTERIE/GEORGES ROUHETTE/DENIS TALLON.

¹⁶⁰³ PECL II, p. 113.

un avantage déloyal de l'état de dépendance, de détresse économique ou d'une autre faiblesse (ignorance, inexpérience ou inaptitude) du cocontractant (art. 4:109 PECL). Par ailleurs, la bonne foi est un critère important dans la détermination des obligations contractuelles implicites («*implied terms*»; art. 6:102 PECL).¹⁶⁰⁴

- 910 Le principe de la bonne foi n'est toutefois pas limité aux dispositions spécifiques des PECL. Le concept est **plus large** que chacune des applications particulières. Il s'applique de manière générale en conjonction avec l'article 1:105 PECL sur les usages et les pratiques. Son but est la promotion des standards de correction («*decency*»), de loyauté («*fairness*») et de caractère raisonnable («*reasonableness*») dans les transactions commerciales. Non seulement le principe de la bonne foi complète-t-il les dispositions spécifiques des PECL, mais il peut même passer avant elles lorsqu'une stricte application de ces dernières conduirait à un résultat manifestement injuste.¹⁶⁰⁵
- 911 Le commentaire des PECL confirme qu'une des manifestations du principe de la bonne est l'**interdiction de se contredire au détriment d'autrui** (*venire contra factum proprium*). La bonne foi empêche une partie qui a fait une déclaration ou a eu un comportement sur la foi desquels l'autre partie a raisonnablement pris des dispositions («*reasonable reliance*»), d'adopter ensuite une position incompatible avec sa conduite antérieure (*supra* n. 858).¹⁶⁰⁶ Etant lui-même un principe général, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui aurait mérité que les PECL lui consacrent une disposition explicite, à l'instar de l'article 1.8 PICC (*infra* n. 1096).
- 912 Il est admis par ailleurs que l'article 1:201 PECL impose à chaque partie un devoir d'observer un degré raisonnable de **loyauté** et de **tenir compte des intérêts de l'autre** (*supra* n. 703). Ceci s'applique, entre autres, à la manière de tenir compte des contingences non prévues par le contrat ou par les règles de droit régissant le contrat.¹⁶⁰⁷
- 913 Enfin, l'article 1:201(2) PECL interdit aux parties d'exclure conventionnellement le devoir de bonne foi ou d'en modifier les effets. L'article

¹⁶⁰⁴ PECL II, p. 113; ROUHETTE, p. 72.

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*

¹⁶⁰⁶ PECL II, p. 114. Le principe de l'interdiction du *venire contra factum proprium* trouve une concrétisation not. dans les art. 2:202(3)(c), 2:105(3), 2:106(2) et 3:201(3) PECL.

¹⁶⁰⁷ PECL II, p. 115; ROUHETTE, p. 73.

1:201 PECL revêt donc un caractère **impératif** lorsque les parties ou le tribunal arbitral ont fait le choix des PECL¹⁶⁰⁸ en tant que système de droit.¹⁶⁰⁹

3. Négociations contraires à la bonne foi (art. 2:301 PECL)

- 914 Les négociations contraires à la bonne foi font l'objet du **texte** suivant dans la section 3 «*Liability for negotiations*» du chapitre 2 sur la formation des contrats:

Article 2:301: Negotiations Contrary to Good Faith

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) However, a party which has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

Article 2:301: 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

¹⁶⁰⁸ En l'absence de choix des parties, les tribunaux *étatiques* doivent d'ordinaire appliquer le droit *national* auquel renvoient leurs règles de conflit de loi (cf. ROUHETTE, p. 54 et 59).

¹⁶⁰⁹ Sur l'application des PECL et du droit impératif (art. 1:101 et 1:103 PECL), cf. PECL II, p. 96 et 100 s.

négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre.¹⁶¹⁰

- 915 Une partie peut «commettre des manœuvres dolosives ou proférer des menaces»¹⁶¹¹ («commit fraud, make misrepresentations or threats»),¹⁶¹² tout en essayant d'obtenir la conclusion d'un contrat. Ces comportements, à qualifier respectivement de «dol»¹⁶¹³ et de «crainte fondée»¹⁶¹⁴ en droit suisse, peuvent être source de dommages et intérêts, que le contrat soit ratifié ou annulé.¹⁶¹⁵ Leur réglementation fait l'objet du chapitre 4 des PECL sur la validité. Quant à l'article 2:301 PECL, il traite de la responsabilité pour le dommage causé en entamant des **négociations** ou en les poursuivant sans avoir l'intention de conclure un contrat, ou en les rompant contrairement aux exigences de la bonne foi. Il s'agit ici d'un comportement qui vise à faire échouer le contrat, alors que le chapitre 4 traite des moyens déloyaux et illicites dont une partie se sert pour aboutir à la conclusion d'un contrat.¹⁶¹⁶ Ces différents comportements relèvent toutefois tous de la *culpa in contrahendo* (*supra* n. 455).
- 916 L'article 2:301(1) PECL¹⁶¹⁷ consacre la **liberté** des parties en pourparlers de conclure ou non le contrat envisagé.¹⁶¹⁸ Il énonce le principe en vertu duquel chaque partie peut mettre fin aux négociations en tout temps, ne serait-ce que

¹⁶¹⁰ Traduction ISABELLE DE LAMBERTERIE/GEORGES ROUHETTE/DENIS TALLON.

¹⁶¹¹ ROUHETTE, p. 150; VON BAR/ZIMMERMANN, p. 213.

¹⁶¹² PECL II, p. 189.

¹⁶¹³ Cf. art. 28 CO; art. 4:107 PECL; art. II.-7:205 DCFR; art. 3.2.5 PICC; art. 151 al. 1, let. b Projet GANDOLFI.

¹⁶¹⁴ Cf. art. 29 s. CO; art. 4:108 PECL; art. II.-7:206 DCFR; art. 3.2.6 PICC; art. 152 Projet GANDOLFI.

¹⁶¹⁵ PECL II, p. 189; ROUHETTE, p. 150; RISKE, p. 93; pour le droit suisse, cf. art. 31 al. 3 CO; pour le *soft law* européen et international, art. 4.117 PECL; art. II.-7:214 DCFR; art. 3.2.16 PICC; art. 147 al. 3 Projet GANDOLFI.

¹⁶¹⁶ PECL II, p. 189; VON BAR/ZIMMERMANN, p. 213; ROUHETTE, p. 150.

¹⁶¹⁷ Cf. art. 2:103(1) ACQP; art. II.-3:301(1) DCFR; art. 6 al. 1 Projet GANDOLFI; art. 2.1.15(1) PICC.

¹⁶¹⁸ Cette liberté est elle-même une expression de la liberté contractuelle reconnue par les droits nationaux européens et par l'art. 1:102 PECL «Liberté contractuelle: (1) Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des exigences de la bonne foi et des règles impératives posées par les présents Principes. (2) Elles peuvent exclure l'application d'un quelconque des présents Principes ou y déroger ou en modifier les effets, à moins que les Principes en disposent autrement»; cf. PECL II, p. 99 s.; VON BAR/ZIMMERMANN, p. 92 s.; pour le droit suisse, art. 19 CO.

parce qu'elle a changé d'avis, sans même avoir à se justifier (*ius variandi*; *supra* n. 471).¹⁶¹⁹ La liberté de rompre est un principe fondamental dans un système économique libéral (*supra* n. 467). Tout opérateur économique doit conserver la liberté de mener des négociations parallèles afin d'optimiser son choix quant aux différentes offres sur le marché. Cette position se justifie également par rapport à la force obligatoire du contrat.¹⁶²⁰

ROUILLER, p. 263 s.

[Le contrat] est obligatoire parce qu'il est (ou apparaît) voulu en tant qu'engagement par la partie qui se lie («Selbstbindung»); aussi longtemps que les intentions n'ont pas atteint ce stade d'intensité, il n'y a, en principe, pas d'engagement contraignant. On doit continuer de distinguer entre la situation qui prévaut après le contrat, où les parties sont liées, et celle avant le contrat, où elles sont libres.

- 917 Le principe de la liberté de négocier est **commun** aux droits des Etats membres de l'UE¹⁶²¹ et également reconnu en droit suisse.¹⁶²² Le droit de changer d'avis sans motif (*ius variandi*) est unanimement approuvé.¹⁶²³
- 918 L'article 2:301(2) PECL prévoit toutefois une **restriction** à la liberté de négocier en prévoyant une responsabilité précontractuelle pour des négociations contraires à la bonne foi. Il érige la bonne foi en source des devoirs de diligence et d'égards envers les intérêts du cocontractant prospectif. La bonne foi, expressément consacrée à l'article 1:201 PECL (*supra* n. 907), est un principe de base qui trouve une de ses concrétisations dans l'article 2:301(2) PECL. Les PECL s'alignent donc sur une approche connue des systèmes romano-germaniques. Cette conception n'est pas celle de la *Common law* anglo-américaine qui confine son application essentiellement à l'exécution des contrats (*supra* n. 852).¹⁶²⁴ En droit suisse, la responsabilité pour des négociations

¹⁶¹⁹ PECL II, p. 189; VON BAR/ZIMMERMANN, p. 213.

¹⁶²⁰ ROUILLER, p. 263; RISKE, p. 93.

¹⁶²¹ Cf. PECL II, p. 191 s.

¹⁶²² ROUILLER, p. 264; RISKE, p. 94.

¹⁶²³ Cf. not. KÖTZ, p. 57; ZK-BAUMANN n. 161 ad art. 2 CC; ROUILLER, p. 263 et les réf. citées.

¹⁶²⁴ Cf. BONELL, *Restatement*, p. 129 s.

contraires à la bonne foi est (encore) une institution du droit non écrit (*infra* n. 1418 ss).¹⁶²⁵

- 919 Après avoir consacré le principe d'une responsabilité pour le manquement aux exigences de la bonne foi au cours des négociations, l'article 2:301(3) PECL donne une illustration d'un devoir précontractuel spécifique (*supra* n. 533) issu du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle (*supra* n. 463 s.).¹⁶²⁶ Il s'agit du **devoir de négocier selon ses intentions véritables**. Le caractère exemplatif de la disposition est tout au plus une indication de l'importance que ce devoir revêt aux yeux des auteurs des PECL. La mention du devoir de négocier selon ses intentions véritables a toute son importance en l'absence de disposition expresse dans les PECL quant au devoir précontractuel d'information.¹⁶²⁷ En effet, ce dernier comprend le devoir d'informer la partie adverse sur ses intentions véritables pendant la négociation. Le devoir de négocier conformément à ses réelles intentions implique le devoir d'informer la partie adverse à leur sujet.¹⁶²⁸

4. Manquement à la confidentialité (art. 2:302 PECL)

- 920 Dans la section 3 «*Liability for negotiations*» du chapitre 2 relatif à la formation des contrats, les PECL formulent le **texte** suivant au sujet du manquement à la confidentialité:

Article 2:302: Breach of Confidentiality

If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution for the benefit received by the other party.

¹⁶²⁵ RISKE, p. 94.

¹⁶²⁶ Cf. art. 2:103(3) ACQP; art. II.-3:301(4) DCFR; art. 6 al. 2 Projet GANDOLFI; art. 2.1.15(3) PICC.

¹⁶²⁷ RISKE, p. 94 s.

¹⁶²⁸ ROUILLER, p. 268.

Article 2:302: 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 un droit à la réparation du préjudice souffert et à la restitution du profit qu'en aurait retiré l'autre partie.¹⁶²⁹

- 921 L'article 2:302 PECL n'instaure pas un devoir **général** de confidentialité. Les parties en négociation n'ont en principe pas de devoir de traiter comme confidentielles les informations obtenues au cours des négociations. Même si le contrat devait ne pas être conclu, celui qui a obtenu des informations peut les révéler ou les utiliser à ses propres fins.¹⁶³⁰
- 922 Bien sûr, une partie peut avoir intérêt à garder une information confidentielle. Pour ce faire, elle peut **déclarer expressément** que l'information fournie doit être gardée secrète et ne peut pas être utilisée par son partenaire de négociation. Si ce dernier manque à son devoir de confidentialité, la situation est claire et il engage sa responsabilité conformément à l'article 2:302 PECL.¹⁶³¹
- 923 Toutefois, même sans déclaration expresse en ce sens, il n'en va pas autrement lorsque celui qui a reçu l'information est implicitement tenu de la traiter comme confidentielle. Ce devoir implicite peut découler de la **nature de l'information** ou du **statut professionnel** des parties (*supra* n. 609). En effet, si la partie sait ou est censée savoir que l'information doit rester confidentielle, il serait contraire à la bonne foi qu'elle la révèle ou l'utilise à des fins personnelles.¹⁶³² Ainsi, l'auteur d'une violation du devoir de confidentialité peut être tenu à des dommages-intérêts pour le préjudice causé. De plus, la partie lésée peut également prétendre à la restitution des profits que l'auteur a tirés de la divulgation ou de l'utilisation à des fins personnelles des informations confidentielles, même si la partie lésée n'a encouru aucun dommage.¹⁶³³

¹⁶²⁹ Traduction ISABELLE DE LAMBERTERIE/GEORGES ROUHETTE/DENIS TALLON.

¹⁶³⁰ PECL II, p. 194; VON BAR/ZIMMERMANN, p. 219; RISKE, p. 95.

¹⁶³¹ RISKE, p. 95.

¹⁶³² PECL II, p. 194; VON BAR/ZIMMERMANN, p. 219.

¹⁶³³ PECL II, p. 194; VON BAR/ZIMMERMANN, p. 220; FAGES, p. 315; RISKE, p. 95 s.

- 924 Le devoir de confidentialité consacré à l'article 2:302 PECL est **accepté dans la plupart des pays de l'UE**, sauf en Espagne.¹⁶³⁴ En Allemagne, le devoir de confidentialité dans les relations précontractuelles résulte du § 241 al. 2 BGB en relation avec le § 311 al. 2 BGB (*supra* n. 715). En France, il s'agit d'un acte fautif, une violation du devoir d'agir de bonne foi (*supra* n. 758).¹⁶³⁵ En Angleterre, les tribunaux jugent en «*equity*» que celui qui a reçu une information à titre confidentiel ne doit pas en tirer un avantage déloyal.¹⁶³⁶ Ailleurs, tel qu'en Suisse, ce devoir est souvent considéré comme une concrétisation du devoir de se comporter de bonne foi pendant les négociations.¹⁶³⁷ Ainsi, en droit suisse, c'est un devoir de discrétion non écrit.¹⁶³⁸ Par ailleurs, l'usage de secrets commerciaux à ses propres fins constitue une appropriation illégitime donnant lieu à restitution selon les règles de la gestion d'affaires (art. 423 al. 1 CO; *infra* n. 1464).¹⁶³⁹

5. Synthèse

- 925 Les PECL consacrent un principe général de la bonne foi qui s'étend au stade précontractuel. Ils instaurent expressément une **responsabilité précontractuelle** du fait de comportements contraires à la bonne foi pendant les négociations. Parmi ceux-ci, le devoir de négocier conformément à ses intentions véritables est mentionné à titre exemplatif. Le devoir de confidentialité fait l'objet d'une disposition distincte. Toutefois, la responsabilité sanctionnant sa violation trouve également sa source dans le principe de la bonne foi.¹⁶⁴⁰

C. Principes de l'acquis communautaire (ACQP)

1. Introduction

- 926 En tant *Restatement* de l'acquis communautaire en matière de droit des contrats et de la consommation, les *Acquis Principles* (ACQP) donnent un large aperçu, tant aux académiciens qu'aux praticiens, de l'**état** du droit européen existant

¹⁶³⁴ PECL II, p. 194 s.; VON BAR/ZIMMERMANN, p. 220.

¹⁶³⁵ ROUHETTE, p. 154.

¹⁶³⁶ *Seager v Copydex Ltd.* [1967] 2 All E.R. 718; ALLEN, p. 137 s.

¹⁶³⁷ RISKE, p. 96.

¹⁶³⁸ ZK-BAUMANN, n. 176 ad art. 2 CC.

¹⁶³⁹ ROUILLER, p. 278 s.

¹⁶⁴⁰ RISKE, p. 96.

(*supra* n. 205 ss). La dernière mouture des ACQP (ACQP II) n'est disponible qu'en langue anglaise.

- 927 Dans leur chapitre 2 «*Pre-contractual Duties*», les ACQP contiennent plusieurs devoirs précontractuels. Il y a d'abord (section 1) le devoir général de la **bonne foi précontractuelle** (*infra* n. 928 ss) concrétisé par les **attentes légitimes** (*infra* n. 933 ss) et les **négociations contraires à la bonne foi** (*infra* n. 941 ss). Par ailleurs, les ACQP (section 2 du même chapitre) consacrent également des **devoirs d'information spéciaux** (*infra* n. 947 ss) qui s'attachent à protéger les consommateurs afin de rétablir le déséquilibre dû à l'asymétrie de l'information (*supra* n. 589). Enfin, les ACQP consacrent une **norme de responsabilité** générale sanctionnant la violation des devoirs précontractuels d'information (*infra* n. 975 ss).

2. Bonne foi précontractuelle (art. 2:101 ACQP)

- 928 Le principe de la bonne foi se retrouve dans passablement de dispositions du **droit privé communautaire**, car c'est une notion familière à la plupart des juridictions de l'UE, pays de la *Common law* exceptés (*supra* n. 852).¹⁶⁴¹ Dans l'acquis, la notion se retrouve par exemple à l'article 4(2) directive 97/7/CE «contrats à distance» ou à l'article 3(2) directive 2002/65/CE «services financiers à distance». Par ailleurs, la directive sur les pratiques commerciales déloyales régit le comportement des professionnels lorsqu'ils négocient avec les consommateurs en se référant au standard de la bonne foi dans les pratiques commerciales (art. 2(h) directive 2005/29/CE «pratiques commerciales déloyales»).¹⁶⁴²
- 929 La présence du concept de la bonne foi dans ces directives a incité les auteurs des ACQP à inscrire un devoir précontractuel général de bonne foi dans la section 1 «*General Duties*» du chapitre 2 «*Pre-contractual Duties*». L'article 2:101 ACQP a la **teneur** suivante:

Article 2:101: *Good Faith*

In pre-contractual dealings, parties must act in accordance with good faith.

¹⁶⁴¹ TWIGG-FLESNER, p. 101.

¹⁶⁴² RISKE, p. 97. Pour une liste complète des dispositions des directives s'appuyant sur la bonne foi, cf. ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 2 ad art. 2:101 ACQP.

Article 2:101: Bonne foi

Dans les relations précontractuelles, les parties doivent agir conformément à la bonne foi.¹⁶⁴³

- 930 Quelques remarques s'imposent à l'égard de cette disposition. Tout d'abord, la référence de l'article 2:101 ACQP aux relations précontractuelles ne devrait pas être comprise comme une **restriction** à la sphère d'application de la notion de la bonne foi au stade précontractuel.¹⁶⁴⁴ Son but est simplement de renforcer le standard de loyauté («*fairness*») et de comportement raisonnable («*reasonableness*») dans les relations précontractuelles.¹⁶⁴⁵
- 931 Ensuite, l'article 2:101 ACQP ne devrait pas être interprété comme une disposition se limitant à la **protection des consommateurs**, bien que sa sphère d'application inclue les relations B2C et qu'il vise à promouvoir le respect de la bonne foi par rapport au processus décisionnel du consommateur. En effet, ce dernier doit être amené à faire librement ses choix sur la base d'informations suffisantes.¹⁶⁴⁶
- 932 Enfin, le devoir de bonne foi n'est pas, comme la plupart des autres règles des ACQP, limité à des faits concrets préétablis ou à des effets légaux définis. L'article 2:101 ACQP est une disposition **ouverte** (*supra* n. 485). Autrement dit, le contenu de cette règle est à établir en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce. Le commentaire explicatif des ACQP indique par ailleurs que la disposition peut être interprétée comme donnant le pouvoir aux tribunaux de concrétiser et de compléter le contenu des ACQP. Le devoir d'agir de bonne foi s'appliquerait ainsi d'une manière générale, à toutes sortes de situations précontractuelles et à toutes sortes de parties.¹⁶⁴⁷

3. Attentes légitimes (art. 2:102 ACQP)

- 933 La notion d'attentes légitimes («*legitimate expectations*») se retrouve également dans différents domaines du droit privé communautaire, notamment quand il s'agit d'indiquer que les consommateurs sont en droit d'attendre un **niveau**

¹⁶⁴³ Traduction libre.

¹⁶⁴⁴ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 10 ad art. 2:101 ACQP; TWIGG-FLESNER, p. 101.

¹⁶⁴⁵ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 10 ad art. 2:101 ACQP; RISKE, p. 98.

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*

¹⁶⁴⁷ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 12 ad art. 2:101 ACQP.

adéquat de diligence professionnelle d'une entreprise commerciale. Ainsi, l'article 2:102 ACQP relatif aux attentes légitimes est issu, entre autres, de l'article 2(2)(d) directive 1999/44/CE «vente et garanties des biens de consommation» et de l'article 2(h) directive 2005/29/CE «pratiques commerciales déloyales». A côté de l'acquis en matière de contrats, la disposition trouve ses racines également dans l'article 6(1)(b) directive 85/374/CEE «responsabilité du fait des produits».¹⁶⁴⁸

- 934 A l'instar du devoir général de bonne foi (art. 2:101 ACQP; *supra* n. 929), l'article 2:102 ACQP se situe dans la section 1 «*General duties*» du chapitre 2 «*Pre-contractual Duties*». Il a la **teneur** suivante:

Article 2:102: *Legitimate expectations*

In pre-contractual dealings, a business must act with the special skill and care that may reasonably be expected to be used with regard, in particular, to the legitimate expectations of consumers.

Article 2:102: Attentes légitimes

Dans les relations précontractuelles, une entreprise doit agir avec la compétence et l'attention spéciale qui peut raisonnablement être exigée d'elle en vue, particulièrement, des attentes légitimes des consommateurs.¹⁶⁴⁹

- 935 Cette disposition **concrétise le devoir de bonne foi** dans les relations précontractuelles prévu à l'article 2:101 ACQP.¹⁶⁵⁰
- 936 Le **champ d'application** de cette disposition est limité aux tractations entre un commerçant professionnel¹⁶⁵¹ et un consommateur.¹⁶⁵² Dans les relations B2C, un certain degré de standardisation des attentes légitimes est possible par

¹⁶⁴⁸ Pour une liste complète des dispositions des directives traitant des attentes légitimes, cf. ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 2 ad art. 2:102 ACQP.

¹⁶⁴⁹ Traduction libre.

¹⁶⁵⁰ TWIGG-FLESNER, p. 102; ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 7 ad art. 2:102 ACQP.

¹⁶⁵¹ Pour la définition de l'entreprise/commerce dans les ACQP, cf. art. 1:202 ACQP; ACQP II-EBERS, n. 9 ad art. 1:202 ACQP.

¹⁶⁵² Pour la notion de consommateur au sens des ACQP, cf. art. 1:201 ACQP; ACQP II-EBERS, n. 19 ad art. 1:201 ACQP.

référence au consommateur moyen. Il serait difficile d'imaginer une telle standardisation dans les relations entre commerçants (B2B). Toutefois, on ne devrait pas tirer de l'article 2:102 ACQP l'argument *a contrario* que les attentes légitimes ne sont jamais protégées dans un contexte B2B. Dans les relations B2B cependant, la relevance de telles attentes légitimes doit être évaluée au cas par cas.¹⁶⁵³

- 937 Dans les relations précontractuelles, une entreprise doit agir avec la compétence et l'attention **spéciale** qui peut **raisonnablement** être exigée d'elle (art. 2:102 ACQP). La référence à la compétence et l'attention «spéciale» souligne que le standard à appliquer dépend du domaine d'activité de l'entreprise. Lorsqu'il est légitime d'attendre d'une entreprise active dans un secteur déterminé qu'elle se comporte d'une certaine façon, c'est ce standard spécifique de comportement qui sera appliqué aux entreprises de ce secteur. L'adjectif «raisonnable» précise toutefois que le standard de la diligence professionnelle est normatif. Ainsi, il n'est pas possible d'argumenter qu'une entreprise agit avec une diligence professionnelle suffisante si elle applique un standard répandu, mais de bas niveau, commun dans un secteur.¹⁶⁵⁴
- 938 Il faut juger ce qui est «raisonnable» à l'aune de ce que des personnes de bonne foi dans la même situation considèreraient comme tel (standard objectif de mesure de la protection de la confiance précontractuelle; *supra* n. 510). En particulier, les **circonstances** suivantes devraient être prises en compte: le domaine de l'activité de l'entreprise, les us et coutumes de l'entreprise considérée, les codes de conduite largement reconnus, la nature et le but du contrat et le groupe de clients auquel l'entreprise s'adresse.¹⁶⁵⁵
- 939 Selon l'article 2:102 ACQP, une entreprise doit être particulièrement attentive aux **attentes légitimes** des consommateurs lorsqu'elle s'engage dans des relations précontractuelles avec ces derniers. Le point de référence pour ce standard de comportement est le consommateur «moyen» raisonnablement bien informé, observateur et circonspect. Ce faisant, il est nécessaire de prendre en compte les facteurs sociaux, culturels et linguistiques pour la détermination du standard.¹⁶⁵⁶ Les devoirs de comportement issus des attentes légitimes

¹⁶⁵³ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 9 ad art. 2:102 ACQP.

¹⁶⁵⁴ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 10 ad art. 2:102 ACQP; RISKE, p. 100.

¹⁶⁵⁵ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 11 ad art. 2:102 ACQP; RISKE, p. 100.

¹⁶⁵⁶ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 12 ad art. 2:102 ACQP.

dépendent donc hautement des circonstances individuelles, des biens et services en question, ainsi que du groupe de personnes visées.¹⁶⁵⁷

- 940 Enfin, l'exemple fourni par le commentaire relatif à l'article 2:102 ACQP illustre parfaitement que le concept des attentes légitimes au sens des ACQP n'implique **pas nécessairement la tenue de négociations précontractuelles**. L'exemple donné est le suivant: A tient un magasin d'animaux exotiques et vend des serpents venimeux. B, qui entre dans la boutique, peut légitimement s'attendre à ce que A a pris toutes les précautions professionnelles de sorte qu'il n'est pas dangereux d'entrer dans le magasin et de regarder de près les animaux.¹⁶⁵⁸ Dans cette hypothèse, il s'agit d'un devoir de protection spécial («*Verkehrssicherungspflicht*») typique de la théorie de la *culpa in contrahendo* allemande (*supra* n. 718).

4. Négociations contraires à la bonne foi (art. 2:103 ACQP)

- 941 Même s'il n'y a pas de disposition **explicite** dans le droit privé communautaire consacrant une responsabilité en cas de négociations contraires à la bonne foi,¹⁶⁵⁹ il est possible d'y identifier certains aspects¹⁶⁶⁰ qui reflètent un devoir de ne pas négocier contrairement à la bonne foi.¹⁶⁶¹
- 942 L'*Acquis Group* a estimé opportun de généraliser le concept à l'article 2:103 ACQP. Ce dernier se trouve, lui aussi, dans la section 1 «*General duties*» du chapitre 2 «*Pre-contractual Duties*». L'article 2:103 ACQP est **formulé** comme suit:

Article 2:103: *Negotiations Contrary to good faith*

(1) *A party is free to negotiate and is not liable for failing to reach an agreement.*

(2) *However, a party who has conducted or discontinued negotiations contrary to good faith is liable for loss caused to the other party.*

¹⁶⁵⁷ RISKE, p. 100.

¹⁶⁵⁸ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 14 ad art. 2:102 ACQP.

¹⁶⁵⁹ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 6 ad art. 2:103 ACQP.

¹⁶⁶⁰ Pour une liste complète des dispositions des directives relatives aux négociations déloyales, cf. ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 2 s. ad art. 2:103 ACQP.

¹⁶⁶¹ TWIGG-FLESNER, p. 103.

(3) In particular, a party acts contrary to good faith if it enters into or continues negotiations with no real intention of reaching an agreement.

Article 2:103: Négociations contraires à la bonne foi

(1) Une partie est libre de négocier et ne peut encourir de responsabilité pour ne pas être parvenue à un accord.

(2) Cependant, une partie qui a conduit ou rompu des négociations de manière contraire à la bonne foi est responsable de la perte causée à l'autre partie.

(3) En particulier, une partie agit de manière contraire à la bonne foi si elle entame ou poursuit des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord.¹⁶⁶²

- 943 Cette disposition instaure un **chef de responsabilité nouveau** qui n'est pas consacré par le droit privé communautaire.¹⁶⁶³ Cependant, certains aspects de politique juridique sous-jacents au principe semblent être affirmés par le droit privé communautaire, particulièrement lorsqu'on songe à l'importance donnée aux attentes légitimes des consommateurs dans le droit communautaire.¹⁶⁶⁴ Le texte de l'article 2:103 ACQP doit être interprété à l'aune des exigences issues des attentes légitimes (art. 2:102 ACQP; *supra* n. 933 ss) et du devoir général de bonne foi (art. 2:101 ACQP; *supra* n. 928 ss) dont il est une concrétisation.¹⁶⁶⁵ L'article 2:103 ACQP s'applique à toutes sortes de parties et n'est pas limité aux négociations B2C.¹⁶⁶⁶
- 944 Le paragraphe (1) de l'article 2:103 ACQP, qui trouve sa source dans le **principe** de la liberté contractuelle et de l'auto-responsabilité,¹⁶⁶⁷ établit la règle générale suivant laquelle les parties sont libres de décider si elles veulent ou non

¹⁶⁶² Traduction libre.

¹⁶⁶³ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 6 ad art. 2:103 ACQP; RISKE, p. 101.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁶⁵ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 8 ad art. 2:103 ACQP.

¹⁶⁶⁶ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 9 ad art. 2:103 ACQP.

¹⁶⁶⁷ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 1 ad art. 2:103 ACQP.

conclure un contrat (*supra* n. 470).¹⁶⁶⁸ Elles peuvent donc librement entamer ou rompre des négociations précontractuelles sans encourir de responsabilité (*ius variandi*; *supra* n. 471). Par voie de conséquence, les entreprises et autres parties doivent en principe supporter elles-mêmes les coûts inhérents à leur domaine d'activité. Dans le cadre des négociations, les risques économiques comprennent par exemple les coûts relatifs à la préparation d'une offre.¹⁶⁶⁹

- 945 Le *ius variandi* n'est toutefois pas absolu (*supra* n. 472 ss). Aussi le paragraphe (2) de l'article 2:103 ACQP met-il une **limite** à cette liberté: une partie qui a entamé ou rompu les négociations contrairement aux exigences imposées par la bonne foi est responsable pour les dommages causés au cocontractant prospectif.¹⁶⁷⁰ Ce principe s'applique *a fortiori* lorsqu'une partie incite l'autre partie à faire des investissements irréversibles, et l'encourage ainsi à prendre des risques qui vont au-delà des coûts opérationnels ordinaires du secteur d'activité en question,¹⁶⁷¹ alors qu'elle n'a pas ou plus l'intention de conclure le contrat envisagé (*supra* n. 582 s.). Le paragraphe (2) consacre un devoir de comportement qui trouve sa source dans le principe de la bonne foi dans les affaires (*supra* n. 463), tout en instaurant un chef de responsabilité pour sa violation.¹⁶⁷²
- 946 Tandis que le paragraphe (2) de l'article 2:103 ACQP impose un devoir de comportement de bonne foi dans les négociations, son paragraphe (3) en donne une illustration classique, à savoir le **devoir de négociier conformément à ses véritables intentions** (*supra* n. 535).¹⁶⁷³

¹⁶⁶⁸ Cf. art. II.-3:301(1) DCFR; art. 2:301(1) PECL; art. 2.1.15(1) PICC; art. 6 al. 1 Projet GANDOLFI.

¹⁶⁶⁹ Arrêt de la CJCE du 17 décembre 1998, *Embassy Limousines & Services v European Parliament*, T-203/96, Rec. 1998, p. II-04239, n. 75; ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 9 ad art. 2:103 ACQP; RISKE, p. 102.

¹⁶⁷⁰ Cf. art. II.-3:301(2) DCFR; art. 2:301(2) PECL; art. 2.1.15(2) PICC; art. 6 al. 4 Projet GANDOLFI.

¹⁶⁷¹ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, n. 9 ad art. 2:103 ACQP.

¹⁶⁷² RISKE, p. 102.

¹⁶⁷³ Cf. art. II.-3:301(3) DCFR; art. 2:301(3) PECL; art. 2.1.15(3) PICC; art. 6 al. 2 Projet GANDOLFI.

5. Devoirs d'information (art. 2:201 à 2:208 ACQP)

a) Introduction

947 Les ACQP consacrent toute une série de dispositions ayant trait aux **devoirs précontractuels d'information** (art. 2:201 à 2:208 ACQP) issus des directives européennes visant à protéger les consommateurs (*infra* n. 948 ss). Sauf pour l'article 2:201 ACQP (*infra* n. 948 ss), ces dispositions consacrent des devoirs d'information spéciaux (*supra* n. 589 ss) allant au-delà du devoir d'information général (*supra* n. 592 ss) dans la mesure où elles cherchent à rétablir, en faveur de la partie dite «faible», le déséquilibre structurel dû à l'asymétrie dans le pouvoir de s'informer (*supra* n. 589). Nous nous limitons à donner un aperçu descriptif de ces divers devoirs.

b) Devoir d'informer sur les biens et services (art. 2:201 ACQP)

948 La section 2 («*Pre-contractual information duties*») du chapitre 2 relatif aux devoirs précontractuels prévoit tout d'abord à l'article 2:201 ACQP¹⁶⁷⁴ un devoir d'informer sur les biens et les services proposés avant la conclusion d'un contrat.¹⁶⁷⁵ Les informations données doivent être **celles auxquelles on peut raisonnablement s'attendre**, compte tenu des standards de qualité et d'exécution considérés comme normaux à l'aune des circonstances. Le devoir en question s'applique tant dans les relations B2B que B2C ou C2C.¹⁶⁷⁶

949 Le prestataire de biens et/ou de services n'est pas dans l'obligation de dévoiler **toutes les informations** en sa possession,¹⁶⁷⁷ mais **seulement celles qui sont nécessaires pour la détermination du niveau de qualité et d'exécution des biens ou services qui serait normal eu égard aux circonstances du cas**

¹⁶⁷⁴ Art. 2:201 ACQP: «*Duty to inform about goods and services: Before the conclusion of a contract, a party has a duty to give the other party such information concerning the goods or services to be provided as the other party can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances*»; cf. II.-3:101(1) DCFR.

¹⁶⁷⁵ L'article en question reflète les dispositions sur la conformité des marchandises de l'art. 2 directive 1999/44/CE «vente de biens de consommation» qui s'applique aux relations B2C et de l'art. 35 CVIM ayant trait aux contrats de vente internationaux B2B (ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 1 ad art. 2:201 ACQP) .

¹⁶⁷⁶ CRAVETTO/PASA, p. 766.

¹⁶⁷⁷ DE GEEST/KOVAC, p. 124.

concret.¹⁶⁷⁸ Cependant, lorsqu'il est en possession de ces informations, il doit les donner afin d'éviter qu'une responsabilité puisse lui être imputée pour avoir fourni des biens ou services non conformes au contrat. Ainsi, lorsque le fournisseur est en possession d'informations qui indiquent que la qualité ou l'exécution des services tomberont en-dessous du standard normal, il est tenu d'en informer le cocontractant prospectif.¹⁶⁷⁹

- 950 Sachant que le devoir en question s'applique tant dans les relations B2B que B2C ou C2C (*supra* n. 948), la disposition discutée est une concrétisation du **devoir d'information général** découlant du devoir de bonne foi précontractuelle (*supra* n. 592).

c) *Devoirs d'information en cas de commercialisation visant des consommateurs (art. 2:202 ACQP)*

- 951 Ensuite, l'article 2:202 ACQP¹⁶⁸⁰ traite des différentes informations à fournir aux consommateurs dans le cadre de la commercialisation de biens et de services par les entreprises. Celles-ci, tout en tenant compte des limites du moyen de communication utilisé, doivent fournir les **informations qu'un consommateur peut raisonnablement attendre** au vu du contexte, de sorte à ce que le consommateur puisse prendre une décision sur les démarches à

¹⁶⁷⁸ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 8 ad art. 2:201 ACQP; RISKE, p. 103.

¹⁶⁷⁹ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 10 ad art. 2:201 ACQP; RISKE, p. 103.

¹⁶⁸⁰ Art. 2:202 ACQP: «*Information duties in marketing towards consumers: (1) Where a business is marketing goods or services to a consumer, the business must, with due regard to the limitations of the communication medium employed, provide such material information as the average consumer can reasonably expect in the given context for a decision on any steps to take towards concluding a contract for those goods or services. (2) Where a business uses a commercial communication which gives the impression to consumers that it contains all the relevant information necessary to make a decision about concluding a contract, it must in fact contain all the relevant information. All the relevant information must be provided in the same language. Where not already apparent from the context of the commercial communication, the information to provide comprises: (a) the main characteristics of the goods or services, the identity and address, if relevant, of the business, the price and any available the right of withdrawal; (b) peculiarities related to payment, delivery, performance and complaint handling, if they depart from the requirements of professional diligence; (c) the language used for communications between the parties after the conclusion of the contract, if this differs from the language of the commercial communication*»; cf. art. II.-3:102 DCFR.

entreprendre en vue de conclure le contrat (art. 2:202(1) ACQP).¹⁶⁸¹ En ce sens, la disposition cherche à promouvoir, dans les relations B2C, le respect du devoir d'information découlant du devoir de bonne foi précontractuelle (*supra* n. 592).

- 952 Le paragraphe (1) de l'article 2:202 ACQP requiert de l'entreprise qu'elle fournisse les informations «**matérielles**» («*material*») lorsqu'elle commercialise des biens ou des services. En présence de dispositions spécifiques sur l'information à fournir au consommateur en cas de commercialisation de biens ou de services, cette information est matérielle au sens du paragraphe (1) de l'article 2:202 ACQP. Dans d'autres circonstances, une information est matérielle lorsque sa présence ou son absence affecterait la décision finale du consommateur quant à la conclusion du contrat.¹⁶⁸²
- 953 Ce devoir connaît **deux limitations**. Premièrement, l'on tiendra compte de toutes les circonstances du contexte dans lequel l'information pourrait être fournie. Les circonstances et le contexte peuvent dès lors déterminer quelle information est matérielle et à quel point l'information fournie doit être détaillée. Deuxièmement, les limites du moyen de communication employé doivent être prises en considération. Ainsi, lorsque l'entreprise communique avec le consommateur par téléphone, il peut être possible que l'entreprise ait à fournir moins d'informations que lorsqu'elle communique au moyen d'un courriel ou d'un site web.¹⁶⁸³
- 954 Lorsque l'entreprise utilise un moyen de communication commercial donnant l'impression aux consommateurs qu'il contient **toutes les informations pertinentes pour prendre une décision** quant à la conclusion d'un contrat, ce moyen de communication doit effectivement les contenir. Par ailleurs, les informations en question doivent être communiquées dans une seule et même langue (art. 2:202(2) ACQP).
- 955 Lorsque les informations à donner pour prendre une décision ne ressortent pas déjà du seul contexte de la communication commerciale, des **informations précises** doivent être fournies selon les lettres (a) à (c) du paragraphe (2) de l'article 2:202 ACQP. Les informations à communiquer comprennent les **éléments suivants**:

¹⁶⁸¹ Issu de l'art. 7(1) directive 2005/29/CE «pratiques commerciales déloyales».

¹⁶⁸² ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 5 ad art. 2:202 ACQP; DE GEEST/KOVAC, p. 126.

¹⁶⁸³ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 5 ad art. 2:202 ACQP.

(i) la description des caractéristiques principales des biens ou des services, l'adresse et l'identité de l'entreprise¹⁶⁸⁴ (si relevant), ainsi que des informations sur le prix et tout éventuel droit de rétractation (art. 2:202(2)(a) ACQP);

(ii) les particularités relatives au paiement, à la livraison, à l'exécution et au traitement des réclamations, lorsqu'elles s'écartent des exigences dictées par la diligence professionnelle (art. 2:202(2)(b) ACQP);¹⁶⁸⁵ et

(iii) la langue utilisée pour la communication entre les parties après la conclusion du contrat, dans la mesure où elle diffère de celle utilisée pour la communication commerciale (art. 2:202(3)(c) ACQP).

956 Une «**communication commerciale**» au sens de l'article 2:202 ACQP est toute communication d'informations aux fins de commercialiser des biens ou des services auprès des consommateurs, publicité comprise.¹⁶⁸⁶ Une négociation n'est pas nécessaire. Au contraire, le devoir d'informer s'impose dès la première prise de contact en vue de conclure un contrat avec un consommateur.

d) *Devoirs d'information envers les consommateurs désavantagés (art. 2:203 ACQP)*

957 L'article 2:203 ACQP¹⁶⁸⁷ traite des devoirs d'information vis-à-vis des consommateurs désavantagés. Ici, les ACQP cherchent à corriger un

¹⁶⁸⁴ Dans le cadre du commerce électronique en droit suisse, cf. art. 3 al. 1 let. s, ch. 1 LCD; MÜLLER/RISKE, *L'offre arnaqueuse*, p. 30 ss.

¹⁶⁸⁵ Issu de l'art. 7(2) directive 2005/29/CE «pratiques commerciales déloyales».

¹⁶⁸⁶ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 6 ad art. 2:202 ACQP.

¹⁶⁸⁷ Art. 2:203 ACQP: «*Information duties towards disadvantaged consumers: (1) In the case of transactions that place the consumer at a significant informational disadvantage because of the technical medium used for contracting, the physical distance between business and consumer, or the nature of the transaction, the business must, as appropriate in the circumstances, provide clear information about the main characteristics of the goods or services, the price including delivery charges, taxes and other costs, the address and identity of the business with whom the consumer is transacting, the terms of the contract, the rights and obligations of both contracting parties, and any available redress procedures. This information must be provided at the latest at the time of conclusion of the contract. (2) Where more specific information duties*

déséquilibre particulièrement marqué dans l'asymétrie de l'information. Le désavantage au niveau de l'information peut être significatif du fait soit **(a)** du moyen de communication utilisé dans la conclusion du contrat, soit **(b)** de la distance entre l'entreprise et le consommateur, soit encore **(c)** de la nature de la transaction (art. 2:203(1) ACQP).

958 Outre les informations mentionnées à l'article 2:202(2) ACQP (*supra* n. 955), les entreprises doivent informer les consommateurs ainsi désavantagés, de manière claire et appropriée aux circonstances, sur les **éléments suivants**:

(i) les clauses du contrat;

(ii) les droits et les obligations des deux parties contractuelles; et

(iii) les éventuelles procédures de réclamation¹⁶⁸⁸ à disposition du consommateur.

959 Ces informations doivent être données **au plus tard** à la conclusion du contrat (art. 2:203(1) ACQP).¹⁶⁸⁹

960 Enfin, selon le paragraphe (2) de l'article 2:203 ACQP, d'éventuelles **prescriptions plus spécifiques** relatives aux devoirs d'information dans le cadre de circonstances particulières **prévalent** sur les devoirs d'information prévus au paragraphe (1) du même article.

e) Clarté et forme de l'information (art. 2:204 ACQP)

961 L'article 2:204 ACQP¹⁶⁹⁰ a trait à la forme de l'information à donner plutôt qu'à sa substance.¹⁶⁹¹ Il est vrai que les directives qui imposent des devoirs

are provided for specific situations, these take precedence over general information duties under paragraph 1»; cf. art. II.-3:103(1) et (2) DCFR.

¹⁶⁸⁸ Dans le cadre des services de paiement par exemple, la directive 2007/64/CE prévoit que «[l]es États membres veillent à la mise en place de procédures permettant aux utilisateurs de services de paiement et aux autres parties intéressées, y compris les associations de consommateurs, de soumettre des réclamations aux autorités compétentes en cas de violation alléguée, par des prestataires de services de paiement, des dispositions de droit national mettant en œuvre les dispositions de la présente directive» (art. 80(1) directive 2007/64/CE «services de paiement»).

¹⁶⁸⁹ Disposition basée, entre autres, sur l'art. 4(1) directive 85/577/CE «contrats conclus à domicile», l'art. 3(2) directive 90/314/CE «voyages, vacances et circuits à forfaits», l'art. 4 directive 97/7/CE «contrats à distance», l'art. 6 directive 1999/44/CE «vente de biens de consommation» et l'art. 42 directive 2007/64/CE «services de paiement».

d'information spécifient également leur forme. La notion de forme doit être comprise ici au **sens large**, c'est-à-dire celle englobant, en plus d'éventuelles prescriptions formelles au sens strict, également la langue et l'intelligibilité des informations à fournir.¹⁶⁹²

962 Ainsi, l'entreprise s'acquitte correctement de ses devoirs d'information seulement si l'information fournie est **claire, précise et exprimée dans un langage simple et intelligible** (art. 2:204(1) ACQP).

963 Dans le cadre de la conclusion de **contrats à distance, les éléments d'informations suivants, appropriés au cas d'espèce, doivent être confirmés par écrit au moment de la conclusion** du contrat (art. 2:204(2) ACQP):¹⁶⁹³

- (i) les caractéristiques principales des biens et des services;
- (ii) le prix (y compris les frais de livraison, taxes et autres charges);
- (iii) l'adresse et l'identité de l'entreprise;
- (iv) les clauses contractuelles;
- (v) les droits et les obligations des deux parties; et

¹⁶⁹⁰ Art. 2:204 ACQP: «Clarity and form of information: (1) A duty to provide information imposed on a business is not fulfilled unless the information is clear and precise, and expressed in plain and intelligible language. (2) In the case of contracts between a business and a consumer concluded at a distance, information of the main characteristics of the goods or services, the price, the address and the identity of the business with whom the consumer is transacting, the terms of the contract, the rights and obligations of both contracting parties, and any available redress procedures, as may be appropriate in the particular case, needs to be confirmed in writing at the time of the conclusion of the contract. (3) Where more specific formal requirements for the provision of information are provided for specific situations, these take precedence over general requirements under paragraphs (1) and (2). Unless stated otherwise, writing may be replaced by another textual form on a durable medium, provided this is reasonably accessible to the recipient. (4) Failure to observe a particular form will have the same consequences as breach of information duties». L'art. 2:204 ACQP est l'art. 2:206 ACQP de la première version des *Acquis Principles* (cf. art. II.-3:106 DCFR).

¹⁶⁹¹ Reflète not. le contenu des art. 3(2), 4(1) et (2)(b) directive 90/314/CEE «voyages à forfait», de l'art. 4 directive 85/577/CEE «contrats conclus à domicile», des art. 4 s. directive 97/7/CE «contrats à distance», de l'art. 6 directive 1999/44/CE «vente de biens de consommation» et de l'art. 10(1) directive 2000/31/CE «commerce électronique».

¹⁶⁹² Pour le tableau des directives contenant des prescriptions de forme au sens large, cf. ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 1 ad art. 2:204 ACQP.

¹⁶⁹³ Cette règle de confirmation est basée sur l'art. 5 directive 97/7/CE «contrats à distance».

(vi) les procédures de réclamation¹⁶⁹⁴ à disposition du consommateur.

- 964 En outre, là où des règles formelles plus précises relatives à la fourniture de l'information existent pour des **situations spécifiques**, ces règles l'emportent. Sous réserve de dispositions contraires, la forme écrite peut être remplacée par une autre forme textuelle («*textual form*»; art. 1:305 ACQP)¹⁶⁹⁵ sur un support durable («*durable medium*»; art. 1:306 ACQP),¹⁶⁹⁶ pourvu que ce dernier soit raisonnablement accessible à l'intéressé (art. 2:204(3) ACQP).
- 965 La disposition précise enfin que l'inobservation d'une forme particulière a les mêmes **conséquences** que l'omission des informations dues (art. 2:204(4) ACQP).
- 966 Cet aperçu met en évidence que les conditions de forme pour la fourniture d'informations sont dépendantes du contexte. Une **approche uniforme** quant à la question de la forme de l'information serait souhaitable. Elle permettrait, d'une part, d'améliorer la cohérence globale du système et, d'autre part, de réduire le risque d'une difficulté pour les entreprises de se conformer aux conditions de forme.¹⁶⁹⁷

f) Information sur l'adresse et l'identité (art. 2:205 ACQP)

- 967 L'article 2:205 ACQP¹⁶⁹⁸ définit la portée d'un terme récurrent dans les ACQP. Il donne une **signification standardisée** à la notion «*adress and identity of the business*».

¹⁶⁹⁴ Cf. *supra* note de bas de page 1688.

¹⁶⁹⁵ Art. 1:305 ACQP: «*Textual form: 'Textual form' means a text which is expressed in alphabetical or other intelligible characters by means of any support that permits reading, recording of the information contained therein and its reproduction in tangible form*»; cf. art. 178 al. 1 LDIP à propos de la forme textuelle requise pour la conclusion d'une convention d'arbitrage en droit suisse; MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 199 s.

¹⁶⁹⁶ Art. 1:306 ACQP: «*Durable medium: 'Durable medium' means any support which stores information so that it is accessible for future reference for a period of time adequate to the purposes of the information, and which allows the unchanged reproduction of this information*».

¹⁶⁹⁷ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 2 ad art. 2:204 ACQP.

¹⁶⁹⁸ Art. 2:205 ACQP: «*Information about adress and identity: For the purpose of this chapter, the address and identity of the business include: (a) the name of the business; (b)*

968 Différents devoirs précontractuels d'information consacrés dans l'acquis communautaire se réfèrent à l'adresse et l'identité de l'entreprise. Ils prévoient que certains **éléments d'information spécifiques** doivent être fournis à ce sujet.¹⁶⁹⁹ Toutefois, les références dans l'acquis à l'adresse et à l'identité de l'entreprise présentent des contradictions, surtout lorsque plusieurs directives sont applicables simultanément. Dès lors, il devient difficile de déterminer dans chaque cas d'espèce quel élément d'information spécifique doit être fourni. Il est toutefois possible d'identifier un noyau dur d'éléments d'information qui doit être fourni à chaque fois que l'acquis se réfère à l'adresse et l'identité de l'entreprise. Ces éléments récurrents ont été standardisés dans l'article 2:205 ACQP.¹⁷⁰⁰ Les informations identifiant l'entreprise et son adresse sont particulièrement importantes pour les consommateurs achetant des biens ou des services à l'étranger via Internet. Elles permettent notamment à ces derniers de se renseigner au sujet de la réputation de l'entreprise et, le cas échéant, de faire valoir leurs droits.

g) *Information sur le prix (art. 2:206 ACQP)*

969 Le but de l'article 2:206 ACQP¹⁷⁰¹ est le même que celui de l'article 2:205 ACQP, à savoir la **standardisation d'un terme récurrent** dans les ACQP et

any trading names relevant to the contract in question; (c) the registration number in any official register, and the name of that register; (d) its geographical address; (e) contact details; (f) where the business has a representative in the consumer's country of residence and this is a Member state, the address and identity of that representative; (g) where the activity of the business is subject of an authorization scheme, the particulars of the relevant supervisory authority; and (h) where the business exercises an activity which subject to VAT, the relevant identification number. (2) For the purpose of Article 2:202 (Information duties in marketing towards consumers) paragraph (2), the address and identity of the business include only the information indicated in paragraph (1) subparagraphs (a), (c), and (e)»; correspond à l'art. II.-3:108 DCFR.

¹⁶⁹⁹ Cf. art. 22(1) directive 2006/123/ CE «services»; art. 4(1)(b)(ii) directive 90/314/CEE «voyages à forfait»; art. 4(1)(a) directive 97/7/CE «contrats à distance»; art. 7(4)(b) directive 2005/29/CE «pratiques commerciales déloyales»; art. 3(1) directive 2002/65/CE «services financiers à distance»; pour le droit suisse, dans le cadre du commerce électronique, art. 3 al. 1 let. s, ch. 1 LCD; MÜLLER/RISKE, *L'offre arnaqueuse*, p. 30 ss.

¹⁷⁰⁰ ACQP II-TWIGG-FLESNER, n. 2 ad art. 2:205 ACQP.

¹⁷⁰¹ Art. 2:206 ACQP: «*Information about price: (1) For the purposes of this chapter, the 'price' includes: (a) the remuneration for the goods and services; (b) any deposits payable; (c) any additional taxes and duties where these may be indicated separately;*

l'acquis communautaire (*supra* n. 967). En l'occurrence, il s'agit de s'assurer que les indications de prix sont complètes et incluent toutes les informations pertinentes dont le consommateur a besoin pour se déterminer.

- 970 En particulier d'abord, les **frais** allant au-delà du coût des biens ou services fournis, mais qui sont à la charge du client, doivent être clairement indiqués (art. 2:206(1) ACQP).¹⁷⁰²
- 971 Ensuite, lorsque les circonstances particulières impliquent qu'un prix déterminé ne peut être fourni au moment où l'indication de prix devrait être délivrée, la **base** ou la **méthode de calcul** pour sa détermination doit être fournie à sa place (art. 2:206(2) ACQP).¹⁷⁰³ Ce mécanisme permet au consommateur de vérifier que le prix demandé au final correspond bien à celui déterminé sur la base de calcul fournie avant la conclusion du contrat.¹⁷⁰⁴
- 972 Enfin, lorsque le prix s'acquitte par **acomptes**, le montant et l'échéance de chaque acompte doivent être indiqués (art. 2:206(2) ACQP).¹⁷⁰⁵

h) Fardeau de la preuve (art. 2:207 ACQP)

- 973 L'article 2:207 ACQP¹⁷⁰⁶ prévoit que l'**entreprise** supporte le fardeau de prouver qu'elle s'est bien acquittée des devoirs d'information précontractuels envers les consommateurs désavantagés (art. 2:203 ACQP; *supra* n. 958),¹⁷⁰⁷ ainsi que des devoirs d'information précontractuels spécifiques à certaines

and (d) any additional charges, including those made for (i) delivery; or (ii) the use of distance communication where this exceeds the basic rate. (2) When an exact price cannot be indicated, the consumer must be given such information on the basis for the calculation which enables the consumer to verify the price. (3) Where the price is not payable in one sum, the consumer must be informed of the payment schedule». La disposition est substantiellement identique à l'art. II.-3:107 DCFR.

¹⁷⁰² Cf. not. art. 3(2) directive 2002/65/CE «services financiers à distance»; art. 7(4)(c) directive 2005/29/CE «pratiques commerciales déloyales»; art. 4(1)(c) et (d) directive 97/7/CE «contrats à distance».

¹⁷⁰³ Cf. not. art. 3(2) directive 2002/65/CE «services financiers à distance»; art. 7(4)(c) directive 2005/29/CE «pratiques commerciales déloyales».

¹⁷⁰⁴ ACQP II-TWIGG-FLESNER, n. 5 ad art. 2:206 ACQP.

¹⁷⁰⁵ Cf. art. 3(1)(f) directive 90/314/CEE «voyages à forfait».

¹⁷⁰⁶ Art. 2:207 ACQP: «*Burden of proof: The business bears the burden of proof that it has provided information as required by Article 2:203 (Information duties towards disadvantaged consumers) and by the Specific Provisions of this Chapter*».

¹⁷⁰⁷ Cf. art. II.-3:103(3) DCFR.

catégories de contrats. Sont visés par ce deuxième cas de figure les devoirs d'information précontractuels relatifs aux contrats négociés à distance,¹⁷⁰⁸ à la livraison de marchandises,¹⁷⁰⁹ aux droits d'utilisation partielle de biens immobiliers,¹⁷¹⁰ à la prestation de services¹⁷¹¹ et aux voyages à forfait.¹⁷¹² En l'état, seuls les devoirs précontractuels spécifiques relatifs aux contrats de voyages à forfait ont été codifiés dans les ACQP (art. 2:E-01 ACQP).¹⁷¹³

- 974 Le but de l'article 2:207 ACQP est d'établir qu'à chaque fois qu'une entreprise est tenue d'un devoir d'information spécial envers un consommateur, la preuve que ce devoir a été observé incombe à l'entreprise. Maintes directives qui sont à la base des dispositions sur les devoirs d'information précontractuels dans les ACQP ne contiennent pas de **règle expresse** relative au fardeau de la preuve. Toutefois, celles qui en contiennent ont été adoptées plus récemment, respectivement en 2002 et 2007.¹⁷¹⁴ A l'image de ces dernières, il est plausible de suggérer que l'acquis communautaire évolue de sorte à placer le fardeau de la preuve sur l'entreprise devant fournir des informations précontractuelles.¹⁷¹⁵ Cette thèse justifie la présence de l'article 2:207 ACQP au sein des ACQP.

i) *Sanctions (art. 2:208 ACQP)*

- 975 La section 2 relative aux devoirs d'information précontractuels s'achève par l'article 2:208 ACQP.¹⁷¹⁶ Cette disposition est consacrée aux moyens

¹⁷⁰⁸ Cf. directive 97/7/CE «contrats à distance»; directive 2002/65/CE «services financiers à distance»; directive 85/577/CEE «contrats conclus à domicile».

¹⁷⁰⁹ Cf. directive 1999/44/CE «vente de biens de consommation».

¹⁷¹⁰ Cf. directive 94/47/CE «droit d'utilisation partiel» désormais modifiée par la directive 2008/122/CE «utilisation de biens à temps partagé».

¹⁷¹¹ Cf. directive 2006/123/CE «services».

¹⁷¹² Cf. directive 90/314/CEE «voyages à forfait».

¹⁷¹³ Cf. ACQP II-BUSCH, n. 1 ss ad art. 2:E-01 ACQP.

¹⁷¹⁴ Cf. art. 15 directive 2002/65/CE «services financiers à distance»; art. 33 directive 2007/64/CE «services de paiement».

¹⁷¹⁵ ACQP II-TWIGG-FLESNER, n. 2 ad art. 2:207 ACQP.

¹⁷¹⁶ Art. 2:208 ACQP: «*Remedies for breach of information duties: (1) If a business is required under Articles 2:203 (Information duties towards disadvantaged consumers) and 2:204 (Clarity and form of information) above to provide information to a consumer before the conclusion of a contract from which the consumer has the right to withdraw, the withdrawal period commences when all this information has been provided. However, this rule does not postpone the end of the withdrawal period beyond one year counted from the time of the conclusion of the contract. (2) If a party has failed to comply with its*

sanctionnant la violation des devoirs d'information spéciaux. L'absence d'un **mécanisme cohérent de sanctions** est une des lacunes importantes de toutes les directives qui imposent des devoirs d'information précontractuels.¹⁷¹⁷ Le but de l'article 2:208 ACQP est de combler ce déficit.

- 976 D'abord, le paragraphe (1) de l'article 2:208 ACQP prévoit que lorsqu'une entreprise est tenue de fournir des informations à un consommateur en vertu des articles 2:203 et 2:204 ACQP (*supra* n. 958 et n. 963) avant la conclusion d'un contrat dont il a le droit de se départir, le **délai de rétractation** ne commence à courir qu'une fois que toutes ces informations ont été fournies. Certaines directives donnant un droit de rétractation au consommateur prévoient effectivement que le délai de rétractation ne commence à courir qu'à partir du moment où les entreprises s'acquittent des devoirs d'information prévus par ces directives.¹⁷¹⁸ Le paragraphe (1) de l'article 2:208 ACQP prévoit toutefois aussi que le délai de rétractation est échu en tout état de cause après une année depuis la date de la conclusion du contrat. L'innovation de cette disposition est donc la fixation claire d'un délai absolu d'une année dès la conclusion du contrat pour l'exercice du droit de rétractation.¹⁷¹⁹
- 977 Ensuite, le paragraphe (2) de l'article 2:208 ACQP prévoit que lorsqu'une partie a violé un des devoirs d'information selon les articles 2:201 à 2:204 ACQP (*supra* n. 948 ss) et qu'un contrat a été conclu, elle est tenue en vertu de ce dernier des obligations que l'autre partie pouvait raisonnablement attendre en conséquence du défaut d'information ou de son inexactitude. La disposition reflète la position de l'*Acquis Group* suivant laquelle les informations à disposition des parties dans la phase précontractuelle peuvent avoir une influence sur le contenu du contrat (*infra* n. 1240).¹⁷²⁰ Autrement dit, une des sanctions prévues pour la violation des devoirs d'information précontractuels

duties under Articles 2:201(Duty to inform about goods or services) to 2:204 (Clarity and form of information), and a contract has been concluded, this contract contains the obligations which the other party could reasonably expect as a consequence of the absence or incorrectness of the information. (3) Whether or not a contract is concluded, a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this section is liable to the other party for reliance damages. The rules on damages for non-performance of a contractual obligation apply accordingly.

¹⁷¹⁷ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 1 ad art. 2:208 ACQP.

¹⁷¹⁸ Cf. art. 5 directive 85/577/CE «contrats conclus à domicile»; art. 5(1) directive 94/47/CE «droit d'utilisation partiel»; art. 6 directive 97/7CE «contrats à distance».

¹⁷¹⁹ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 2 ad art. 2:208 ACQP.

¹⁷²⁰ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 6 ad art. 2:208 ACQP.

lorsqu'un contrat est (valablement) conclu est l'**adaptation des obligations contractuelles** à la teneur des obligations qu'une personne raisonnable est en droit d'attendre eu égard au fait qu'elle a été mal informée. Les auteurs des ACQP estiment à raison qu'il est possible de rendre explicite ce que les articles 2 directive 1999/44/CE «vente de biens de consommation» et 35 CVIM impliquent, à savoir un devoir d'information précontractuel *«indirect»* (*infra* n. 1168).¹⁷²¹ Ainsi, lorsque les biens proposés ne sont pas propres à l'usage normal auquel des biens du même type sont destinés et qu'ils ne passent pas le test «qualité normale et attentes des consommateurs»,¹⁷²² le vendeur est tenu d'en informer l'acheteur (art. 2:201 ACQP; *supra* n. 949).¹⁷²³ Or, en vertu du paragraphe (2) de l'article 2:208 ACQP, si le vendeur ne s'acquitte pas de ce devoir d'information, il sera tenu de fournir des biens d'une qualité qu'un acheteur peut raisonnablement attendre des biens du même type. Par ailleurs, le paragraphe (2) impose le moyen de l'adaptation du contrat au-delà des seules hypothèses du contrat de vente internationale de marchandises ou du contrat de biens de consommation. En effet, il étend cette sanction à toutes les situations contractuelles dans lesquelles une partie est astreinte aux devoirs d'information précontractuels prévus aux articles 2:201 à 2:204 ACQP (*supra* n. 948 ss).¹⁷²⁴

- 978 Enfin, le paragraphe (3) de l'article 2:208 ACQP prévoit que l'entreprise qui n'a pas fourni les informations requises par les articles précédents est **responsable du dommage** causé à l'autre partie, que le contrat soit conclu ou non. En tout état de cause, le demandeur devra démontrer qu'il a subi une perte patrimoniale à hauteur des dispositions prises du fait de la confiance accordée aux informations qui lui avaient été fournies avant la conclusion du contrat, respectivement du fait de l'absence de toute information (*«reliance damages»*; art. 2:208(3) ACQP).¹⁷²⁵ Au demeurant, les modalités de la réparation obéissent aux dispositions sur les dommages en cas d'inexécution d'une obligation (section 4 du chapitre 8).

¹⁷²¹ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 5 ad art. 2:201 ACQP.

¹⁷²² Le droit suisse connaît un test semblable dans le cadre de la garantie pour les défauts du contrat de vente (art. 197 ss CO). Ainsi le défaut peut-il consister en l'absence d'une qualité *«à laquelle l'acheteur pouvait s'attendre selon les règles de la bonne foi»* (TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, n. 723; MÜLLER/MADER, n. 236).

¹⁷²³ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 5 ad art. 2:201 ACQP.

¹⁷²⁴ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 2 ad art. 2:208 ACQP.

¹⁷²⁵ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 6 s. ad art. 2:208 ACQP.

- 979 L'instauration d'une clause de responsabilité pour le manquement aux devoirs d'information consacrés par les ACQP est un **progrès important** par rapport à l'acquis communautaire actuel qui ne prévoit pas de système cohérent de sanctions à l'égard du défaut d'informer.¹⁷²⁶

6. Synthèse

- 980 Les devoirs précontractuels prévus par les ACQP sont le reflet du contenu des directives de l'acquis communautaire et de la compétence fonctionnelle d'harmonisation de l'UE visant la protection des consommateurs (*supra* n. 190). L'**innovation principale** est l'instauration d'une **clause de responsabilité** pour les comportements contraires au principe général de la bonne foi pendant la phase des négociations. C'est un fondement de responsabilité que l'*Acquis Group* croit déceler dans les aspects de politique juridique sous-jacents de l'acquis communautaire.
- 981 Parmi d'autres moyens sanctionnant les manquements aux **devoirs d'information précontractuels**, les ACQP consacrent également une clause de responsabilité qui leur est propre.

D. *Principes de droit européen sur la responsabilité extracontractuelle pour dommage causé à autrui (PEL Liab. Dam.)*

1. Introduction

- 982 Les ouvrages de la série PEL font largement abstraction de la problématique de la responsabilité précontractuelle. Deux d'entre eux seulement (PEL SC sur les contrats de services et PEL CAFD sur les contrats d'agence, de franchise et de distribution) font état de devoirs d'information précontractuels, sans toutefois instaurer de responsabilité pour leur violation.¹⁷²⁷ Le projet du *Study Group* «*Non-contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*» (PEL. Liab. Dam.) mérite toutefois notre attention dans la mesure où il prévoit une responsabilité **extracontractuelle** n'excluant pas la responsabilité

¹⁷²⁶ Cf. ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 1 s. ad art. 2:208 ACQP.

¹⁷²⁷ Cf. art. I:103 PEL SC et art. I:201 PEL CAFDC.

précontractuelle.¹⁷²⁸ Les dispositions des PEL. Liab. Dam. ont été intégrées à l'identique au livre VI du DCFR («*Responsabilité extracontractuelle pour dommages causés à autrui*»; *infra* n. 1066).

- 983 Les lignes suivantes se penchent sur la **règle de base** de responsabilité extracontractuelle (art. 1:101 PEL Liab. Dam.; *infra* n. 984 ss) et du cas particulier de la **perte subie du fait de la foi accordée à des avis ou à des informations inexactes** (art. 2:207 PEL Liab. Dam.; *infra* n. 989 ss).

2. Règle de base (art. 1:101 PEL Liab. Dam.)

- 984 Le *Study Group* a codifié dans le premier article du chapitre 1 («*Fundamental Provisions*») une norme de base de responsabilité extracontractuelle. Sa **teneur** est la suivante:

Article 1:101: *Basic Rule*

(1) *A person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage.*

(2) *Where a person has not caused legally relevant damage intentionally or negligently that person is accountable for the causation of legally relevant damage only if Chapter 3 so provides.*¹⁷²⁹

Article 1:101: Règle de base

(1) Celui qui subit un dommage juridiquement réparable a le droit d'en obtenir réparation par la personne qui, intentionnellement ou par négligence, a causé celui-ci ou à laquelle la survenance du dommage est imputable d'une autre façon.

(2) Lorsqu'une personne n'a pas causé intentionnellement ou par négligence de dommage juridiquement réparable, la

¹⁷²⁸ PEL Liab. Dam, n. 28 ad Introduction Chapter 1 p. 239; DCFR, *Full Edition*, Comment A ad art. II.-3:501 DCFR p. 262.

¹⁷²⁹ Art. 1:101 PEL Liab. Dam. = art. VI.-1:101 DCFR.

survenance du dommage ne lui est imputable que dans les conditions du Chapitre 3.¹⁷³⁰

- 985 Cette disposition instaure une norme de base générale («*all-embracing basic rule*»)¹⁷³¹ Les travaux de droit comparé démontrent qu'une majorité des systèmes de responsabilité civile travaille avec une norme de base d'où il est possible de tirer au moins **tous les éléments essentiels de la responsabilité pour faute**.¹⁷³² L'article 1:101 PEL Liab. Dam. contient ces éléments tout en y incorporant la possibilité d'une responsabilité où l'intention ou la négligence du responsable ne sont pas une condition (art. 1:101(2) PEL Liab. Dam.), à l'image de la responsabilité objective pour une activité dangereuse.¹⁷³³ Il est vrai que le texte ne mentionne pas l'illicéité («*unlawfulness*») telle que nous la connaissons des ordres juridiques suisse et allemand. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que le «dommage» nécessite d'être qualifié: tout préjudice n'est point réparable. Seuls sont réparables les préjudices pour lesquels l'ordre juridique prévoit un droit à la réparation. Ainsi, les PEL Liab. Dam. invoquent-ils le nouveau concept de «*legally relevant damage*»,¹⁷³⁴ locution qui a été traduite en français par «dommage juridiquement réparable» (*infra* n. 986). Cette notion a la même fonction que celle traditionnellement reconnue à l'illicéité, à savoir de définir si l'intérêt de la victime à la réparation est protégé par l'ordre juridique.¹⁷³⁵
- 986 Selon l'article 2:201 PEL Liab. Dam. un dommage est **juridiquement réparable** si le projet le prévoit expressément,¹⁷³⁶ mais également s'il résulte d'une atteinte à un droit conféré par l'ordre juridique en général ou bien s'il

¹⁷³⁰ Traduction JACQUES GHESTIN/ERWIN BEYSEN, PEL Liab. Dam, p. 80.

¹⁷³¹ PEL Liab. Dam., n. 18 ad Introduction Chapter 1 p. 236.

¹⁷³² Concernant la *Common law*, le «*tort of negligence*» (*supra* n. 876) remplit une fonction similaire (PEL Liab. Dam., n. 18 ad Introduction Chapter 1 p. 236).

¹⁷³³ PEL Liab. Dam., n. 8 ad art. 1:101 PEL Liab. Dam.; cf. art. 3:205 PEL Liab. Dam. («*Accountability for damage caused by motor vehicles*»).

¹⁷³⁴ PEL Liab. Dam., n. 17 ad Introduction Chapter 1 p. 235 s.

¹⁷³⁵ JAUN, p. 394 s.

¹⁷³⁶ L'art. 2:205 PEL Liab. Dam. (= art. VI-2:205 DCFR) prévoit ainsi que le dommage résultant d'une violation du devoir de confidentialité est juridiquement réparable: «*Loss caused to a person as a result of the communication of information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the person communicating the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the person suffering the loss is legally relevant damage*»; cf. art. 2.1.16 PICC; art. 2:302 PECL; art. 8 Projet GANDOLFI.

résulte d'une atteinte à un intérêt digne d'une protection légale.¹⁷³⁷ Par ailleurs, le dommage peut résulter d'une perte économique ou non économique (art. 2:101(4)(a) et (b) PEL Liab. Dam),¹⁷³⁸ il peut s'agir d'un dommage corporel ou consécutif à une lésion corporelle (art. 2:201 et 2:202 PEL Liab. Dam.).

987 L'article 1:101 PEL Liab. Dam. est donc d'une **norme ouverte**, applicable à un nombre indéterminé d'hypothèses, pour autant que le dommage subi soit causé par la violation d'un intérêt digne d'une protection légale.¹⁷³⁹

988 Dans le cadre de notre analyse, la question est bien sûr de savoir si la **violation du devoir de comportement de bonne foi pendant la phase précontractuelle** est digne d'une protection légale au sens des PEL Liab. Dam.

3. Perte du fait de la foi accordée à des avis ou des informations inexactes (art. 2:207 PEL Liab. Dam.)

989 L'article 2:207 PEL Liab. Dam – dont le **texte** est reproduit ci-après – nous offre un début de réponse à notre interrogation quant à savoir si la violation du devoir de bonne foi au stade précontractuel est digne d'une protection légale au sens des PEL Liab. Dam.

¹⁷³⁷ Art. 2:101 PEL Liab. Dam. (= art. VI.-2:201 DCFR): «*Meaning of Legally Relevant Damage: (1) Loss, whether economic or non-economic, or injury is legally relevant damage if: (a) one of the following rules of this Chapter so provides; (b) the loss or injury results from a violation of a right otherwise conferred by the law; or (c) the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection. (2) In any case covered only by sub-paragraphs (b) or (c) of paragraph (1) loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention, as the case may be, under Articles 1:101 (Basic rule) or 1:102 (Prevention). (3) In considering whether it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention regard is to be had to the ground of accountability, to the nature and proximity of the damage or impending damage, to the reasonable expectations of the person who suffers or would suffer the damage, and to considerations of public policy. (4) In this Book: (a) economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property; (b) non-economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life.*»

¹⁷³⁸ Ce qui résout le problème d'une réparation du dommage purement économique de la responsabilité délictuelle. Sur la problématique et la controverse doctrinale en Suisse, cf. not. GUYAZ/VAUTIER EIGENMANN, p. 200 ss; KUONEN, n. 1387 ss.

¹⁷³⁹ RISKE, p. 114.

Article 2:207: Loss upon Reliance on Incorrect Advice or Information

Loss caused to a person as a result of making a decision in reasonable reliance on incorrect advice or information is legally relevant damage if:

(a) the advice or information is provided by a person in pursuit of a profession or in the course of trade; and

(b) the provider knew or ought to have known the recipient would rely on the advice or information in making a decision of the kind made.¹⁷⁴⁰

Article 2:207: Perte due à la confiance suscitée par un conseil ou une information incorrecte

La perte causée à une personne par la prise d'une décision résultant de la confiance raisonnable suscitée par un conseil ou une information incorrecte est un dommage légalement relevant si:

(a) le conseil ou l'information est fournie par une personne poursuivant une profession ou dans le cadre du négoce; et

(b) la personne à l'origine du conseil ou de l'information savait ou devait savoir que son interlocuteur ferait confiance au conseil ou à l'information donnée pour prendre une décision de même sorte que celle qui a été prise.¹⁷⁴¹

- 990 La lecture de cet article déclenche immédiatement le réflexe du parallèle avec la théorie de la **responsabilité fondée sur la confiance** («*Vertrauenshaftung*»; *infra* n. 1208 ss). Cette dernière est la responsabilité pour le fait d'éveiller la confiance d'autrui, puis de la décevoir de manière contraire à la bonne foi.¹⁷⁴²

¹⁷⁴⁰ Art. 2:207 PEL Liab. Dam. = art. VI.-2:207 DCFR.

¹⁷⁴¹ Traduction libre.

¹⁷⁴² KUONEN, n. 1203 ss.

Elaborée par le juriste allemand CANARIS, cette théorie a trouvé grâce aux yeux de la jurisprudence suisse dès 1994 (*infra* n. 1212).¹⁷⁴³

- 991 L'article 2:207 PEL Liab. Dam. en relation avec l'article 1:101 PEL Liab. Dam. vise un des cas de responsabilité fondée sur la confiance, à savoir la responsabilité pour **conseils ou renseignements professionnels erronés**. Le champ d'application de l'article 2:207 PEL Liab. Dam. ne se limite pas aux relations précontractuelles, mais couvre bel et bien la responsabilité précontractuelle du professionnel ou commerçant pour la violation du devoir d'informer de manière correcte en phase précontractuelle (relations B2B et B2C).
- 992 L'article 2:207 PEL Liab. Dam. vise un **contact particulier** entre les protagonistes. Indéniablement, le rapport de négociation répond à ce critère (*supra* n. 462). L'article II.-7:204 DCFR¹⁷⁴⁴ consacre d'ailleurs expressément la responsabilité pour la perte due à une information incorrecte donnée au stade des négociations sur la foi de laquelle la partie préjudiciée a contracté.¹⁷⁴⁵ Cependant, le contact social visé par l'article PEL Liab. Dam. peut déjà s'établir par un acte déclencheur de négociations, comme un effort de commercialisation (marketing)¹⁷⁴⁶ par voie téléphonique par exemple. De plus, la conclusion d'un contrat n'est pas nécessaire dans le cadre de l'article 2:207 PEL Liab. Dam.

¹⁷⁴³ Cf. not. ATF 134 III 390; ATF 124 III 297; ATF 121 III 350; ATF 120 II 331; CANARIS, p. 1 ss; CANARIS, JZ 1965, p. 475 ss.

¹⁷⁴⁴ Art. II.-7:204 DCFR: «*Liability for loss caused by reliance on incorrect information: (1) A party who has concluded a contract in reasonable reliance on incorrect information given by the other party in the course of negotiations has a right to damages for loss suffered as a result if the provider of the information: (a) believed the information to be incorrect or had no reasonable grounds for believing it to be correct; and (b) knew or could reasonably be expected to have known that the recipient would rely on the information in deciding whether or not to conclude the contract on the agreed terms. (2) This Article applies even if there is no right to avoid the contract.*»

¹⁷⁴⁵ Ce faisant, le DCFR consacre une disposition à une expression particulière de la responsabilité pour négociations contraires à la bonne foi. Elle aurait donc naturellement sa place à la section 3 («*Negotiation and confidentiality duties*») du chapitre 3 («*Marketing and pre-contractual duties*»). Curieusement, cette disposition figure à la section 2 («*Vitiated consent or intention*») du chapitre 7 («*Grounds of invalidity*») consacré aux causes d'invalidité, bien que le manquement incriminé n'ouvre pas nécessairement un droit à l'invalidation du contrat.

¹⁷⁴⁶ RISKE, p. 116.

- 993 Au sens de l'article 2:207(a) et (b) PEL Liab. Dam., il faut en revanche que le conseil ou l'information erronée soit donnée par un **professionnel**, ou du moins fournie dans un **cadre commercial**, et que **cette personne savait ou était censée savoir que son interlocuteur lui ferait confiance et agirait en conséquence**. C'est une indication de la volonté de protéger notamment le consommateur, puisqu'un standard de diligence plus élevé est demandé des entreprises et des professionnels (tant dans les rapports B2C que B2B). Les relations qu'ils nouent avec les consommateurs en leur donnant des conseils ou des informations incorrectes dans le cadre de leurs activités commerciales peuvent ainsi donner lieu à la responsabilité instituée par les articles 1:101 et 2:207 PEL Liab. Dam.¹⁷⁴⁷

4. Synthèse

- 994 A condition de qualifier les dommages causés par une violation du standard de comportement de bonne foi au stade précontractuel comme des **dommages juridiquement réparables**, la responsabilité précontractuelle est un cas de responsabilité extracontractuelle pour dommages causés à autrui au sens des PEL Liab. Dam. En tout état de cause, la responsabilité pour perte due à la confiance suscitée par un conseil ou une information incorrecte de l'article 2:207 PEL Liab. Dam. comprend la responsabilité pour la violation du devoir du professionnel ou commerçant d'informer de manière véridique en phase précontractuelle.

E. Principes de droit européen de la responsabilité civile (PETL)

1. Introduction

- 995 Les PETL s'efforcent de formuler des règles ayant pour but d'améliorer et d'harmoniser le droit de la responsabilité civile en Europe (*supra* n. 388). Conformément au cadre imposé par notre analyse, nous nous focaliserons d'abord sur la **norme de base** de responsabilité (*infra* n. 996 ss), puis sur la **responsabilité pour faute** (*infra* n 1001 ss) et, enfin, sur le **devoir de protéger autrui d'un dommage** (*infra* n. 1005 s.).

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*

2. Norme de base (art. 1:101 PETL)

996 A l'instar des PEL Liab. Dam. (*supra* n. 984) et du livre VI du DCFR (*infra* n. 1066), les PETL travaillent avec une norme de base de responsabilité. Le tout premier article des PETL a la **teneur** suivante:

Article 1:101: *Basic Norm*

(1) *A person to whom damage to another is legally attributable is liable to compensate that damage.*

(2) *Damage may be attributed in particular to the person*

a) whose conduct constitute fault has caused it; or

b) whose abnormally dangerous activity has caused it; or

c) whose auxiliary has caused it within the scope of its function.

Article 1:101: Norme de base

(1) Toute personne à qui le dommage subi par autrui est légalement imputable est tenue de le réparer.

(2) Le préjudice peut être imputé en particulier à toute personne:

a) dont le comportement fautif a été la cause du dommage;
ou

b) dont les activités anormalement dangereuses ont été la cause du dommage; ou

c) dont le préposé a causé le dommage dans l'étendue de ses fonctions.¹⁷⁴⁸

997 L'article 1:101 PETL ne fait que donner une liste exemplative des raisons pour lesquelles une personne peut être tenue à responsabilité. Une personne ne répond des dommages causés que si certaines **conditions** sont remplies. Elle est tenue d'une obligation de réparer qu'à la condition que le dommage puisse lui

¹⁷⁴⁸ Traduction réalisée sous la direction d'OLIVIER MORÉTEAU par l'Institut de droit comparé Edouard Lambert (Université Jean Moulin Lyon 3).

être légalement attribué. Autrement dit, il énonce implicitement le principe *casum sentit dominus* selon lequel chacun supporte son propre dommage. Seule une base légale permet d'y déroger et de l'imputer à autrui.¹⁷⁴⁹

- 998 Le paragraphe (1) de l'article 1:101 PETL énonce les conditions générales de la responsabilité civile que sont le **préjudice** et la **causalité**. Ces conditions font l'objet d'une concrétisation dans deux chapitres distincts: «*Le préjudice*» (chapitre 2; art. 2:101 à 2:105 PETL) et «*Le lien de causalité*» (chapitre 3; art. 3:101 à 3:201 PETL) du titre II («*Les conditions de la responsabilité*»).
- 999 Comme les PEL Liab. Dam (*supra* n. 985) et le livre VI du DCFR (*infra* n. 1066), les PETL ne font certes pas de l'**illicéité** une condition explicite. Cependant, la fonction de l'illicéité, qui est d'établir si l'intérêt de la victime à la réparation est protégé par l'ordre juridique,¹⁷⁵⁰ n'en est pas absente.¹⁷⁵¹ «*En effet, le noyau conceptuel de la responsabilité aquilienne romaine, le *damnum iniuria datum*, a déterminé [...] les Principles of European Tort Law publiés en 2005*».¹⁷⁵² Ainsi, l'article 2:101 PETL («*Préjudice réparable*») utilise d'abord le critère de l'illicéité pour définir le dommage réparable: «*Le préjudice consiste en une atteinte matérielle ou immatérielle à un intérêt juridiquement protégé*» (art. 2:101 PETL).¹⁷⁵³ L'article 2:102 PETL («*Intérêts protégés*») établit ensuite la liste des intérêts juridiquement protégés, tout en les hiérarchisant en fonction de leur valeur respective.¹⁷⁵⁴ L'article 2:102(1) PETL prévoit que «*[l]'étendue de la protection d'un intérêt dépend de sa nature; plus sa valeur est élevée, sa définition précise et la nécessité de le protéger évidente, plus sa protection sera étendue*». Les intérêts les mieux protégés sont la vie, l'intégrité physique ou mentale et la liberté (art. 2:102(2) PETL). Les droits de propriété constituent une catégorie intermédiaire qui se voit accorder une protection étendue (art. 2:102(3) PETL). La dernière catégorie est formée par les intérêts économiques et les relations contractuelles. Ceux-ci bénéficient d'une protection plus limitée (art. 2:102(4) PETL). «*Les différents degrés de protection ont pour conséquence que la responsabilité pour une atteinte à des intérêts moins bien protégés présuppose des conditions ou des facteurs d'imputation plus strictes que la*

¹⁷⁴⁹ PETL-KOZIOL, n. 1 ad art. 1:101 PETL.

¹⁷⁵⁰ JAUN, p. 394 s.

¹⁷⁵¹ KOZIOL, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*, p. 29.

¹⁷⁵² DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, *Droit privé romain II*, p. 191.

¹⁷⁵³ Cf. art. 1:101 PEL Liab. Dam. («*dommage juridiquement réparable*»).

¹⁷⁵⁴ PETL-KOZIOL, n. 1 ss ad art. 2:102 PETL; WESSNER/WINIGER, p. 13.

responsabilité pour une atteinte à des intérêts mieux protégés (cf. l'exemple de l'art. 2:102(5) PETL)». ¹⁷⁵⁵

- 1000 Le paragraphe (2) de l'article 1:101 PETL, par son énumération exemplative des trois fondements de responsabilité principaux, n'entend pas couvrir toutes les responsabilités délictuelles possibles en toutes circonstances. ¹⁷⁵⁶ Il s'agit donc d'une norme de responsabilité «**ouverte**». Par ailleurs, la liste exemplative des trois domaines de responsabilité n'a pas pour intention d'établir une hiérarchie quelconque entre ceux-ci. La responsabilité pour faute (*infra* n. 1001 ss) n'est pas la catégorie fondamentale de responsabilité dont les autres ne seraient que des exceptions. Au niveau conceptuel ces bases de responsabilité sont égales. ¹⁷⁵⁷

3. Responsabilité pour faute (art. 4:401 PETL)

- 1001 La responsabilité pour faute de l'auteur de l'acte dommageable fait l'objet du chapitre 4 («*La responsabilité pour faute*»). Sa section 1 sur les conditions de la responsabilité pour faute commence par l'article 4:401 PETL. Il est **formulé** comme suit:

Article 4:401: *Fault*

A person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct.

Article 4:401: Faute

Toute personne qui viole intentionnellement ou par négligence, le standard de conduite requis, engage sa responsabilité pour faute. ¹⁷⁵⁸

- 1002 Cette disposition formule le principe selon lequel une personne est responsable dès lors que son comportement n'est pas en adéquation avec ce que l'on peut raisonnablement attendre d'elle, pour autant que les autres conditions de responsabilité soient remplies (dommage et lien de causalité). Elle instaure ainsi

¹⁷⁵⁵ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 126.

¹⁷⁵⁶ PETL-KOZIOL, n. 7 ad art. 1:101 PETL.

¹⁷⁵⁷ PETL-KOZIOL, n. 5 ad art. 1:101 PETL.

¹⁷⁵⁸ Traduction sous la direction d'OLIVIER MORÉTEAU.

une **clause générale de responsabilité pour faute**, comparable aux dispositions générales que l'on retrouve dans d'autres Codes nationaux, tel que l'article 41 CO ou l'article 1382 CCfr. (*supra* n. 747 ss).¹⁷⁵⁹

1003 Alors que l'article 4:101 PETL ne fait qu'énoncer le principe, il appartient à l'article 4:102 PETL¹⁷⁶⁰ de concrétiser la notion de «**standard de conduite requis**». Cette dernière disposition énumère et décrit les facteurs à prendre en considération pour définir le standard de conduite requis par rapport auquel le comportement d'une personne potentiellement responsable doit être mesuré (art. 4:102(1) PETL). *A priori*, le standard imposé est objectif (*supra* n. 488). Une correction à ce standard objectif est toutefois apportée par l'introduction de quelques éléments subjectifs (âge, handicap mental ou physique ou circonstances extraordinaires) qui – dans des cas particuliers et des circonstances exceptionnelles – permettent de flexibiliser l'appréciation du comportement concret d'une personne (art. 4:102(2) PETL). Afin d'établir le standard de conduite requis, l'article 4:102 PETL prévoit finalement que les règles prescrivant ou prohibant certaines conduites doivent être prises en compte (art. 4:102(3) PETL).¹⁷⁶¹

1004 Dans le contexte de la responsabilité précontractuelle, «*la relation de proximité ou de confiance particulière entre les personnes impliquées*» (art. 4:102(2) PETL) est indubitablement le facteur déterminant pour définir le standard de conduite requis parmi ceux énumérés à l'article 4:102 PETL. Or, à nos yeux, le standard de conduite requis dans la phase précontractuelle est la bonne foi dans les affaires (*supra* n. 486). La responsabilité précontractuelle est donc comprise dans la clause générale de responsabilité des PETL (art. 4:101 PETL), pour autant que l'on admette que toute personne qui viole intentionnellement ou par

¹⁷⁵⁹ PETL-WIDMER, n. 1 ad art. 4:101 PETL.

¹⁷⁶⁰ Art. 4:102 PETL: «*Required Standard of Conduct: (1) The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of the precautionary or alternative methods. (2) The above standard may be adjusted when due to age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances the person cannot be expected to conform to it. (3) Rules which prescribe or forbid certain conduct have to be considered when establishing the required standard of conduct.*».

¹⁷⁶¹ PETL-WIDMER, n. 1 ss ad art. 4:102 PETL.

négligence le standard de comportement de bonne foi dans la phase précontractuelle engage sa responsabilité pour faute.

4. Devoir de protéger autrui d'un dommage (art. 4:103 PETL)

- 1005 La thèse suivant laquelle la responsabilité précontractuelle est une responsabilité pour faute au sens des PETL trouve confirmation dans la **teneur** de l'article 4:103 PETL.

Article 4:103: *Duty to Protect Others from Damage*

A duty to act positively to protect others from damage may exist if law so provides, or if the actor creates or controls a dangerous situation, or when there is a special relationship between the parties or when the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side point towards such a duty.

Article 4:103: Devoir de protéger autrui d'un dommage

Un devoir d'agir positivement pour protéger autrui d'un dommage peut exister lorsque la loi le prévoit ou lorsque l'auteur crée ou contrôle une situation dangereuse ou lorsque les parties entretiennent des relations particulières ou lorsque le caractère sérieux du dommage d'une part et le fait qu'il eut été aisé de l'éviter d'autre part, induit une telle obligation.¹⁷⁶²

- 1006 Cette disposition reflète la tendance du droit moderne à élargir le domaine des **devoirs d'agir et de protéger les intérêts de l'autre**. En effet, en règle générale, un tel devoir d'égards envers la sécurité ou les intérêts d'autrui n'existe pas, sauf dispositions légales ou codes de conduite spécifiques pour des professions ou situations particulières¹⁷⁶³ comme pour les médecins,¹⁷⁶⁴ les

¹⁷⁶² Traduction sous la direction d'OLIVIER MORÉTEAU.

¹⁷⁶³ PETL-WIDMER, n. 1 ad art. 4:103 PETL.

¹⁷⁶⁴ Cf. p.ex. Le *Codice di Deontologia Medica* italien, disponible sur Internet p.<http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1165_allegato.pdf> (visité le 26.06.2015).

guides de montagne ou les skieurs.¹⁷⁶⁵ Cette tendance est particulièrement visible dans le développement, en Suisse, de la responsabilité fondée sur la confiance (*infra* n. 1208 ss) et, plus particulièrement, de la responsabilité pour *culpa in contrahendo* qui, toutes deux, présupposent «des relations particulières» (art. 4:103 PETL) entre les parties intéressées (*infra* n. 1213) et une violation du principe de la bonne foi. Cette dernière se manifeste par une conduite fautive d'une personne qui, en connaissance de cause, n'avertit ou n'informe pas une autre ayant visiblement foi en une perception ou représentation fausse de la réalité.¹⁷⁶⁶

5. Synthèse

- 1007 Les PETL, de par la consécration d'une clause de **responsabilité pour faute suffisamment large** et d'un devoir de protéger autrui d'un dommage lorsque les parties entretiennent des relations particulières, englobent la responsabilité précontractuelle.

F. Avant-projet de Cadre Commun de Référence (DCFR)

1. Introduction

- 1008 Le DCFR incorpore, parfois au mot près, certaines dispositions des PECL, ACQP et PEL. Bien plus que de mentionner les similarités, l'objet principal de notre étude à cet endroit est de mettre en évidence les **particularités** du DCFR par rapport à ces trois autres textes.
- 1009 D'abord, nous nous concentrerons sur les **négociations contraires à la bonne foi** (*infra* n. 1010 ss) et sur le **manquement à la confidentialité** (*infra* n. 1023 ss). Nous poursuivrons ensuite par un aperçu des **devoirs d'information** (*infra* n. 1028 ss). Puis, nous nous pencherons sur la **clause générale de responsabilité** sanctionnant la violation des devoirs précontractuels (*infra* n. 1058 ss). Enfin, nous nous limiterons à renvoyer à la **responsabilité extracontractuelle pour dommage causé à autrui des PEL Liab. Dam.** qui ont été intégrés au livre VI du DCFR (*infra* n. 1066).

¹⁷⁶⁵ Cf. *10 Rules for Conduct* de la Fédération internationale de ski (FIS), disponible sur Internet p.<<http://www.fis-ski.com/inside-fis/document-library/>> (visité le 26.06.2015).

¹⁷⁶⁶ PETL-WIDMER, n. 1 ad art. 4:103 PETL.

2. Négociations contraires à la bonne foi (art. II.-3:301 DCFR)

1010 La section 3 sur les devoirs dans la négociation et le devoir de confidentialité du chapitre 3 relatif à la commercialisation et aux devoirs précontractuels du livre II DCFR contient deux articles dont le premier a la **teneur** suivante:

Article II.-3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing

(1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.

(3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.

(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

Article II.-3:301: Négociations contraires à la bonne foi

(1) Une personne est libre de négocier et ne peut encourir de responsabilité pour ne pas être parvenue à un accord.

(2) Une personne qui s'est engagée dans une négociation a un devoir de négocier conformément à la bonne foi et de ne pas rompre les négociations d'une manière contraire à la bonne foi. Ce devoir ne peut être exclu ou limité contractuellement.

(3) Une personne qui viole le devoir est responsable de toute perte causée à l'autre partie par le manquement.

(4) Il est contraire à la bonne foi, en particulier, qu'une personne entame ou poursuive des négociations sans avoir

de réelle intention de parvenir à un accord avec l'autre partie.¹⁷⁶⁷

- 1011 La disposition correspondante dans les ACQP est l'**article 2:103 ACQP**. La disposition du DCFR est le reflet de son contenu matériel. Nous renvoyons donc le lecteur à l'étude de l'article en question (*supra* n. 941 ss).
- 1012 L'article II.-3:301(2) DCFR a toutefois intégré le contenu de l'**article 2:101 ACQP** prévoyant que les parties doivent agir de bonne foi dans les relations précontractuelles (*supra* n. 928 ss).
- 1013 De plus, quelques **adaptations terminologiques** ont été entreprises. D'abord, le mot «*party*» des ACQP a été remplacé par «*person*» pour se conformer au langage utilisé dans le DCFR. Ensuite, la locution «*good faith*» des articles 2:101 et 2:103 ACQP a été remplacée par «*good faith and fair dealing*» dans le DCFR.
- 1014 Alors que les ACQP ne contiennent pas de définition de ce qu'est la «**good faith**», le DCFR donne la définition suivante dans sa partie consacrée aux définitions.¹⁷⁶⁸

Good faith

«Good faith» is a mental attitude characterised by honesty and an absence of knowledge that an apparent situation is not the true situation.

Bonne foi

La «bonne foi» est une attitude mentale caractérisée par l'honnêteté et une absence de connaissance qu'une situation apparente n'est pas la situation réelle.¹⁷⁶⁹

- 1015 La notion correspond à la bonne foi **subjective** («*guter Glaube*»; *supra* n. 483), également reconnue en droit suisse (art. 3 CC).¹⁷⁷⁰ Celle-ci se définit comme

¹⁷⁶⁷ Traduction libre.

¹⁷⁶⁸ DCFR, *Full Edition*, Définitions p. 72; pour une étude approfondie du rôle de la bonne foi dans le DCFR, cf. MEKKI/KLOEPFER-PELÈSE, p. 338 ss.

¹⁷⁶⁹ Traduction libre.

l'ignorance d'un fait ou d'un vice juridique affectant un rapport juridique. En d'autres termes, c'est le fait de tenir pour vrai ce qui ne l'est pas, et ceci d'une manière excusable. Ce qui est déterminant est donc l'absence d'un sentiment d'irrégularité¹⁷⁷¹ ou, énoncé positivement, l'existence de la bonne conscience subjective.¹⁷⁷²

- 1016 Pour la locution «*good faith and fair dealing*», le DCFR donne la définition suivante:

Article I.-1:103(1) DCFR: *Good faith and fair dealing*

The expression «good faith and fair dealing» refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question.

Article I.-1:103(1) DCFR: Bonne foi et correction dans les affaires

L'expression «bonne foi et correction dans les affaires» se réfère à un standard de comportement caractérisé par l'honnêteté, la franchise et la considération apportée aux intérêts de l'autre partie dans la transaction ou la relation en question.¹⁷⁷³

- 1017 Le parallèle avec les droits suisse et allemand saute aux yeux. Il s'agit de la bonne foi **objective** («*Treu und Glauben*»); art. 2 al. 1 CC; § 242 BGB; *supra* n. 485). Par «bonne foi objective», l'on entend la loyauté exigée de chacun dans les rapports juridiques.¹⁷⁷⁴ C'est un standard de comportement qui a un caractère

¹⁷⁷⁰ Cf. not. ATF 99 II 131 c. 6d; arrêt du TF 5C.50/2003 du 13.08.2003, c. 3.2; TERCIER/PICHONNAZ, n. 94 ss; STEINAUER, n. 469.

¹⁷⁷¹ MEKKI/KLOEPFER-PELÈSE, p. 348.

¹⁷⁷² RISKE, p. 109.

¹⁷⁷³ Traduction libre.

¹⁷⁷⁴ Dans le cadre du droit suisse, cf. parmi une multitude not. STEINAUER, n. 470; dans le cadre du droit allemand, not. STAUDINGER/LOOSCHELDERS/OLZEN, n. 140 s. ad § 242 BGB.

normatif (*supra* n. 484), ce qui ressort également de la définition donnée dans le DCFR.¹⁷⁷⁵

- 1018 Ainsi, là où les ACQP utilisent le terme «*good faith*», le DCFR tend à utiliser la **notion plus large** de «*good faith and fair dealing*», afin d'indiquer la nature objective de ce standard particulier.¹⁷⁷⁶ Toutefois, l'impact de cette différence terminologique est moins grand qu'il n'y paraît lorsque l'on songe à l'aspect négatif de la bonne foi subjective, c'est-à-dire à un comportement de mauvaise foi subjective ou contraire à la bonne foi subjective. En effet, il s'agit alors du revers d'une même pièce (*supra* n. 489). Celui qui agit avec un sentiment d'irrégularité ne se comporte pas avec la loyauté exigée dans les rapports juridiques.¹⁷⁷⁷
- 1019 Enfin, d'aucuns estiment que l'**intégration** exprime de la bonne foi précontractuelle dans la disposition du DCFR sur les négociations contraires à la bonne foi (art. II.-3:301(2) DCFR) aurait pour conséquence que cette disposition aurait un champ d'application moins large que si on lui consacrait un article indépendant à l'image des ACQP.¹⁷⁷⁸ L'article 2:101 ACQP (*supra* n. 928 ss) serait ainsi d'application plus large, parce qu'il vise tous les contacts précontractuels, y compris les efforts unilatéraux de commercialisation (marketing) (*infra* n. 1022).¹⁷⁷⁹
- 1020 Cette opinion ne tient pas compte du fait que les dispositions générales du DCFR comprennent un article I.-1:103 DCFR consacré à la bonne foi, cette dernière étant par ailleurs un **principe directeur** faisant lui-même partie de l'«*underlying principle*» (*supra* n. 419) de justice¹⁷⁸⁰ dans les rapports juridiques.¹⁷⁸¹
- 1021 Partant, l'*AHC-SLC Group*¹⁷⁸² préconise d'intégrer le **texte** suivant à un éventuel CCR (politique):

¹⁷⁷⁵ RISKE, p. 109.

¹⁷⁷⁶ TWIGG-FLESNER, p. 102; MEKKI/KLOEPFER-PELÈSE, p. 348.

¹⁷⁷⁷ RISKE, p. 109.

¹⁷⁷⁸ TWIGG-FLESNER, p. 102.

¹⁷⁷⁹ *Ibid.*

¹⁷⁸⁰ DCFR, *Full Edition*, Princ. 42 p. 54 s.

¹⁷⁸¹ RISKE, p. 110.

¹⁷⁸² Cf. PCC, p. 13 ss.

Article 0-301 Principes directeurs PCC: *Devoir général de bonne foi*

Chacune des parties est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi, depuis la négociation jusqu'à la réalisation de l'ensemble de ses effets.

Les parties ne peuvent exclure ce devoir, ni le limiter.

- 1022 Cette disposition exprime la volonté de soumettre **tout le processus contractuel** au régime de la bonne foi. Il est possible d'y voir un fondement dogmatique pour un rapport de protection uniforme couvrant l'ensemble des devoirs avant, pendant et après la conclusion du contrat («*einheitliches Schutzverhältnis*»; *supra* n. 740). Le principe de se comporter conformément aux exigences de la bonne foi est donc un principe qui s'impose dès que les parties entrent dans un rapport juridique particulier («*rechtliche Sonderverbindung*»; *supra* n. 462) caractérisé par un contact social accru et une relation de confiance. Il n'est pas certain que toutes les mesures de commercialisation entrent dans cette définition. Toutefois, le fait d'ériger la bonne foi en principe général sous-jacent à tous les rapports juridiques entre les parties est une indication de la volonté d'y soumettre également les actes unilatéraux déclencheurs de négociation,¹⁷⁸³ y compris les efforts de commercialisation en vue de la conclusion d'un contrat futur, tels que l'envoi de prospectus ou le démarchage par moyens de communication à distance (téléphone, courriel, réseaux sociaux, etc.).

3. Manquement à la confidentialité (art. II.-3:302 DCFR)

- 1023 Le DCFR prévoit un devoir de confidentialité immédiatement après la disposition sur les négociations contraires à la bonne foi. Il formule le **texte** suivant:

Article II.-3:302: *Breach of confidentiality*

(1) If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for that party's own purposes whether or not a contract is concluded.

¹⁷⁸³ RISKE, p. 110.

(2) In this Article, “confidential information” means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party.

(3) A party who reasonably anticipates a breach of the duty may obtain a court order prohibiting it.

(4) A party who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach and may be ordered to pay over to the other party any benefit obtained by the breach.

II.-3:302: Manquement à la confidentialité

(1) Lorsqu’une information confidentielle est donnée par une partie au cours de négociations, l’autre partie a un devoir de ne pas divulguer cette information ou de l’utiliser à ses propres fins, qu’un contrat soit conclu ou non.

(2) Dans le présent article, «information confidentielle» désigne une information dont, en raison de sa nature ou des circonstances dans lesquelles elle est obtenue, la partie qui la reçoit sait ou devait raisonnablement savoir qu’elle est confidentielle pour l’autre partie.

(3) La partie qui anticipe raisonnablement un manquement au devoir peut obtenir une injonction du tribunal interdisant celui-ci.

(4) La partie qui a violé le devoir est responsable de toute perte causée à l’autre par le manquement et peut être condamnée à lui restituer tout profit qu’elle en a tiré.¹⁷⁸⁴

1024 Dans le cas présent, le DCFR n’incorpore pas une disposition des ACQP, sachant que ces derniers ne contiennent pas de règle au sujet de la confidentialité. Par contre, cette disposition correspond à l’article 2:302 PECL

¹⁷⁸⁴ Traduction libre.

(*supra* n. 920).¹⁷⁸⁵ En comparant les deux dispositions, l'on constate que les paragraphes (1) et (4) de l'article II.-3:302 DCFR reprennent presque **mot pour mot** le texte de l'article 2:302 PECL. Par conséquent, nous renvoyons le lecteur aux commentaires faits à ce sujet dans le cadre de notre étude de l'article 2:302 PECL (*supra* n. 921 ss).

1025 Les seules **différences substantielles** se trouvent aux paragraphes (2) et (3) de l'article II.-3:302 DCFR.

1026 Le paragraphe (2) donne la **définition** de ce qu'il faut entendre par «information confidentielle». La précision est importante, dans la mesure où elle permet de souligner l'inexistence d'un devoir *général* de confidentialité, tout en précisant l'existence d'un devoir *implicite particulier* de traiter une information comme confidentielle, lorsque cela résulte de sa nature ou des circonstances dans lesquelles elle a été reçue. En effet, ces éléments ne ressortent pas du texte des PECL.¹⁷⁸⁶

1027 Le paragraphe (3) de l'article II.-3:302 DCFR n'ajoute rien au contenu matériel de la disposition. Il signale simplement la **possibilité procédurale** de demander une mesure provisionnelle, sous forme d'injonction, visant à faire interdire un probable futur manquement à la confidentialité.¹⁷⁸⁷

4. Devoirs d'information (art. II.-3:101 à II.-3:109 DCFR)

a) Introduction

1028 La section 1 «*Informations duties*» du chapitre 3 «*Marketing and pre-contractual duties*» du livre II du DCFR sur les contrats et autre actes juridiques reflète largement le contenu des devoirs d'information prévus par les ACQP. A **deux exceptions** près, le DCFR comprend les mêmes dispositions. Lorsqu'il y en a, les différences matérielles entre les dispositions figurant dans les deux projets sont minimales.

1029 Les quelques lignes suivantes donnent un aperçu des **différences** entre les deux projets, d'abord quant à l'existence de deux articles ne figurant pas dans les

¹⁷⁸⁵ Cf. art. 8 Projet GANDOLFI; art. 2.1.16 PICC.

¹⁷⁸⁶ RISKE, p. 111 s.

¹⁷⁸⁷ FAGES, p. 315.

ACQP (art. II.-3:104 et II.-3:105 DCFR; *infra* n. 1030 ss),¹⁷⁸⁸ puis quant aux quelques particularités propres au DCFR relatives aux devoirs d'information précontractuels figurant également dans les ACQP (*infra* n. 1041 ss). Pour le reste, nous renvoyons le lecteur aux dispositions correspondantes des ACQP.

b) Devoirs d'information en cas de communication à distance en temps réel (art. II.-3:104 DCFR)

1030 L'article II.-3:104 DCFR,¹⁷⁸⁹ qui n'a plus d'équivalent dans les ACQP, concerne les informations à fournir lors d'une communication à distance en temps réel. Il s'agit ici d'aborder les **spécificités des divers moyens de télécommunication** «modernes» tels que la communication (orale ou écrite) via Internet (exception faite du courriel) ou par l'usage du téléphone (art. II.-3:104(2) DCFR).¹⁷⁹⁰

1031 L'entreprise qui prend l'initiative de communiquer par ces moyens doit commencer par faire connaître explicitement son **identité** et l'**objectif commercial** de son contact avec le consommateur (art. II.-3:104(1) DCFR). La disposition a pour but d'assurer que le consommateur est rendu attentif, dès la première prise de contact, au fait qu'il s'engage dans une communication commerciale et qu'il doit évaluer les affirmations de l'entreprise avec l'attention et la prudence nécessaires.¹⁷⁹¹

¹⁷⁸⁸ Les art. II.-3:104 et II.-3:105 DCFR n'ont pas été repris par la deuxième version des ACQP, alors que leurs équivalents figuraient encore dans la première mouture des ACQP.

¹⁷⁸⁹ Art. II.-3:104 DCFR: «*Information duties in real time distance communication: (1) When initiating real time distance communication with a consumer, a business has a duty to provide at the outset explicit information on its name and the commercial purpose of the contact. (2) Real time distance communication means direct and immediate distance communication of such a type that one party can interrupt the other in the course of the communication. It includes telephone and electronic means such as voice over Internet and Internet related chat, but does not include communication by electronic mail. (3) The business bears the burden of proof that the consumer received the information required under paragraph (1). (4) If a business has failed to comply with the duty under paragraph (1) and a contract has been concluded as a result of the communication, the other party has a right to withdraw from the contract by giving notice to the business within the period specified in II.-5:103 (Withdrawal period)*».

¹⁷⁹⁰ Cf. art. 4(3) directive 97/7/CE «contrats à distance»; art. 3(a) directive 2002/65/CE «services financiers à distance».

¹⁷⁹¹ DCFR, *Full Edition*, Comment A ad art. II.-3:104 DCFR p. 218 s.

- 1032 Le **fardeau de la preuve** que le consommateur a bien reçu ces informations pèse sur l'entreprise (art. II.-3:104(3) DCFR).
- 1033 L'entreprise qui ne fournit pas les informations requises par cette disposition est **responsable du dommage causé** au consommateur (art. II.-3:104(5) DCFR). Lorsqu'un contrat est conclu du fait de la communication et en l'absence des informations dues selon cette disposition, l'autre partie a le **droit de se rétracter** par notification selon les délais prévus à l'article II.-5:103 DCFR¹⁷⁹² (art. II.-3:104(4) DCFR).

c) *Formation par moyens électroniques (art. II.-3:105 DCFR)*

- 1034 L'article II.-3:105 DCFR,¹⁷⁹³ qui n'a plus d'équivalent dans les ACQP, prévoit dans son paragraphe (1) que lorsqu'un contrat se conclut par des moyens électroniques *sans communication individuelle*, l'entreprise est tenue de fournir des informations – avant que l'autre partie fasse ou accepte une offre – à propos des **questions suivantes**:

¹⁷⁹² Art. II.-5:103 DCFR: «*Withdrawal period: (1) A right to withdraw may be exercised at any time after the conclusion of the contract and before the end of the withdrawal period. (2) the withdrawal period ends fourteen days after the latest of the following times: (a) the time of the conclusion of the contract; (b) the time when the entitled party receives from the other party adequate information on the right to withdraw; or (c) if the subject matter of the contract is the delivery of goods, the time when the goods are received. (3) The withdrawal period ends no later than one year after the time of conclusion of the contract. (4) A notice of withdrawal is timely if dispatched before the end of the withdrawal period.*».

¹⁷⁹³ Art. II.-3:105 DCFR: «*Formation by electronic means: (1) If a contract is to be concluded by electronic means and without individual communication, a business has a duty to provide information about the following matters before the other party makes or accepts an offer: (a) the technical steps to be taken in order to conclude the contract; (b) whether or not a contract document will be filed by the business and whether it will be accessible; (c) the technical means for identifying and correcting input errors before the other party makes or accepts an offer; (d) the languages offered for the conclusion of the contract; (e) any contract terms used. (2) The business has a duty to ensure that the contract terms referred to in paragraph (1)(e) are available in textual form. (3) If a business has failed to comply with the duty under paragraph (1) and a contract has been concluded in the circumstances there stated, the other party has a right to withdraw from the contract by giving notice to the business with the period specified in II.-5:103 (Withdrawal period). (5) A business is liable to the consumer for any loss caused by a breach of the duty under paragraph (1).*».

- (i) les étapes techniques à franchir pour conclure le contrat;¹⁷⁹⁴
- (ii) le point de savoir si un document contractuel sera archivé ou non par l'entreprise et s'il sera accessible au cocontractant;¹⁷⁹⁵
- (iii) les moyens techniques permettant d'identifier et de corriger les erreurs de saisie avant d'avoir fait ou accepté une offre;¹⁷⁹⁶
- (iv) les langues à disposition pour conclure le contrat; et
- (v) toute clause contractuelle.¹⁷⁹⁷

- 1035 Les devoirs d'information mentionnés ont différentes **fonctions**. Alors que les devoirs (i), (iii) et (iv) visent à prévenir des problèmes d'ordre technique ou linguistique dans la formation du contrat, les devoirs (ii) et (v) entendent amener de la transparence quant aux clauses contractuelles.¹⁷⁹⁸
- 1036 Cette fonction de transparence est renforcée par le paragraphe (2) du même article. En effet, l'entreprise a le **devoir d'assurer que les clauses du contrat sont accessibles sous forme textuelle** (art. II.-3:105(2) DCFR).¹⁷⁹⁹
- 1037 L'entreprise qui ne fournit pas les informations requises par cette disposition est **responsable de tout dommage causé** à l'autre partie (art. II.-3:105(4) DCFR).

¹⁷⁹⁴ Devoir traduit en droit suisse à l'art. 3 al. 1, let. s, ch. 2 LCD; cf. MÜLLER/RISKE, *L'offre arnaqueuse*, p. 32.

¹⁷⁹⁵ Cf. art. 10(b) directive 2000/31/CE «commerce électronique»; DCFR, *Full Edition*, Note I.4. ad art. II.-3:105 DCFR p. 224. L'utilisation de moyens électroniques pour la conclusion d'un contrat est non seulement susceptible de causer des incertitudes quant à savoir si et quand un contrat est conclu, mais également à l'égard du contenu du contrat (cf. DCFR, *Full Edition*, Comment B ad art. II.-3:105 DCFR p. 222). Il est important pour le cocontractant de savoir par avance s'il aura accès au document contractuel par le biais de l'entreprise une fois le contrat conclu. Dans la mesure du possible, le cocontractant prudent prendra soin d'archiver lui-même le document contractuel dans tous les cas afin de se réserver un moyen probatoire idoine en cas de litige.

¹⁷⁹⁶ Devoir traduit en droit suisse à l'art. 3 al. 1 let. s, ch. 3, LCD; cf. MÜLLER/RISKE, *L'offre arnaqueuse*, p. 32 s.

¹⁷⁹⁷ Cf. art. 10 directive 2000/31/CE «commerce électronique».

¹⁷⁹⁸ DCFR, *Full Edition*, Comment A ad art. II.-3:105 DCFR p. 222.

¹⁷⁹⁹ «In “textual form”, in relation to a statement, means expressed in alphabetical or other intelligible characters by means of any support which permits reading, recording of the information contained in the statement and its reproduction in tangible form» (DCFR, *Full Edition*, Definitions p. 81).

- 1038 Par ailleurs, si l'entreprise a manqué à ces devoirs d'information et qu'un contrat a été conclu par des moyens électroniques sans communication individuelle, l'autre partie à le **droit de se rétracter** du contrat par notification selon les délais prévus à l'article II.-5:103 DCFR (art. II.-3:105(3) DCFR).
- 1039 Les **sanctions** sont donc les mêmes que pour le devoir d'information en cas de communication à distance en temps réel (art. II.-3:104(4) et (5) DCFR; *supra* n. 1033).
- 1040 Enfin, le champ d'application de l'article II.-3:105 DCFR est limité à **deux égards**. Premièrement, ces devoirs d'information ne sont imposés qu'aux entreprises, quel que soit leur interlocuteur (consommateur, professionnel, entreprise ou autre). Deuxièmement, les devoirs d'information ne s'appliquent pas aux contrats conclus par échange de courriels ou autres communications individuelles équivalentes.¹⁸⁰⁰

d) Devoir de divulguer les informations sur les marchandises, autres biens ou services (art. II.-3:101 DCFR)

- 1041 Le paragraphe (1) de l'article II.-3:101 DCFR correspond à l'article **2:201 ACQP** (*supra* n. 948 ss).
- 1042 Contrairement à l'article 2:201 ACQP toutefois, qui mentionne que le devoir en question incombe à une «party» (*supra* n. 948), le paragraphe (1) de l'article II.-3:101 DCFR précise que le devoir d'information revient aux **entreprises** dans leurs rapports avec des tierces personnes. L'article II.-3:101 DCFR s'applique ainsi tant dans les relations B2B que B2C, mais exclut curieusement les relations C2C.¹⁸⁰¹
- 1043 Par ailleurs, l'article du DCFR s'est vu adjoindre un paragraphe (2).¹⁸⁰² Ce dernier précise que le critère à appliquer, dans l'appréciation quant aux informations que l'autre partie peut raisonnablement s'attendre à recevoir – si cette dernière est également une entreprise –, est de rechercher si le défaut

¹⁸⁰⁰ DCFR, *Full Edition*, Comment A ad art. II.-3:105 DCFR p. 222. Pour le droit suisse, cf. art. 3 al. 2 LCD.

¹⁸⁰¹ FAGES, p. 310.

¹⁸⁰² Art. II.-3:101(2) DCFR: «*In assessing what information the other person can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other person is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice*».

d'information s'écarte d'une **bonne pratique commerciale** (art. II.-3:101(2) DCFR). A cet égard, il est difficile de ne pas faire le parallèle avec le critère de la «*Verkehrssitte*» du § 242 BGB relatif à la bonne foi (*supra* n. 703). L'article II.-3:101 DCFR n'est donc pas seulement une expression du devoir d'information découlant du devoir de bonne foi précontractuelle (*supra* n. 464), mais son paragraphe (2) est également particulièrement révélateur quant à l'appétence parfois prononcée du DCFR pour la doctrine germanique.

e) *Devoirs spécifiques pour les entreprises en cas de commercialisation visant des consommateurs (art. II.-3:102 DCFR)*

1044 Bien que sa formulation ne soit pas rigoureusement la même, le contenu matériel de l'article II.-3:102 DCFR est identique à celui de l'**article 2:202 ACQP**. Nous renvoyons donc le lecteur aux considérations relatives à l'article en question (*supra* n. 951 ss).

f) *Devoir d'informer en cas de conclusion d'un contrat avec un consommateur particulièrement désavantagé (art. II.-3:103 DCFR)*

1045 A **deux exceptions** près, l'article II.-3:103 DCFR est identique à l'**article 2:203 ACQP** (*supra* n. 957 ss).

1046 Premièrement, la deuxième phrase de son paragraphe (1)¹⁸⁰³ ajoute que l'information quant à tout éventuel **droit de rétractation** doit être, dans la mesure appropriée aux circonstances, adéquate au sens de l'article II.-5:104 DCFR¹⁸⁰⁴ (art. II.-3:103(1) DCFR).

¹⁸⁰³ Art. II.-3:103(1), 2nd sentence DCFR: «*The information on the right of withdrawal must, as appropriate in the circumstances, also be adequate in the sense of II.-5:104 (Adequate information on the right to withdraw)*».

¹⁸⁰⁴ Art. II.-5:104 DCFR: «*Adequate information on the right to withdraw: Adequate information on the right to withdraw requires that the right is appropriately brought to the entitled party's attention, and that the information provides, in textual form on a durable medium and in clear and comprehensible language, information about how the right may be exercised, the withdrawal period, and the name and address of the person to whom the withdrawal is to be communicated*».

1047 Deuxièmement, il contient un paragraphe (3)¹⁸⁰⁵ qui prévoit que l'entreprise supporte le **fardeau de la preuve** qu'elle a fourni les informations requises par cet article (art. II.-3:103(3) DCFR).

g) Clarté et forme de l'information (art. II.-3:106 DCFR)

1048 L'article II.-3:106 DCFR est le reflet de l'**article 2:204 ACQP** (*supra* n. 961 ss).

1049 Ceci dit, la nécessité d'une confirmation écrite des informations requises en cas de contrat de distance figurant au paragraphe (2) de l'article 2:204 ACQP est remplacée au paragraphe (3) de l'article II.-3:106 DCFR par l'exigence de fournir les informations **sous forme textuelle sur support durable** (*supra* n. 964) ou **toute autre forme particulière**, selon les prescriptions contractuelles spécifiques applicables.¹⁸⁰⁶

1050 En outre, la deuxième phrase du paragraphe (4) de l'article II.-3:106 DCFR¹⁸⁰⁷ ajoute une précision ne figurant pas dans l'article 2:204 ACQP. L'information quant au **droit de rétractation** doit également être adéquate au sens de l'article II.-5:104 DCFR (*supra* n. 1046).

h) Information sur le prix et les charges additionnelles (art. II.-3:107 DCFR)

1051 L'article II.-3:107 DCFR est matériellement identique à l'**article 2:206 ACQP** (*supra* n. 969 ss).

¹⁸⁰⁵ Cf. art. 2:208 ACQP.

¹⁸⁰⁶ Art. II.-3:106(3) DCFR: «Where rules for specific contracts require information to be provided on a durable medium or in another particular form it must be provided in that way».

¹⁸⁰⁷ Art. II.-3:106(4), 2nd sentence DCFR: «The information on the right of withdrawal must also be adequate in the sense of II.-5:104 (Adequate information on the right to withdraw)».

i) *Information sur l'adresse et l'identité des entreprises (art. II.-3:108 DCFR)*

1052 L'article II.-3:108 DCFR est matériellement identique à l'**article 2:205 ACQP** (*supra* n. 967 s.).

j) *Moyens sanctionnant la violation des devoirs d'information (art. II.-3:109 DCFR)*

1053 L'article II.-3:109 DCFR impose les mêmes sanctions que l'**article 2:208 ACQP** (*supra* n. 975 ss) tout en y ajoutant quelques **précisions utiles**.

1054 D'abord, le paragraphe (2) de l'article II.-3:109 DCFR ajoute une deuxième phrase¹⁸⁰⁸ par rapport au contenu du paragraphe (2) de l'article 2:208 ACQP. L'ajout précise simplement que les dispositions sur les **moyens en cas d'inexécution d'une obligation** (chapitre 3 du livre III DCFR) sont applicables en cas d'inexécution de l'obligation à laquelle une partie peut raisonnablement s'attendre suite à l'absence ou l'inexactitude d'une des informations dues par l'entreprise en vertu des dispositions précédentes (art. II.-3:101 à II.-3:108 DCFR ; *supra* n. 1030 ss). Cette précision peut sembler superflue puisqu'elle ne fait que confirmer que les dispositions sur les moyens en cas d'inexécution d'une obligation s'appliquent à l'inexécution d'une obligation contractuelle. Elle revêt toutefois une importance dans le sens où le paragraphe (3) se réfère aux moyens en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle (*infra* n. 1055).

1055 La première phrase du paragraphe (3) de l'article II.-3:109 DCFR¹⁸⁰⁹ prévoit que l'entreprise qui a manqué aux devoirs d'information imposés aux articles II.-3:101 à II.-3:108 DCFR est tenue de réparer toute perte causée à l'autre par son manquement, qu'un contrat ait été conclu ou non. Jusque-là, le paragraphe (3) de l'article II.-3:109 DCFR correspond au paragraphe (3) de l'article 2:208 ACQP (*supra* n. 978). A l'inverse de ce dernier toutefois, la deuxième phrase du

¹⁸⁰⁸ Art. II.-3:109(2), 2nd sentence DCFR: «*Remedies provided under Book III, Chapter 3 apply to non-performance of these obligations*».

¹⁸⁰⁹ Art. II.-3:109(3), 1st sentence DCFR: «*Whether or not a contract is concluded, a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section is liable for any loss caused to the other party to the transaction by such failure*».

paragraphe (3) de l'article II.-3:109 DCFR¹⁸¹⁰ précise que la réparation pour toute perte au sens de cette disposition ne peut pas être demandée dans la mesure où un moyen juridique pour inexécution d'une obligation contractuelle au sens du paragraphe (2) de l'article II.-3:109 DCFR (*supra* n. 1054) est invocable par la partie préjudiciée. Autrement dit, la disposition **exclut le concours alternatif** des moyens précontractuels et contractuels en cas de violation d'un devoir d'information,¹⁸¹¹ lorsqu'un contrat **valable** est conclu (*infra* n. 1240 ss).

- 1056 En son paragraphe (4), l'article II.-3:109 DCFR¹⁸¹² précise encore que les **sanctions** qu'il prévoit **sont sans préjudice d'une annulation du contrat pour erreur** au sens de l'article II.-7:201 DCFR.¹⁸¹³ Le cumul des moyens est admis: la partie préjudiciée victime d'une erreur au sens de ce dernier article peut demander à la fois l'annulation du contrat et la réparation de toute perte causée par la violation d'un devoir d'information (*infra* n. 1268). L'alinéa (4) de l'article II.-3:109 DCFR confirme donc les sanctions classiques d'une *culpa in contrahendo* viciant le consentement (*supra* n. 455).

¹⁸¹⁰ Art. II.-3:109(3), 2nd sentence DCFR: «*This paragraph does not apply to the extent that a remedy is available for non-performance of contractual obligation under the preceding paragraph*».

¹⁸¹¹ Cf. DCFR, *Full Edition*, Comment D ad art. II.-3:109 DCFR p. 236; ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 7 ad art. 2:208 ACQP.

¹⁸¹² Art. II.-3:109(4) DCFR: «*The remedies provided under this Article are without prejudice to any remedy which may be available under II.-7:201 (Mistake)*».

¹⁸¹³ Art. II.-7:201 DCFR: «*Mistake: (1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and (b) the other party; (i) caused the mistake; (ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known the mistake; (iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or (iv) made the same mistake. (2) However a party may not avoid the contract for mistake if: (a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party*».

Pour approfondir, cf. BEALE, ERCL 2008, p. 317 ss.

- 1057 Enfin, le paragraphe (5) de l'article II.-3:109 DCFR¹⁸¹⁴ indique que celui-ci est **relativement impératif** dans le cadre de relations B2C. En effet, les sanctions prévues ne peuvent-êtré exclues ou changées en défaveur du consommateur.

5. Clause générale de responsabilité précontractuelle (art. II.-3:501 DCFR)

- 1058 L'unique article de la section 5 relatif aux dommages en cas de violation d'un devoir prévu par le chapitre 3 sur la commercialisation et les devoirs précontractuels du livre II du DCFR a la **teneur** suivante:

Article II.-3:501: *Liability for damages*

(1) *Where any rule in this Chapter makes a person liable for loss caused to another person by a breach of a duty, the other person has a right to damages for that loss.*

(2) *The rules of III.-3:704 (Loss attributable to creditor) and III.-3:705 (Reduction of loss) apply with the adaptation that the reference to non-performance of the obligation is to be taken as a reference to breach of duty.*

Article II.-3:501: Responsabilité pour dommages

(1) A chaque fois qu'une règle du présent Chapitre rend une personne responsable d'une perte causée à une autre personne par une violation d'un devoir, cette autre personne a droit à une indemnisation pour cette perte.

(2) Les règles de III.-3:704 (Perte imputable au créancier) et III.-3:705 (Réduction de perte) sont applicables en adaptant la référence à l'inexécution de l'obligation de sorte à la comprendre comme une référence à la violation d'un devoir.

¹⁸¹⁴ Art. II.-3:109(5) DCFR: «*In relations between a business and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects*».

- 1059 La sanction principale pour une violation des devoirs précontractuels instaurés par le DCFR est la **responsabilité pour la perte causée par le manquement**.¹⁸¹⁵ L'article II.-3:501(1) DCFR clarifie simplement que la conséquence pratique d'une telle responsabilité est que la personne préjudiciée a le droit d'être indemnisée.¹⁸¹⁶
- 1060 Le droit à l'indemnisation est de **nature extracontractuelle**.¹⁸¹⁷ D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice européenne considère, pour les besoins de la Convention de Bruxelles,¹⁸¹⁸ que l'action en responsabilité suite à une violation du devoir d'agir de bonne foi dans les négociations «*is a matter relating to tort, delict or quasi-delict*».¹⁸¹⁹ Il est en effet possible que la violation de certains types de comportements précontractuels puisse être appréhendée par la responsabilité extracontractuelle pour dommages causé à autrui du livre VI du DCFR (*infra* n. 1066). Toutefois, comme il pourrait s'avérer difficile d'établir une responsabilité en vertu du livre VI DCFR, la personne cherchant à se faire indemniser aurait avantage à se baser sur les dispositions de responsabilité expressément consacrées dans le chapitre 3 sur les devoirs précontractuels.¹⁸²⁰
- 1061 Dès lors, il faut admettre que l'article II.-3:501 DCFR instaure une **responsabilité extracontractuelle autonome** («*self-standing*»)¹⁸²¹ pour la violation des devoirs précontractuels.
- 1062 Le **préjudice réparable** en vertu de l'article en question comprend la perte économique et non-économique. La perte économique comprend la perte éprouvée (*damnum emergens*, «*burdens incurred*»), le gain manqué (*lucrum cessans*; «*loss of income or profit*») ainsi que la diminution de valeur de la

¹⁸¹⁵ Cf. les art. II.-3:109(3), II.-3:201(2), II.-3:202(3), II.-3:301(3) et II.-3:302(4) DCFR.

¹⁸¹⁶ DCFR, *Full Edition*, Comment A ad art. II.-3:501 DCFR p. 262.

¹⁸¹⁷ *Ibid.*

¹⁸¹⁸ La Convention de Bruxelles de 1968 détermine la compétence des juridictions des Etats contractants et facilite la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale au sein de ceux-ci. Ainsi, en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, le défendeur domicilié dans un Etat contractant peut être attiré dans un autre Etat contractant devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit (cf. art. 5(3) Convention de Bruxelles).

¹⁸¹⁹ Arrêt de la CJCE du 17 septembre 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinefabrik GmbH*, C-334/00, Rec. 2002, p. I-07357, n. 27.

¹⁸²⁰ DCFR, *Full Edition*, Comment A ad art. II.-3:501 DCFR p. 262.

¹⁸²¹ *Ibid.*

propriété (*«reduction in the value of property»*).¹⁸²² Par perte «non-économique», il faut comprendre le tort moral (*«pain and suffering»*) y compris le préjudice résultant de l'atteinte à la qualité de vie (*«impairment of the quality of life»*).¹⁸²³

1063 Quant au paragraphe (2) de l'article II.-3:501 DCFR, il prévoit que les règles sur la **faute concomitante** (art. III.-3:704 DCFR)¹⁸²⁴ et l'**incombance de diminuer le dommage** (art. III.-3:705 DCFR)¹⁸²⁵ du livre III sont applicables en cas de responsabilité précontractuelle.

1064 Premièrement, il sera tenu compte du **comportement de la personne lésée** dans le cadre de l'indemnisation. Admettons par exemple que X ait rompu les négociations avec Y de manière contraire la bonne foi. Toutefois, Y a contribué à la violation du devoir de bonne foi précontractuelle en se comportant de manière extrêmement insultante envers X. Si Y cherche à obtenir la réparation du dommage causé par X, la propre conduite de Y sera prise en compte.¹⁸²⁶

1065 Deuxièmement, l'auteur ne sera pas tenu de réparer la part du dommage que la partie préjudiciée aurait pu diminuer en prenant des **mesures raisonnables**. Par exemple, X, aguiché par une publicité «hameçon» très trompeuse, décide de se rendre dans un magasin situé dans une autre ville. Espérant une très bonne affaire et sachant que l'entreprise sera responsable pour toute perte si le marketing est trompeur, X prend le taxi pour le magasin distant de 80 kilomètres, alors qu'il existe de bons transports publics moins coûteux. La responsabilité de l'entreprise sera limitée à hauteur des frais de voyages raisonnablement encourus.¹⁸²⁷

¹⁸²² *Ibid.*

¹⁸²³ «*“Loss” includes economic and non-economic loss. “Economic loss” includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. “Non-economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life*» (DCFR, Full Edition, Definitions p. 74).

¹⁸²⁴ Art. III.-3:704 DCFR: «*Loss attributable to creditor: The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent the creditor contributed to the non-performance or its effects*».

¹⁸²⁵ Art. III.-3:705 DCFR: «*Reduction of loss: (1) The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps. (2) The creditor is entitled to recover any expenses reasonable incurred in attempting to reduce the loss*».

¹⁸²⁶ DCFR, Full Edition, Comment C Illustration 1 ad art. II.-3:501 DCFR p. 263.

¹⁸²⁷ DCFR, Full Edition, Comment C Illustration 2 ad art. II.-3:501 DCFR p. 263.

6. Responsabilité extracontractuelle pour dommages causés à autrui (livre VI DCFR)

1066 Etant donné que le DCFR a intégré à l'identique les dispositions des **PEL Liab. Dam.** déjà examinées,¹⁸²⁸ nous renvoyons le lecteur à la partie de notre étude s'y consacrant (*supra* n. 982 ss).

7. Synthèse

1067 Le DCFR a repris substantiellement ou parfois même littéralement les dispositions des ACQP, respectivement des PEL. De plus, le DCFR a également intégré la disposition des PECL relative au devoir de confidentialité. Le DCFR toutefois ajoute aux autres projets des dispositions ou précisions utiles. Ainsi, ce dernier a la particularité de consacrer expressément une **clause générale de responsabilité précontractuelle autonome** sanctionnant à la fois le manquement aux devoirs découlant du devoir de bonne foi précontractuelle ainsi que celui aux devoirs d'information précontractuels ayant leur source dans l'acquis communautaire. Indubitablement, le DCFR doit être considéré comme le projet le plus abouti en ce qui concerne la responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen.

G. Avant-projet de Code européen des contrats (Projet GANDOLFI)

1. Présentation

1068 Le Projet GANDOLFI consacre, dans son titre II («*Formation du contrat*»), une section 1 relative aux négociations précontractuelles. Dans les propositions avancées par les Académiciens, le groupe anglais s'exprime contre la prise en considération de la *culpa in contrahendo*. En revanche, pratiquement tous les autres rapports affirment la nécessité de réglementer les négociations précontractuelles.¹⁸²⁹ Les auteurs du Projet GANDOLFI ont finalement choisi de réglementer les **négociations** s'agissant des devoirs des parties et des conséquences dérivant du manquement à ces derniers (*infra* n. 1069 ss).¹⁸³⁰ Les Académiciens justifient leur choix, d'une part, par le souci de tenir compte des

¹⁸²⁸ Art. 1:101 PEL Liab. Dam. = art. VI.-1:101 DCFR (*Basic rule*); art. 2:207 PEL Liab. Dam. = art. VI.-2:207 DCFR (*Loss upon reliance on incorrect advice or information*).

¹⁸²⁹ Projet GANDOLFI, p. 133.

¹⁸³⁰ Projet GANDOLFI, p. 133 s.; RISKE, p. 116.

sollicitations reçues à ce sujet et, d'autre part, par la volonté de prévenir des «attitudes discordantes de la part des magistratures des différents Pays membres de l'Union européenne».¹⁸³¹

2. Devoir de correction et responsabilité pour sa violation (art. 6 Projet GANDOLFI)

1069 Sous l'en-tête «*devoir de correction*», le Projet GANDOLFI formule l'article 6 comme suit.

Article 6: *Devoir de correction*

1. *Chacune des parties est libre d'entreprendre des tractations en vue de conclure un contrat sans que l'on puisse lui imputer la moindre responsabilité au cas où le contrat ne serait pas stipulé, sauf si son comportement est contraire à la bonne foi.*

2. *Agit à l'encontre de la bonne foi la partie qui entreprend ou poursuit les tractations sans l'intention de parvenir à la conclusion du contrat.*

3. *Si au cours des tractations les parties ont déjà examiné les éléments essentiels du contrat, dont on prévoit l'éventuelle conclusion, celle des parties qui a suscité auprès de l'autre une confiance raisonnable quant à la stipulation du contrat, agit à l'encontre de la bonne foi, dès lors qu'elle interrompt les tractations sans motif justifié.*

4. *Dans les cas prévus aux alinéas précédents, la partie qui a agi à l'encontre de la bonne foi est tenue de réparer le préjudice subi par l'autre partie au maximum dans la mesure des frais engagés par cette dernière au cours des tractations en vue de la stipulation du contrat, ainsi que de la perte d'occasion similaire causée par les tractations pendantes.*

¹⁸³¹ Projet GANDOLFI, p. 134.

- 1070 L'article 6 Projet GANDOLFI, dans son alinéa 1, rappelle tout d'abord le principe de la **liberté contractuelle** (*supra* n. 466 ss),¹⁸³² dans le sens où chacun a une pleine et entière liberté d'entreprendre des négociations et de les rompre sans qu'il puisse en être tenu pour responsable (*ius variandi*; *supra* n. 471).
- 1071 Immédiatement après, il en précise néanmoins les **limites** et pose le fondement de la responsabilité précontractuelle. Il érige la bonne foi en source générale des devoirs de comportement en cas de négociations.¹⁸³³
- 1072 En faisant allusion au **devoir de se comporter de manière correcte dans les affaires**, l'en-tête de l'article 6 Projet GANDOLFI («*devoir de correction*») donne une indication quant à la portée de la bonne foi en phase précontractuelle. Le juriste suisse ne pourra s'empêcher de faire le lien avec l'article 2 al. 1 CC qui prescrit que l'exercice des droits et des obligations impose de manière générale de faire montre de l'honnêteté et de la loyauté qu'il est d'usage d'observer dans les affaires (*infra* n. 1195 s.).¹⁸³⁴
- 1073 L'alinéa 2 de l'article 6 Projet GANDOLFI livre ensuite une première illustration d'un devoir précontractuel concret découlant du devoir de bonne foi précontractuelle (*supra* n. 463 s.). Une interprétation systématique de cet alinéa laisse transparaître que ce devoir est aussi un des plus importants aux yeux des auteurs du Projet GANDOLFI.¹⁸³⁵ Il s'agit ici du **devoir de négociier conformément à ses intentions véritables** qui n'est rien d'autre qu'un aspect du devoir de négocier de bonne foi (*supra* n. 535).
- 1074 L'alinéa 3 de l'article 6 Projet GANDOLFI est une concrétisation d'un devoir de diligence accru du fait de l'avancement des négociations. La responsabilité pour un abus du *ius variandi* ne s'actualise que lorsque la confiance légitime dans la conclusion du contrat est suffisante pour être protégée (*supra* n. 561 ss). Il s'agit

¹⁸³² La liberté contractuelle est consacrée dans les dispositions préliminaires, à l'art. 2 al. 1 Projet GANDOLFI: «*Autonomie contractuelle: (1) Les parties peuvent librement déterminer le contenu du contrat, dans les limites imposées par les règles impératives, les bonnes mœurs et l'ordre public, comme elles sont fixées dans le présent code, dans le droit communautaire ou dans les lois nationales des Etats membres de l'Union européenne, pourvu que par-là les parties ne poursuivent pas uniquement le but de nuire à autrui*».

¹⁸³³ RISKE, p. 117.

¹⁸³⁴ RIEMER, n. 4; RISKE, p. 117 s.

¹⁸³⁵ RISKE, p. 118.

du **devoir de ne pas rompre** les négociations pour des motifs contraires à la confiance légitime suscitée par l'avancement des négociations (*supra* n. 573).

1075 Le critère retenu n'est à raison pas la durée des négociations ou les investissements consentis, mais le fait de remettre en question, sans raison légitime, les **éléments essentiels du contrat** qui ont déjà été examinés par les parties (*supra* n. 572). La personne qui s'écarte ainsi de manière injustifiée de ce qui est raisonnablement attendu est responsable du dommage qu'elle cause. A nos yeux, parmi tous les projets académiques d'uniformisation, le Projet GANDOLFI est le seul à définir adéquatement la rupture abusive des négociations.

1076 Enfin, l'alinéa 4 de l'article 6 Projet GANDOLFI consacre la **clause de responsabilité précontractuelle**. Codifiée dans une disposition indépendante, qui ne relève ni de la responsabilité contractuelle, ni de la responsabilité aquilienne, le Projet GANDOLFI instaure une clause de responsabilité extracontractuelle autonome (*infra* n. 1219) du fait de comportements contraires à la bonne foi pendant les négociations. Partant, l'article 6 al. 4 prévoit que les dommages-intérêts s'étendent au maximum à l'intérêt négatif au contrat. Ce dernier consiste dans les dommages-intérêts nécessaires à replacer la partie lésée dans la situation qui eût été la sienne si elle n'avait jamais conclu le contrat ou n'avait jamais entrepris sa négociation.¹⁸³⁶ L'alinéa en question nous décrit les deux branches de l'intérêt négatif: la perte éprouvée (*damnum emergens*) par les frais engagés dans les négociations et le gain manqué (*lucrum cessans*) du fait de la perte d'occasions de conclure une convention similaire.¹⁸³⁷ Alors que la formulation choisie laisse clairement la possibilité d'indemniser la perte d'une chance (*infra* n. 1460),¹⁸³⁸ l'alinéa 4 de l'article 6 Projet GANDOLFI semble toutefois écarter d'autres gains manqués: («[...] *le préjudice subi par l'autre partie au maximum dans la mesure [...] de la perte d'occasion similaire*»; mise en évidence ajoutée).

¹⁸³⁶ KUONEN, n. 1838.

¹⁸³⁷ RISKE, p. 118 s.

¹⁸³⁸ Cf. art. 163 Projet GANDOLFI.

3. Devoirs d'information, de confidentialité et de respect des us et coutumes (art. 7 à 9 Projet GANDOLFI)

1077 La **teneur** de l'article 7 du Projet GANDOLFI est la suivante:

Article 7: Devoir d'information

1. Au cours des tractations, chacune des parties a le devoir d'informer l'autre sur chaque circonstance de fait et de droit dont elle a connaissance ou dont elle doit avoir connaissance et qui permet à l'autre de se rendre compte de la validité du contrat et de l'intérêt à le conclure.

2. En cas d'omission d'information ou de déclaration fausse ou réticente, si le contrat n'a pas été conclu ou s'il est frappé de nullité, celle des parties qui a agi à l'encontre de la bonne foi est tenue pour responsable devant l'autre dans la mesure prévue à l'alinéa 4 de l'article 6. Si le contrat a été conclu, elle est tenue à restituer la somme ou à verser l'indemnité que le juge estime conformes à l'équité, sauf le droit de l'autre partie d'attaquer le contrat pour erreur.

1078 Dans la disposition ici reproduite, les auteurs du Projet GANDOLFI ont explicitement prévu le devoir de chaque partie d'informer l'autre sur les circonstances propres à se déterminer par rapport aux résolutions futures qu'elles prendront.¹⁸³⁹ Ce **devoir d'information général** (*supra* n. 592) fait l'objet d'une disposition distincte du «devoir de correction» consacré par l'article 6 Projet GANDOLFI (*supra* n. 1069), mais le fondement de la responsabilité suite à sa violation demeure la contravention à la bonne foi.¹⁸⁴⁰

1079 Le renvoi à l'article 6 al. 4 Projet GANDOLFI opéré par l'alinéa 2 de l'article 7 Projet GANDOLFI sert en même temps d'indicateur quant à l'**étendue des dommages-intérêts** à accorder à la partie lésée en cas de nullité de l'accord ou en cas de sa non-conclusion: les dommages-intérêts se limiteront à l'intérêt négatif au contrat (*supra* n. 1076). Si au contraire le contrat a été conclu et qu'il

¹⁸³⁹ Projet GANDOLFI, p. 134.

¹⁸⁴⁰ RISKE, p. 119.

n'est pas (légitimement) attaqué pour erreur, les dommages-intérêts peuvent être déterminés par le tribunal conformément à l'équité.¹⁸⁴¹

- 1080 A raison, les Académiciens ont fait correspondre au devoir d'information général (*supra* n. 592) un devoir de l'autre partie de faire un usage réservé des informations obtenues de manière confidentielle à l'occasion des négociations.¹⁸⁴² Ainsi n'ont-ils pas hésité à introduire un **devoir de confidentialité** exprès à l'article 8 Projet GANDOLFI.¹⁸⁴³ La violation du devoir en question est sanctionnée par l'obligation de réparer le dommage causé et, le cas échéant, la restitution du gain réalisé par la partie qui se serait enrichie injustement en exploitant les informations confidentielles obtenues (*infra* n. 1464).
- 1081 A l'article 9 Projet GANDOLFI,¹⁸⁴⁴ les Académiciens ont introduit un **devoir d'information précontractuel spécial** (*supra* n. 589) relatif au droit et aux modalités de rétractation destiné à protéger le consommateur qui négocie avec un commerçant hors des locaux commerciaux. Cet article trouve son origine dans la directive du 20 décembre 1985¹⁸⁴⁵ qui impose un comportement particulier à ce type de commerçants.¹⁸⁴⁶
- 1082 Enfin, les auteurs du Projet GANDOLFI ont estimé nécessaire d'inclure les **us et coutumes internationaux** auxquels les parties sont tenues de se conformer dans

¹⁸⁴¹ *Ibid.*

¹⁸⁴² Projet GANDOLFI, p. 134.

¹⁸⁴³ Art. 8 Projet GANDOLFI: «Devoir de réserve: (1) Les parties ont le devoir de faire un usage réservé des informations qu'elles obtiennent de manière confidentielle lors du déroulement des tractations. (2) Celle des parties qui ne respecte pas ce devoir est tenue de réparer le dommage subi par l'autre et, si en outre elle a tiré un avantage indu de l'information confidentielle, elle est tenue à indemniser l'autre partie dans la mesure de son propre enrichissement».

¹⁸⁴⁴ Art. 9 Projet GANDOLFI: «Tractations avec des consommateurs en dehors des établissements commerciaux: (1) Le commerçant qui propose la conclusion d'un contrat à un consommateur en dehors des établissements commerciaux est tenu d'informer par écrit ce dernier de son droit de résilier le contrat de la manière et au cours des délais définis à l'art 159. (2) Dans le présent code, on entend par consommateur la personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de ses activités professionnelles. (3) L'absence de communication prévue à l'alinéa 1 du présent article entraîne à la charge du commerçant et en faveur du consommateur les conséquences prévues à l'article 159».

¹⁸⁴⁵ Art. 4 s. directive 85/577/CEE «contrats conclus à domicile»; cf. art. 40a ss CO.

¹⁸⁴⁶ Projet GANDOLFI, p. 134; RISKE, p. 120.

la phase de négociation de contrats transnationaux. Dans ce cadre, l'article 9 CVIM a servi de point de départ¹⁸⁴⁷ pour l'élaboration de l'article 10 Projet GANDOLFI.¹⁸⁴⁸

4. Synthèse

- 1083 Le Projet GANDOLFI codifie les tractations précontractuelles dans cinq dispositions différentes. Il y consacre une **responsabilité précontractuelle** trouvant son ancrage dogmatique dans les règles de la bonne foi et sanctionnant le manquement aux devoirs précontractuels traditionnels.

H. Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (PICC)

1. Introduction

- 1084 L'article 1.7 PICC prévoit d'une manière générale que les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. Par conséquent, le comportement des parties doit correspondre à la bonne foi tout au long du rapport contractuel, et ce même au cours des négociations en vue de conclure un contrat.¹⁸⁴⁹ Les PICC s'alignent donc sur une **approche connue** dans les systèmes de *Civil law* (*supra* n. 699 ss).
- 1085 Après un survol des autres concrétisations du principe de la **bonne foi au stade précontractuel** (*infra* n. 1086), nous focaliserons notre attention sur la **mauvaise foi dans les négociations** (*infra* n. 1087 ss), le **devoir de confidentialité** (*infra* n. 1092 ss) et l'**interdiction de se contredire** (*infra* n. 1096 s.).

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*

¹⁸⁴⁸ Art. 10 Projet GANDOLFI: «*Tractations dans le commerce international-intercontinental: (1) Sauf convention contraire, au cours des tractations en vue de la stipulation de contrats internationaux-intercontinentaux, les parties sont tenues de se conformer aussi aux usages généralement en vigueur pour les contrats du même type dans le même secteur commercial et dont ils ont ou doivent avoir connaissance. (2) Celle des parties qui ne remplit pas les devoirs mentionnés à l'alinéa 1 du présent article est responsable envers l'autre comme il est prévu aux articles précédents, dans la mesure où ils sont applicables.*».

¹⁸⁴⁹ DE CONINCK, p. 97; RISKE, p. 121.

2. Bonne foi précontractuelle

1086 Les PICC renferment un certain nombre de **dispositions spécifiques** concrétisant le principe de la bonne foi en phase précontractuelle.¹⁸⁵⁰ Par exemple, l'article 2.1.4(2)(b) PICC prévoit qu'une offre ne peut être révoquée si le destinataire était raisonnablement fondé à croire que l'offre était irrévocable et s'il a agi en conséquence;¹⁸⁵¹ l'article 2.1.16 PICC impose un dédommagement pour la contravention au devoir de confidentialité quant à certaines informations reçues au cours des négociations (*infra* n. 1092 ss); l'article 2.1.20 PICC prévoit qu'aucune clause type, qui est de nature telle, en termes de contenu, de langage ou de présentation, que l'autre partie ne pouvait raisonnablement s'y attendre, ne peut avoir d'effet, à moins que l'autre partie n'y consente expressément; l'article 3.5 PICC soumet le droit d'une partie à invoquer la nullité du contrat pour cause d'erreur à la condition que l'autre partie ait commis la même erreur ou connaissait ou aurait dû connaître l'existence de l'erreur et ait laissé son partenaire dans l'erreur; l'article 3.10 PICC prévoit qu'un contrat peut être annulé ou adapté si l'autre partie a bénéficié d'un avantage excessif en exploitant la faiblesse de la première partie.¹⁸⁵²

3. Mauvaise foi dans les négociations (art. 2.1.15 PICC)

1087 L'article 2.1.15 PICC constitue pour d'aucuns¹⁸⁵³ une des innovations les plus remarquables des PICC. Il est **formulé** comme suit:

Article 2.1.15: Mauvaise foi dans les négociations

(1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord.

(2) Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie.

¹⁸⁵⁰ BONELL, *Approach*, p. 10 s.

¹⁸⁵¹ Cette disposition correspond à l'art. 16(2)(b) CVIM.

¹⁸⁵² RISKE, p. 121.

¹⁸⁵³ BONELL, *Approach*, p. 11.

(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.

- 1088 Cet article réitère, dans son paragraphe (1), la règle générale de la **liberté de négocier**¹⁸⁵⁴ découlant elle-même du principe de la liberté contractuelle (*supra* n. 468) énoncée à l'article 1.1 PICC. Donc, en principe, «*les parties ne sont pas seulement libres de décider quand et avec qui négocier en vue de la conclusion d'un contrat, mais aussi s'il faut poursuivre leurs efforts pour parvenir à un accord, comment et pendant combien de temps*».¹⁸⁵⁵ Cette liberté est essentielle pour une saine concurrence dans le marché international (*supra* n. 467).¹⁸⁵⁶
- 1089 Le paragraphe (2) de l'article 2.1.15 PICC impose toutefois une responsabilité précontractuelle aux parties qui négocient ou rompent les pourparlers de **mauvaise foi**. Le droit d'une partie de négocier librement n'est pas illimité et ne doit pas entrer en conflit avec le principe de la bonne foi dans le commerce international (art. 1.7 PICC). Le principe de la bonne foi n'est pas expressément mentionné pour la phase précontractuelle.¹⁸⁵⁷ Toutefois, en tant qu'idée fondamentale sous-tendant l'ensemble des PICC, la bonne foi s'applique également au stade des négociations¹⁸⁵⁸ et se concrétise dans l'interdiction de négocier de mauvaise foi.¹⁸⁵⁹ Le terme «mauvaise foi» ne doit pas être interprété comme excluant le manquement à un devoir de comportement de bonne foi positive, tel que le devoir d'information général (*supra* n. 592). A nos yeux, ce choix terminologique résulte simplement de la volonté de ménager les susceptibilités des *common lawyers*, généralement réfractaires à l'idée d'un devoir de bonne foi au stade précontractuel (*supra* n. 899).
- 1090 Le paragraphe (3) de l'article 2.1.15 PICC illustre la mauvaise foi dans les négociations par l'**exemple** classique de la partie qui entame ou poursuit les pourparlers sans avoir une réelle intention de parvenir à un accord avec l'autre. Par ailleurs, le commentaire des PICC livre d'autres illustrations, notamment la violation négligente d'un devoir d'information et la rupture des négociations

¹⁸⁵⁴ Cf. art. 6 al. 1 Projet GANDOLFI.

¹⁸⁵⁵ Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 1 ad art. 2.1.15 PICC.

¹⁸⁵⁶ RISKE, p. 122.

¹⁸⁵⁷ Contrairement aux ACQP et au DCFR (cf. art. 2:101 AQCP et art. II.-3:301(2) DCFR).

¹⁸⁵⁸ Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 1 ad art. 1.7 PICC.

¹⁸⁵⁹ RISKE, p. 122.

contraire à la bonne foi.¹⁸⁶⁰ Ainsi, «il peut aussi s'agir de cas dans lesquels une partie a délibérément, ou par négligence, induit en erreur l'autre partie quant à la nature des clauses du contrat, soit en déformant les faits, soit en ne révélant pas des faits qui, en raison de la qualité des parties et/ou de la nature du contrat, auraient dû l'être».¹⁸⁶¹

- 1091 S'agissant de l'**étendue du dommage réparable**, le commentaire des PICC indique que le créancier peut être indemnisé pour les dépenses encourues lors des négociations ainsi que pour l'occasion manquée de conclure un autre contrat avec un tiers («*reliance damages*»), mais ne peut généralement pas prétendre au profit qui aurait résulté si le contrat original avait été conclu («*expectation damages*»).¹⁸⁶² Cette solution est donc similaire à celle de l'article 6 al. 4 Projet GANDOLFI (*supra* n. 1076).¹⁸⁶³

4. Devoir de confidentialité (art. 2.1.16 PICC)

- 1092 Une autre application du principe de la bonne foi dans les relations précontractuelles est expressément consacrée par l'article 2.1.16 PICC, dont la **teneur** est la suivante:

Article 2.1.16: *Devoir de confidentialité*

Qu'il y ait eu 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.

- 1093 Ce texte ne vise pas à instaurer un devoir **général** de divulgation. Les parties restent en général libres de considérer que les informations qu'elles ont

¹⁸⁶⁰ Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 2 ad art. 2.1.15 PICC.

¹⁸⁶¹ Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 2 ad art. 2.1.15 PICC.

¹⁸⁶² Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 2 ad art. 2.1.15 PICC; à ce sujet, cf. ég. DE CONINCK, p. 103 ss.

¹⁸⁶³ RISKE, p. 123.

échangées ne sont pas confidentielles.¹⁸⁶⁴ *«En d'autres termes, puisqu'une partie est normalement libre de décider quels éléments importants pour la transaction en cours de négociation [elle entend] divulguer, ces informations doivent en principe être considérées comme non confidentielles, c'est-à-dire comme des informations que l'autre partie peut soit divulguer à des tiers soit utiliser à des fins personnelles si le contrat devait ne pas être conclu».*¹⁸⁶⁵

1094 Toutefois, une partie peut naturellement avoir un intérêt à ce que certaines informations ne soient pas divulguées ou utilisées dans un but commercial. Si cette partie a **expressément déclaré** que les informations données doivent demeurer confidentielles, la situation est claire. En obtenant l'information, l'autre partie a implicitement accepté de la considérer comme confidentielle.¹⁸⁶⁶ Si elle manque à ce devoir de réserve, elle engage sa responsabilité selon l'article 2.1.16 PICC.¹⁸⁶⁷

1095 Il n'en va pas autrement même en l'absence d'une telle déclaration expresse. Ainsi, une partie peut être tenue à un devoir de confidentialité, lorsqu'en raison de la **nature de l'information** ou de la **qualité professionnelle des parties** (*supra* n. 609),¹⁸⁶⁸ *«il serait contraire au principe général de la bonne foi pour la partie qui reçoit l'information de la divulguer ou de l'utiliser à des fins personnelles après la rupture des négociations».*¹⁸⁶⁹

5. Interdiction de se contredire (art. 1.8 PICC)

1096 Les dispositions générales des PICC consacrent un autre principe qui constitue, lui aussi, une application du principe de la bonne foi.¹⁸⁷⁰ L'article 1.8 PICC prévoit une interdiction de se contredire, apparentée à l'interdiction du *venire contra factum proprium* (*supra* n. 822), dont le **texte** se lit comme suit:

¹⁸⁶⁴ RISKE, p. 124.

¹⁸⁶⁵ Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 1 ad art. 2.1.16 PICC.

¹⁸⁶⁶ Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 2 ad art. 2.1.16 PICC.

¹⁸⁶⁷ RISKE, p. 124.

¹⁸⁶⁸ Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 2 ad art. 2.1.16 PICC.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*

¹⁸⁷⁰ Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 1 ad art. 1.8 PICC.

Article 1.8: *Interdiction de se contredire*

Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente légitime qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage.

1097 La portée et la relation de l'article 1.8 PICC avec l'article 2.1.15 PICC ne sont toutefois pas limpides. S'agit-il d'une **norme de responsabilité** ou d'une reprise de la doctrine du ***promissory estoppel***? (*supra* n. 858 ss)¹⁸⁷¹ Ainsi n'est-il guère facile de déterminer une fois pour toutes si la violation de l'interdiction de se contredire est sanctionnée par un régime de responsabilité ou par l'application de la théorie de l'apparence efficace.¹⁸⁷² Etant donné que l'interdiction contenue dans cet article peut résulter en la création et en la perte, suspension ou modification de droits,¹⁸⁷³ la seconde solution semble s'imposer.¹⁸⁷⁴

6. Synthèse

1098 Les PICC font la part belle au principe de la bonne foi, même au stade précontractuel. Ils consacrent une **responsabilité précontractuelle** fondée sur la bonne foi sanctionnant les comportements contraires à cette dernière. Parmi les devoirs de comportement découlant du devoir de bonne foi, le devoir de négocier conformément à ses intentions véritables est mentionné à titre exemplatif. Un devoir de confidentialité est consacré dans une disposition distincte, mais le fondement de la responsabilité demeure la violation du devoir de bonne foi. Les PICC s'alignent donc sur la solution préconisée par les PECL.

¹⁸⁷¹ La doctrine américaine du *promissory estoppel* retient qu'une promesse dépourvue de *consideration* lie son auteur si l'autre partie s'y est raisonnablement fiée et a pris des dispositions en conséquence. La violation d'une telle promesse entraîne en général des dommages-intérêts négatifs (*reliance damages*), même si des dommages-intérêts positifs ne sont pas exclus (cf. § 90 Restatement 2nd of Contracts; *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 [Supreme Court of Wisconsin, 1965], per J. CURRIE).

¹⁸⁷² L'apparence efficace permet l'exécution forcée en nature du comportement promis.

¹⁸⁷³ BONELL, *Restatement*, p. 134; Principes d'UNIDROIT 2010, commentaire n. 1 ad art. 1.8.

¹⁸⁷⁴ KUONEN, n. 1454 ; RISKE, p. 125.

I. *Loi type d'UNIDROIT sur la divulgation des informations en matière de franchise (Loi type franchise)*

1. **Introduction**

- 1099 L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) met à disposition de la communauté internationale la «*Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise*» (Loi type franchise; «*Model Franchise Disclosure Law*») préparée par un comité d'experts gouvernementaux réuni par UNIDROIT. Le but de l'instrument de *soft law* est d'être une source d'inspiration et un **modèle pour le législateur** (*supra* n. 429) qui décide d'introduire une législation spéciale en matière de franchise dans son droit.¹⁸⁷⁵
- 1100 La **franchise** (ou «franchisage», «*franchising*», «*Franchisevertrag*») est le contrat par lequel le franchiseur («*franchisor*», «*Franchisegeber*») concède au franchisé («*franchisee*», «*Franchisenehmer*»), contre paiement d'une redevance, le droit de vendre, en son nom et pour son compte, certaines marchandises ou de fournir certains services en utilisant notamment son image, son nom, sa marque, ainsi que son expérience commerciale et technique, tout en respectant les systèmes d'organisation et de marketing existants.¹⁸⁷⁶
- 1101 Dans son étude des différentes approches des législations nationales en matière de franchise, le Comité a conclu qu'il était opportun de formuler une loi type sur la divulgation préalable des **informations** qu'un franchiseur doit fournir à un futur franchisé afin de lui permettre de prendre une décision éclairée d'entrer ou non dans la franchise.¹⁸⁷⁷ Le comité a estimé qu'il existait une nécessité de protéger le franchisé par rapport au franchiseur qui, de par son expérience et son poids économique, lui permet d'avoir un accès plus facile au conseil juridique.¹⁸⁷⁸ En imposant un devoir d'information précontractuel spécial au franchiseur dans la Loi type franchise (art. 6 Loi type franchise), cette dernière vise donc à corriger, en faveur du franchisé, le déséquilibre *in abstracto* entre les

¹⁸⁷⁵ En droit suisse p.ex., le contrat de franchise est un contrat innomé. Il ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique de la loi.

¹⁸⁷⁶ MÜLLER, n. 3034; TERCIER/FAVRE, n. 8011.

¹⁸⁷⁷ *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 19 s.

¹⁸⁷⁸ *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 33.

parties¹⁸⁷⁹ dans la possibilité d'acquérir les informations pertinentes quant au contrat de franchise futur (*supra* n. 589).

- 1102 La Loi type franchise totalise **dix articles**. Sa clef de voute est l'article 6 qui énumère les éléments d'information que le franchiseur doit fournir à un futur franchisé (*infra* n. 1105 ss). L'article 1 délimite le champ d'application matériel et territorial de la Loi type franchise (*infra* n. 1103 s.), alors que le champ d'application temporel est précisé à l'article 9. L'article 2 contient les définitions des termes utilisés dans la Loi type franchise. L'article 3 traite de la remise du document précontractuel, l'article 4 de sa présentation et l'article 5 énumère les cas dans lesquels le franchiseur est dispensé du devoir d'information (*infra* n. 1111). L'article 7 traite de l'accusé de réception du document d'information de la part du franchisé. L'article 8 concerne des moyens dont dispose le franchisé en cas de manquement du franchiseur à son devoir d'information précontractuel (*infra* n. 1112 ss). Enfin, l'article 10 traite des renonciations.

2. Champs d'application (art. 1 Loi type franchise)

- 1103 L'objet de la Loi type franchise est limité à la divulgation d'informations au **stade précontractuel**¹⁸⁸⁰ avant la conclusion d'un contrat de **franchise**,¹⁸⁸¹ à l'exclusion de tout autre type de contrat (art. 1(1) Loi type franchise).¹⁸⁸² Il ne porte ni sur les relations entre les parties, ni sur les conséquences de la résiliation.¹⁸⁸³ La Loi type franchise, sauf disposition contraire, «*ne concerne pas la validité du contrat de franchise ou l'une de ses clauses*» (art. 1(2) Loi type franchise).
- 1104 Quant au champ d'application territorial, la Loi type franchise s'applique dans l'**Etat qui l'a adopté** (art. 1(1) Loi type franchise), peu importe que les franchises exploitées sur le territoire de l'Etat en question soient d'origine nationale ou étrangère. En revanche, la Loi type franchise n'a pas vocation à régir des franchises provenant d'un Etat qui l'a adopté, mais exploitées dans un pays qui ne l'a pas adopté, pas plus qu'à des franchises dont le seul lien avec

¹⁸⁷⁹ Bien qu'il soit juridiquement indépendant, le franchisé se trouve régulièrement dans un rapport de subordination économique envers le franchiseur (cf. MÜLLER, *Les contrats de distribution*, p. 83).

¹⁸⁸⁰ *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 30.

¹⁸⁸¹ Tel que défini par l'art. 2 Loi type franchise.

¹⁸⁸² *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 36.

¹⁸⁸³ *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 30.

l'Etat ayant implémenté la Loi type franchise est le fait qu'il soit le lieu de signature du contrat.¹⁸⁸⁴

3. Devoir d'information précontractuel (art. 6 Loi type franchise)

- 1105 L'article 6 Loi type franchise contient une **liste très détaillée** des éléments d'information à fournir. La raison d'une telle exhaustivité étant d'attirer l'attention des législateurs sur la plupart, si ce n'est la totalité des éléments importants pour l'évaluation d'une franchise.¹⁸⁸⁵
- 1106 Les paragraphes (1) et (2) de l'article 6 Loi type franchise exigent que le franchiseur informe le franchisé sur tous les **éléments constitutifs** d'une franchise (propriété intellectuelle, pouvoir de contrôle du franchiseur, droits et obligations des parties),¹⁸⁸⁶ ainsi que **toute autre information utile** afin que le franchisé soit en mesure de prendre une décision éclairée sur le fait d'entrer ou non en relation contractuelle avec le franchiseur.¹⁸⁸⁷
- 1107 Les informations à fournir sont classées en **deux catégories**. La première comprend les informations qui doivent impérativement figurer dans le document d'information précontractuel (art. 6(1) Loi type franchise), et la deuxième les informations que le document devrait contenir mais qui peuvent être omises à condition d'être indiquées avec une précision suffisante dans le contrat lui-même (art. 6(2) Loi type franchise). En d'autres termes, le paragraphe (1) de l'article 6 Loi type franchise porte sur des éléments d'informations qui généralement ne figurent pas dans le contrat de franchise parce qu'ils ne concernent pas les droits et obligations des parties, mais ont trait au franchiseur et au réseau de la franchise. Quant au paragraphe (2) du même article, il impose la divulgation précise des informations qui devraient figurer dans le contrat parce qu'elles ont une importance particulière pour la relation entre les parties.¹⁸⁸⁸
- 1108 Au surplus, le paragraphe (3) de l'article 6 Loi type franchise prévoit que dans le cas d'une franchise principale, le **sous-franchiseur** ne doit pas seulement

¹⁸⁸⁴ *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 36.

¹⁸⁸⁵ *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 78.

¹⁸⁸⁶ Pour le droit suisse, cf. MÜLLER, n. 3053 ss.

¹⁸⁸⁷ *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 77.

¹⁸⁸⁸ *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 76.

fournir au futur franchisé les informations qui le concernent lui-même, mais aussi certaines informations concernant le franchiseur et qu'il a reçues de lui.¹⁸⁸⁹

4. Modalités du devoir d'information (art. 3 à 5 Loi type franchise)

- 1109 La Loi type franchise détaille également les modalités du devoir d'information. D'abord, les informations doivent être fournies par écrit, étant précisé que le document d'information peut adopter tout type de présentation, pour autant qu'il prenne la forme d'un **document précontractuel unique** délivré en une seule fois (art. 4 Loi type franchise).¹⁸⁹⁰
- 1110 Ensuite, la remise du document d'information accompagné de la proposition de contrat doit avoir lieu **au moins 14 jours** avant la date de survenance du premier des deux événements suivants: **(a)** la signature de tout contrat par le futur franchisé, exception faite des contrats relatifs à la confidentialité des informations fournies par le franchiseur, ou **(b)** le paiement au franchiseur ou à un de ses affiliés par le futur franchisé de toute somme relative à l'acquisition de la franchise qui ne soit pas remboursable (art. 3(1) Loi type franchise). Le cas échéant, le document doit être actualisé, soit après la fin d'un exercice fiscal du franchiseur, soit lorsque survient une modification importante des informations à fournir selon l'article 6 Loi type franchise (art. 3(2) Loi type franchise).
- 1111 Enfin, l'article 5 Loi type franchise prévoit un certain nombre de **cas dans lesquels le franchisé est dispensé** du devoir d'information précontractuel, parce que le futur franchisé est placé dans une situation qui lui permet de décider en connaissance de cause s'il accepte ou non la franchise.

5. Sanctions (art. 8 Loi type franchise)

- 1112 L'article 8 Loi type franchise précise les moyens à disposition du franchisé sanctionnant le manquement du franchiseur à son devoir d'information lorsqu'un contrat de franchise a été **conclu**. En effet, il est laissé au législateur national le soin de décider si, et le cas échéant, comment il faut sanctionner la violation du devoir d'information du franchiseur lorsqu'un contrat n'est finalement pas conclu au terme des négociations.¹⁸⁹¹

¹⁸⁸⁹ *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 77.

¹⁸⁹⁰ *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 68.

¹⁸⁹¹ Cf. *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 39.

- 1113 En cas de manquement du franchiseur aux dispositions de la Loi type franchise (art. 8(1)(A) à (C) Loi type franchise), les moyens à disposition du franchisé sur la base de l'article 8 sont l'**annulation** («*termination*») ¹⁸⁹² du contrat et/ou les **dommages et intérêts**. Les deux moyens sont, en principe, cumulables (*infra* n. 1115). Le franchisé a le droit de choisir, 30 jours après l'avoir notifié par écrit au franchiseur, d'annuler le contrat et/ou de demander des dommages-intérêts (art. 8(1)(C) Loi type franchise). En outre, ces moyens sont sans préjudice d'autres droits que le franchisé peut exercer en vertu de la loi applicable (art. 8(3) Loi type franchise). ¹⁸⁹³
- 1114 Le paragraphe (4) de l'article 8 Loi type franchise renvoie par ailleurs à la loi applicable pour les **questions restantes** qui n'ont pas été expressément réglées à l'article 8 Loi type franchise. La loi applicable détermine ainsi si le droit aux dommages-intérêts est fondé sur le concept de faute ou de responsabilité objective. La question de l'étendue des dommages-intérêts (*damnum emergens* et/ou *lucrum cessans*) est également laissée à la loi applicable. ¹⁸⁹⁴
- 1115 L'article 8(1)(C) Loi type franchise prévoit **trois exceptions** au droit à agir sur la base d'une absence d'information ou d'une information défectueuse. D'abord, le franchisé ne pourra se prévaloir d'aucun des deux moyens (annulation et dommages-intérêts) **(a)** s'il a obtenu les informations devant être fournies par d'autres moyens, ou **(b)** s'il ne s'est pas fié à l'information défectueuse («*did not rely on the misrepresentation*») ¹⁸⁹⁵ pour conclure le contrat. Ensuite, le franchisé pourra uniquement demander des dommages-intérêts lorsque **(c)** l'invalidation

¹⁸⁹² Cf. la version anglaise de la Loi type franchise, Art. 8(1)(C) Model Franchise Disclosure Law, disponible sur Internet à la p. <<http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>> (visité le 26.06.2015); à propos de la terminologie choisie, *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 128.

¹⁸⁹³ Cf. *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 127.

¹⁸⁹⁴ Par «loi applicable», il faut entendre le droit matériel s'appliquant au contrat de franchise. Dans les transactions internes, il s'agit en règle générale du droit matériel de l'Etat dans lequel les deux parties au contrat de franchise poursuivent leurs activités économiques (sur le droit matériel applicable au contrat de franchise en droit suisse, cf. ATF 134 I 303 c. 3.3; ATF 118 II 157 c. 2; MÜLLER, n. 3044 s.). La loi applicable en cas de transactions internationales est déterminée sur la base des règles pertinentes du droit des conflits de lois (*Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 129).

¹⁸⁹⁵ Version anglaise, Art. 8(1)(C) Model Franchise Disclosure Law, disponible sur Internet à la p. <<http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>> (visité le 27.06.2015).

du contrat «constitue au regard des circonstances une mesure disproportionnée» (art. 8(1)(C) Loi type franchise). Autrement dit, eu égard au préjudice mineur découlant de la violation du devoir d'information dans le cas d'espèce, le franchisé est en droit de demander des dommages-intérêts, mais non l'annulation du contrat. Dans ces cas, la fin des relations contractuelles serait une mesure disproportionnée et injustifiée par rapport au préjudice causé par la violation du devoir d'information.¹⁸⁹⁶

- 1116 Le paragraphe (2) de l'article 8 Loi type franchise sur les **délais** pour l'exercice des moyens du franchisé consacre deux régimes différents pour l'annulation et la demande de dommages-intérêts. L'annulation étant une mesure radicale, elle doit être revendiquée assez rapidement après la violation du devoir d'information, c'est-à-dire au plus tard un an après l'action ou l'omission constituant le manquement (art. 8(2)(A) Loi type franchise). Quant à la demande en dommages-intérêts, elle doit intervenir au plus tard dans le délai absolu de trois ans après l'action ou l'omission constituant le manquement (art. 8(2)(B) Loi type franchise) et dans le délai relatif d'une année après que le franchisé a eu connaissance des faits ou des circonstances indiquant raisonnablement qu'il est en droit de demander réparation du préjudice subi (art. 8(2)(C) Loi type franchise). Si le franchiseur attire lui-même l'attention sur une violation du devoir d'information (par un écrit rectificatif indiquant les détails du manquement accompagné du document d'information révisé), le délai relatif tombe même à 90 jours dès la remise de l'écrit rectificatif au franchisé (art. 8(2)(D) Loi type franchise). Dans ce cas, et à condition que l'annulation ne soit pas disproportionnée au regard des circonstances (*supra* n. 1115), le franchisé pourra choisir l'annulation et/ou demander des dommages-intérêts. Toutefois, l'exercice du droit d'annuler le contrat sera alors également soumis au délai relatif plus court de 90 jours dès la remise de l'écrit rectificatif.¹⁸⁹⁷

6. Synthèse

- 1117 Nul doute que le contrat de franchise a l'avantage de permettre, même à une personne inexpérimentée, de se lancer relativement facilement dans une activité indépendante. En effet, le franchiseur met à disposition du franchisé un «*know-how*», un concept, une marque, des marchandises ou des services ayant fait leurs

¹⁸⁹⁶ Cf. *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 131.

¹⁸⁹⁷ Cf. *Rapport explicatif sur la Loi type franchise*, n. 131.

preuves chez les consommateurs. Cependant, c'est précisément l'**inexpérience** du futur franchisé qui peut s'avérer problématique, ce dernier n'étant pas toujours pleinement conscient des contraintes auxquelles il se soumet en contrepartie des avantages de la franchise qui lui est accordée.

- 1118 La Loi type franchise attire l'attention des législateurs sur la problématique du déséquilibre des informations entre les parties cocontractantes et la nécessité de protéger le futur franchisé comme partie «faible». Bien-sûr, la **liste très fouillée des informations à fournir**, telle qu'elle figure dans la Loi type franchise, peut sembler une contrainte exagérée pour le franchiseur. N'oublions toutefois point qu'il s'agit d'un instrument de *soft law* et que le législateur ayant reconnu un besoin de protection particulier est libre de choisir parmi les dispositions de la Loi type franchise celles qui lui semblent les plus appropriées pour une intégration dans son ordre juridique.
- 1119 La **responsabilité pour le manquement au devoir d'information précontractuel spécial**, que la Loi type franchise préconise, ne prête pas le flanc à la critique. Dans l'ensemble, la Loi type franchise doit être saluée, ne serait-ce que pour sa fonction pédagogique.

J. Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente (CESL)

1. Introduction

- 1120 Alors qu'une **version amendée**¹⁸⁹⁸ de la proposition de la Commission a été très largement approuvée par le Parlement début 2014,¹⁸⁹⁹ le règlement relatif à un droit commun européen de la vente figure toutefois encore au programme de travail de la Commission pour l'année 2015.¹⁹⁰⁰ Ainsi, le CESL court le danger

¹⁸⁹⁸ A7-0301/2013.

¹⁸⁹⁹ Le Parlement européen a voté par 416 voix pour, 159 voix contre et 65 abstentions en session plénière le 26.02.2014 (Communiqué de presse du 26 février 2014, MEMO/14/137, disponible sur Internet à la p.<http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-137_fr.htm> [visité le 26.06.2015]).

¹⁹⁰⁰ Le CESL figure au n. 60 de la liste des retraits ou des modifications de proposition en attente. Le CESL est donc susceptible de faire l'objet de modifications supplémentaires par rapport à la proposition de règlement amendée «*afin d'exploiter pleinement le potentiel du commerce électronique dans le marché unique numérique*» (Motif du retrait/de la modification N° 60, *Annexe de la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité*

d'une réduction (supplémentaire) de son champ d'application. Il pourrait se limiter qu'aux seules transactions électroniques, voire même ne jamais être promulgué. Abstraction faite des réticences politiques de certains Etats membres, les incertitudes quant à son fondement de compétence dans les traités pourraient en effet lui être fatales. Quoiqu'il en advienne en fin de compte, il ne fait guère de doute que le CESL constitue une approche novatrice quant au processus d'uniformisation du droit privé européen (*supra* n. 308). Aussi, nous devons-nous d'observer l'accueil que le CESL – dans sa teneur actuelle – réserve à la problématique de la responsabilité précontractuelle.¹⁹⁰¹

- 1121 Le CESL retenant une conception étroite du principe de la **bonne foi** (*infra* n. 1122 ss), il ne contient pas de disposition relative aux **négociations contraires à la bonne foi ou au devoir de confidentialité** (*infra* n. 1125). En revanche, il prévoit une série de **devoirs d'information précontractuels** (*infra* n. 1131 ss) et une **clause de responsabilité** sanctionnant leur violation (*infra* n. 1150 ss).¹⁹⁰²

2. Bonne foi

- 1122 Le législateur européen concède que le principe de la bonne foi est un instrument important, car il permet de trouver des solutions équitables à certains problèmes concrets. Respectant les **craintes** soulevées par les juristes de la *Common law*, dont le système accueille le principe de la bonne foi avec circonspection (*supra* n. 852 ss), le CESL définit le principe de sorte à ce qu'il n'interdise pas aux parties à poursuivre leurs propres intérêts lorsqu'elles négocient (*supra* n. 899).¹⁹⁰³

des régions, Programme de travail de la Commission pour l'année 2015, Un nouvel élan, du 16 décembre 2014, (COM(2014) 9010 final ANNEX 2), p. 13, disponible sur Internet à la p. <http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_fr.pdf> (visité le 26.06.2015).

¹⁹⁰¹ MEMO/14/137 disponible sur Internet à la p. <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-137_fr.htm> [visité le 26.06.2014]).

¹⁹⁰² Les art. cités en note de bas de page correspondent à la numérotation de la proposition de règlement (COM(2011) 635 final), respectivement à la version amendée par le rapport de la Commission des affaires juridiques (A7-0301/2013) adopté en première lecture par le Parlement le 26.02.2014.

¹⁹⁰³ Cf. A7-0301/2013, Exposé des motifs, p. 128.

A7-0301/2013, Amendement 37 (article 2(f) sexies):

*"Bonne foi et loyauté": un comportement caractérisé par l'honnêteté, la franchise, et, **si approprié**, la prise en considération raisonnable des intérêts de l'autre partie à la transaction ou à la relation en question.*¹⁹⁰⁴

- 1123 La définition initiale de la proposition de règlement¹⁹⁰⁵ suscitait la préoccupation, notamment à l'égard des contrats entre professionnels, que les parties seraient empêchées de se montrer «dures en affaires». Afin de préciser que là n'est pas l'**objectif poursuivi**, la formulation désormais proposée dans le CESL dispose qu'aucune partie ne devrait outrepasser ses droits, ce qui est dans l'esprit de la bonne foi.¹⁹⁰⁶

Annexe I - article 2(1) COM(2011) 635 final:

Bonne foi et loyauté:

1. Il incombe à chaque partie d'agir conformément au principe de bonne foi et de loyauté.

A7-0301/2013, Amendement 83 (Annexe I - article 2(2)):

*2. La violation de la présente obligation peut empêcher la partie défaillante d'exercer ou d'invoquer un droit, un moyen d'action ou de défense dont elle disposerait autrement, mais **elle ne donne pas directement lieu à des moyens d'action** en cas d'inexécution d'une obligation.*¹⁹⁰⁷

- 1124 De manière similaire au principe «*a shield, not a sword*» du *promissory estoppel* anglais (*supra* n. 858), le législateur européen estime que le principe de la bonne foi dans le cadre du CESL doit être **limité** à la fonction «protection». Cette fonction consiste à empêcher une partie défaillante d'exercer ou d'invoquer un droit, un moyen d'action ou de défense. La fonction «action» du principe de la

¹⁹⁰⁴ Mise en évidence ajoutée.

¹⁹⁰⁵ L'art. 2(b) COM(2011) 635 final définissait encore la bonne foi comme «un comportement caractérisé par l'honnêteté, la franchise, et la prise en considération des intérêts de l'autre partie à la transaction ou à la relation en question».

¹⁹⁰⁶ A7-0301/2013, Exposé des motifs, p. 128.

¹⁹⁰⁷ Mise en évidence ajoutée.

bonne foi, qui consiste en un droit à dommages et intérêts,¹⁹⁰⁸ ne trouve application que dans le cadre stricte de dispositions particulières du CESL.¹⁹⁰⁹

3. Devoirs de négociier de bonne foi et de confidentialité

a) Absence de dispositions

1125 Alors qu’initialement considérés, les devoirs de négociier de bonne foi et de confidentialité ne font pas partie du CESL. Le **refus** de l’idée d’un droit à réparation pour un manquement à ces devoirs ne date pas de la version amendée de la proposition de règlement. La proposition de l’étude de faisabilité du groupe d’experts (*supra* n. 288) d’inclure dans le CESL les dispositions topiques du DCFR (art. II.-3:301 et II.-3:302(1) et (4) DCFR; *supra* n. 1010 et 1023)¹⁹¹⁰ n’avait pas trouvé de concrétisation dans la proposition de règlement dans sa version initiale. Sans doute s’agissait-il en 2011 déjà – sauf à risquer de faire échouer l’idée même du CESL – de ne pas attiser l’appréhension du *common lawyer* d’une atteinte au droit à agir dans ses propres intérêts en contractant (*supra* n. 899).

b) Applicabilité du droit national supplétif

1126 Etant donné que les devoirs de négociier de bonne foi et de confidentialité ne tombent pas dans le champ d’application du CESL, l’existence de ceux-ci ainsi que les sanctions pour leur violation sont du ressort du **droit supplétif national**.¹⁹¹¹

1127 Or, dans le domaine du **droit international privé**, l’UE a adopté le règlement (CE) n° 864/2007 «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

1128 L’article 12 («*Culpa in contrahendo*») du règlement en question **prévoit** en son paragraphe (1) 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*

¹⁹⁰⁸ A7-0301/2013, Exposé des motifs, p. 128.

¹⁹⁰⁹ Cf. A7-0301/2013, Amendement 17 (c. 34).

¹⁹¹⁰ Cf. EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW, Annex IV – Art. 27 et 28, p. 28 s.

¹⁹¹¹ Cf. COM(2011) 635 final, p. 7.

*aurait été applicable si le contrat avait été conclu» (lex contractus in negotio).*¹⁹¹²

- 1129 **Subsidiairement** seulement, lorsque la *lex contractus in negotio* (*supra* n. 1128) ne peut pas être déterminée, la loi applicable est soit **(a)** la loi du pays dans lequel le dommage survient, soit **(b)** la loi du pays de résidence des deux parties, si ces dernières ont toutes deux leur résidence habituelle dans ce pays, soit encore **(c)** la loi du pays qui entretient, au vu de toutes les circonstances, des liens manifestement plus étroits avec l'obligation non contractuelle découlant des négociations menées avant la conclusion du contrat (art. 12(2)(a) à (c) règlement (CE) n° 864/2007 «Rome II»).
- 1130 Afin de surmonter les incertitudes dues au conflit de qualifications entre droits domestiques quant à la nature de la *culpa in contrahendo* (délictuelle, contractuelle, *sui generis*), le règlement (CE) n° 864/2007 «Rome II» instaure une **qualification autonome** de la *culpa in contrahendo*. Or, en matière de conflit de lois, le tribunal saisi commence généralement par qualifier la situation litigieuse. Une fois qualifiée, cette dernière sera classée parmi une des catégories du droit international privé (contrats, responsabilité civile, successions, etc.). Ensuite seulement, le tribunal appliquera la règle de conflit de lois propre à la catégorie à laquelle la situation litigieuse appartient.¹⁹¹³ En adoptant l'article 12 du règlement en question, le législateur s'est écarté de cette tradition. Il introduit une qualification autonome de la *culpa in contrahendo* et lui consacre une règle de conflit de lois qui lui est propre.¹⁹¹⁴ Ainsi, le règlement (CE) n° 864/2007 «Rome II» indique que la *culpa in contrahendo* n'a pas nécessairement à être interprétée conformément au droit national.¹⁹¹⁵ Toutefois, la *culpa in contrahendo*, au sens du règlement en question, inclut bel et bien la responsabilité précontractuelle pour la violation des devoirs de négocier de bonne foi, d'information et de confidentialité à chaque fois que ces derniers sont

¹⁹¹² Si le contrat est conclu, la *lex contractus in negotio* est la *lex contractus finalis*, et lorsque le contrat ne l'est pas, elle est la *lex contractus putativus* (cf. HAGE-CHAHINE, p. 498 ss).

¹⁹¹³ HAGE-CHAHINE, p. 461.

¹⁹¹⁴ S'agissant de la compétence judiciaire selon la Convention de Lugano, la *culpa in contrahendo* relève de la «*matière délictuelle ou quasi délictuelle*» selon l'art. 5 al. 3 CL uniquement lorsqu'un contrat n'a pas été conclu (cf. arrêt de la CJCE du 17 septembre 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinefabrik GmbH*, C-334/00, Rec. 2002, p. I-07357, n. 27; OBERHAMMER, n. 22 ad art. 5 CL).

¹⁹¹⁵ C. 30 Règlement (CE) n° 864/2007 «Rome II».

imposés par la conception domestique de la *culpa in contrahendo* du droit applicable.¹⁹¹⁶ En revanche, l'article 12 du règlement (CE) n° 864/2007 «Rome II» ne s'applique qu'aux devoirs précontractuels présentant un lien direct avec les négociations. Ainsi, les devoirs de protection spéciaux (*supra* n. 600 s.), relatifs à l'intégrité corporelle par exemple, sont exclus de l'article discuté.¹⁹¹⁷

4. Devoirs d'information précontractuels

a) Introduction

- 1131 Le CESL impose des devoirs d'information précontractuels notamment pour rétablir le **déséquilibre** en faveur de la partie désavantagée dans sa possibilité d'acquérir une information pertinente quant à la conclusion ou à l'objet du contrat à distance.
- 1132 L'instrument distingue, dans la forme et le contenu des éléments à fournir, entre le contexte **B2C** (*infra* n. 1134 ss), où il existe une asymétrie des connaissances *in abstracto* entre les parties (devoirs d'information spéciaux; *supra* n. 589), et les relations **B2B** (*infra* n. 1143 ss), où il s'agit de déterminer, à l'aide d'une liste exemplative de critères, si la bonne foi impose *in concreto* le rééquilibrage d'une asymétrie des connaissances (devoir d'information général; *supra* n. 592). Cette structure est nouvelle par rapport au DCFR.¹⁹¹⁸ En effet, ce dernier prévoit un devoir général d'informer sur les biens et services s'appliquant tant aux relations B2B que B2C (art. II.-3:101 DCFR; *supra* n. 1041 s.).¹⁹¹⁹
- 1133 Le CESL instaure des devoirs d'information supplémentaires lorsque la conclusion du contrat est possible par **voie électronique** (*infra* n. 1146 ss). Certains de ceux-ci s'appliquent tant dans les relations B2B que B2C (*infra* n. 1146 ss), alors que d'autres devoirs supplémentaires d'informer sont applicables dans le cadre de relations B2C uniquement (*infra* n. 1149).

¹⁹¹⁶ HAGE-CHAHINE, p. 495.

¹⁹¹⁷ Cf. c. 30 Règlement (CE) n° 864/2007 «Rome II».

¹⁹¹⁸ Cf. CRAVETTO/PASA, p. 762.

¹⁹¹⁹ L'art. 2:201 ACQP fournit le modèle le plus avancé, puisqu'il prévoit également un devoir général d'informer sur les biens et services en cas de relations C2C (*supra* n. 948).

b) *Relations B2C*

i. **Avis d'application du CESL**

- 1134 Le premier devoir du professionnel est de fournir au consommateur avant la conclusion du contrat un **avis d'information type** (formulaire)¹⁹²⁰ relatif à son **intention d'appliquer le CESL** et contenant un résumé des principaux droits du consommateur.¹⁹²¹ Le CESL devant faire l'objet d'une convention d'application (*Opt-in*; *supra* n. 318),¹⁹²² cette dernière n'est valable que si le consentement du consommateur est donné par une déclaration expresse distincte de celle exprimant son consentement au contrat.¹⁹²³
- 1135 Si la convention d'application est conclue par téléphone ou par un autre moyen qui ne permet pas de délivrer l'avis d'information type, ou si le professionnel ne fournit pas cet avis, le consommateur **n'est pas lié par la convention d'application** tant qu'il n'a pas:
- (i) manifesté son consentement à l'application du CESL;¹⁹²⁴
 - (ii) reçu une confirmation de la convention d'application sur un «support durable»;¹⁹²⁵ et
 - (iii) obtenu l'avis d'information type.¹⁹²⁶ Si ce dernier est délivré sous forme électronique, il doit comporter un hyperlien ou indiquer un site Internet grâce auquel le texte du CESL peut être obtenu gratuitement.¹⁹²⁷
- 1136 S'il y a une information importante, c'est bien celle permettant de lever toute ambiguïté quant au **régime applicable** au contrat à conclure, respectivement à la relation précédant sa conclusion. Le consommateur moyen n'étant souvent pas

¹⁹²⁰ Cf. Annexe II – Avis d'information type COM(2011) 635 final.

¹⁹²¹ Art. 9 COM(2011) 635 final.

¹⁹²² Art. 8 COM(2011) 635 final.

¹⁹²³ Art. 8(2) COM(2011) 635 final.

¹⁹²⁴ Art. 9(1) COM(2011) 635 final.

¹⁹²⁵ Art. 9(1) COM(2011) 635 final en relation avec l'art. 8(2) COM(2011) 635 final. Un «support durable» est «tout support permettant à une partie de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées» (art. 2(t) COM(2011) 635 final).

¹⁹²⁶ Art. 9(1) COM(2011) 635 final.

¹⁹²⁷ Art. 9(2) COM(2011) 635 final.

conscient des enjeux qu'une élection de droit entraîne, le législateur européen a voulu s'assurer – par le devoir d'informer quant à l'application du CESL – qu'il soit rendu clairement attentif à l'importance de son choix.

ii. Forme et éléments de base du devoir d'informer

1137 Le CESL prévoit que le professionnel est tenu de fournir un nombre minimal d'informations au consommateur, issu de l'**acquis communautaire** de droit privé, notamment des directives 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs (*supra* n. 289 ss)¹⁹²⁸ et 2000/31/CE relative au commerce électronique.¹⁹²⁹

1138 Ainsi, le vendeur professionnel doit fournir au consommateur, avant la conclusion du contrat, une information **exacte**,¹⁹³⁰ **claire** et **compréhensible**¹⁹³¹ quant aux **éléments** suivants:

(i) les caractéristiques principales du bien, du contenu numérique ou du service connexe qu'il propose;¹⁹³²

(ii) le prix total (coûts et frais supplémentaires compris) demandé;¹⁹³³

(iii) l'identité et l'adresse du vendeur;¹⁹³⁴

(iv) les clauses contractuelles;¹⁹³⁵ et

¹⁹²⁸ Cf. art. 6 ss directive 2011/83/UE «droits des consommateurs».

¹⁹²⁹ Cf. art. 10 s. directive 2000/31/CE «commerce électronique».

¹⁹³⁰ Annexe I – art. 28 COM(2011) 635 final; cf. art. 7 directive 2005/29/CE «pratiques commerciales déloyales».

¹⁹³¹ Annexe I – art. 13(1) et (3) COM(2011) 635 final; cf. art. 6(1) et 8(1) directive 2011/83/UE «droits des consommateurs»; art. II.-3:106(2) DCFR; art. 2:204(1) ACQP.

¹⁹³² Annexe I – art. 13(1)(a) COM(2011) 635 final; cf. art. 6(1)(a) et 8(4) directive 2011/83/UE «droits des consommateurs»; art. II.-3:101, II.-3:102(2)(a) et II.-3:106(4) DCFR; art. 2:201, 2:202(2)(a) et 2:204(2) ACQP.

¹⁹³³ Annexe I – art. 13(1)(b) et 14 COM(2011) 635 final; cf. art. 6(1)(e) et 8(4) directive 2011/83/UE «droits des consommateurs»; art. II.-3:102(2)(a), II.-3:106(4) et II.-3:107 DCFR; art. 2:202(2)(a), 2:204(2) et 2:206 ACQP.

¹⁹³⁴ Annexe I – art. 13(1)(c) et 15 COM(2011) 635 final; cf. art. 6(1)(b) à (d) et 8(4) directive 2011/83/UE «droits des consommateurs»; art. II.-3:102(2)(a), II.-3:106(4) et II.-3:108 DCFR; art. 2:202(2)(a), 2:204(2) et 2:205 ACQP; pour le droit suisse, art. 3 al. 1 let. s, ch. 1 LCD; MÜLLER/RISKE, *L'offre arnaqueuse*, p. 30 ss.

¹⁹³⁵ Annexe I – art. 13(1)(d) et 16 COM(2011) 635 final; cf. art. 6(1)(h) à (k) et 8(4) directive 2011/83/UE «droits des consommateurs»; art. II.-3:106(4) DCFR; art. 2:204(2) ACQP.

(v) l'existence du droit de rétractation.¹⁹³⁶

1139 De manière identique, il doit, **le cas échéant**, aussi informer sur:

(i) l'existence et les conditions de son assistance après-vente, d'un service après-vente, de garanties commerciales et d'une politique de traitement des réclamations;¹⁹³⁷

(ii) le recours possible et les conditions d'accès à un mécanisme alternatif de résolution des litiges (médiation, conciliation, arbitrage);¹⁹³⁸

(iii) les fonctionnalités du contenu numérique (mesures de protection technique applicables incluses);¹⁹³⁹ et

(iv) toute interopérabilité du contenu numérique avec les matériels (*hardware*) ou logiciels (*software*) dont il a ou est censé avoir connaissance.¹⁹⁴⁰

iii. Devoirs supplémentaires lors de contacts par moyens de communication à distance

1140 Lorsque le consommateur est contacté par **téléphone** par le professionnel en vue de la conclusion d'un contrat, ce dernier doit, dès le début de la conversation, préciser le **caractère commercial** de sa démarche, décliner son **identité** et, le cas échéant, celle de la **personne au nom de laquelle il effectue l'appel téléphonique**.¹⁹⁴¹ Un contrat conclu par téléphone n'est valable que si le consommateur signe l'offre ou envoie son **consentement écrit** à la conclusion du contrat. L'accord pour la conclusion du contrat doit être **confirmé** au consommateur sur un support durable (*supra* n. 1135).¹⁹⁴²

1141 Lorsque le moyen de communication à distance pour conclure le contrat ne permet qu'un **affichage limité en termes d'espace ou de temps** pour la

¹⁹³⁶ Annexe I – art. 13(1)(e) et 17 COM(2011) 635 final; cf. art. 6(1)(a) et 8(4) directive 2011/83/UE «droits des consommateurs»; art. II.-3:102(2)(a), II.-3:103(1) et II.-3:106(4) DCFR; art. 2:202(2)(a) ACQP.

¹⁹³⁷ Annexe I – art. 13(1)(f) COM(2011) 635 final.

¹⁹³⁸ Annexe I – art. 13(1)(g) COM(2011) 635 final.

¹⁹³⁹ Annexe I – art. 13(1)(h) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁴⁰ Annexe I – art. 13(1)(i) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁴¹ Annexe I – art. 19(1) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁴² Annexe I – art. 19(4) COM(2011) 635 final.

présentation d'informations (SMS, MMS, «chat» Internet, «pop-ups» pour le téléchargement de contenu numérique ou de services connexes, etc.), le professionnel doit fournir, sur le moyen en question, au moins les **éléments d'information** suivants avant la conclusion du contrat:¹⁹⁴³

(i) les principales caractéristiques des prestations proposées;¹⁹⁴⁴

(ii) l'identité du professionnel;¹⁹⁴⁵

(iii) le prix total;¹⁹⁴⁶

(iv) le droit de rétractation;¹⁹⁴⁷ et

(v) si le contrat envisagé est un contrat de durée, sa durée et, s'il est à durée indéterminée, les modalités de résiliation.¹⁹⁴⁸

1142 Sauf si le professionnel a déjà fourni au consommateur, sur un **support durable** (*supra* n. 1135), toutes les informations dues par ailleurs avant la conclusion du contrat (*supra* n. 1138 s.), il devra les mettre à disposition sur un tel support au plus tard à la livraison du bien, respectivement avant le début de la fourniture du contenu numérique ou de l'exécution du service connexe.¹⁹⁴⁹

c) Relations B2B

1143 Dans les relations B2B, le CESL prévoit, de manière dispositive,¹⁹⁵⁰ un devoir d'information précontractuel fondé sur la bonne foi (devoir d'information général; *supra* n. 592). En effet, le fournisseur est tenu de décliner à l'autre professionnel toute information relative aux **caractéristiques principales** du bien, du contenu numérique ou du service connexe à fournir «*dont il est ou peut*

¹⁹⁴³ Annexe I – art. 19(2) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁴⁴ Annexe I – art. 19(3)(a) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁴⁵ Annexe I – art. 19(3)(b) COM(2011) 635 final; pour le droit suisse, cf. art. 3 al. 1, let. s, ch. 1 LCD; MÜLLER/RISKE, *L'offre arnaqueuse*, p. 30 ss.

¹⁹⁴⁶ Annexe I – art. 19(3)(c) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁴⁷ Annexe I – art. 19(3)(d) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁴⁸ Annexe I – art. 19(3) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁴⁹ Annexe I – art. 19(5) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁵⁰ Annexe I – art. 27 COM(2011) 635 final *a contrario*; A7-0301/2013, Amendement 72 (art. 8(3)).

*être présumé être en possession, et dont la non-divulgaration à l'autre partie serait contraire au principe de bonne foi et de loyauté».*¹⁹⁵¹

1144 Dès lors, pour apprécier si un tel devoir d'information est donné, il est tenu compte de toutes les **circonstances du cas concret**, notamment, (a) des connaissances techniques spéciales du fournisseur, (b) des coûts encourus par le fournisseur pour se procurer les informations en cause, (c) de la facilité avec laquelle l'autre professionnel aurait pu se procurer les informations autrement, (d) de la nature des informations, (e) de l'importance probable de ces dernières pour l'autre professionnel, et (f) des bonnes pratiques et usages commerciaux dans la situation en cause.¹⁹⁵² Le législateur européen s'est appuyé sur l'article II.-7:205 DCFR («*Fraud*»)¹⁹⁵³ dans l'énoncé de ces critères exemplatifs. En effet, seuls les critères de la nature des informations et des bonnes pratiques et usages commerciaux ne figurent pas dans la liste exemplative des critères de l'article II.-7:205(3)(a) à (d) DCFR¹⁹⁵⁴ pour établir «*whether good faith and fair dealing required a party to disclose particular information*» (art. II.-7:205(3) DCFR).

1145 Le législateur européen a tenu compte du fait qu'il ne se justifie pas d'imposer systématiquement un devoir d'information aux cocontractants prospectifs dans les relations B2B. Ainsi, dans les tractations commerciales entre professionnels – où il n'y a pas de déséquilibre *in abstracto* dans la possibilité pour une des parties d'acquérir les informations pertinentes – chacun supporte en principe le fardeau de se renseigner soi-même (*supra* n. 585 ss). Le CESL retient à raison que l'existence et l'étendue du devoir d'informer entre professionnels dépend des circonstances du cas concret. A l'image de l'article II.-7:205(3) DCFR, le CESL donne une liste exemplative des critères à prendre en considération pour déterminer l'existence du devoir de divulguer un ou plusieurs éléments d'information relatifs aux caractéristiques principales de la prestation, effectivement détenus ou dont on peut présumer être en possession (*supra* n. 1144).

¹⁹⁵¹ Annexe I – art. 23(1) COM(2011) 635 final; cf. CRAVETTO/PASA, p. 763.

¹⁹⁵² Annexe I – art. 23(2) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁵³ Cf. art. 4.107 PECL; pour approfondir, BEALE, ERCL 2008, p. 323 s.

¹⁹⁵⁴ = art. 4.107(3)(a) à (d) PECL.

d) *Devoirs supplémentaires en cas de conclusion par voie électronique*

i. **Relations B2B ou B2C**

1146 Le CESL incorpore l'acquis communautaire et s'inspire de l'article II.-3:105 DCFR (*supra* n. 1034 ss) en codifiant des devoirs d'information précontractuels **supplémentaires** lorsque la conclusion du contrat s'effectue par **voie électronique**. Le professionnel est tenu de ces devoirs tant dans ses relations avec d'autres professionnels qu'avec des consommateurs.¹⁹⁵⁵

1147 Lorsque le professionnel procure un moyen de conclusion par voie électronique (autre que par l'échange exclusif de courriels ou autre communication individuelle),¹⁹⁵⁶ il doit de surcroît, avant que l'autre partie ne fasse ou n'accepte une offre, fournir une information sur les **éléments suivants**:

- (i) les étapes techniques à suivre pour conclure le contrat;¹⁹⁵⁷
- (ii) l'éventuel archivage du document contractuel et la possibilité d'y avoir accès;¹⁹⁵⁸
- (iii) les moyens techniques permettant d'identifier et de corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que l'autre partie ne fasse ou n'accepte une offre;¹⁹⁵⁹
- (iv) les langues proposées pour la conclusion du contrat;¹⁹⁶⁰ et
- (v) les clauses sur la base desquelles il est prêt à conclure le contrat.¹⁹⁶¹ Ces dernières doivent être rédigées en caractères

¹⁹⁵⁵ CRAVETTO/PASA, p. 763.

¹⁹⁵⁶ Annexe I – art. 24(1) COM(2011) 635 final; cf. art. 10(4) directive 2000/31/CE «commerce électronique»; art. II.-3:104(2) DCFR.

¹⁹⁵⁷ Annexe I – art. 24(3)(a) COM(2011) 635 final; cf. art. 10(1)(a) 2000/31/CE «commerce électronique»; art. II.-3:105(1)(a) DCFR; pour le droit suisse, cf. art. 3 al. 1, let. s, ch. 2 LCD; MÜLLER/RISKE, *L'offre arnaqueuse*, p. 32.

¹⁹⁵⁸ Annexe I – art. 24(3)(b) COM(2011) 635 final; cf. art. 10(1)(b) 2000/31/CE «commerce électronique»; art. II.-3:105(1)(b) DCFR.

¹⁹⁵⁹ Annexe I – art. 24(3)(c) COM(2011) 635 final; cf. art. 10(1)(c) 2000/31/CE «commerce électronique»; art. II.-3:105(1)(c) DCFR; pour le droit suisse, art. 3 al. 1, let. s, ch. 3 LCD; MÜLLER/RISKE, *L'offre arnaqueuse*, p. 32 s.

¹⁹⁶⁰ Annexe I – art. 24(3)(d) COM(2011) 635 final; cf. art. 10(1)(d) 2000/31/CE «commerce électronique»; art. II.-3:105(1)(d) DCFR.

¹⁹⁶¹ A7-0301/2013, Amendement 104 (Annexe I – art. 24(3)(e)); cf. art. II.-3:105(1)(e) DCFR.

intelligibles sur un support durable permettant la lecture, l'enregistrement et la reproduction sous forme tangible des informations contenues dans le texte.¹⁹⁶²

- 1148 Le professionnel doit **sans retard accuser réception** par voie électronique de l'offre ou de l'acceptation expédiée par l'autre partie.¹⁹⁶³ L'accusé de réception doit faire état du contenu de l'offre ou de l'acceptation.¹⁹⁶⁴ Le devoir d'accuser réception est pertinent en ce qu'il permet – entre autres – de déterminer la date de la conclusion du contrat. Or, cette dernière constitue le *dies a quo* du délai de rétractation (14 jours) du contrat¹⁹⁶⁵ en vertu duquel le contenu numérique n'est pas fourni sur un support matériel.¹⁹⁶⁶

ii. Relations B2C

- 1149 Si le passage d'une commande par voie électronique implique une **obligation de paiement** au professionnel, ce dernier doit en informer le consommateur d'une manière claire et bien visible avant le passage de la commande. S'il faut activer un bouton ou fonction similaire pour passer commande, cette fonction doit uniquement porter une mention indiquant sans ambiguïté que le passage de la commande oblige à effectuer un paiement. A défaut, le consommateur n'est pas lié.¹⁹⁶⁷ Enfin, au plus tard au début du processus de commande, le professionnel

¹⁹⁶² Annexe I – art. 24(4) COM(2011) 635 final; cf. art. II.-3:105(2) DCFR.

¹⁹⁶³ Annexe I – art. 24(5) COM(2011) 635 final; cf. art. II.-3:105(2) DCFR; pour le droit suisse, cf. art. 3 al. 1, let. s, ch. 4 LCD; MÜLLER/RISKE, *L'offre arnaqueuse*, p. 33 s.

¹⁹⁶⁴ A7-0301/2013, Amendement 106 (Annexe I – art. 24(5))

¹⁹⁶⁵ En mars 2014, le Conseil fédéral a annoncé qu'il saluait l'introduction d'un droit de révocation de 14 jours en matière de démarchage téléphonique et de transactions à distance (Communiqué du DFJP disponible sur Internet à la p. <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2014/2014-03-14.html>> [visité le 26.06.2015]; ég. l'avis du Conseil fédéral, FF 2014 2883, p. 2883 ss). Le 18 juin 2014, le Conseil des Etats a accepté cette proposition de modification du CO par 24 voix contre 10 et 2 abstentions (*Initiative parlementaire Pierre Bonhôte: Pour une protection du consommateur contre les abus du démarchage téléphonique*, 06.441, BO 2014 E 614, p. 626; pour un regard critique, cf. FLAVIO DELLI COLLI/LEO RUSTERHOLZ, *Das geplante Widerrufsrecht im E-Commerce nach OR*, in: Jusletter du 8 septembre 2014). Après délibérations, le Parlement s'est finalement limité à une modification du CO relative à un droit de révocation de 14 jours uniquement pour les contrats par téléphone ou par «un moyen semblable de télécommunication vocale instantanée» (art. 40b al. 1, let. d CO; FF 2015 4409, p. 4409).

¹⁹⁶⁶ Annexe I – art. 42(1)(g) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁶⁷ Annexe I – art. 25(2) COM(2011) 635 final; cf. art. II.-3:202(1) DCFR.

doit clairement indiquer sur son site Internet quels moyens de paiement sont acceptés et si des restrictions s'appliquent.¹⁹⁶⁸

e) *Sanctions*

- 1150 Le CESL prévoit d'abord une clause de **responsabilité sanctionnant la violation des devoirs d'information**. La partie qui manque à un quelconque devoir d'information précontractuel prévu dans le CESL est responsable de tout préjudice causé à l'autre du fait de cette violation.¹⁹⁶⁹
- 1151 Le préjudice réparable se limite aux **dommages et intérêts**.¹⁹⁷⁰ D'une manière générale, ces derniers sont d'un montant permettant de placer, autant que possible, la partie préjudiciée dans la situation patrimoniale dans laquelle elle se serait trouvée si le devoir avait été dûment observé. Les dommages et intérêts tiennent compte tant de la perte éprouvée (*damnum emergens*) que du gain manqué (*lucrum cessans*).¹⁹⁷¹ Ainsi formulé, la réparation du préjudice est possible que le contrat soit conclu ou non.¹⁹⁷² Ceci dit, encore faut-il que la personne lésée soit valablement liée par une convention d'application en faveur du CESL (*supra* n. 1134). A défaut de celle-ci, le droit applicable est déterminé par l'article 12 règlement (CE) n° 864/2007 «Rome II» relatif aux obligations non contractuelles (*supra* n. 1128 s.).¹⁹⁷³ Le droit applicable dictera notamment les conditions et l'étendue d'une éventuelle responsabilité.
- 1152 Ensuite, si le professionnel ne s'est pas conformé au devoir d'informer sur les **frais supplémentaires ou autres coûts**, le consommateur n'est pas tenu de payer des frais supplémentaires, ni d'autres coûts.¹⁹⁷⁴

¹⁹⁶⁸ Annexe I – art. 25(3) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁶⁹ Annexe I – art. 29(1) COM(2011) 635 final; A7-0301/2013, Amendement 107 (Annexe I – art. 29(1)); art. II.-3:109(3) et II.-3:501 DCFR; art. 2:208 ACQP.

¹⁹⁷⁰ A7-0301/2013, Amendement 107 (Annexe I – art. 29(1)) par renvoi à Annexe I – art. 159 ss COM(2011) 635 final.

¹⁹⁷¹ Annexe I – art. 160 COM(2011) 635 final.

¹⁹⁷² CRAVETTO/PASA, p. 759, soulèvent que le CESL ne «*prévoit aucune mesure claire d'exécution concernant la violation des devoirs d'information précontractuelle lorsque le contrat n'est pas conclu*».

¹⁹⁷³ COM(2011) 635 final, p. 6; pour les implications, cf. HAGE-CHAHINE, p. 502 ss.

¹⁹⁷⁴ Annexe I – art. 29(2) COM(2011) 635 final; art. 6(6) directive 2011/83/UE «droits des consommateurs».

- 1153 Enfin, l'action en réparation pour un manquement aux devoirs d'information précontractuels est sans préjudice du moyen d'agir en annulation du contrat pour erreur ou dol.¹⁹⁷⁵ Abstraction faite de toute éventuelle contravention aux devoirs d'information, la partie qui serait en droit d'annuler le contrat en vertu de l'**erreur**,¹⁹⁷⁶ du **dol**,¹⁹⁷⁷ de **menaces**¹⁹⁷⁸ ou de l'**exploitation déloyale**¹⁹⁷⁹ est également fondée à demander des dommages et intérêts, que le contrat soit finalement invalidé ou non, à condition que l'autre partie ait connu ou devait connaître les circonstances pertinentes du vice du consentement en question.¹⁹⁸⁰

f) Caractère impératif et fardeau de la preuve

- 1154 Hormis le devoir d'information dans les relations B2B, qui peut être exclu de la convention d'application du CESL (*supra* n. 1134), les devoirs d'information précontractuels sont **relativement impératifs**. En effet, les parties à une relation B2C ne peuvent, au détriment du consommateur, ni écarter ou modifier les devoirs d'information précontractuels,¹⁹⁸¹ ni exclure ou déroger aux moyens d'action en cas de manquement à ces devoirs.¹⁹⁸²
- 1155 De même, dans les relations B2C, la charge de la preuve que les informations précontractuelles ont été fournies revient impérativement au **professionnel** (*infra* n. 1481).¹⁹⁸³

¹⁹⁷⁵ Annexe I – art. 29(3) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁷⁶ Annexe I – art. 48 COM(2011) 635 final; cf. art. II.-7:201 DCFR; pour le droit suisse, art. 23 CO.

¹⁹⁷⁷ Annexe I – art. 49 COM(2011) 635 final; cf. art. II.-7:205 DCFR; pour le droit suisse, art. 28 CO.

¹⁹⁷⁸ Annexe I – art. 50 COM(2011) 635 final; cf. art. II.-7:206 DCFR; pour le droit suisse, art. 29 CO.

¹⁹⁷⁹ Annexe I – art. 51 COM(2011) 635 final; cf. art. II.-7:207 DCFR; pour le droit suisse, art. 21 CO.

¹⁹⁸⁰ Annexe I – art. 55 COM(2011) 635 final; cf. art. II.-7:214 DCFR; pour le droit suisse, art. 31 al. 3 CO.

¹⁹⁸¹ Annexe I – art. 22 et 27 COM(2011) 635 final.

¹⁹⁸² Annexe I – art. 29(4) COM(2011) 635 final.

¹⁹⁸³ Annexe I – art. 21 et 26 COM(2011) 635 final en relation avec Annexe I – art. 22 et 27 COM(2011) 635 final.

5. Synthèse

- 1156 En dehors du cadre stricte de dispositions particulières du CESL, une contravention au principe de la bonne foi ne donne pas un droit d'agir en dommages et intérêts à la partie préjudiciée. Aussi, la proposition du groupe d'expert d'inclure dans l'instrument optionnel les dispositions du DCFR sur les négociations contraires à la bonne foi ou au devoir de confidentialité n'a pas trouvé grâce aux yeux du législateur européen. La **circonscription des effets de la bonne foi** dans le CESL doit être attribuée à la nécessité de prendre en compte l'appréhension des *common lawyers* quant à l'atteinte au droit d'agir dans ses propres intérêts en contractant.
- 1157 Cependant, le CESL consacre un droit à l'indemnisation en cas d'erreur, de dol, de menaces ou d'exploitation déloyale. Or, le droit à la réparation du préjudice subi lorsqu'un contrat est conclu, mais n'est pas valable pour une question de **vice du consentement** est une des hypothèses historiques de la *culpa in contrahendo* (*supra* n. 524). Dans ce cadre stricte, le CESL protège la confiance dans un comportement diligent du cocontractant.
- 1158 De plus, le CESL consacre une **responsabilité précontractuelle en cas de manquement aux devoirs d'information** qui y sont consacrés. En imposant un rééquilibrage en faveur de la partie désavantagée dans sa possibilité d'acquérir une information pertinente quant à la conclusion du contrat futur, le but recherché n'est pas tant de protéger la confiance dans la diligence du cocontractant, mais bien plus de lui imposer un comportement diligent concret.

K. Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises (CVIM)

1. Introduction

- 1159 La CVIM est **exceptionnelle** s'agissant de la problématique abordée dans notre étude. En effet, elle ne contient pas de disposition (*infra* n. 1160 s.) qui traite du problème de la responsabilité des parties pour leur comportement pendant les négociations avant la conclusion d'un contrat. La responsabilité précontractuelle est-elle pour autant en dehors du champ d'application de la convention? Nous exposons quelques pistes de réflexion dans l'analyse qui suit (*infra* n. 1160 ss).

2. Absence de disposition expresse

- 1160 L'absence de disposition expresse régissant la responsabilité précontractuelle a été discutée avant l'adoption de la CVIM dans sa version définitive. En effet, plusieurs propositions sur la responsabilité précontractuelle ont été faites pendant les **travaux préparatoires**. L'avant-projet de la CVIM tel qu'adopté par l'*UNCITRAL Working Group* contenait une disposition qui prévoyait expressément qu'«*in the course of the formation of the contract the parties must observe the principle of fair dealing and act in good faith*».¹⁹⁸⁴
- 1161 Suite à de longues discussions et différentes consultations, on adopta les règles qui furent élaborées en 1978 par le groupe de travail et qui correspondent essentiellement aux dispositions contenues aujourd'hui à l'article 7 CVIM.¹⁹⁸⁵ La plupart des délégués nationaux qui préconisaient l'absence de disposition expresse régissant la responsabilité précontractuelle dans la CVIM ont affirmé que la **bonne foi** était certes une notion souhaitable dans le commerce international, mais que sa formulation dans l'avant-projet était trop vague.¹⁹⁸⁶ Le refus d'introduire une réglementation était motivé par l'argument que les tribunaux nationaux qui l'appliqueraient seraient nécessairement influencés par leur tradition légale, ce qui conduirait à une interprétation différenciée de la notion. La critique était aussi dirigée contre le fait qu'aucune sanction pour la violation des devoirs précontractuels n'était prévue par l'avant-projet de la CVIM. Partant, les conséquences d'une violation seraient laissées à la réglementation nationale. L'achèvement d'une uniformité dans les sanctions serait dès lors tout simplement impossible.¹⁹⁸⁷

¹⁹⁸⁴ BONELL, *CISG*, p. 166; UNCITRAL, *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, Volume VIII*, 1977, p. 80.

¹⁹⁸⁵ Art. 7 CVIM: «1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. 2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront 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 privé»; SCHÜTZ, p. 179.

¹⁹⁸⁶ L'opposition à une disposition expresse relative à la responsabilité précontractuelle venait avant tout des délégués de la *Common law* (cf. UNCITRAL, *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, Volume IX*, 1978, p. 132; SCHÜTZ, p. 178; GODERRE, p. 763).

¹⁹⁸⁷ BONELL, *CISG*, p. 166; SCHÜTZ, p. 179; RISKE, p. 126.

3. Champ d'application

- 1162 Le fait que la CVIM n'ait pas de disposition **expresse** quant à la responsabilité précontractuelle n'implique pas forcément que la question sorte de son champ d'application. La responsabilité précontractuelle pourrait simplement être une de ces «*questions concernant les matières régies par la Convention qui ne sont pas expressément tranchées par elle*» (art. 7 al. 2 CVIM).¹⁹⁸⁸ Le choix de l'une ou l'autre des deux alternatives mène à des conclusions fort différentes. Les questions qui ne tombent pas dans le champ d'application continuent d'être soumises au droit national. Alors que dans le cas d'une simple lacune, la solution doit être trouvée dans la CVIM elle-même, c'est-à-dire en conformité avec les principes généraux sur lesquels elle est basée. C'est uniquement en l'absence de ces principes qu'il est possible de se référer au droit national applicable en vertu des règles du droit international privé.¹⁹⁸⁹
- 1163 Jusqu'ici, la doctrine majoritaire¹⁹⁹⁰ est largement favorable à la première alternative. Son argumentation réside dans la constatation que toutes les propositions visant à introduire une disposition générale sur la responsabilité précontractuelle ont échouées. Cet état de fait démontrerait clairement que les auteurs de la CVIM ont préféré laisser la question au **droit national** non-unifié. Par conséquent, il serait du ressort des droits nationaux de déterminer si et dans quelle mesure une partie est responsable envers l'autre pour son comportement pendant les négociations. Comme la nature d'une telle responsabilité peut varier de pays en pays, allant de la responsabilité de nature contractuelle ou quasi-contractuelle jusqu'à une responsabilité délictuelle, la loi applicable serait parfois la *lex contractus* et parfois la *lex loci delicti*.¹⁹⁹¹
- 1164 Certains auteurs¹⁹⁹² questionnent cependant l'opinion selon laquelle la responsabilité précontractuelle serait entièrement en dehors du champ d'application de la CVIM. Leur critique s'adresse à la vision selon laquelle la responsabilité précontractuelle constitue un sujet unitaire et homogène. La responsabilité précontractuelle, il est vrai, s'applique à toutes sortes de **situations différentes**. Il suffit d'évoquer les cas où les comportements

¹⁹⁸⁸ BONELL, *CISG*, p. 167; CRAVETTO/PASA, p. 768.

¹⁹⁸⁹ BONELL, *CISG*, p. 167; RISKE, p. 127.

¹⁹⁹⁰ MARCHAND, p. 277; CRAVETTO/PASA, p. 768.

¹⁹⁹¹ BONELL, *CISG*, p. 167; RISKE, p. 127.

¹⁹⁹² BRUNNER/MURMANN/STUCKI, *UN-Kaufrecht – CISG*, n. 48 ad art. 4 CVIM; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/FERRARI, n. 46 ad art. 4 CVIM; SCHÜTZ, p. 181 ss; BONELL, *CISG*, p. 167 ss.

répréhensibles mènent à un contrat vicié (dol, erreur, crainte fondée) et les cas où un tel comportement est un obstacle à la conclusion même du contrat (rupture des négociations, négociations sans intention de conclure). Une distinction entre ces différentes situations s'impose afin d'examiner si, et dans quelle mesure, la CVIM s'applique à chacune d'entre elles.¹⁹⁹³

4. Responsabilité précontractuelle en cas de conclusion d'un contrat vicié

1165 Il arrive qu'une partie utilise des moyens dolosifs pour induire l'autre partie à la conclusion d'un contrat qui, dans des circonstances ordinaires, n'aurait pas été conclu du tout ou, du moins, pas dans les mêmes termes. Les exemples typiques sont le dol et la crainte fondée. La préoccupation principale de la victime sera de se défaire du contrat. Or, l'article 4 CVIM mentionne expressément que la CVIM ne régit pas les questions de **validité** du contrat.¹⁹⁹⁴ Il s'ensuit que cette question particulière reste en dehors du champ d'application de la CVIM. La question est du ressort du droit national applicable – qui est normalement la loi qui gouverne le contrat de vente en l'absence de la CVIM – qui déterminera non seulement les conditions d'annulation du contrat, mais aussi les conditions et l'étendue d'une éventuelle responsabilité.¹⁹⁹⁵

5. Responsabilité précontractuelle sans conclusion d'un contrat

1166 Lorsqu'aucun contrat n'a été conclu, soit parce qu'il y a eu rupture des négociations, soit parce qu'un comportement répréhensible a été un obstacle à sa conclusion, d'aucuns¹⁹⁹⁶ se fondent sur l'obligation de bonne foi de l'**article 7 CVIM** pour étendre le champ d'application du droit uniforme. Contrairement à ce que le texte de l'article 7 CVIM laisse entendre, ce dernier n'est pas seulement une règle d'interprétation de la CVIM, mais aussi une source d'obligations des parties.¹⁹⁹⁷ En effet, même comme simple aide à l'interprétation des diverses dispositions de la CVIM, le principe de la bonne foi

¹⁹⁹³ RISKE, p. 127 s.

¹⁹⁹⁴ OGH, 1 Ob 49/01i du 22.10.2001, disponible sur Internet à la p. <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=816>> (visité le 26.06.2015).

¹⁹⁹⁵ BONELL, *CISG*, p. 169; RISKE, p. 128.

¹⁹⁹⁶ BONELL, *CISG*, p. 167 ss; SCHÜTZ, p. 181 ss.

¹⁹⁹⁷ MARCHAND, p. 277.

peut avoir un impact sur le comportement des parties. Par ailleurs, nombre de dispositions révèlent que la bonne foi est un des principes sous-tendant l'ensemble de la CVIM. Or, en vertu de l'article 7 al. 2 CVIM, il est possible de recourir à ces principes pour résoudre des questions relatives à la formation ou à l'exécution du contrat pour lesquelles la CVIM ne contient pas de dispositions expresses.¹⁹⁹⁸

- 1167 Il ne suffit toutefois pas de concéder que la bonne foi puisse être invoquée pour imposer des devoirs supplémentaires durant le processus de négociation, encore faut-il trouver des **remèdes** qui permettent à la partie lésée d'agir en réparation contre la partie qui a violé ces devoirs. A ce sujet, la CVIM est également silencieuse. BONNELL¹⁹⁹⁹ propose d'appliquer par analogie l'article 74 CVIM;²⁰⁰⁰ article qu'il considère être suffisamment flexible. Or, l'article 74 CVIM ne permet pas une telle déduction. L'extension du champ d'application à la responsabilité précontractuelle serait contraire au texte clair de l'article 74 CVIM, qui régit les conséquences d'une «*contravention au contrat*». Ici justement, aucun contrat n'est conclu. Par ailleurs, il ne serait pas souhaitable de dénaturer l'article 74 CVIM afin de parvenir à tout prix à un résultat qui paraît conforme au droit domestique.²⁰⁰¹ S'adonner à de telles interprétations serait trahir l'esprit du droit uniforme.

MARCHAND, p. 278:

Plutôt que de déguiser le droit national supplétif des habits du droit uniforme, mieux vaut reconnaître les limites de ce dernier et restituer au premier les questions qui lui reviennent.

¹⁹⁹⁸ BONELL, *CISG*, p. 169; RISKE, p. 128 s.

¹⁹⁹⁹ BONELL, *CISG*, p. 170 s.

²⁰⁰⁰ Art. 74 CVIM: «Les dommages-intérêts pour une contravention au contrat commise par une parties sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie par suite de la contravention. Ces dommages-intérêts ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut avait prévus ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat, en considérant les faits dont elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat».

²⁰⁰¹ MARCHAND, p. 278; RISKE, p. 129.

6. Responsabilité précontractuelle en cas de conclusion d'un contrat valable

1168 La CVIM règle de manière **exhaustive** toutes les violations contractuelles, de sorte à ne plus laisser de place pour le droit national domestique.²⁰⁰² Dès lors qu'un contrat valable a été conclu, une absence ou une insuffisance d'information avant la conclusion du contrat sont toutes deux susceptibles d'être à l'origine d'une contravention au contrat consistant dans l'absence d'une qualité raisonnablement attendue (*infra* n. 1262) au sens de l'article 35 CVIM.²⁰⁰³ En cas conclusion d'un contrat valable tombant sous l'empire de la CVIM (art. 1 ss CVIM), la responsabilité pour un manquement au devoir d'information précontractuel est régie par les dispositions du droit uniforme (art. 4, 35 ss, 45 ss et 71 ss CVIM) à l'exclusion du droit domestique applicable.²⁰⁰⁴

7. Synthèse

1169 Les questions soulevées par la responsabilité précontractuelle restent majoritairement **en dehors du champ d'application** de la CVIM. L'article 4 CVIM s'oppose à une appréhension de la responsabilité précontractuelle lorsqu'un contrat vicié est conclu, la convention ne régissant pas les questions de validité des contrats. Lorsqu'aucun contrat n'est conclu, même s'il est possible d'admettre l'existence de devoirs de comportement issus de la bonne foi pendant la phase précontractuelle, la convention ne contient pas de remèdes appropriés pour la réparation du préjudice précontractuel. En revanche, lorsqu'un contrat valable est conclu, la responsabilité pour un défaut d'informer au stade précontractuel est exclusivement soumise au droit uniforme de la CVIM (art. 4, 35 ss, 45 ss et 71 ss CVIM).

L. Conclusions intermédiaires

1170 S'agissant des solutions retenues dans le droit privé uniforme, tous les projets académiques d'uniformisation du droit privé – sauf les PETL et les PEL Liab. Dam. – consacrent expressément une **responsabilité pour le manquement au**

²⁰⁰² BRUNNER/MURMANN/STUCKI, *UN-Kaufrecht – CISG*, n. 48 ad art. 4 CVIM; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/FERRARI, n. 46 ad art. 4 CVIM.

²⁰⁰³ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, n. 5 ad art. 2:201 ACQP.

²⁰⁰⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/FERRARI, n. 46 ad art. 4 CVIM.

standard de comportement de bonne foi dans la phase précontractuelle. La responsabilité qui y est instaurée sanctionne la violation des devoirs de comportement issus du devoir de bonne foi pendant les négociations (art. 2:301(2) PECL; art. 2:103(2) ACQP; art. II.-3:301(3) DCFR; art. 6 al. 4 Projet GANDOLFI; art. 2.1.15(2) PICC). Ainsi, le devoir de négocier conformément à ses intentions véritables y est mentionné à titre exemplatif (art. 2:301(3) PECL; art. 2:103(3) ACQP; art. II.-3:301(4) DCFR; art. 6 al. 2 Projet GANDOLFI; art. 2.1.15(3) PICC). A l'exception notable des ACQP, ces mêmes projets consacrent par ailleurs une disposition au devoir précontractuel de confidentialité (art. 2:302 PECL; art. II.-3:302(4) DCFR; art. 8 Projet GANDOLFI; art. 2.1.16 PICC). Le Projet GANDOLFI, en plus de prévoir un devoir d'information général (art. 7 Projet GANDOLFI), prône la codification d'un devoir d'information spécial quant au droit de rétractation issu de l'acquis communautaire (art. 9 Projet GANDOLFI). Les ACQP vont encore plus loin et consacrent expressément les principaux devoirs d'information issus des directives européennes (art. 2:201 à 2:208 ACQP).

- 1171 Les PETL et PEL Liab. Dam. proposent une **clause de responsabilité ouverte** à tous les cas de dommages consécutifs à la violation d'un intérêt digne d'une protection légale. Les PETL incluent la responsabilité précontractuelle de par la consécration d'une clause de responsabilité pour faute suffisamment large (art. 4:401 PETL) et du devoir de protéger autrui d'un dommage lorsque les parties entretiennent des relations particulières (art. 4:103 PETL). Dans le cadre des PEL Liab. Dam., la responsabilité précontractuelle est une des expressions de la responsabilité extracontractuelle pour dommages causés à autrui, dans la mesure où l'on admet que les dommages causés par une violation du standard de comportement de bonne foi au stade précontractuel sont des dommages juridiquement réparables (art. 2:201 PEL Liab. Dam. en relation avec l'art. 1:101 PEL Liab. Dam.). En tout état de cause, la responsabilité pour perte due à la confiance suscitée par un conseil ou une information incorrecte (art. 2:207 PEL Liab. Dam. en relation avec l'art. 1:101 PEL Liab. Dam.) comprend la responsabilité pour la violation du devoir du professionnel ou commerçant d'informer l'autre partie de manière véridique en phase précontractuelle.
- 1172 Intégrant les PEL Liab. Dam. et reprenant certaines dispositions des PECL et des ACQP, le DCFR est le projet le plus complet au niveau du traitement réservé aux différents aspects de la responsabilité précontractuelle. En plus d'instaurer un devoir de confidentialité que les ACQP ne prévoient pas (art. II.-3.302(4) DCFR), il reprend certains devoirs précontractuels déjà consacrés par ces derniers, tout en en codifiant d'autres par ailleurs, tous trouvant leur source

dans l'acquis communautaire (art. II.-3:101 à II.-3:109 DCFR). Le DCFR a la particularité de consacrer une **clause générale de responsabilité précontractuelle**, sanctionnant à la fois le manquement aux devoirs découlant du devoir de bonne foi précontractuelle et la violation de devoirs d'information spéciaux. Indubitablement, le DCFR est le projet le plus significatif en ce qui concerne la responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen.

- 1173 La *Loi type d'UNIDROIT sur la divulgation en matière de franchise* prévoit un devoir d'information précontractuel très étendu s'agissant du détail des **éléments d'information à fournir au futur franchisé** (art. 6 Loi type franchise). En cas de conclusion du contrat franchise, le manquement du franchiseur ouvre la possibilité au franchisé de demander des dommages et intérêts (art. 8 Loi type Franchise). Par contre, la responsabilité précontractuelle en cas de non conclusion du contrat est laissée à l'appréciation des ordres juridiques nationaux. De par ses dispositions, la Loi type franchise vise avant tout à attirer l'attention des législateurs sur la problématique du déséquilibre des informations entre les parties cocontractantes en matière de contrat de franchise.
- 1174 Le CESL incorpore les devoirs précontractuels d'information des directives européennes en matière de vente à distance, notamment par voie électronique. La substance d'un bon nombre des devoirs d'information codifiés dans le DCFR et/ou les ACQP se retrouvent dans les dispositions du CESL. Partant, ce dernier prévoit également une **clause de responsabilité pour le manquement aux devoirs d'information précontractuels**. Contrairement aux modèles proposés par les projets académiques d'uniformisation, le législateur européen a renoncé à une clause générale de responsabilité pour le manquement au standard de comportement de bonne foi dans la phase précontractuelle. Toutefois, le CESL protège la confiance dans un comportement diligent du cocontractant dans la mesure où il admet un droit à la réparation du préjudice subi lorsqu'un contrat est conclu mais n'est pas valable pour une question de vice du consentement. Ainsi, une des hypothèses historiques de la *culpa in contrahendo* se retrouve consacrée par le CESL.
- 1175 Enfin, le texte de la CVIM reste résolument **silencieux** au sujet de la responsabilité précontractuelle. Les problèmes y relatifs restent majoritairement en dehors du champ d'application du droit unifié de la CVIM. L'article 4 CVIM s'oppose à une appréhension de la responsabilité précontractuelle lorsqu'un contrat vicié est conclu, la convention ne régissant pas les questions de validité des contrats. Lorsqu'aucun contrat n'est conclu, même s'il est possible d'admettre l'existence de devoirs de comportement issus de la bonne foi

pendant la phase précontractuelle, la convention ne contient pas de remèdes appropriés pour la réparation du préjudice précontractuel. Par contre, lorsqu'un contrat valable est conclu, la responsabilité pour un défaut d'informer au stade précontractuel est soumise au droit uniforme de la CVIM. En cas conclusion d'un contrat valable tombant sous l'empire de la CVIM (art. 1 ss CVIM), la responsabilité est exclusivement régie par les dispositions du droit uniforme (art. 4, 35 ss, 45 ss et 71 ss CVIM) à l'exclusion donc du droit domestique applicable.

M. Tableaux de concordances

1. Liberté, bonne foi et responsabilité précontractuelle pour manquement aux devoirs y trouvant leurs sources

	PECL	ACQP	DCFR	GANDOLFI	PICC	CESL
Liberté contractuelle	1:102(1)	-	II.- 1:102(1)	2	1.1	-
Bonne foi	1:201	-	I.- 1:103(1)	-	1.7	Annexe I 2(1)
<i>Venire contra factum proprium</i>	-	-	I.- 1:103(2)	-	1.8	-
<i>Ius variandi</i>	2:301(1)	2:103(1)	II.- 3:301(1)	6 al. 1	2.1.15(1)	-
Devoir général de bonne foi précontractuelle	-	2:101	-	-	-	-
Devoir d'agir selon les attentes légitimes	-	2:102	-	-	-	-
Devoir de négocier de bonne foi	2:301(2)	2:103(2)	II.- 3:301(2)	6 al. 1 et 3	2.1.15(2)	-
Devoir de négocier selon ses véritables intentions	2:301(3)	2:103(3)	II.- 3:301(4)	6 al. 2	2.1.15(3)	-
Devoir de confidentialité	2:302	-	II.- 3:302	8	2.1.16	-
Devoir d'information général	-	-	-	7	-	-
Responsabilité précontractuelle	2:301(2)	2:103(2)	II.- 3:301(3) et II.- 3:501	6 al. 4	2.1.15(2)	-

2. Devoirs d'information précontractuels spéciaux et responsabilité pour leur violation

	PECL	ACQP	DCFR	GANDOLFI	PICC	CESL
Sur les biens et services	-	2:201	II.-3:101	-	-	Annexe I 13(1)(a) et 23
En cas de commercialisation visant les consommateurs	-	2:202	II.-3:102	-	-	-
Envers les consommateurs désavantagés	-	2:203	II.-3:103	-	-	-
En cas de communication à distance en temps réel	-	-	II.-3:104	-	-	Annexe I 19
Lors de conclusion par moyens électroniques	-	-	II.-3:105	-	-	Annexe I 24 et 25
Clarté et forme de l'information	-	2:204	II.-3:106	-	-	Annexe I 13(1) et (3)
Sur l'adresse et l'identité	-	2:205	II.-3:108	-	-	Annexe I 13(1)(c) et 15
Sur le prix	-	2:206	II.-3:107	-	-	Annexe I 13(1)(b) et 14
Quant au droit de rétraction	-	2:202(2)	II.-3:102(2) II.-3:103(1) II.-3:106(4)	9 al. 1	-	Annexe I 13(1)(e) et 17
Responsabilité pour défaut d'informer	-	2:208	II.-3:109(3) et II.-3:501	9 al. 3 en relation avec 159 al. 3	-	Annexe I 29

PARTIE TROISIÈME: PERSPECTIVES POUR L'ORDRE JURIDIQUE SUISSE

1177 Forte des conclusions dégagées dans les parties précédentes de notre étude, la partie troisième vise à fournir des perspectives d'évolution à la responsabilité précontractuelle dans le cadre de l'ordre juridique suisse. Nous avons scindé cette dernière partie en **deux sections**. La première traitera de problématiques *de lege lata* propres à la responsabilité précontractuelle (**I.**). Quant à la seconde et dernière section, après une analyse des solutions préconisées *de lege ferenda* par l'«*Avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile*» et le «*Code des obligations suisse 2020: Projet relatif à une nouvelle partie générale*», nous proposerons une clause générale de responsabilité précontractuelle à intégrer dans le CO (**II.**).

I. Responsabilité précontractuelle *de lege lata*

A. Introduction

- 1178 Sachant que les **fondements** dogmatiques de la responsabilité précontractuelle sont communs aux ordres juridiques romano-germaniques, nous nous contentons de renvoyer le lecteur à la première section de la partie deuxième qui s'y consacre (*supra* n. 447 ss). En effet, les règles que nous y avons dégagées valent *mutatis mutandis* pour l'ordre juridique suisse.
- 1179 La présente section n'a pas pour ambition de présenter la totalité des aspects de la responsabilité précontractuelle spécifiques au droit positif suisse. Au contraire, nous nous sommes consciemment limités aux **problématiques controversées et/ou peu abordées** par la science juridique suisse. Nos prises de position n'hésitent pas à profiter du prisme international à chaque fois que cette optique procure une focale cohérente et compatible avec l'ordre juridique suisse.
- 1180 Après une analyse de la **nature** juridique de la responsabilité précontractuelle en droit suisse (*infra* n. 1181 ss), nous nous consacrerons à la problématique qui y est corrélative, à savoir celle de **l'absorption** et **du concours** de la responsabilité précontractuelle (*infra* n. 1234 ss). Nous traiterons ensuite des **lettres d'intention** et autres documents qui jalonnent les négociations (*infra* n. 1269 ss). A défaut de consensus à propos de la terminologie utilisée pour décrire les réalités juridiques multiples que ces différents instruments traduisent, le terme «lettre d'intention» sert de dénomination générique pour ceux-ci. Enfin, nos **conclusions intermédiaires** mettront en évidence les résultats de notre analyse (*infra* n. 1306 ss).

B. Nature

1. Introduction

- 1181 La controverse autour de la nature de la responsabilité précontractuelle, aussi dogmatique qu'elle puisse paraître de prime abord, a une **importance pratique** directe. En effet, le régime applicable à la responsabilité en question est fonction de la théorie retenue.
- 1182 Ainsi, se prononcer en faveur d'une théorie **(quasi-)contractuelle** (*infra* n. 1183 ss) ou **délictuelle** (*infra* n. 1191 ss) de la responsabilité précontractuelle, signifie nécessairement également devoir défendre l'application de l'ensemble des modalités du régime correspondant (art. 97 ss CO ou art. 41 ss CO). Consentir à la nécessité d'appliquer un régime spécifique de modalités à la responsabilité

précontractuelle est admettre que sa nature échappe aux carcans conceptuels classiques. Une **théorie autonome** est ainsi envisagée comme une «troisième voie» (*tertio datur*) entre le contrat et le délit (*infra* n. 1200 ss). L'institution prétorienne de la responsabilité **fondée sur la confiance** s'inscrit dans le prolongement de la théorie autonome dont elle est une des expressions (*infra* n. 1208 ss).

2. Contractuelle et quasi-contractuelle

a) Introduction

1183 La conception traitant la responsabilité précontractuelle comme une responsabilité de **nature contractuelle** (*infra* n. 1184 ss) ou **quasi-contractuelle** (*infra* n. 1189 s.) trouve ses origines, sinon dans le droit romain (*supra* n. 649 ss), du moins dans la théorie jheringienne de la *culpa in contrahendo* (*supra* n. 676 ss).

b) Contractuelle

i. Rétroactivité du contrat projeté

1184 Avec VON JHERING, les tenants de la «*Zielvertragstheorie*» appliquent à la relation précontractuelle le régime de la responsabilité du **contrat projeté**.²⁰⁰⁵ L'obstacle à cette conception n'est pas qu'elle impose une mesure variable de la diligence requise selon le contrat envisagé.²⁰⁰⁶ Au contraire, l'existence et l'étendue d'un devoir précontractuel peut bel et bien dépendre de la nature du contrat projeté.²⁰⁰⁷ Ainsi, le principe de la bonne foi dans les affaires impose par exemple une information plus conséquente sur la présence (ou l'absence) de qualités personnelles (notamment professionnelles) d'une partie, lorsque l'autre envisage de conclure avec la première un contrat *intuitu personae*.

²⁰⁰⁵ ATF 68 II 295 c. 5; VON THUR/PETER, p. 192 s.

²⁰⁰⁶ *Contra*: KUONEN, n. 1092.

²⁰⁰⁷ ATF 77 II 135 c. 2a («[...] une partie répond du chef de la *culpa in contrahendo* non seulement lorsqu'au cours des pourparlers elle a agi astucieusement, mais déjà lorsque son attitude a été de quelque manière fautive [...] dans les limites tout au moins de la responsabilité qu'elle encourt sous l'empire du contrat envisagé par les parties»); MABILLARD, p. 156; KRAMER, OR AT, n. 127; GONZENBACH, p. 110.

1185 La «*Zielvertragstheorie*» se heurte en revanche à la constatation qu'elle n'apporte **pas de solution** lorsqu'aucun contrat (valable ou vicié) n'est conclu.²⁰⁰⁸ Elle nécessite en effet que la violation de devoirs précontractuels soit rétroactivement qualifiée de violation contractuelle au moment de la conclusion du contrat.²⁰⁰⁹ Par conséquent, la violation de devoirs dans le cadre d'une relation précontractuelle restée au stade des négociations échappe à cette construction, au demeurant logiquement peu convaincante. Cette théorie est aujourd'hui largement désavouée.²⁰¹⁰

ii. Fiction de contrat

1186 D'autres conceptions retiennent que les négociations sont de nature à créer un rapport juridique **assimilable à un contrat** de société simple (art. 530 ss CO),²⁰¹¹ voire un contrat tacite de négociation ou de garantie réciproque d'observer certains devoirs de diligence et d'information («*Haftungsgeschäftstheorie*»)²⁰¹²

1187 Ces théories méconnaissent d'abord que l'existence de devoirs précontractuels n'est pas nécessairement dépendante de la **tenue de négociations**.²⁰¹³ Ainsi, le devoir de ne pas entamer des pourparlers dont on sait ou doit savoir qu'ils sont voués à l'échec (*supra* n. 539) existe avant même une invitation à négocier.²⁰¹⁴ Par ailleurs, les devoirs d'information spéciaux du droit de la consommation (*supra* n. 591) trouvent même leur raison d'être dans la distorsion dans le pouvoir de négocier rendant, de fait, la tenue de négociations illusoire pour le consommateur.²⁰¹⁵

²⁰⁰⁸ HEHLI, n. 378; KUONEN, n. 1091.

²⁰⁰⁹ SCHWENZER, n. 52.03, soutient que «*Bei [der Haftung für culpa in contrahendo] handelt es sich – soweit es um den Ersatz primärer Vermögensschäden geht – um eine Vorverlagerung vertraglicher Pflichten in das Verhandlungsstadium*».

²⁰¹⁰ ATF 77 II 135 c. 2a; BK-KRAMER, n. 133 ad Allg. Einl.

²⁰¹¹ Cf. MABILLARD, p. 111 ss; ZK-JÄGGI, n. 568 s. ad art. 1 CO.

²⁰¹² GONZENBACH, p. 20; MABILLARD, p. 103.

²⁰¹³ ZK-JÄGGI, n. 571 ad art. 1 CO; *contra*: FURRER/MÜLLER-CHEN, p. 518, retiennent que la responsabilité pour *culpa in contrahendo* – dont la tenue de négociations sérieuses serait un des éléments constitutifs – s'apparente à la responsabilité contractuelle, qui naît aussi d'un contact volontaire entre les parties, et doit donc être soumise au régime contractuel (97 ss CO).

²⁰¹⁴ PIOTET, p. 28.

²⁰¹⁵ Cf. HEHLI, n. 381.

1188 Enfin et surtout, ces théories échouent en ce qu'elles nécessitent une pure fiction de conclusion de contrat. Or, en phase précontractuelle, les parties n'ont en général **pas encore la volonté d'être liées** contractuellement.²⁰¹⁶

c) *Quasi-contractuelle*

1189 Toutefois, il est incontestable que l'application de l'article 97 al. 1 CO n'est aucunement subordonnée à l'existence d'un contrat. Seule une **obligation**, dont le créancier ne peut obtenir l'exécution,²⁰¹⁷ est requise pour l'application du régime dit contractuel.²⁰¹⁸ Ainsi, une responsabilité quasi-contractuelle («*vetragsanaloge Haftung*»)²⁰¹⁹ – fondée sur l'admission d'une relation juridique particulière («*rechtliche Sonderverbindung*») autre que le contrat – impose de considérer les devoirs précontractuels comme des obligations primaires²⁰²⁰ légales.²⁰²¹ Cette théorie s'appuie sur le concept du rapport d'obligation «légal» sans obligation primaire de prêter qui, contrairement au droit allemand (*supra* n. 712), n'a pas de fondement dans la loi en droit suisse.

1190 Pour autant que l'on approuve son existence au sein de l'ordre juridique suisse, le rapport d'obligation «légal» n'engendre pas d'obligations primaires à l'instar d'un contrat, mais seulement une **obligation secondaire** de réparer le préjudice résultant de la violation des devoirs de comportement qu'il génère («*nicht klagbare, aber [...] haftungsbegründende Verhaltenspflichten*»)²⁰²². Ces derniers ne correspondent pas à des créances matérielles²⁰²³ («*Forderungen*»)²⁰²⁴. Le bénéficiaire des devoirs de comportement ne peut ni

²⁰¹⁶ Dans ce sens ég. HEHLI, n. 379.

²⁰¹⁷ P.ex. l'inexécution de l'obligation légale de restituer l'enrichissement illégitime.

²⁰¹⁸ Cf. not. CHAPPUIS, *Les règles de la bonne foi entre contrat et délit*, p. 230; PIOTET, *Développements*, p. 364.

²⁰¹⁹ HUGUENIN, OR, n. 1533; KRAMER, OR AT, n. 329; ANEX, p. 29.

²⁰²⁰ Dans le cadre plus large de la responsabilité fondée sur la confiance, cf. WALTER, *Responsabilité fondée sur la confiance 2009*, p. 158 ss; MORIN, p. 173; CHAPPUIS, *Les règles de la bonne foi entre contrat et délit*, p. 240.

²⁰²¹ ENGEL, p. 752; ANEX, p. 26.

²⁰²² KUKO OR-THIER, n. 15 ad art. 97 CO.

²⁰²³ PIOTET, *Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle*, p. 255; *contra*: WALTER, *Responsabilité fondée sur la confiance 2009*, p. 160.

²⁰²⁴ «*Der Begriff "Forderung" ist die Bezeichnung für das klagbare Recht des Gläubigers, vom Schuldner eine Leistung zu verlangen*» (BERGER, n. 208).

obtenir un jugement condamnatore à exécuter,²⁰²⁵ ni mettre en demeure.²⁰²⁶ Ils ne s'éteignent pas par prescription, novation ou compensation. «*Ils n'existent concrètement que pendant que leurs conditions de naissance effective sont réalisées [...]*».²⁰²⁷ Aussi, l'article 2 al. 1 CC, bien qu'il soit le fondement *dogmatique* des devoirs de diligence, de protection et d'égards (*supra* n. 464),²⁰²⁸ sa lettre interdit qu'il puisse être, à lui seul, la source d'obligations primaires.²⁰²⁹ En effet, il se limite à une injonction de se comporter de bonne foi dans l'exercice d'obligations ou de droits *préexistants*.²⁰³⁰

3. Délictuelle

a) Introduction

- 1191 Ne pouvant pas être qualifiée de (quasi-)contractuelle en droit positif suisse (*supra* n. 1184 ss), la responsabilité précontractuelle ne peut être qu'**extracontractuelle**.²⁰³¹ Cette conception est compatible avec celle retenue par la jurisprudence européenne (*supra* n. 1060).²⁰³²
- 1192 Ceci dit, est-elle pour autant une responsabilité aquilienne au sens de l'article 41 CO? Faisant fi du **concept étroit de l'illicéité** (*infra* n. 1193 ss) et du **régime délictuel inadapté** (*infra* n. 1199) à la responsabilité précontractuelle, une partie de la doctrine défend l'affirmative.²⁰³³

²⁰²⁵ Cf. BK-KRAMER, n. 106 ad Allg. Einl.; *nuancé*: MORIN, p. 179.

²⁰²⁶ PIOTET, *Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle*, p. 255.

²⁰²⁷ *Ibid.*

²⁰²⁸ ATF 120 II 331 c. 5a («*auf Treu und Glauben beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten [...]*»); FURRER/MÜLLER-CHEN, p. 25; BERGER, n. 230; ZK-JÄGGI, n. 575 ad art. 1 CO.

²⁰²⁹ ATF 121 III 350 c. 6b; OFTINGER/STARK, n. 114 p. 40; *contra*: MORIN, p. 185.

²⁰³⁰ ATF 124 III 297 c. 5c; ATF 121 III 350 c. 6b; ATF 108 II 305 c. 2b; CHK-MÜLLER, n. 47 ad art. 41 CO; BERGER, n. 1962.

²⁰³¹ Dans le même sens déjà, ATF 36 II 193 c. 4 («*Il ne pourrait s'agir que d'une responsabilité extra-contractuelle, découlant de la culpa in contrahendo [...]*»); cf. WESSNER, *une fausse bonne idée*, p. 41 et 55.

²⁰³² Cf. arrêt de la CJCE du 17 septembre 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinefabrik GmbH*, C-334/00, Rec. 2002, p. I-07357, n. 27.

²⁰³³ KUONEN, n. 1429 ss; PIOTET, p. 28 ss; PIOTET, *Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle*, p. 253 ss; BK-BREHM, n. 53a ad art. 41 CO; CR CO-WERRO, n. 86 ad art. 41 CO; TERCIER/PICHONNAZ, n. 646; KELLER, p. 136 s.; KELLER/GABI/GABI, p. 46 ss; REY, n. 746; MERZ, ZBJV 113, p. 183 s.

b) *Concept étroit de l'illicéité*

- 1193 Considérer la violation des devoirs précontractuels comme un acte illicite se heurte au concept étroit de l'illicéité en droit suisse. Selon la **théorie objective de l'illicéité**, toujours retenue par la jurisprudence,²⁰³⁴ un dommage causé à autrui est illicite lorsqu'il contrevient à devoir imposé à chacun (*erga omnes*) par l'ordre juridique, soit par l'atteinte à un droit absolu (illicéité par le résultat, «*Erfolgsunrecht*»), soit – en présence de dommages purement économiques – par la violation d'une norme de comportement concrète (illicéité par le comportement, «*Verhaltensunrecht*») destinée à protéger le patrimoine d'atteintes de ce type («*Schutzzwecklehre*», «*Normzwecktheorie*»).²⁰³⁵
- 1194 La violation des devoirs précontractuels engendre typiquement des dommages purement économiques. Or, en droit suisse, le patrimoine dans son ensemble (*universitas bonorum*) n'est pas un bien juridiquement protégé.²⁰³⁶ Il n'y a pas de droit absolu à l'intégrité du patrimoine et donc pas de norme générale le protégeant.²⁰³⁷ Selon la théorie objective de l'illicéité, une atteinte au patrimoine en tant que tel – qui s'exprime donc dans un dommage purement économique – n'est illicite que si le comportement dommageable viole une **norme de protection concrète**.²⁰³⁸ S'agissant de la fourniture d'informations précontractuelles trompeuses par exemple, l'article 146 CP («*Escroquerie*»)²⁰³⁹ constitue une telle norme. Dans ce cas précis, la responsabilité pour la violation de l'interdiction de tromper est illicite au sens de l'article 41 CO (*infra* n. 1237). Souvent toutefois, la violation du devoir d'information précontractuel ne résulte pas d'une tromperie intentionnelle, mais d'une simple négligence. Or, le droit

²⁰³⁴ ATF 139 IV 137 c. 4.2; ATF 133 III 323 c. 5.1; ATF 132 III 122 c. 4.1; ATF 129 IV 322 c. 2.2.2; ATF 119 II 127 c. 3; ATF 116 Ib 367 c. 4b; TF, SJ 2000 I 549 c. 1a.

²⁰³⁵ ATF 139 IV 137 c. 4. 2 («*la simple lésion du droit patrimonial d'un tiers n'emporte donc pas, en tant que telle, la réalisation d'un acte illicite; il faut encore qu'une règle de comportement de l'ordre juridique interdise une telle atteinte et que cette règle ait pour but la protection du bien lésé*»); ATF 133 III 323 c. 5.1; 132 III 122 c. 4.1; ATF 129 IV 322 c. 2.2.2; ATF 119 II 127 c. 3; MÜLLER, RC, n. 162; REY, n. 698 ss; FELLMANN/KOTTMANN, n. 299 ss; WESSNER, *une fausse bonne idée*, p. 44.

²⁰³⁶ MÜLLER, RC, n. 163; REY, n. 703; FELLMANN/KOTTMANN, n. 229.

²⁰³⁷ ATF 119 II 127 c. 3; ATF 118 Ib 473 c. 2b.

²⁰³⁸ ATF 126 III 521 c. 2a; ATF 125 III 86 c. 3b; ATF 122 III 176 c. 7b; arrêt du TF 4C.413/2006 du 27.03.2007, c. 4; MÜLLER, RC, n. 163; WESSNER, *une fausse bonne idée*, p. 45.

²⁰³⁹ Cf. not. MÜLLER, RC, n. 162 et SCHWENZER, n. 50.20, mentionnant d'autres exemples de normes de protection concrètes.

suisse ne consacre pas de norme de protection concrète sanctionnant l'information inexacte fournie par négligence.²⁰⁴⁰ Faute de norme de protection violée, il n'y a donc pas – à strictement parler – d'illicéité dans cette hypothèse.²⁰⁴¹

- 1195 Etant donné que la délivrance d'une information inexacte est susceptible de constituer un comportement contraire à la bonne foi dans certaines circonstances exceptionnelles,²⁰⁴² l'article 2 al. 1 CC pourrait théoriquement être élevée au rang de «**norme de protection fondamentale**» («*Grundschutznorm*»)²⁰⁴³ fondant l'illicéité. Cette conception, soutenue notamment par KELLER,²⁰⁴⁴ est cependant refusée à raison tant par la jurisprudence²⁰⁴⁵ que la doctrine majoritaire.²⁰⁴⁶ Une interprétation aussi large de l'illicéité implique l'abandon de sa fonction limitative de responsabilité (*infra* n. 1393). Approuver la bonne foi comme norme de protection fondamentale signifie en dernière conséquence qu'une violation contractuelle est un acte illicite (*infra* n. 1365).²⁰⁴⁷ En droit

²⁰⁴⁰ Seule la personne qui se trouve dans l'erreur par sa propre négligence (violation du devoir de se renseigner) est tenue de réparer le dommage résultant de l'invalidité du contrat qu'elle invoque, à moins que l'autre partie ne connaissait ou devait connaître l'erreur (art. 26 CO).

²⁰⁴¹ SCHÖNENBERGER, p. 5.

²⁰⁴² ATF 116 II 695 c. 4 («*Das Bundesgericht wertet Gefälligkeiten, welche weder in Ausübung eines Gewerbes noch gegen Entgelt erfolgen, als ausservertragliches Handeln [...]. Es hat dabei den Grundsatz entwickelt, dass aus Art. 41 OR schadenersatzpflichtig wird, wer aufgrund seines Fachwissens in Anspruch genommen wird, wunschgemäss Auskünfte erteilt oder Gefälligkeitsleistungen erbringt und dabei wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnten*»).

²⁰⁴³ REY, n. 734 ss. Il n'est pas possible déduire une telle norme de protection fondamentale de l'art. 5 al. 3 Cst., car cette norme constitutionnelle «s'applique aux relations entre les organes étatiques; les art. 5 al. 3 et 9 Cst., aux relations entre un organe étatique et un particulier; et l'art. 2 CC, aux relations entre particuliers» (PAUL-HENRI STEINAUER, *La bonne foi en droit public et en droit privé*, in: GUIDO CORTI/MAURO MINI/JOHN NOSEDA/MARIO POSTIZZI (édit.), *Diritto senza devianza, Studi in onore de Marco Borghi*, Bâle/Genève/Munich 2006, p. 775 ss, p. 789).

²⁰⁴⁴ KELLER, p. 136 s.; KELLER/GABI/GABI, p. 47; REY, n. 734 ss.

²⁰⁴⁵ ATF 124 III 297 c. 5c; 121 III 350 c. 6b; ATF 108 II 305 c. 2.

²⁰⁴⁶ HUGUENIN, OR, n. 1566; SCHWENZER, n. 50.22; HONSELL/ISENRING/KESSLER, p. 30; BSK-HONSELL, n. 23 ad art. 2 CC; OFTINGER/STARK, p. 39 ss; SCHÖNENBERGER, p. 5.

²⁰⁴⁷ OFTINGER/STARK, p. 42; SCHÖNENBERGER, p. 5.

positif suisse, si tout acte illicite est contraire à la bonne foi, tout comportement contraire à la bonne foi n'est pas illicite.

- 1196 Sauf cas tout à fait exceptionnels,²⁰⁴⁸ le TF refuse de considérer l'article 2 al. 1 CC comme une norme de protection dont la violation est propre à entraîner une responsabilité basée sur l'article 41 CO. Il se dégage néanmoins de la jurisprudence des cas mettant en cause des relations de confiance dans lesquels le TF reconnaît un chef de responsabilité, sans pour autant se prononcer sur sa nature juridique.²⁰⁴⁹ A y regarder de plus près, le TF n'a pas recherché de norme de protection concrète, mais des critères permettant exceptionnellement d'imposer des devoirs de bonne foi selon l'article 2 al. 1 CC en l'absence de droits ou d'obligations préexistants (*supra* n. 1190).²⁰⁵⁰ S'évertuer à vouloir appliquer l'article 41 CO revient à fonder l'illicéité sur la violation de ces devoirs de comportement et non sur la contravention à une norme juridique avec fonction protectrice. Pour rester compatible avec la théorie objective de l'illicéité, la solution consiste à qualifier ces devoirs extracontractuels de **normes de protection concrètes non écrites**.²⁰⁵¹ Le concept même de norme de protection destinée à protéger le patrimoine en tant que tel nous semble alors dégradé au rang de faire-valoir.²⁰⁵² En effet, contrairement au *duty of care* (*supra* n. 876 s.) qui est encadré par le principe du *stare decisis* en droit de la *Common law* (*supra* n. 95), la sécurité juridique quant à l'existence d'un devoir de protection non écrit destiné à la sauvegarde d'intérêts purement patrimoniaux n'est pas suffisamment assurée au moyen de la seule jurisprudence en droit suisse.
- 1197 Le manque de prévisibilité et de sécurité juridique figure également en bonne place parmi la critique que nous formulons à l'égard d'une «troisième» théorie de l'illicéité fondée sur le seul comportement déraisonnable (*infra* n. 1388 ss). Selon cette théorie, la responsabilité délictuelle reposerait sur la **violation injustifiée du devoir de diligence imposé par les circonstances du cas**

²⁰⁴⁸ ATF 116 Ia 162 c. 2c.

²⁰⁴⁹ ATF 121 III 350 c. 6b; ATF 108 II 305 c. 2; ATF 92 II 328 c. 3b.

²⁰⁵⁰ ATF 124 III 297 c. 5c; arrêt du TF 4C.215/2002 du 11.11.2002, c. 2.2 («*Aus dieser rechtlichen Sonderverbindung ergeben sich aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) hergeleitete Schutz- und Aufklärungspflichten*»).

²⁰⁵¹ SCHWENZER, *Rezeption*, p. 66.

²⁰⁵² SCHÖNENBERGER, p. 6.

d'espèce, sans égard à la nature du dommage.²⁰⁵³ A suivre cette conception, une violation sans motif justificatif du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle serait, à elle seule, illicite. La doctrine minoritaire va même jusqu'à considérer l'article 41 CO comme la source immédiate d'un devoir de diligence.²⁰⁵⁴

- 1198 Toutefois, en postulant que l'illicéité est une condition pour la responsabilité, l'article 41 CO ne formule pas lui-même une norme de comportement.²⁰⁵⁵ Au contraire, il suppose la **préexistence de normes**, sous forme d'injonctions ou d'interdictions, qui ont été établies pour la protection des biens juridiques. Il se limite à poser le principe d'une obligation de réparer lorsque ces normes sont violées, ainsi que les conditions particulières pour l'admission de cette dernière.²⁰⁵⁶

c) *Régime délictuel inadapté*

- 1199 Bien qu'une partie de la doctrine considère la responsabilité précontractuelle comme une responsabilité délictuelle au sens de l'article 41 CO,²⁰⁵⁷ ce parti pris n'est que rarement défendu avec la conséquence qu'il impose. A quelques rares exceptions,²⁰⁵⁸ la littérature se refuse à appliquer l'ensemble des modalités du régime délictuel à la responsabilité précontractuelle. Ainsi, même les partisans d'une conception aquilienne de la responsabilité pour *culpa in contrahendo*, rejettent à raison une **responsabilité pour les auxiliaires** fondée sur l'article 55 CO, pour lui préférer l'article 101 CO,²⁰⁵⁹ voire un régime *sui generis*.²⁰⁶⁰

²⁰⁵³ Surtout CR CO-WERRO, n. 88 ad art. 41 CO; WERRO, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 112.

²⁰⁵⁴ KUONEN, n. 1476; WERRO, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 110.

²⁰⁵⁵ Sous l'empire de l'art. 50 aCO déjà, ATF 30 II 567 c. 3b.

²⁰⁵⁶ FELLMANN/KOTTMANN, n. 337.

²⁰⁵⁷ BK-BREHM, n. 53a ad art. 41 CO; CR CO-WERRO, n. 86 ad art. 41 CO; TERCIER/PICHONNAZ, n. 646; KELLER/GABI/GABI, p. 48; PIOTET, p. 28 ss; PIOTET, *Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle*, p. 253 ss; MERZ, ZBJV 113, p. 183 s.

²⁰⁵⁸ Cf. surtout KUONEN, n. 1429 ss.

²⁰⁵⁹ ATF 108 II 419 c. 5 dans lequel le TF se garde toutefois de se prononcer sur la nature de la responsabilité précontractuelle; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 973; HONSELL/ISENRING/KESSLER, p. 156; MÜLLER, RC, n. 270; CR CO-THÉVENOZ, n. 12 ad art. 101 CO; BSK-BUCHER, n. 96 ad art. 1 CO; SPIRO, p. 621 ss; SPIRO, *Haftung für Erfüllungsgehilfen*, p. 383 ss; ZK-JÄGGI, n. 592 s. ad art. 1 CO.

Abstraction faite des possibilités d'exonération ouvertes par l'article 55 CO, son application aux relations précontractuelles implique de renoncer à la responsabilité du fait de l'auxiliaire en l'absence de lien de subordination entre la personne recherchée en responsabilité et l'auxiliaire chargé de négocier le contrat envisagé.²⁰⁶¹ Or, il n'existe pas de lien de subordination par exemple entre une partie cherchant à conclure un contrat avec un tiers et l'auxiliaire mandaté²⁰⁶² pour négocier le contrat.

4. Autonome

a) Introduction

- 1200 La constatation que la responsabilité précontractuelle échappe aux carcans délictuel et contractuel classiques a été reconnue par une partie de la doctrine.²⁰⁶³ Cette dernière qualifie la responsabilité pour *culpa in contrahendo* de responsabilité **sui generis** (*infra* n. 1201), respectivement laisse **ouverte** la question quant à sa nature (*infra* n. 1202 ss).

b) Tertio datur

- 1201 Selon un courant doctrinal²⁰⁶⁴ repris par le TF,²⁰⁶⁵ la responsabilité précontractuelle ne serait ni délictuelle, ni contractuelle. Il s'agirait d'une responsabilité *sui generis* trouvant son **ancrage dogmatique** entre le contrat et le délit, dans les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC)²⁰⁶⁶ et/ou le comblement d'une lacune de la loi (art. 1 al. 2 CC).²⁰⁶⁷

²⁰⁶⁰ PIOTET, p. 41; PIOTET, *Développements*, p. 364; PIOTET, *Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle*, p. 267 ss.

²⁰⁶¹ KOLLER, p. 435.

²⁰⁶² MÜLLER, n. 1910.

²⁰⁶³ ZK-JÄGGI, n. 592 ad art. 1 CO; BUCHER, p. 286 ss; KOLLER, p. 435.

²⁰⁶⁴ BSK-BUCHER, n. 93 ad art. 1 CO; BUCHER, p. 286; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 981; BERGER, n. 1953.

²⁰⁶⁵ ATF 120 II 331 c. 5a.

²⁰⁶⁶ BERGER, n. 1977; BUCHER, p. 286; AUBERT/BÉGUIN/BERNASCONI/GRAZIANO-VON BURG/SCHWOB/TREUILLAUD, p. 76 s.

²⁰⁶⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 982; BERGER, n. 1994 s.; STEINAUER, n. 538; *contra*: MARCHAND, *ornithorynque juridique*, p. 163, qui y voit «l'aveu d'une faillite conceptuelle».

- 1202 D'après JÄGGI,²⁰⁶⁸ la controverse autour de la nature de la responsabilité précontractuelle n'a pas lieu d'être. Sa nature juridique serait irrelevante, seule la question des **modalités** applicables à cette dernière devant être résolue. En outre, il conviendrait d'appliquer la modalité la plus adéquate selon les circonstances du cas concret, afin de parvenir à la solution la plus appropriée à chaque cas d'espèce.
- 1203 Déjà mis à mal par le concept de responsabilité *sui generis*, la sécurité juridique est réduite à néant par la thèse de JÄGGI. Ce dernier ne se limite pas à préconiser un régime de modalités propre à la responsabilité précontractuelle (*tertio datur*), mais il postule le principe de modalités **variables** en fonction de ce que le tribunal estime approprié à l'aune des circonstances du cas concret.²⁰⁶⁹ Or, on ne peut pas admettre «*ex nihilo*» une obligation de réparer sans base légale, pas plus que l'on ne peut se contenter de choisir parmi les modalités de réparation celles qui semblent les plus adaptées au cas concret.²⁰⁷⁰
- 1204 Après s'être prononcé d'abord en faveur d'une responsabilité délictuelle,²⁰⁷¹ puis en faveur d'une responsabilité contractuelle,²⁰⁷² le TF considéra enfin, dans la droite ligne de la thèse de JÄGGI, que la question de la nature de la responsabilité précontractuelle pouvait rester ouverte.²⁰⁷³ En revanche, le TF s'est efforcé d'établir un **régime embryonnaire de modalités** constantes, dans l'optique d'assurer un minimum de prévisibilité et de sécurité juridique.
- 1205 D'une part, la **responsabilité pour les auxiliaires** est soumise à la règle contractuelle de l'article 101 CO, excluant ainsi non seulement la nécessité d'un lien de subordination entre la personne recherchée en responsabilité et son auxiliaire, mais aussi la libération du premier par la preuve de la diligence objective.²⁰⁷⁴

²⁰⁶⁸ ZK-JÄGGI, n. 592 ad art. 1 CO.

²⁰⁶⁹ Cf. ZK-JÄGGI, n. 592 ad art. 1 CO.

²⁰⁷⁰ TERCIER, *culpa*, p. 237.

²⁰⁷¹ ATF 45 II 548 c. 5; ATF 40 II 370 c. 1.

²⁰⁷² ATF 90 II 449 c. 6; ATF 77 II 135 c. 2a; ATF 68 II 295 c. 5.

²⁰⁷³ ATF 101 II 266 c. 4b («*La question à résoudre n'est pas celle de la nature juridique de la responsabilité; il s'agit seulement de déterminer de quelles modalités, quant à ses conditions et à son contenu, dépend la créance en dommages-intérêts née d'un rapport de pourparlers. Ce problème doit être tranché séparément pour chaque modalité, de manière à ce qu'une solution appropriée au cas particulier soit trouvée*»).

²⁰⁷⁴ ATF 108 II 419 c. 5 («*Es wäre widersprüchlich und mit sachlichen Gründen kaum zu rechtfertigen, der Beklagten einerseits die Täuschungshandlungen ihrer*

- 1206 D'autre part, la **prescription** de l'action est régie par la norme délictuelle de l'article 60 CO²⁰⁷⁵ qui se caractérise par des délais plus courts que la prescription décennale générale (art. 127 CO).²⁰⁷⁶ Selon le TF, il n'est pas compatible avec les exigences de la sécurité du droit que la prétention en réparation du dommage soit soumise à la prescription décennale et que la personne responsable soit exposée pendant une si longue période à une action en dommages-intérêts. Une fois le préjudice connu, le sujet de la responsabilité ne doit pas être exposé à être actionné ou poursuivi durant une période exagérément longue.²⁰⁷⁷
- 1207 Si les réflexions de politique juridique du TF doivent être approuvées, la solution du délai de prescription court se heurte pourtant au **système voulu par le législateur**. D'une manière générale, les règles relatives à la prescription doivent être interprétées restrictivement, dans le sens où la perte d'une prétention juridique par l'écoulement du temps doit reposer sur une base légale univoque et reconnaissable pour le justiciable. En l'occurrence, le fait de ne pas qualifier explicitement la responsabilité précontractuelle de responsabilité délictuelle décide automatiquement en faveur de la règle générale de la prescription décennale qui s'applique à chaque fois que les conditions pour une prescription spéciale ne sont pas remplies.²⁰⁷⁸ «*Toutes les actions se prescrivent par dix ans, lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement*» (art. 127 CO). A moins de qualifier la responsabilité précontractuelle de responsabilité délictuelle, l'application d'un délai de prescription plus court pour l'action en justice passe nécessairement par une intervention législative (*infra* n. 1436 ss). A défaut, l'action précontractuelle reste soumise au délai ordinaire, quoiqu'en dise la jurisprudence.

Abschlussgehilfin wie eigene anzurechnen, ihr aber andererseits zu gestatten, sich der darauf beruhenden Haftung durch den Entlastungsbeweis gemäss Art. 55 Abs. 1 OR zu entziehen»).

²⁰⁷⁵ ATF 134 III 390 c. 4.3.3; ATF 104 II 94 c. 3a; ATF 101 II 266 c. 4c.

²⁰⁷⁶ WESSNER, *une fausse bonne idée*, p. 46; CR CO-THÉVENOZ, n. 22b ad Intro. art. 97-109 CO.

²⁰⁷⁷ ATF 101 II 266 c. 4c.

²⁰⁷⁸ BUCHER, p. 287; KOLLER, p. 434 s.; LÜCHINGER, p. 198 s.

5. Fondée sur la confiance

a) Introduction

- 1208 Dans le prolongement de la conception d'une responsabilité autonome (*sui generis*),²⁰⁷⁹ le TF a formulé l'institution de la «*responsabilité fondée sur la confiance*»²⁰⁸⁰ («*Vertrauenshaftung*»). En ébranlant la systématique du droit de la responsabilité civile, l'institution a initialement eu un retentissement considérable dans la littérature. L'importance accordée à la responsabilité fondée sur la confiance semble toutefois s'essouffler,²⁰⁸¹ à mesure des critiques formulées à son encontre.²⁰⁸² Ces dernières ne s'adressent d'ailleurs pas tant aux résultats obtenus en termes d'équité juridique, qu'aux **fondements dogmatiques** pour y parvenir. Nous renonçons à cet endroit à l'ambition démesurée d'exposer toutes les opinions doctrinales à propos de la responsabilité fondée sur la confiance. Nous nous concentrerons sur quelques considérations en lien avec la responsabilité précontractuelle.
- 1209 Après un rappel de la **notion** (*infra* n. 1210 ss), nous jetterons un regard critique sur une création prétorienne résultant de la **généralisation d'une généralisation** (*infra* n. 1214 ss) et qui, de surcroît, s'est passée de l'examen quant à l'existence d'une **lacune** (*infra* n. 1228 ss) pour imposer un régime réparatoire autonome.

b) Notion

- 1210 Dans la jurisprudence, l'expression «*Vertrauenshaftung*» apparaît pour la première fois en rapport avec le lien normatif pouvant découler d'une lettre de confirmation.²⁰⁸³ Dans ce cadre, l'expression a trait à l'**aspect positif** de la protection de la confiance («*positiver Vertrauensschutz*»), c'est-à-dire au lien obligationnel («*Vertrauensbindung*») à même de naître de la protection de la confiance éveillée dans une apparence juridique.²⁰⁸⁴ Nous nous limitons ici à traiter de l'**aspect négatif** de la protection de la confiance («*negativer*

²⁰⁷⁹ Cf. CR CO-THÉVENOZ, n. 19 ad Intro. art. 97-109 CO.

²⁰⁸⁰ Expression française introduite par l'ATF 121 III 355 c. 6c.

²⁰⁸¹ MÜLLER, RC, n. 168; ROBERTO, n. 05.83.

²⁰⁸² Cf. not. WESSNER, *une fausse bonne idée*, p. 71 ss; MARCHAND, *ornithoryque juridique*, p. 172 ss; KUONEN, n. 1215 ss; WINIGER, *Conclusions*, p. 200.

²⁰⁸³ ATF 114 II 250 c. 2a.

²⁰⁸⁴ Cf. SOMMER, p. 1033.

Vertrauensschutz»),²⁰⁸⁵ c'est-à-dire de l'obligation de réparer le dommage causé par la déception de la confiance suscitée dans une apparence factuelle²⁰⁸⁶ ou juridique.²⁰⁸⁷

- 1211 La responsabilité fondée sur la confiance – au sens étroit – est donc l'**obligation de réparer le dommage résultant d'une déception déloyale de la confiance éveillée** (*«Haftung aus treuwidriger Enttäuschung erweckten Vertrauens als Vertrauenshaftung im engeren Sinne»*).

WESSNER, *une fausse bonne idée*, p. 41:

[La responsabilité fondée sur la confiance] trouve application lorsque, dans une relation spéciale qui est non-contractuelle et qui exclut la référence à une autre source d'obligations, une personne suscite fautivement chez une autre une attente objectivement légitime, qui est déçue contrairement au principe de la bonne foi, au sens de l'art. 2 CC.

- 1212 Le concept, élaboré par une frange de la doctrine allemande (*supra* n. 990),²⁰⁸⁸ a été intégré au droit suisse par l'arrêt topique du TF dit «*Swissair*» publié en 1994.²⁰⁸⁹ Etant une **institution prétorienne**, la responsabilité fondée sur la confiance n'a pas de fondement exprès dans le droit positif suisse.²⁰⁹⁰ D'après la jurisprudence, elle s'ancrerait entre le contrat et le délit.²⁰⁹¹ Elle procède d'une généralisation de certains principes dégagés dans le cadre de la responsabilité pour *culpa in contrahendo* (*infra* n. 1216) et englobe d'autres hypothèses semblables au niveau des intérêts protégés,²⁰⁹² comme la responsabilité pour

²⁰⁸⁵ Dans la doctrine allemande, la notion «*Vertrauenshaftung*» est utilisée comme concept général recouvrant l'aspect positif comme négatif de la protection de la confiance (cf. CANARIS, p. 3).

²⁰⁸⁶ WALTER, *jurisprudence*, p. 149 s.; WICK, p. 1271 ss.

²⁰⁸⁷ Cf. ATF 128 III 324 c. 2.3 relatif à la responsabilité pour une apparence juridique («*Rechtsscheinhaftung*»).

²⁰⁸⁸ Cf. essentiellement CANARIS, p. 1 ss.

²⁰⁸⁹ ATF 120 II 331 c. 5a.

²⁰⁹⁰ KUONEN, n. 1169; MORIN, p. 161 ss.

²⁰⁹¹ ATF 134 III 390 c. 4.3.2.

²⁰⁹² ATF 140 III 200 c.5.2; ATF 131 III 377 c. 3; ATF 130 III 345 c. 2.1; ATF 121 III 350 c. 6c.

déclarations, renseignements ou conseils erronés, ou propres à induire des tiers en erreur.²⁰⁹³

- 1213 La responsabilité fondée sur la confiance repose sur le postulat de l'établissement d'une relation juridique particulière extracontractuelle entre les parties («*rechtliche Sonderverbindung*»). Ce rapport découlerait de la création d'une **situation spéciale de confiance et de fidélité** qui engendrerait des devoirs de protection et d'information issus du précepte de la bonne foi («*qualifiziertes Vertrauens- und Treueverhältnis*»).²⁰⁹⁴

c) *Généralisation d'une généralisation*

- 1214 Le TF considère que la **responsabilité précontractuelle est une expression particulière** de l'institution générale de la responsabilité fondée sur la confiance.²⁰⁹⁵ Cette dernière étant plus récente que la première, la responsabilité fondée sur la confiance est, de fait, le fruit d'une généralisation de principes dégagés en rapport avec la responsabilité précontractuelle.
- 1215 La responsabilité pour *culpa in contrahendo* fait ponctuellement l'objet de dispositions expresses dans le CC et le CO, de sorte que le principe même de la responsabilité précontractuelle²⁰⁹⁶ peut être dégagé de ces ébauches législatives par une **analogie générale** («*Gesamtanalogie*»),²⁰⁹⁷ à l'instar du procédé de VON JHERING (*supra* n. 524) et de la codification de la *culpa in contrahendo* dans le BGB en 2002 (*supra* n. 711). En droit positif suisse, il y a lieu de citer par exemple la responsabilité de la personne privée de l'exercice des droits civils qui s'est faussement donnée pour capable (art. 19b CC),²⁰⁹⁸ la responsabilité de

²⁰⁹³ Pour des déclarations propres à induire en erreur des tiers dans l'activité de groupes de sociétés («*Konzernvertrauenshaftung*»), cf. ATF 124 III 297 c. 5c; ATF 123 III 220 c. 4e; ATF 120 II 331 c. 5a; arrêt du TF 4A_306/2009 du 08.02.2010, c. 5.1; pour la fourniture de renseignements propres à induire en erreur des tiers («*ausservertragliche Haftung für Rat und Auskunft*»), ATF 124 III 363 c. II/5; ATF 121 III 350 c. 6c; arrêt du TF 4C.193/2000 du 26.09.2001, c. 4a; pour la déception de la confiance dans les effets de change («*wechselrechtliche Rechtsscheinhaftung*»), ATF 128 III 324 c. 2.2.

²⁰⁹⁴ ATF 134 III 390 c. 4.3.2; ATF 121 III 350 c. 6c; arrêt du TF 4A_565/2012 du 21.03.2013, c. 2.3; STEINAUER, n. 541 ss.

²⁰⁹⁵ ATF 140 III 220 c. 5.2; ATF 130 III 345 c. 2.1; ATF 121 III 350 c. 6c;

²⁰⁹⁶ Pour mémoire, la *culpa in contrahendo* comme chef général de responsabilité n'est pas (encore) textuellement consacré (cf. FARGNOLI, p. 174).

²⁰⁹⁷ BK-KRAMER, n. 135; CR CO-THÉVENOZ, n. 19 ad Intro. art. 97-109 CO.

²⁰⁹⁸ HUGUENIN, OR, n. 1529.

la personne se trouvant dans l'erreur par sa propre faute (art. 26 CO), la prétention en réparation du fait d'un dol ou d'une crainte fondée (art. 28 et 29 CO en relation avec l'art. 31 al. 3 CO) ou encore la responsabilité du représenté ayant négligé de réclamer le titre de représentation au représentant (art. 36 al. 2 CO).²⁰⁹⁹ Le pas de l'analogie générale a été franchi par le TF en 1951 dans le cadre de l'admission d'une responsabilité précontractuelle dans l'hypothèse où aucun contrat (valable ou non) n'a résulté des pourparlers.²¹⁰⁰ Pour le droit suisse, c'est un des moments clés pour la naissance de la responsabilité précontractuelle en tant qu'institution à portée générale.

- 1216 Cette création prétorienne a été rendue nécessaire par l'**absence de dispositions légales applicables lorsqu'aucun contrat n'est conclu**. En ce sens, l'admission de la responsabilité précontractuelle générale (*supra* n. 1215) relève de la prévention d'une lacune proprement dite (*infra* n. 1230).²¹⁰¹ L'analogie générale nécessaire à l'admission du principe de la responsabilité précontractuelle repose sur l'identification de la fonctionnalité commune aux dispositions particulières consacrées par le CO (*supra* n. 1215).

ATF 77 II 135 c. 2a:

Mais l'idée qui est à la base de ces dispositions doit être généralisée si l'on veut assurer le règne de la bonne foi dans les relations d'affaires [...] la responsabilité dont il s'agit repose sur l'idée que, dès leur entrée en discussion, les parties sont tenues, en vertu des règles de la bonne foi, d'observer certains devoirs dont la violation fautive les oblige à réparer le dommage qui en est la conséquence.

- 1217 L'**idée commune** aux dispositions expresses consacrant une responsabilité précontractuelle est de sanctionner – sous forme d'une obligation de réparer le préjudice – les comportements, intentionnels ou négligents,²¹⁰² contraires à la

²⁰⁹⁹ BK-KRAMER, n. 135; MARCHAND, *ornithorynque juridique*, p. 165.

²¹⁰⁰ ATF 77 II 135 (responsabilité niée en l'espèce).

²¹⁰¹ Plus précisément, d'une «lacune ouverte» («*offene Gesetzeslücke*»; cf. STEINAUER, n. 386 s.).

²¹⁰² Dans le cadre des comportements précontractuels dommageables, l'art. 54 al. 1 CO («*Responsabilité des personnes incapables de discernement*») agit comme un cas spécial de responsabilité précontractuelle, dans le sens où celle-ci n'est pas fondée sur la *culpa* (subjective), mais sur des considérations d'équité. Une personne durablement incapable

bonne foi dans les affaires avant la conclusion d'un contrat. Exprimé en termes fonctionnels, la responsabilité précontractuelle est l'allocation du risque patrimonial lié à la souscription d'un engagement contractuel à la personne s'étant comportée d'une manière considérée comme répréhensible avant l'engagement en question.

- 1218 La promotion du comportement correct dans les transactions commerciales est en même temps le **but de politique juridique** poursuivi par le TF au moyen de l'institution de la responsabilité précontractuelle à portée générale (allant au-delà des cas de responsabilité précontractuelle explicitement consacrés par le législateur; *supra* n. 1215).²¹⁰³ Dans ce cadre, la protection de la confiance éveillée est évoquée uniquement comme justification particulière pour imposer une obligation de réparer en l'absence de contrat conclu à une personne entamant ou poursuivant une négociation sans intention de parvenir à un accord. En effet, la protection contre la déception déloyale de la confiance éveillée est la justification fournie par le TF en 1951 pour l'admission d'une exception au *ius variandi* (*supra* n. 471).²¹⁰⁴
- 1219 La responsabilité précontractuelle s'inscrit donc dans le «*nexus*» contractuel, sans pour autant que la conclusion d'un contrat n'en soit un prérequis. En ce sens, la responsabilité précontractuelle se situe entre le contrat et le délit. Un contrat n'a pas à être conclu au moment où se produit le fait dommageable, mais, à ce moment, l'un des intervenants au moins est déjà entré en contact avec l'autre en vue de conclure un contrat («*animus ad contrahendo*»; *infra* n.

de discernement ne peut se rendre coupable d'un comportement (intentionnel ou négligeant) contraire à la bonne foi, puisqu'elle est précisément incapable *ab ovo* de discerner ce que la bonne foi impose. Néanmoins, si le comportement de l'incapable de discernement est objectivement contraire à ce que la bonne foi précontractuelle requiert d'une personne capable de discernement placée dans les mêmes circonstances (faute objective), le tribunal peut condamner la personne incapable de discernement à la réparation du préjudice causé, si l'équité l'exige («*Billigkeitshaftung*») (cf. ATF 102 II 226 c. 2b; MÜLLER, RC, n. 250 ss; KUONEN, n. 1771 ss; WERRO, RC, n. 285).

²¹⁰³ Cf. not. l'art. 19b CC; l'art. 26 CO; les art. 28 et 29 CO en relation avec l'art. 31 al. 3 CO et l'art. 36 al. 2 CO.

²¹⁰⁴ ATF 77 II 135 c. 2a («[C]haque partie est en droit de rompre les pourparlers, sans avoir à rendre compte des raisons qui l'y ont décidée. Mais une partie ne peut pas, par une attitude contraire à ses véritables intentions, éveiller chez l'autre l'espoir illusoire qu'une affaire sera conclue [...]. Celui qui engage de la sorte des pourparlers dans le dessein, même éventuel, de les rompre doit réparation pour le préjudice causé à son partenaire»).

1429).²¹⁰⁵ Ainsi pourrait-on qualifier la responsabilité précontractuelle d'«extracontractuelle paracontractuelle». Une telle qualification relève cependant de la pure dogmatique dans la mesure où elle n'amène aucune réponse à la question fondamentale des modalités applicables à la responsabilité précontractuelle. Sa seule vertu, s'elle en a une, est de mettre en lumière l'altérité de l'animal juridique dénommé «responsabilité précontractuelle».

1220 La protection de la confiance suscitée dans la conclusion d'un contrat n'est qu'une **application parmi d'autres** de la fonction protectrice de la responsabilité précontractuelle. La responsabilité précontractuelle ne se limite pas à sanctionner la déception déloyale de la confiance éveillée par le comportement d'autrui (*supra* n. 1211).²¹⁰⁶ En l'absence de négociations en effet, la confiance dans un comportement diligent n'est *pas suscitée* par le comportement du partenaire précontractuel, mais elle est *attendue ab initio* du partenaire en phase précontractuelle («*allgemeine Redlichkeitserwartung*»; *supra* n. 462) du seul fait du standard de comportement de bonne foi précontractuelle imposé par le droit prétorien (*supra* n. 503). Toutefois, la bonne foi dans les affaires ne fait l'objet d'aucune protection légale expresse en dehors de l'hypothèse de l'exercice de droits et d'obligations préexistants (art. 2 al. 1 CC; *supra* n. 1190). Or, dans la phase précontractuelle, les parties n'ont généralement encore aucune volonté de s'obliger et l'article 2 al. 1 CC n'impose pas de devoir de comportement indépendant.²¹⁰⁷ C'est bien la raison pour laquelle nous défendons la thèse de la nécessité de codifier un devoir de bonne foi au stade précontractuel, car ce dernier serait alors imposé par la loi.

1221 Afin d'admettre une responsabilité en l'absence d'un contrat conclu (valable ou non), la bonne foi dans les affaires est utilisée par la jurisprudence à la fois comme **justificatif** et comme **but** de politique juridique générale. Aussi louable et utile soit-elle, cette construction dogmatique demeure insatisfaisante. En effet, bien qu'un but de politique juridique puisse justifier la création d'une institution juridique, il ne suffit pas à constituer son fondement légal. Or, en l'absence de fondement légal, la construction du TF est incomplète dans la mesure où celui-ci

²¹⁰⁵ Cf. WESSNER, *une fausse bonne idée*, p. 42 s.

²¹⁰⁶ La responsabilité fondée sur la confiance est née d'une généralisation d'un des aspects de la responsabilité précontractuelle, à savoir la responsabilité pour la déception déloyale de la confiance éveillée dans la conclusion certaine d'un contrat.

²¹⁰⁷ MÜLLER, RC, note de bas de page 365; cf. FELLMANN/KOTTMANN, n. 399 et les réf. citées.

ne pouvait alors faire l'économie d'un examen quant à l'existence d'une lacune dans la loi qu'il s'agissait de combler (*infra* n. 1228 ss).

- 1222 La jurisprudence n'a eu cure de ces considérations et s'est allégrement laissée aller à bâtir l'incertaine figure qu'est la responsabilité fondée sur la confiance. Elle a généralisé une justification particulière pour l'admission de la responsabilité précontractuelle à portée générale (*supra* n. 1215 s.), afin de construire une responsabilité **en dehors de tout rapport contractuel, même potentiel**. Les arrêts topiques consacrant la responsabilité fondée sur la confiance²¹⁰⁸ ne se réfèrent plus à aucun contrat, ni même à des comportements en vue de la conclusion d'un contrat. «Une généralisation, même poussée à l'extrême, de la notion de culpa in contrahendo, ne permettait pas de condamner [...] au paiement de dommages-intérêts».²¹⁰⁹
- 1223 Le TF a fondé son institution sur le seul rapport «légal» résultant d'une situation spéciale de confiance et de fidélité. Ce rapport spécial souffre d'une contradiction en ce qu'il est à la fois une **justification** et une **condition nécessaire** de la responsabilité fondée sur la confiance.²¹¹⁰ De fait, en l'absence de disposition expresse le consacrant, il est impossible de trouver de fondement juridique au rapport spécial en dehors du contrat.²¹¹¹ En droit allemand, c'est précisément cette lacune qui a été comblée en 2002 par l'introduction dans le BGB des §§ 241 al. 2, 311 al. 2 et 3 BGB (*supra* n. 711 ss). Le législateur allemand s'est toutefois bien gardé de consacrer un rapport d'obligation particulier fondé exclusivement sur la confiance légitime.²¹¹² Le rapport spécial doit toujours au moins s'inscrire dans le contexte d'un acte juridique préexistant ou, du moins, contenir le potentiel d'une relation contractuelle (*supra* n. 731).
- 1224 Si la confiance légitime est le seul critère pour donner naissance à un rapport spécial,²¹¹³ le concept de rapport spécial est **incapable de limiter la**

²¹⁰⁸ ATF 120 II 331 («Swissair») et ATF 121 III 350 («Grossen»).

²¹⁰⁹ CHAPPUIS, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 164.

²¹¹⁰ KUONEN, n. 1224 s.

²¹¹¹ KUONEN, n. 1230.

²¹¹² La 2^e phrase du § 311 al. 3 BGB est le seul «hommage» rendu à la théorie de la *Vertrauenshaftung* de CANARIS. Dans ce cas également cependant, le rapport d'obligation particulier généré par une confiance particulière est lié aux négociations ou à la conclusion potentielle d'un contrat.

²¹¹³ ATF 120 II 331 c. 5a; ATF 124 III 297 c. 6a.

responsabilité à certaines situations de confiance particulières,²¹¹⁴ puisqu'en dernière conséquence, c'est la confiance elle-même qui le forme.²¹¹⁵ En effet, le critère de la déception de la confiance légitime dans un comportement conforme au droit n'est rien d'autre qu'une description fonctionnelle d'un chef de responsabilité quelconque.²¹¹⁶ La notion de rapport spécial est superflue et entretient une confusion inutile avec les relations (pré)contractuelles. Par ailleurs, il n'y a pas lieu d'élever le droit au respect du devoir de bonne foi au rang de droit subjectif absolu. Sous réserve d'une norme de protection concrète, la réparation de dommages purement patrimoniaux en dehors de la relation précontractuelle est infondée.²¹¹⁷ Ainsi, si par exemple A est dans une ville étrangère et qu'il demande au résident B l'horaire de départ du dernier train pour rentrer à la maison et que B lui indique négligemment une fausse heure de sorte que A rate son train, A n'est à l'évidence pas fondé à prétendre à être placé dans la situation patrimoniale qu'eut été la sienne si B l'avait diligemment informé. Dans ce cas particulier, même si une confiance légitime est suscitée, puis déçue de manière contraire à la bonne foi, l'indemnisation du préjudice encouru ne se justifie pas. L'illustration démontre que la responsabilité ne saurait être fondée sur la seule confiance suscitée. Au contraire, elle requiert l'existence préalable d'une norme de comportement concrète protégeant la confiance légitimement attendue dans le cadre d'une situation donnée.

- 1225 Les cas de responsabilité fondée sur la confiance, **en dehors des hypothèses précontractuelles**, doivent être assujetties à la responsabilité délictuelle générale ou, du moins, obéir à ses mécanismes classiques (*infra* n. 1432).²¹¹⁸ Est susceptible de commettre un acte illicite par exemple celui qui, jouissant d'une position et/ou disposant de connaissances professionnelles particulières, fournit des informations inexacts²¹¹⁹ ou fait des déclarations propres à induire en erreur un tiers dans le chef duquel une confiance légitime a été suscitée. Un

²¹¹⁴ «Die Rechtsprechung realisierte [...] rasch, dass [die Vertrauenshaftung] zu konturlos ist und keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn bei der Lösung der Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschädigungen bringt» (ROBERTO, n. 05.83).

²¹¹⁵ KUONEN, n. 1232; dans ce sens ég. WIDMER C., *Vertrauenshaftung*, p. 118 s.

²¹¹⁶ Cf. JAUN, p. 423 ss et les réf. citées.

²¹¹⁷ «As a general principle there is no liability for advice, recommendation and information. Any such liability would go too far to be workable for daily life and would burden every interpersonal communication with an unbearable risk of liability» (DCFR, Full Edition, Comment A ad art. VI.-2:207 DCFR p. 3345).

²¹¹⁸ Cf. SCHWENZER, n. 52.03 s.; WICK, p. 1282; ROBERTO, n. 05.85.

²¹¹⁹ ATF 116 II 695 c. 4; ATF 111 II 471 c. 3; SCHWENZER, *Rezeption*, p. 66.

contact factuel quelconque entre les parties – typique des hypothèses délictuelles – est suffisant pour l'admission de la responsabilité. A l'instar de la responsabilité aquilienne, aucun contact spécial entre personnes déterminées n'est exigé dans le cadre de la responsabilité fondée sur la confiance. Dans le cadre de l'arrêt topique «Swissair»,²¹²⁰ la société-mère a engagé sa responsabilité envers des victimes avec lesquelles elle n'avait aucun contact direct et dont le cercle était potentiellement indéterminé. Les cas de responsabilité fondée sur la confiance, en dehors des hypothèses précontractuelles, ne se caractérisent pas par l'existence d'un rapport spécial, mais par les devoirs de la personne recherchée en responsabilité qui s'est porté garante de certaines informations ou affirmations d'une manière qui lui est au moins implicitement imputable.²¹²¹

1226 Toutefois, ici aussi, la **théorie objective de l'illicéité s'oppose à la réparation** dans ces cas de figure, puisqu'elle suppose l'existence d'une norme de protection concrète destinée à protéger des atteintes du type en question (*supra* n. 1193). Or, le droit positif n'en prévoit pas (*supra* n. 1146). En considérant que le sujet de la responsabilité ne commet pas d'acte illicite dans les cas de responsabilité fondée sur la confiance,²¹²² le TF confirme d'ailleurs qu'il n'y a «*ni acte ni omission violant une injonction ou une interdiction statuée par l'ordre juridique en vue de protéger le bien juridique atteint, que cette injonction ou interdiction soit de droit écrit ou non écrit, fédéral ou cantonal, légal ou coutumier*».²¹²³

1227 N'ayant pas été résolue pour la responsabilité précontractuelle à portée générale (*supra* n. 1216), la problématique issue de l'**absence d'ancrage légal** ne fait que s'accroître au stade de l'analyse de la responsabilité fondée sur la confiance. Sans circonscription légale expresse des hypothèses génératrices de responsabilité, la responsabilité fondée sur la confiance ne trouve pas de

²¹²⁰ ATF 120 II 331.

²¹²¹ ATF 130 III 345 c. 2.2 («*Ein unmittelbarer Kontakt zwischen Ansprecher und Schädiger ist demnach nicht unabdingbar. Es genügt, dass die in Anspruch genommene Person explizit oder normativ zurechenbar kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen und der Ansprecher im berechtigten Vertrauen darauf Anordnungen getroffen hat, die ihm zum Schaden gereichten*»).

²¹²² ATF 120 II 331 c. 4 («*Eine Haftung der Beklagten aus unerlaubter Handlung im Sinne von Art. 41 OR entfällt ebenfalls, da der Beklagten kein widerrechtliches, d.h. gegen allgemeine gesetzliche Gebote oder Verbote verstossendes Verhalten vorgeworfen werden kann*»).

²¹²³ MARCHAND, *ornithorynque juridique*, p. 172.

fondement juridique suffisant dans la seule situation de confiance légitime trompée, car la confiance légitime trompée est l'origine commune de toute responsabilité. Toute responsabilité est fondée sur la déception de la confiance dans un comportement conforme au droit.

d) *Examen quant à l'existence d'une lacune*

1228 «*Wer fühlt nicht, dass es hier einer Schadensersatzklage bedarf?*»²¹²⁴ Cette question rhétorique pertinente de VON JHERING (*supra* n. 522) résume bien l'accueil réservé aux décisions du TF relatives à la responsabilité fondée sur la confiance.²¹²⁵ Personne ne conteste que le dommage occasionné par les comportements décrits dans les arrêts topiques mérite réparation. C'est le **moyen juridique à employer** qui fait débat. Le TF avait le choix entre (a) rattacher la responsabilité fondée sur la confiance au contrat (*supra* n. 1184 ss), (b) considérer qu'il s'agissait d'un cas particulier de responsabilité aquilienne (*supra* n. 1191 ss) ou (c) instituer une responsabilité *sui generis* (*supra* n. 1200 ss).

1229 Comme le soulève à raison WINIGER,²¹²⁶ aucune des trois possibilités ne peut se passer d'une **modification de l'ordre juridique**. Elles nécessitent soit une extension des notions de contrat, de délit ou de la bonne foi, soit la création d'une catégorie juridique nouvelle. Le TF a dû faire face à un dilemme craint déjà des juristes romains, à savoir, soit (a) étendre les concepts existants, soit (b) en créer de nouveaux.²¹²⁷ Dès lors, la question centrale est celle de la mesure dans laquelle la jurisprudence est habilitée à conquérir ces nouveaux espaces juridiques. Il est pour le moins surprenant que le TF, en se décidant pour une nouvelle catégorie de responsabilité, ait fait l'économie de l'examen quant à une éventuelle lacune de la loi.

1230 Une reconnaissance jurisprudentielle d'une nouvelle catégorie de responsabilité postule nécessairement l'existence d'une **lacune proprement dite** dans le système de responsabilités prévu dans la loi.²¹²⁸ En effet, dans le cadre de

²¹²⁴ VON JHERING, *Culpa in Contrahendo*, p. 5.

²¹²⁵ WINIGER, *Conclusions*, p. 193.

²¹²⁶ *Ibid.*

²¹²⁷ WINIGER, *Conclusions*, p. 194.

²¹²⁸ KUONEN, n. 1170; CR CO-THÉVENOZ, n. 22d ad Intro. art. 97-109 CO; WESSNER, *une fausse bonne idée*, p. 62; CHAPPUIS, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 169 s.; *contra*: MORIN, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 161 s.

l'article 1 al. 2 CC, le tribunal n'a la compétence de faire œuvre de législateur – en l'absence de coutume – uniquement pour combler une lacune proprement dite. Cette dernière, aussi dite lacune *praeter legem* (ou lacune de *lege lata*, «*echte Gesetzeslücke*»), résulte de l'absence d'une règle dans l'ensemble normatif voulu par le législateur. Il faut que la loi, dûment interprétée, ne contienne pas de règle positive qui s'applique nécessairement pour trancher un litige, laissant sans réponse une question qui se pose inévitablement de *lege lata*; et non pas un défaut de la loi (*infra* n. 1232).²¹²⁹ Si imparfaite soit-elle, le tribunal n'est pas habilité à corriger la loi, sauf cas exceptionnels où une règle existante est tellement insatisfaisante que le fait de l'invoquer est constitutif d'un abus de droit (art. 2 al. 2 CC).²¹³⁰

1231 L'institution d'une nouvelle catégorie de responsabilité aurait mérité que le TF exclue d'abord expressément un **silence qualifié** du législateur. Ecarter le silence qualifié en l'espèce suppose de démontrer qu'en renonçant à consacrer une responsabilité située entre le contrat et le délit, le législateur n'ait pas délibérément nié la possibilité d'une réparation à ce titre, conformément au principe fondamental selon lequel chacun supporte le dommage qu'il subit, faute de moyen juridique permettant de le faire supporter à un autre (*casum sentit dominus*).²¹³¹ La preuve du silence qualifié se fait principalement au moyen d'un examen des travaux préparatoires. Le cas échéant, ces derniers révéleront que le législateur a effectivement examiné la question et voulu, en renonçant à la régler, lui donner un statut juridique déterminé.²¹³² En l'occurrence, rien n'indique dans les travaux préparatoires²¹³³ que le législateur ait eu conscience de l'éventualité d'une responsabilité fondée sur la confiance située entre le contrat et le délit et, partant, qu'il ait délibérément voulu écarter la possibilité d'une obligation de réparer le préjudice causé en vertu d'une telle responsabilité.

1232 Toutefois, en refusant d'étendre les notions de délit, de contrat, ou de la bonne foi par une interprétation téléologique *contra verbi*²¹³⁴ de l'article 2 al. 1 CC, le

²¹²⁹ ATF 138 II 1 c. 4.2; ATF 132 III 470 c. 5.1; ATF 126 II 71 c. 6d; STEINAUER, n. 376 s.

²¹³⁰ STEINAUER, n. 373 ss; DESCHENAUX, p. 92 s.

²¹³¹ Cf. REY, n. 18.

²¹³² STEINAUER, n. 368.

²¹³³ FF 1905 II 1, p. 1 ss.

²¹³⁴ ATF 132 III 707 c. 2 («Eine echte Gesetzeslücke liegt [...] dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz

TF ne s'est-il pas laissé aller à des considérations de *lege ferenda* en admettant une nouvelle catégorie de responsabilité en dehors du système de responsabilité voulu par le législateur? En tout cas, l'hypothèse d'un éventuel **défaut de la loi** (lacune improprement dite, lacune de *lege ferenda*, «*unechte Gesetzeslücke*», «*rechtspolitische Lücke*») ne saurait être simplement passé sous silence. S'il ne s'agissait pas de modifier la réglementation voulue par le législateur,²¹³⁵ mais simplement de combler un vide afin de la mettre en œuvre, il eut été souhaitable que la jurisprudence soulignât qu'elle ne corrigeait pas la loi en substituant sa propre conception de l'équité sociale à celle du législateur.²¹³⁶ A défaut, elle est incapable de dissiper le doute quant à sa compétence d'instaurer un nouveau type de responsabilité dont elle se refuse à dire mot de sa nature.

- 1233 En définitive, peu importe si la jurisprudence a comblé une lacune proprement dite ou si elle a fait fi d'un éventuel silence qualifié ou même d'un défaut de la loi, la question de la **codification** de la responsabilité fondée sur la confiance s'impose.²¹³⁷ Dans le premier cas, une codification est souhaitable, dans les deux autres éventualités, elle est impérative.

C. *Absorptions et concours*

1. **Introduction**

- 1234 La nature de la responsabilité précontractuelle influence également la question de son rapport avec les fondements de responsabilité classiques (art. 41 ss et 97 ss CO). Admettre que sa nature n'entre dans aucune des catégories traditionnelles de l'ordre juridique suisse, ou qu'elle se situe – selon la formule consacrée – «entre le contrat et le délit», impose de clarifier les points de recoupement possibles avec l'**action aquilienne**, d'une part (*infra* n. 1235 ss), et l'**action contractuelle**, d'autre part (*infra* n. 1240 ss).

weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung ermittelten Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann»).

²¹³⁵ BUCHER, *Vertrauenshaftung*, p. 236, est d'avis que la responsabilité fondée sur confiance et la *culpa in contrahendo* sont toutes deux le résultat d'une construction jurisprudentielle *contra legem*.

²¹³⁶ Cf. STEINAUER, n. 373; DESCHENAUX, p. 94.

²¹³⁷ Cf. CHAPPUIS, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 170.

2. Action aquilienne

a) Introduction

- 1235 Les problèmes d'absorption et de concours de la responsabilité précontractuelle sont souvent abordés exclusivement sous l'angle de son rapport à la responsabilité contractuelle (*infra* n. 1240 ss). Il n'y a cependant pas lieu de faire abstraction de la problématique des rapports d'**absorption** (*infra* n. 1236) et de **concours** (*infra* n. 1237 ss) qu'entretient la responsabilité précontractuelle avec la responsabilité aquilienne.

b) Absorption

- 1236 La question du concours entre les moyens précontractuel et délictuel ne se pose pas pour les **défenseurs de la nature délictuelle** de la responsabilité précontractuelle (*supra* n. 1192). Dans les deux cas, le fondement de l'action serait l'article 41 CO, la responsabilité précontractuelle étant simplement un cas particulier de responsabilité aquilienne. La responsabilité précontractuelle serait alors pour ainsi dire absorbée *ab ovo* par la responsabilité pour faute classique.

c) Concours

- 1237 Par contre, pour ceux qui, comme nous, trouvent quelques vertus à la théorie objective de l'illicéité (*supra* n. 1193) et considèrent que la responsabilité précontractuelle est de nature extracontractuelle autonome (*supra* n. 1219), un concours d'actions est envisageable, notamment en cas de dommages purement économiques. Un concours alternatif entre en ligne de compte à chaque fois qu'une **norme de protection concrète est violée au cours de la phase menant à la conclusion d'un contrat**. Ainsi, celui qui se rend coupable par exemple d'un acte d'escroquerie (146 CP) ou d'usure (157 CP) dans la phase précontractuelle commet à la fois un acte illicite au sens de l'article 41 al. 1 CO et une *culpa in contrahendo*.²¹³⁸ Pour la victime, l'action pour *culpa in contrahendo* procure l'avantage du régime plus favorable de la responsabilité du fait de l'auxiliaire selon l'article 101 CO (*supra* n. 1205).
- 1238 L'avantage du régime précontractuel doit-il être étendu aux cas de violations en phase précontractuelle des droits absolus? S'agissant de **dommages corporels**,

²¹³⁸ Cf. HUGUENIN, OR, n. 1566; CR CO-THÉVENOZ, n. 21 ad Intro. art. 97-109 CO.

le devoir de protection spécial («*Verkehrssicherungspflicht*»; *supra* n. 600 s.) contre les atteintes à l'intégrité physique n'est pas typique de la relation précontractuelle (*supra* n. 606). Dès lors, seule l'action aquilienne devrait entrer en ligne de compte comme fondement de la prétention en réparation.

- 1239 Nous sommes plus nuancés en ce qui concerne les **dommages matériels**. Il nous paraît justifié de faire bénéficier la victime du choix du régime de la responsabilité pour *culpa in contrahendo* en cas de violation de devoirs de protection spéciaux spécifiques à la relation précontractuelle (*supra* n. 603). Ainsi, celui qui confie à son partenaire précontractuel des biens précontractuels, tels des échantillons ou des modèles, s'attend à ce que celui-ci agisse de bonne foi et en fasse usage conformément à leur destination. Dans ce cadre, l'action précontractuelle doit être admise à côté de l'action aquilienne, car l'atteinte au droit de la propriété constituera typiquement une *culpa in contrahendo*. En revanche, la victime ne devrait pouvoir se prévaloir que de l'action aquilienne pour tous les autres dommages matériels qu'il a subis simplement à l'occasion de relations précontractuelles.

3. Action contractuelle

a) Introduction

- 1240 Lorsqu'un contrat valable a été conclu, une partie a en règle générale le loisir d'agir à l'encontre de son cocontractant si ce dernier a violé une obligation ou un devoir contractuel. Si l'on admet que les parties sont déjà tenues de devoirs que la bonne foi dans les affaires impose avant la conclusion du contrat, la question du concours des moyens précontractuel et contractuel se pose inévitablement. Il s'agit donc de clarifier la question du fondement de responsabilité lorsqu'un **devoir de comportement précontractuel est violé, mais que le contrat est valablement conclu et produit ses effets.**²¹³⁹ Il n'est pas rare que les différends contractuels aient leur origine dans le comportement des parties en phase précontractuelle. L'exemple classique est l'hypothèse régie par la garantie pour les défauts dans le contrat de vente (*infra* n. 1257 ss). Souvent en effet, l'appel en garantie trouve sa racine dans la violation d'un devoir d'information précontractuel.²¹⁴⁰

²¹³⁹ Cf. ATF 114 II 131 c. 1b; HEHLI, n. 426; FARGNOLI, p. 175.

²¹⁴⁰ KUONEN, n. 1781.

- 1241 Se pose dès lors la question de savoir si la responsabilité précontractuelle est **absorbée** par la responsabilité contractuelle (*infra* n. 1242 ss) ou si, au contraire, il peut y avoir **concours d'actions** (*infra* n. 1250 ss).

b) *Absorption*

i. **Doctrine**

- 1242 La théorie de l'absorption postule que les **moyens contractuels prévalent en principe** sur le moyen tiré de la *culpa in contrahendo*.
- 1243 En 1922 déjà, VON THUR²¹⁴¹ souligne que la faute consistant dans la vente d'une chose que l'on sait défectueuse n'est à vrai dire pas une violation contractuelle, mais un acte illicite. A ses yeux, la *culpa in contrahendo* doit néanmoins en grande partie être jaugée par le **droit contractuel**, en incluant de tels cas dans l'action contractuelle. De manière semblable, JÄGGI²¹⁴² est plus tard d'avis que le rapport de négociation se fonde généralement dans le rapport contractuel à la conclusion du contrat.²¹⁴³ Il admet toutefois qu'exceptionnellement le rapport de négociation peut se distinguer nettement du contrat conclu. Ainsi, la personne qui détruit les échantillons ou le modèle que le vendeur lui a prêté pendant la phase précontractuelle répond en vertu des principes précontractuels.²¹⁴⁴ Par contre, il n'y a pas d'obligation de réparer suite à la destruction d'échantillons qui n'ont pas été sollicités (cf. art. 6a CO) ou dont on peut légitimement penser qu'ils ont été remis à titre gratuit, par exemple dans le cadre d'une campagne publicitaire.
- 1244 En revenant sur les considérations de JÄGGI, ANEX parle expressément d'«*absorption*».²¹⁴⁵ Les prétentions précontractuelles seraient subsidiaires aux prétentions contractuelles, à chaque fois qu'un contrat est valablement conclu. ANEX admet toutefois des **exceptions** au principe, de sorte à formuler une «*théorie de l'absorption, comme règle générale, tout en reconnaissant que certains cas y échappent*» («*absorption relative*»)²¹⁴⁶. Ainsi, à l'instar de JÄGGI, ANEX reconnaît que la destruction ou la perte d'échantillons du vendeur au

²¹⁴¹ VON THUR, RSJ/SJZ 1922, p. 370.

²¹⁴² ZK-JÄGGI, n. 572 ad art. 1 CO.

²¹⁴³ Dans ce sens récemment ég. HUGUENIN, OR, n. 1566.

²¹⁴⁴ FARGNOLI, p. 175.

²¹⁴⁵ ANEX, p. 63 ss.

²¹⁴⁶ ANEX, p. 64 s.

cours de la phase précontractuelle ne saurait être régi par le droit de la vente.²¹⁴⁷ GONZENBACH²¹⁴⁸ approuve la théorie de l'absorption en affirmant que les prétentions précontractuelles seraient soumises aux normes d'inexécution ou de mauvaise exécution contractuelle en présence d'un contrat valablement conclu. Les prétentions précontractuelles auraient un caractère subsidiaire et ne renaîtraient que si, par exemple, le contrat était ultérieurement annulé. A l'image de la Belle au bois dormant, la responsabilité pour *culpa in contrahendo* serait ainsi éveillée de son sommeil («*Dornröschenschlaf*»).²¹⁴⁹ GONZENBACH précise par ailleurs que la responsabilité précontractuelle saurait être absorbée par la responsabilité contractuelle uniquement si la violation relève du domaine de la prestation principale.²¹⁵⁰ Dans ce cas seulement, le comportement précontractuel violerait des devoirs stipulés contractuellement, lesquels font l'objet de sanctions instaurées par des normes légales.²¹⁵¹

ii. Jurisprudence

- 1245 Dans son ancienne jurisprudence, le TF rejette expressément la théorie de l'absorption parce qu'il estime – à raison – contraire à la logique de simplement soumettre le comportement d'une partie avant la conclusion du contrat aux principes du contrat conclu ultérieurement seulement.²¹⁵² Dans l'ATF 90 II 449, le TF considère que le fait que le partenaire conventionnel «*ait laissé périmer sa faculté de demander l'annulation du contrat pour vice de la volonté ne lui a pas fait perdre son droit à une indemnité*»²¹⁵³ en vertu de la *culpa in contrahendo*. Un **refus** de la théorie de l'absorption est également à la base d'arrêts ultérieurs dans lesquels le TF examine les conditions pour l'admission d'une

²¹⁴⁷ ANEX, p. 65.

²¹⁴⁸ GONZENBACH, p. 50 s.

²¹⁴⁹ GONZENBACH, p. 51.

²¹⁵⁰ Cf. l'exemple donné par GONZENBACH, note de bas de page 90: Après la conclusion d'un contrat de vente, l'acheteur constate que le nouveau modèle de machine ne peut être installé au même endroit que l'ancien, alors qu'il avait expressément manifesté ce besoin auprès du vendeur dans le cadre des négociations.

²¹⁵¹ GONZENBACH, p. 52 s.; FARGNOLI, p. 176.

²¹⁵² ATF 68 II 295 c. 5 («*weil es der Logik widerspricht, die vor dem Vertragsschluss erfolgte Raterteilung schlechthin den Grundsätzen des erst nachher geschlossenen Vertrages zu unterstellen*»).

²¹⁵³ ATF 90 II 449 c. 6.

responsabilité pour *culpa in contrahendo*, malgré l'existence d'un contrat valable.²¹⁵⁴

- 1246 Dans l'arrêt non officiellement publié TF, SJ 1999 I 113 du 8 juin 1998, le TF a examiné le cas d'un contrat sous condition suspensive. La condition ne se réalisa pas de sorte que le contrat ne déploya pas d'effets. Une responsabilité précontractuelle fut invoquée pour le défaut d'informer quant au probable non avènement de la condition. Malgré qu'un contrat avait été valablement conclu, le TF a reconnu une responsabilité pour *culpa in contrahendo* en l'espèce et dans les cas semblables où «la prétention précontractuelle n'est absorbée par aucune action contractuelle, du moment que le contrat a certes été conclu mais n'a déployé aucun effet juridique faute d'avènement de la condition dont il était assorti».²¹⁵⁵ Tout en mettant en avant l'absorption de la prétention précontractuelle par l'action contractuelle, le TF y ajoute une exception casuistique, de sorte à suivre apparemment la théorie de l'**absorption relative** (*supra* n. 1244).²¹⁵⁶ Curieusement, le TF admet dans le même arrêt que la théorie de l'absorption est «battue en brèche par le droit positif lui-même, dès lors que l'art. 31 al. 3 CO permet à la victime du dol ou à la personne menacée d'obtenir des dommages-intérêts malgré la ratification du contrat, prétention dont le **fondement dogmatique réside dans la culpa in contrahendo**» (mise en évidence ajoutée).²¹⁵⁷
- 1247 Par la suite et à notre connaissance, le TF n'a approuvé qu'à deux autres reprises explicitement la théorie de l'absorption.²¹⁵⁸ Dans d'autres arrêts,²¹⁵⁹ le TF est toutefois également parti du principe de la **subsidiarité** de la responsabilité fondée sur la confiance par rapport à la responsabilité contractuelle. La confiance sur laquelle la personne lésée fonde ses prétentions se manifesterait dans la relation contractuelle dès lors qu'un contrat valable est conclu, de sorte que la confiance ne serait plus le fondement autonome de la responsabilité.²¹⁶⁰

²¹⁵⁴ ATF 102 II 81 c. 2; ATF 92 II 328 c. 4.

²¹⁵⁵ TF, SJ 1999 I 113 c. 3a.

²¹⁵⁶ Cf. HEHLI, note de bas de page 698.

²¹⁵⁷ TF, SJ 1999 I 113 c. 3a.

²¹⁵⁸ Arrêt du TF 4C.82/2005 du 04.08.2005, c. 7.1; arrêt du TF 4C.98/2007 du 29.04.2008, c. 3.2.2.

²¹⁵⁹ Arrêt du TF 5C.60/2005 du 30.06.2005, c. 4.5; arrêt du TF 4C.256/2004 du 28.02.2005, c. 9.2.1.

²¹⁶⁰ Arrêt du TF 5C.267/2004 du 01.06.2005, c. 5.3 («Die Vertrauenshaftung - und damit der spezielle Haftungstatbestand der culpa in contrahendo - ist subsidiärer Natur und kommt grundsätzlich nur zum Tragen, wenn es an einer Vertragshaftung fehlt»).

Certes, mais cela n'implique pas pour autant que la confiance dans un comportement honnête et diligent trouve alors son fondement exclusif dans le contrat. Au contraire, les comportements précontractuels restent soumis au standard de la bonne foi précontractuelle, malgré la conclusion valable d'un contrat. En effet, les devoirs précontractuels découlant du standard de comportement précontractuel n'ont pas nécessairement la même teneur, ni la même étendue que les devoirs contractuels issus du contrat (*infra* n. 1255). La violation des premiers n'emportent pas forcément la violation des seconds (*infra* n. 1255).²¹⁶¹ La responsabilité précontractuelle ne saurait donc être subsidiaire par principe à la responsabilité contractuelle.

1248 D'ailleurs, le TF s'est lui-même régulièrement **distancié** de la théorie de l'absorption. Ainsi, il a souligné dans un arrêt non publié du 4 janvier 2000 que «*l'admission d'une culpa in contrahendo est **indépendante du sort du contrat projeté** et [qu']elle n'est pas exclue si celui-ci vient à être conclu*» (mise en évidence ajoutée).²¹⁶² A d'autres reprises, le TF, bien qu'il ait renoncé à exclure la théorie de l'absorption, l'a relativisée dans la mesure où il a examiné l'existence de prétentions précontractuelles malgré la conclusion d'un contrat valable.²¹⁶³

1249 La jurisprudence relative à la théorie de l'absorption doit être qualifiée d'**erratique**. Tout en démontrant une relative appétence pour cette théorie, le TF ne s'est pas prononcé de manière définitive sur la question.²¹⁶⁴

c) Concours

i. Principe

1250 Les défenseurs du concours alternatif rejettent la théorie de l'absorption en prenant appui sur l'article 31 CO.²¹⁶⁵ L'article 31 al. 1 CO permet la convalescence d'un contrat vicié par ratification.²¹⁶⁶ La ratification est expresse

²¹⁶¹ Dans ce sens ég. KUONEN, n. 1803.

²¹⁶² Arrêt du TF 4C.237/1999 du 04.01.2000, c. 2b.

²¹⁶³ Arrêt du TF 4C.20/2005 du 21.02.2006, c. 4.2.3; arrêt du TF 5C.45/2004 du 09.07.2004, c. 2.2 («*die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte Vertrauenshaftung [findet] gerade in Gestalt der culpa in contrahendo gelegentlich auch Anwendung auf den vertraglichen Bereich*»).

²¹⁶⁴ Dans ce sens ég. HEHLI, n. 425.

²¹⁶⁵ HEHLI, n. 433; PIOTET, *Développements*, p. 374.

²¹⁶⁶ SCHWENZER, n. 39.20.

lorsque la partie qui est en droit de l'exercer déclare à l'autre sa décision de maintenir le contrat vicié. Elle est tacite lorsque la première est déchue de son droit formateur d'invalider le contrat du fait de l'échéance du délai d'une année pour l'exercer.²¹⁶⁷ Selon l'article 31 al. 3 CO, «[l]a **ratification d'un contrat entaché de dol ou conclu sous l'empire d'une crainte fondée n'implique pas nécessairement la renonciation au droit de demander des dommages-intérêts**» (mises en évidence ajoutées). Bien que la lettre de la loi ne parle que de dol ou de crainte fondée, il faut y inclure, par extension téléologique²¹⁶⁸ et dans l'optique de la prévention d'une lacune, la provocation négligente d'une erreur²¹⁶⁹ chez la victime du déséquilibre dans les prestations contractuelles qui en est la conséquence («*nachteiliger Vertragsabschluss*»).²¹⁷⁰ Cette conception correspond à celle retenue par le CESL (*supra* n. 1153)²¹⁷¹ et l'article 4:117 PECL.²¹⁷²

- 1251 L'article 31 al. 3 CO évoque simplement le principe du droit à des dommages-intérêts, sans autre référence quant au fondement de responsabilité. Cependant, l'article en question ne peut que renvoyer à des prétentions de nature extracontractuelle. En effet, la violation du devoir qui est à leur origine a eu lieu avant la ratification du contrat et donc avant la conclusion valable de celui-ci. L'article 31 al. 3 CO contredit ainsi directement la théorie de l'absorption (*supra* n. 1246).²¹⁷³ De plus, la réparation du dommage résultant de la violation du devoir précontractuel n'est pas couverte par l'intérêt positif à l'exécution des prestations du contrat ratifié malgré la *culpa in contrahendo* (*infra* n. 1252). Or, la réparation de ce **dommage indépendant** est précisément la *ratio legis* de

²¹⁶⁷ KUONEN, n. 1811.

²¹⁶⁸ HEHLI, n. 409.

²¹⁶⁹ En cas de provocation d'une erreur non essentielle, la partie dans le chef de laquelle elle a été provoquée n'aura évidemment pas le choix de ratifier ou non un contrat qui n'est pas annulable de ce fait. Pour autant, l'art. 31 al. 3 CO n'exclut pas la responsabilité pour *culpa in contrahendo* en cas de provocation négligente d'une erreur, même non essentielle (cf. ERNST, n. 4 ad art. 38 OR/CO 2020; HEHLI, n. 406; ROUILLER, *Devoirs précontractuels*, p. 3 s.; TERCIER, *culpa*, p. 234; PIOTET, p. 144).

²¹⁷⁰ Cf. SCHWENZER, n. 47.09.

²¹⁷¹ Annexe I – art. 55 COM(2011) 635 final prévoit qu'une partie peut réclamer des dommages et intérêts à l'autre partie en réparation du préjudice subi, même si le contrat n'est pas annulé, du fait du dol, des menaces, de l'exploitation déloyale et de la provocation d'une erreur.

²¹⁷² Art. 4:117(2) PECL prévoit la réparation sous forme de dommages-intérêts également dans le cas d'une provocation d'une erreur non essentielle au sens de l'art. 4:106 PECL.

²¹⁷³ HEHLI, n. 434; KUONEN, n. 1786; *contra*: FARGNOLI, p. 180.

l'article 31 al. 3 CO. A nos yeux et en accord avec la jurisprudence évoquée (*supra* n. 1246),²¹⁷⁴ le fondement de la prétention en réparation réservée à l'article 31 al. 3 CO est la *culpa in contrahendo*.²¹⁷⁵ Dans le cadre de cette disposition, la responsabilité précontractuelle ne peut pas être absorbée par la responsabilité contractuelle. Au contraire, elle survit au contrat et en reste indépendante. Pour autant, il n'y a pas concours avec l'action contractuelle générale (art. 97 ss CO), mais exclusivité de l'action en *culpa in contrahendo* (*infra* n. 1268). Autrement dit, c'est uniquement dans l'hypothèse où le contrat ratifié venait en plus à être inexécuté ou mal exécuté par la partie ayant provoqué fautivement un vice du consentement couvert par la ratification que la personne lésée serait au bénéfice, non pas d'un concours, mais d'un cumul d'actions.²¹⁷⁶

- 1252 La théorie de l'absorption est également critiquée par PIOTET.²¹⁷⁷ A ses yeux, la personne lésée devrait avoir le choix entre les deux fondements de responsabilité lorsque une *culpa in contrahendo* constitue à la fois une violation d'un devoir précontractuel et d'une obligation contractuelle «*rétroactive*» (cf. cependant *infra* n. 1254).²¹⁷⁸ Il légitime sa position par le principe reconnu suivant lequel la personne lésée a généralement le **choix entre deux moyens juridiques lorsqu'un même comportement dommageable est sanctionné par deux responsabilités différentes**. Il avance à raison qu'un des obstacles majeurs à la théorie de l'absorption relative s'exprime dans l'effet immédiat de la responsabilité contractuelle qui ne permet pas une réparation adéquate du dommage en cas de *culpa in contrahendo*.

PIOTET, *Développements*, p. 373:

La responsabilité contractuelle ne peut procurer que l'exécution du contrat, en nature ou sous forme de dommages-intérêts. En particulier, le dommage causé par la culpa in contrahendo peut notamment être égal à la différence entre l'exécution du contrat conclu et l'exécution hypothétique du contrat qui aurait été conclu [...] sans la

²¹⁷⁴ TF, SJ 1999 I 113 c. 3a.

²¹⁷⁵ Dans ce sens ég., PIOTET, *Développements*, p. 374.

²¹⁷⁶ La réparation du dommage est cependant limitée à l'intérêt positif au contrat (hypothétique) qui aurait été conclu sans la *culpa in contrahendo*.

²¹⁷⁷ PIOTET, *Développements*, p. 370 ss.

²¹⁷⁸ PIOTET, *Développements*, p. 371.

faute précontractuelle. Et il est évident que la responsabilité contractuelle née du contrat conclu ne peut pas fournir l'équivalent du contrat qui n'a pas été conclu, mais qui l'aurait été sans la culpa in contrahendo.

- 1253 Le choix entre les deux fondements de responsabilité devrait donc être donné ne serait-ce que pour éviter que la personne lésée ne puisse pas prétendre à l'entière réparation de son dommage (*supra* n. 1252).²¹⁷⁹ Toutefois, un concours d'actions n'est envisageable que lorsque **tous** les éléments constitutifs sont remplis pour **chacun** des moyens juridiques invoqués.
- 1254 Même si les parties sont tenues d'un devoir de bonne foi, tant au stade précontractuel que dans l'exécution de leurs droits et obligations contractuels, sa **source** n'est pas la même. Dans le premier cas, l'hypothèse génératrice des devoirs de bonne foi est l'entame d'une relation précontractuelle, alors que dans le second, il s'agit du contrat (valable ou ratifié). Un devoir de bonne foi (principal ou accessoire) en vertu du contrat *ne peut pas rétroagir* au stade précontractuel, avant son fait générateur.²¹⁸⁰
- 1255 Par ailleurs, les **devoirs issus de la bonne foi ne sont pas nécessairement les mêmes** après la conclusion du contrat, les circonstances du cas d'espèce qui les concrétisent ayant changé. La violation d'un devoir de confidentialité qui est dû de bonne foi (*supra* n. 609 s.) au sujet de secrets de fabrication dans le cadre d'une négociation en vue de la conclusion d'un contrat de licence par exemple ne peut pas être sanctionnée par une responsabilité contractuelle lorsque les parties se sont finalement décidées pour la vente dont la nature n'emporte pas un tel devoir.
- 1256 Dès lors, il faut non seulement admettre qu'en règle générale la responsabilité précontractuelle survit à la conclusion d'un contrat (valable ou ratifié; *supra* n. 1245), mais aussi qu'en **principe**, il n'y a ni concours, ni absorption, mais exclusion de la responsabilité contractuelle en faveur de la seule responsabilité précontractuelle.

²¹⁷⁹ PIOTET, *Développements*, p. 374; FARGNOLI, p. 176; HEHLI, n. 429.

²¹⁸⁰ Cf. ATF 68 II 295 c. 5.

ii. Garantie pour les défauts

(a) Introduction

- 1257 Alors que la responsabilité contractuelle sanctionne la violation d'une obligation *in solvendo*, la responsabilité précontractuelle sanctionne la violation d'un devoir imposé *in contrahendo*. Cependant, il n'est pas rare que les différends contractuels aient leur origine dans le comportement des parties en phase précontractuelle. Partant, un concours entre les deux fondements de responsabilité est **exceptionnellement** envisageable lorsqu'un comportement *in contrahendo* fautif est aussi sanctionné par un régime contractuel spécial, de sorte à corriger le déséquilibre entre les prestations stipulées qui en est le résultat. Dans ce cas, le même comportement dommageable peut théoriquement être sanctionné par la responsabilité précontractuelle et un régime contractuel spécial. Les régimes spéciaux de la garantie pour les défauts tiennent compte des comportements précontractuels fautifs dans la mesure où ils sont à l'origine du défaut d'une chose.²¹⁸¹ Il en va de même du régime contractuel spécial de la CVIM quant au défaut de conformité des marchandises au sens de l'article 35 CVIM (*supra* n. 1168).
- 1258 Le concours alternatif qu'entreprendrait la responsabilité précontractuelle avec la garantie pour les défauts dans le contrat de vente (art. 197 ss CO) est une **hypothèse doctrinale classique**.²¹⁸² Souvent en effet, l'appel en garantie trouve sa racine dans la violation d'un devoir d'information précontractuel, puisqu'il n'y a pas lieu de garantir les défauts dont l'acheteur avait été préalablement informé (art. 200 CO).²¹⁸³
- 1259 Nous analyserons d'abord l'hypothèse du défaut consistant dans l'**absence d'une qualité promise** (*infra* n. 1260 s.), puis celui résultant de l'**absence d'une qualité attendue** (*infra* n. 1262). Forts de ces observations, nous soutiendrons que **l'action en garantie est généralement exclusive par rapport à l'action précontractuelle** (*infra* n. 1266 s.). Enfin, en l'absence de régime contractuel spécial applicable au cas concret, **l'action en responsabilité précontractuelle est exclusive par rapport à la responsabilité contractuelle générale** (*infra* n. 1268).

²¹⁸¹ Cf. ATF 77 II 135 c. 2a.

²¹⁸² WAHRENBARGER, p. 148 ss; HEHLI, n. 477; *contra*: HARTMANN, n. 337; CR CO-THÉVENOZ, n. 21 ad Intro. art. 97-109, considère qu'il s'agit d'un exemple typique de l'absorption de la responsabilité précontractuelle par la responsabilité contractuelle.

²¹⁸³ KUONEN, n. 1801; HARTMANN, n. 337.

(b) *Absence d'une qualité promise*

1260 Il y a d'abord lieu de considérer un concours d'actions lorsque le défaut de la chose consiste en l'absence d'une qualité promise, puisque la promesse peut être faite à l'occasion des pourparlers tout en faisant partie intégrante de l'accord contractuel. D'ailleurs, la promesse n'a pas à revêtir la forme éventuellement prescrite pour le contrat.²¹⁸⁴ L'absence d'une qualité promise est aussi une *culpa in contrahendo*, si le vendeur, par sa promesse, a provoqué une **erreur essentielle** chez l'acheteur (art. 23 s. CO) ou l'a induit en erreur par **dol** (art. 28 CO). Pour autant que les conditions d'exercice de la garantie pour les défauts soient respectés (art. 201 et 210 CO; *infra* n. 1263), il peut soit **(a)** se prévaloir des droits qui lui sont ouverts en vertu de la garantie (art. 205 ss CO, respectivement art. 97 ss CO; *infra* n. 1264 s.), soit **(b)** se départir du contrat pour vice du consentement²¹⁸⁵ et demander des dommages-intérêts négatifs, ou le ratifier (art. 31 CO; *supra* n. 1250) et demander des dommages-intérêts positifs visant à le placer dans la situation qu'aurait été la sienne si la chose avait été livrée avec les qualités promises (art. 31 al. 3 CO). Toutefois, s'il opte pour l'action en garantie, il ratifie automatiquement le contrat au sens de l'article 31 al. 1 CO²¹⁸⁶ – même s'il choisit de le résoudre selon l'article 205 CO – étant donné que la garantie suppose un contrat valablement formé.²¹⁸⁷ Ainsi, la réparation du dommage en vertu de l'article 208 al. 2 et 3 CO peut être considérée comme une expression particulière du droit réservé par l'article 31 al. 3 CO à dommages-intérêts indépendants en cas de ratification (*supra* n. 1251). Son choix étant définitif, l'acheteur ne peut cependant pas conclure, à titre principal, à un droit tiré de la garantie, et, à titre subsidiaire, à la réparation du dommage résultant de l'invalidité pour vice du consentement.²¹⁸⁸ S'il choisit l'invalidation pour vice du consentement, l'acheteur n'a pas à respecter les conditions d'exercice de la garantie pour les défauts.²¹⁸⁹ Inversement, s'il ratifie

²¹⁸⁴ ATF 63 II 77 c. 3; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, n. 750; MÜLLER/MADER, n. 251 ss.

²¹⁸⁵ Arrêt du TF 4C.43/2005 du 24.06.2005, c. 1; arrêt du TF 4C.197/2004 du 27.09.2004, c. 3.1.

²¹⁸⁶ ATF 127 III 83 c. 1b; arrêt du TF 4A_553/2013 du 27.03.2014, c. 5.1; arrêt du TF 4C.197/2004 du 27.09.2004, c. 3.1.

²¹⁸⁷ ATF 127 III 83 c. 1b; ATF 114 II 131 c. 1a; ATF 109 II 319 c. 2; arrêt du TF 4C.197/2004 du 27.09.2004 c. 3.1; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, n. 713; MÜLLER/MADER, n. 230.

²¹⁸⁸ ATF 127 III 83 c. 1b; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, n. 713.

²¹⁸⁹ ATF 127 III 83 c. 1b.

le contrat, l'acheteur opte à notre sens pour l'action en garantie dont il a à remplir les conditions d'exercice en tant que *lex specialis* (*infra* n. 1266).

- 1261 Si l'absence d'une qualité promise ne ressort pas d'un vice du consentement, à savoir qu'elle trouve ses origines notamment dans la **provocation négligente d'une erreur non essentielle**, l'invalidation du contrat n'est pas ouverte à la personne lésée et l'action en garantie est seule applicable en tant que *lex specialis* (*infra* n. 1266). Dans cette hypothèse, l'absence d'une qualité promise au stade précontractuel est – ni plus, ni moins – une inexécution contractuelle au regard de la garantie pour les défauts, sachant que la promesse de qualité (ou d'absence de défaut) est considérée comme étant une partie intégrante du contrat (valablement) conclu, même lorsqu'elle n'en respecte pas la forme.²¹⁹⁰

(c) *Absence d'une qualité attendue*

- 1262 Ensuite, un concours d'actions est également envisageable dans l'hypothèse de l'absence d'une qualité attendue. Sont des qualités attendues celles sur lesquelles l'acheteur pouvait compter selon les règles de la bonne foi.²¹⁹¹ Or, l'absence d'une qualité attendue est généralement la **conséquence d'une violation du devoir d'informer le cocontractant prospectif** (*supra* n. 1054).²¹⁹² Deux cas de figure entrent en ligne de compte: soit (a) les parties n'ont pas discuté au stade précontractuel de l'usage auquel l'acheteur destinait la chose, auquel cas le vendeur aurait dû informer de bonne foi que la chose n'a pas les propriétés que l'on peut normalement attendre d'une chose de la qualité ou du prix considéré, soit (b) l'acheteur a informé le vendeur de l'usage prévu, auquel cas le vendeur aurait dû *a fortiori* informer l'acheteur que la chose n'avait pas les propriétés requises pour l'usage envisagé. Cependant, conformément au principe voulant que chacun est avant tout tenu de se renseigner à propos des faits pertinents (*supra* n. 585), le vendeur n'est pas tenu à un devoir d'information précontractuel lorsque l'acheteur s'est aperçu ou aurait raisonnablement dû s'apercevoir des défauts avant la conclusion du contrat,²¹⁹³ par exemple lorsque le vendeur confie la chose à l'essai.

²¹⁹⁰ ATF 63 II 77 c. 3; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, n. 750.

²¹⁹¹ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, n. 756.

²¹⁹² Cf. KOLLER, OR BT, p. 89.

²¹⁹³ Arrêt du TF 4A_648/2012 du 25.02.2012, c. 3; cf. MÜLLER/MADER, n. 258.

(d) *Concours alternatif restreint*

- 1263 A l'instar de la jurisprudence du TF relative au concours entre l'action générale en dommages-intérêts (art. 97 ss CO) et l'action spéciale (art. 197 ss CO),²¹⁹⁴ l'acheteur ne devrait pouvoir bénéficier du concours entre ces dernières et l'action précontractuelle pour manquement au devoir d'information précontractuel seulement s'il respecte aussi les **conditions d'exercice de l'action contractuelle spéciale**,²¹⁹⁵ à savoir la vérification de la chose, l'avis des défauts (art. 201 CO) et le délai de prescription (art. 210 CO). Bien qu'elle limite considérablement la portée du concours, cette restriction se justifie par le fait que l'inobservation des conditions d'exercice rendrait illusoires les règles sur la garantie (concours alternatif restreint, «*beschränkte Alternativität*»).²¹⁹⁶
- 1264 Pour autant que les conditions d'exercice de l'action en garantie soient remplies, l'action précontractuelle se trouve donc théoriquement en concours alternatif avec l'action générale en dommages-intérêts (art. 97 ss CO) visant la **réparation du défaut lui-même**. Selon la conception contestable du TF (*supra* n. 1263), la réparation du défaut sous forme de dommages-intérêts selon l'action générale (art. 97 ss CO) est un moyen *alternatif* par rapport à ceux de l'action en garantie (art. 197 ss CO), si le vendeur a commis une faute.²¹⁹⁷
- 1265 Aux mêmes conditions, l'action précontractuelle en dommages-intérêts pour manquement au devoir d'information précontractuel se trouve théoriquement en concours alternatif également avec le moyen – *cumulatif* aux droits spécifiques de la garantie²¹⁹⁸ – de la réparation du **dommage consécutif au défaut** («*Mangelfolgeschaden*»; art. 208 al. 2 et 3 CO).²¹⁹⁹

²¹⁹⁴ ATF 133 III 335 c. 2.4; ATF 114 II 131 c. 1; ATF 108 II 102 c. 2a; ATF 107 II 419 c. 1.

²¹⁹⁵ *Contra*: HEHLI, n. 463.

²¹⁹⁶ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, n. 707, quant au concours entre l'action contractuelle générale (97 ss CO) et l'action spéciale en garantie (197 ss CO).

²¹⁹⁷ MÜLLER/MADER, n. 227 s. et 283; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, n. 831; *contra*: KOLLER, OR AT, p. 97, qui défend à raison l'exclusivité des règles de la garantie pour les défauts.

²¹⁹⁸ Il s'agit des trois moyens (alternatifs) suivants: (a) la résolution du contrat (art. 205 al. 1 CO), (b) la réduction du prix (art. 205 al. 1 CO) ou (c), s'il s'agit d'une chose de genre, son remplacement (art. 206 CO).

²¹⁹⁹ L'action en dommages-intérêts selon l'art. 208 al. 2 et 3 CO n'est possible qu'en cas de résolution de contrat. Si l'acheteur choisit en revanche de maintenir le contrat et de ne demander que la réduction du prix, il ne pourra, selon une jurisprudence contestée à raison, obtenir la réparation de son dommage que sur la base de l'art. 97 CO (ATF 107 II 161 c. 7a; ATF 63 II 401 c. 3; *contra*: KOLLER, OR AT, p. 88 et 92, qui défend à juste

(e) *Exclusivité de l'action en garantie*

1266 A nos yeux cependant, le législateur règle exhaustivement la réparation des dommages en cas de livraison d'une chose défectueuse au moyen du régime de la garantie, de sorte à constituer une **lex specialis**,²²⁰⁰ à la fois par rapport à l'action contractuelle générale et par rapport l'action pour *culpa in contrahendo* en cas de violation du devoir d'information précontractuel à l'origine du défaut (*supra* n. 1257). En effet, la garantie pour les défauts incorpore l'obligation de réparer le dommage pour le manquement à un devoir précontractuel influençant le contenu des obligations contractuelles (*supra* n. 977). Dès lors, il n'y a plus lieu de parler de concours alternatif, mais d'exclusivité de l'action en garantie. Partant, s'agissant de la garantie pour les défauts dans le contrat d'entreprise (art. 367 ss CO), le TF refuse à raison au maître la faculté d'actionner l'entrepreneur selon les articles 97 ss CO.²²⁰¹ On ne distingue pas la raison pour laquelle il en irait différemment dans le contrat de vente. Dans le contrat d'entreprise comme dans la vente, l'action en garantie exclut l'action contractuelle générale.²²⁰² Il en va de même à l'égard de l'action en responsabilité précontractuelle visant la réparation d'un défaut et/ou du dommage qui en résulte, dont l'origine remonte à un comportement *in contrahendo* contraire à la bonne foi dans les affaires.²²⁰³

1267 Seule demeure réservée l'action en responsabilité pour ***culpa in contrahendo* en cas d'invalidation pour vice du consentement** (art. 23 ss CO). Cependant, il ne s'agit plus à proprement parler d'un cas de concours avec l'action contractuelle en exécution, puisque dans ce cas, la réparation du dommage suppose la ratification du contrat (*supra* n. 1260). Bref, si la personne lésée choisit de ratifier ou de maintenir le contrat malgré une violation (négligente ou dolosive) du devoir d'information précontractuel, elle ne pourra se prévaloir que de l'action en garantie – pour autant naturellement qu'elle en respecte les

titre la thèse selon laquelle l'art. 208 al. 3 CO permet la réparation du défaut lui-même, sous forme de dommages-intérêts, et de l'éventuel dommage consécutif au défaut, et ce peu importe que le contrat soit résolu ou non, pourvu que le vendeur ait commis une faute).

²²⁰⁰ Ainsi, en cas de dommages directs, l'art. 208 al. 2, 2^e phrase CO prévoit un régime de responsabilité objective (sans faute). En vertu de l'art. 208 al. 3 CO, le vendeur devra indemniser l'acheteur «*de tout dommage*» s'il a commis une faute, la preuve du contraire lui incombant (cf. ATF 77 II 135 c. 2a).

²²⁰¹ ATF 117 II 550 c. 4b/cc; ATF 100 II 30 c. 2.

²²⁰² Parmi d'autres, KOLLER, OR AT, p. 97; MÜLLER/BOUVERAT, n. 1558 et 1666.

²²⁰³ Dans ce sens ég. HARTMANN, n. 337.

conditions d'exercice. Si la violation du devoir d'information précontractuel provoque un vice du consentement, le choix de l'acheteur d'invalider le contrat l'empêche d'actionner le vendeur en responsabilité contractuelle.

(f) *Exclusivité de l'action précontractuelle*

- 1268 En l'absence de régime de garantie pour les défauts, le dommage résultant de la violation d'un devoir précontractuel sera réparable sur la base de la **seule responsabilité précontractuelle** (*supra* n. 1256). A défaut d'action en garantie concurrente, l'action contractuelle générale (art. 97 ss CO) – conformément à sa *ratio legis* – ne peut que procurer l'exécution du contrat conclu, en nature ou sous forme de dommages-intérêts, même si ce dernier est objectivement déséquilibré (*supra* n. 1252). Par exemple, lorsqu'un franchiseur n'informe pas de bonne foi que les perspectives de développement du marché local sont inexistantes et que par conséquent la contrepartie du droit d'entrée du franchisé («*Eintrittsgebühr*», «*upfront entry fee*»)²²⁰⁴ est nulle, ce dernier ne pourra actionner le franchiseur qu'en responsabilité pour *culpa in contrahendo*. En effet, on attend d'une franchise que celle-ci offre une plus-value, ou du moins, une perspective de développement en termes de chiffre d'affaires. Toutefois, une violation du devoir d'information (*supra* n. 592 ss) ne sera admise qu'à condition que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre du franchisé qu'il se soit procuré lui-même les éléments d'information qui lui aurait permis, soit de renoncer à la transaction, soit de négocier des conditions contractuelles en conséquence (devoir de se renseigner; *supra* n. 585 ss). Si les conditions de l'erreur essentielle (art. 23 s. CO) ou du dol (art. 28 CO) sont remplies, le franchisé pourra invalider le contrat et demander des dommages-intérêts à hauteur des dispositions prises²²⁰⁵ (*damnum emergens*) et des gains manqués (*lucrum cessans*) du fait de la confiance accordée dans la conclusion d'un contrat valable (dommage de confiance; *infra* n. 1457 ss).²²⁰⁶ Si les conditions pour une invalidation du contrat ne sont pas données ou que le franchisé choisit de ratifier le contrat en dépit du vice affectant le contrat (art. 31 al. 3 CO), il pourra demander des dommages-intérêts à hauteur de la différence entre l'exécution du contrat conclu et l'exécution du contrat hypothétique qui aurait

²²⁰⁴ MÜLLER, n. 3060.

²²⁰⁵ HARTMANN, n. 320.

²²⁰⁶ DRUEY, p. 352.

été conclu²²⁰⁷ sans la *culpa in contrahendo* du franchiseur. Cette solution est compatible avec celle préconisée par l'article 8 Loi type franchise (*supra* n. 1113).

D. Lettres d'intention

1. Introduction

1269 Avant la conclusion d'un contrat, les parties s'adonnent souvent à des discussions plus ou moins longues à propos de son opportunité et de ses termes. Il n'est pas rare que ces négociations orales soient ponctuées d'**instruments écrits**. Ces derniers font notamment état de points que les parties estiment importants pour le bon fonctionnement du processus dans lequel elles se sont engagées. Se pose alors la question délicate et controversée de l'effet juridique de ces documents et, partant, de la relation que ces derniers entretiennent avec la responsabilité précontractuelle.

1270 Renfermant des manifestations de volonté, les documents précontractuels sont notamment susceptibles, sinon de fonder une confiance légitime dans la conclusion certaine d'un contrat futur, du moins d'établir l'existence d'une **relation précontractuelle**. Ainsi, les documents précontractuels sont des instruments importants facilitant la preuve que l'une ou les deux parties sont ou étaient tenues de devoirs précontractuels dont la violation fautive oblige à réparer le préjudice causé. L'examen de la responsabilité précontractuelle en droit positif suisse ne peut donc faire l'impasse sur une analyse de ces manifestations d'intention écrites.²²⁰⁸

1271 Les négociations sont caractéristiques d'**opérations commerciales d'envergure**, notamment internationales. En effet, le commerce moderne ne se satisfait qu'exceptionnellement de la simple acceptation d'une offre préétablie pour la conclusion d'un contrat. Au contraire, la réalisation de grands projets d'investissement, de distribution de produits ou l'acquisition et la fusion d'entreprises à l'échelle internationale par exemple nécessitent presque toujours

²²⁰⁷ PIOTET, *Développements*, p. 373.

²²⁰⁸ N.B.: La présente analyse se base sur certaines conclusions déjà publiées dans MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 191 ss. Nous remercions chaleureusement notre Mentor et coauteur de la contribution précitée pour l'opportunité de publier certaines de nos recherches effectuées dans le cadre de l'élaboration de notre thèse.

des négociations substantielles en amont de la conclusion du contrat définitif. Dans le cadre d'opérations aussi complexes, passer de la négociation verbale à la conclusion d'un ou de plusieurs contrats englobant l'ensemble des rapports juridiques des parties relève de l'exceptionnel.²²⁰⁹

- 1272 Avant d'engager des frais importants dans une négociation à l'issue par définition incertaine, les parties ressentent souvent le besoin de s'assurer du **sérieux des intentions** du cocontractant prospectif. A cette fin, la pratique a développé différents instruments précontractuels permettant de gérer les risques inhérents à la conduite de négociations. La *lingua franca* du commerce international étant l'anglais, il n'est guère surprenant que ces instruments soient le plus souvent connus sous leur appellation anglophone, comme par exemple la «*Letter of Intent*», le «*Memorandum of Understanding*», les «*Heads of Agreement*» ou encore le «*Preliminary Agreement*».²²¹⁰
- 1273 La lettre d'intention proprement dite («*Letter of Intent*»; *infra* n. 1292 ss) n'est qu'un des documents qui jalonnent les négociations (*infra* n. 1275 ss). Toutefois, à défaut de consensus à propos de la terminologie utilisée pour décrire les réalités juridiques multiples que ces instruments précontractuels traduisent, le terme «lettre d'intention» sert de **dénomination générique** pour toute une série de documents précontractuels (*infra* n. 1280 ss).
- 1274 Après une brève présentation de la **notion** (*infra* n. 1275 ss), nous établirons une **typologie** des acceptions généralement reconnues à la lettre d'intention (*infra* n. 1280 ss). Nous vouerons notre attention à l'impact que les différents types de lettres d'intention peuvent avoir sur le régime de responsabilité, particulièrement en cas de rupture des négociations.

2. Notion

- 1275 Selon la jurisprudence du TF,²²¹¹ la lettre d'intention est un document incorporant une déclaration d'intention («*Absichtserklärung*»)²²¹² par laquelle

²²⁰⁹ MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 191.

²²¹⁰ PÉLOQUIN/ASSIÉ, p. 175 s.

²²¹¹ TF, SJ 2006 I 433, p. 435.

²²¹² Le terme «lettre d'intention» est une traduction littérale de «*Letter of Intent*». Chez nos collègues germanophones, l'expression anglaise «*Letter of Intent*» est d'utilisation courante pour désigner la lettre d'intention. Les puristes lui préfèrent toutefois le terme «*Absichtserklärung*».

une ou plusieurs personnes dénotent leur **intention d'entrer en négociations ou de les poursuivre** en vue de la conclusion d'un contrat.

- 1276 Il n'est pas rare que la lettre d'intention dresse l'inventaire des points sur lesquels les parties sont déjà tombées d'accord et celui des questions nécessitant encore d'être discutées.²²¹³ Le contenu et la portée d'une telle déclaration d'intention sont cependant à même de varier grandement au gré des cas d'espèces et la **délimitation** avec d'autres institutions, tels que le précontrat (promesse de contracter proprement dite; *supra* n. 567), voire le contrat final, doit toujours être examinée à l'aune des circonstances du cas concret.²²¹⁴ La question de savoir quels devoirs ou obligations résultent de la déclaration d'intention contenue dans une lettre d'intention est donc une problématique qui doit être résolue par voie d'interprétation, en tenant compte du cas d'espèce.²²¹⁵
- 1277 Les parties sont libres d'attribuer un effet obligatoire à une ou plusieurs clauses de la lettre d'intention (accord précontractuel obligatoire, «*Vorfeldvereinbarung*»; *infra* n. 1305). Cependant, même en l'absence de toute force obligatoire, la lettre d'intention constate leur volonté de négocier en vue de conclure un contrat. Quel que soit son contenu, la lettre d'intention fait donc au moins présumer une **volonté de négocier conformément aux règles de la bonne foi dans les affaires** (*infra* n. 1283 s.). Or, un manquement à ces règles est susceptible d'entraîner une responsabilité précontractuelle (*supra* n. 457).²²¹⁶ Naturellement, les parties ont le loisir de régler explicitement, dans les limites des dispositions impératives, les conditions de leur responsabilité.²²¹⁷ Les parties sont donc libres de s'imposer des obligations plus étendues que celles découlant du régime légal supplétif.²²¹⁸
- 1278 Au **sens littéral**, la lettre d'intention est une déclaration unilatérale incorporée dans une lettre («*letter*») par laquelle une partie fait part à une autre de son intention («*intent*») de conclure un contrat sous certaines conditions et d'ouvrir ou de poursuivre des négociations dans ce but (lettre d'intention proprement dite; *infra* n. 1292 ss).²²¹⁹ Lorsque la lettre d'intention est rédigée et signée par

²²¹³ SCHLOSSER, p. 346.

²²¹⁴ TF, SJ 2006 I 433, p. 435.

²²¹⁵ MONN, n. 436; SCHLOSSER, p. 35; MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 192

²²¹⁶ Cf. art. 2:301(2) PECL; art. II.-3:301(3) DCFR; art. 2.1.15(2) PICC.

²²¹⁷ MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 192.

²²¹⁸ TF, SJ 2006 I 433, p. 436; SCHLOSSER, p. 359 s.

²²¹⁹ TF, SJ 2006 I 433, p. 435; BK-KRAMER, n. 57 ad art. 22 CO.

une seule des parties au contrat projeté (lettre d'intention unilatérale; *infra* n. 1282 ss), elle sera le plus souvent accompagnée d'une demande du signataire d'«acceptation» ou de «confirmation» par le destinataire.²²²⁰

- 1279 Un **accord précontractuel** est à même de résulter de la déclaration d'approbation, respectivement de la contresignature du destinataire de la lettre d'intention. Selon son contenu, l'accord pourra alors être qualifié d'accord de principe, de «*Memorandum of Understanding*», d'«*Agreement in Principle*», de «*Heads of Agreement*» (*infra* n. 1298 ss), de «*Preliminary Agreement*» (*infra* n. 1305), de précontrat,²²²¹ voire même de contrat final (lettres d'intention improprement dites; *infra* n. 1295 ss).²²²² Bien qu'on l'appelle communément «lettre», la lettre d'intention est le plus fréquemment un document réciproque élaboré et signé par tous les cocontractants prospectifs (lettre d'intention multilatérale; *infra* n. 1286 ss). Au plan formel, ce document peut aller d'une simple déclaration jusqu'à un document contractuel complet.²²²³

3. Typologie

- 1280 Le terme générique «lettre d'intention» désigne divers types de documents précontractuels à même d'entraîner des conséquences juridiques très différentes.²²²⁴ Afin d'établir une typologie, nous distinguerons les catégories de lettres d'intention, d'abord selon la **réciprocité des intentions et/ou engagements** y figurant (*infra* n. 1281 ss) et, ensuite, selon le **contenu** (*infra* n. 1291 ss).

a) Selon la réciprocité

- 1281 Suivant qu'elle est (contre)signée par toutes les parties au rapport contractuel envisagé ou qu'elle est le fruit de l'une d'entre elles seulement, nous différencions la **lettre d'intention unilatérale** (*infra* n. 1282 ss) de la **lettre d'intention multilatérale** (*infra* n. 1286 ss).

²²²⁰ LUTTER, p. 10; MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 193.

²²²¹ ATF 140 III 200 4.2.

²²²² MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 193.

²²²³ MONN, n. 434.

²²²⁴ MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 193.

i. Lettre d'intention unilatérale

- 1282 La lettre d'intention signée par un seul des cocontractants prospectifs (ou de son représentant), avant une éventuelle acceptation ou confirmation du contenu par l'autre, est qualifiée de lettre d'intention unilatérale. A ce stade, elle est un document comprenant la **déclaration d'intention du signataire de conclure un contrat sous certaines conditions et d'entrer en négociations ou de les poursuivre dans ce but**. Une telle déclaration intervient souvent au début des négociations et sert à manifester un intérêt à la transaction future.²²²⁵
- 1283 La question suivante est naturellement celle de la portée juridique d'une lettre d'intention unilatérale. Abstraction faite d'une possible volonté de l'auteur de se lier par rapport à l'un ou l'autre aspect mentionné dans la lettre d'intention, cette dernière fait présumer **une volonté de négocier selon les règles de la bonne foi**.²²²⁶ C'est un point qui mérite d'être souligné, en particulier pour un cocontractant prospectif venant d'un ordre juridique qui ne reconnaît qu'exceptionnellement un devoir de se comporter de bonne foi au stade précontractuel, tel que la *Common law* anglaise (*supra* n. 855).²²²⁷ Dans les ordres juridiques de la *Civil law* en effet, l'existence d'une lettre d'intention aidera à établir une éventuelle responsabilité précontractuelle du signataire qui négocierait contrairement à la bonne foi.²²²⁸
- 1284 Suivant son contenu, la lettre d'intention unilatérale peut jouer un rôle déterminant en cas de rupture des négociations. En principe, chaque partie est libre de rompre les négociations entreprises en tout temps sans avoir à donner de raisons (*ius variandi*; *supra* n. 471). Cependant, lorsque la lettre d'intention contient une manifestation de volonté suffisamment précise pour être qualifiée d'**engagement de renonciation au *ius variandi***,²²²⁹ le signataire ne pourra rompre les négociations qu'à la condition qu'il puisse faire valoir un motif justifiant la rupture,²²³⁰ sauf à encourir une obligation de réparer le préjudice causé au cocontractant prospectif. En effet, s'il ressort de l'interprétation de la lettre d'intention que le signataire entendait être lié par sa manifestation de

²²²⁵ MONN, n. 440; MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 193.

²²²⁶ ISLER, p. 15; SCHLOSSER, p. 360.

²²²⁷ HONDIUS, *General Report*, p. 5.

²²²⁸ FONTAINE, *processus*, p. 236; MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 194.

²²²⁹ Cf. BK-KRAMER, n. 53 ad art. 22 CO; pour le *soft law*, art. II.-1:103(2) DCFR; 2:107 PECL; art. 4:107(1) ACQP.

²²³⁰ Cf. ROUILLER, p. 152.

volonté – à défaut même d'accord du destinataire («*einseitige Selbstbindung*»; *supra* n. 568) –, la lettre d'intention emporte une *obligation* de ne pas rompre sans motif légitime (promesse de contracter improprement dite).²²³¹ Une rupture des négociations sans motif légitime constitue dès lors un *venire contra factum proprium* justifiant une indemnisation²²³² sur la base de la responsabilité contractuelle (*supra* n. 568 s.).

- 1285 Selon son contenu, une lettre d'intention unilatérale pourra également tenir lieu d'**offre**.²²³³ Ce cas de figure est toutefois rare au début des négociations. Pour être qualifiée d'offre, la lettre d'intention doit d'abord exprimer clairement la volonté de l'auteur de se lier. En cas de doute quant à la volonté réelle de ce dernier, la volonté de se lier doit résulter d'une interprétation objective de la lettre d'intention, correspondant à ce qu'un destinataire raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait compris.²²³⁴ Ensuite, afin d'être qualifiée d'offre, la lettre d'intention doit de plus contenir tous les éléments essentiels à la formation d'un contrat.²²³⁵ En d'autres termes, elle doit comprendre tous les éléments objectivement et subjectivement essentiels de la convention envisagée.²²³⁶ En effet, «*l'offre doit avoir un contenu tel qu'il ne dépend plus que de son destinataire que le contrat soit conclu*».²²³⁷

ii. Lettre d'intention multilatérale

- 1286 Une lettre d'intention **signée ou contresignée par tous les cocontractants prospectifs** est une lettre d'intention multilatérale. «*On parle également de lettre d'intention «bilatérale», en présence de deux parties cocontractantes prospectives ou en référence à la réciprocité d'un accord généralement matérialisé par la contresignature de la lettre d'intention*».²²³⁸
- 1287 S'agissant de l'**effet juridique** de la lettre d'intention multilatérale, nous reprenons *mutatis mutandis* les considérations relatives la lettre d'intention unilatérale (*supra* n. 1282 ss.).

²²³¹ STARCK/ROLAND/BOYER, n. 95.

²²³² Cf. SCHLOSSER, p. 360 s.; PÉLOQUIN/ASSIÉ, p. 185; GHESTIN, n. 288.

²²³³ SCHLOSSER, p. 356; LUTTER, p. 19 s.

²²³⁴ Cf. not. ATF 130 III 554 c. 3.1; ATF 129 III 118 c. 2.5; KUONEN, n. 950; LUTTER, p. 19 s.; pour le *soft law*, art. 2:102 PECL; art. II.-4:102 DCFR.

²²³⁵ SCHLOSSER, p. 356 s.; GHESTIN, n. 201 ss; pour le *soft law*, cf. art. 2.1.2 PICC.

²²³⁶ MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 194.

²²³⁷ KUONEN, n. 780.

²²³⁸ MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 194.

- 1288 Abstraction faite d'un possible effet contractuel (*infra* n. 1298 ss), la lettre d'intention multilatérale fait d'abord présumer, de par sa seule existence, une **volonté de négocier conformément aux règles de la bonne foi** de tous les signataires.²²³⁹ Les dommages résultant d'une violation fautive par l'un des (contre)signataires des devoirs issus de la bonne foi seront réparables sur la base de la responsabilité pour *culpa in contrahendo* (*infra* n. 1297).²²⁴⁰
- 1289 Ensuite, lorsque la lettre d'intention multilatérale exprime clairement un engagement inconditionnel de renonciation (unilatérale ou multilatérale) au *ius variandi* (promesse de contracter improprement dite; *supra* n. 568), une responsabilité contractuelle pour la violation de l'**obligation de ne pas rompre sans motif légitime** entre en ligne de compte à chaque fois qu'un tel motif n'est pas fourni par la partie obligée. A moins d'une clause de réserve (*infra* n. 1303), la lettre d'intention multilatérale incorpore donc dans cette hypothèse un accord précontractuel obligatoire (*infra* n. 1305) relatif à la rupture des négociations.
- 1290 Par ailleurs, «[s]uivant qu'il puisse en être dégagée une **volonté des parties de se lier** par rapport à l'un ou l'autre point qui y figure, la [lettre d'intention] multilatérale peut emporter un effet contractuel. L'acte précontractuel pourra donc, d'après son contenu et sans s'arrêter à la dénomination choisie par les parties [(art. 18 al. 1 CO)] être qualifié non seulement de [lettre d'intention], mais également d'accord de principe («protocole d'accord», «procès-verbal de négociation», «Agreement in Principle», «Memorandum of Understanding», «Heads of Agreement»), [d'accord précontractuel obligatoire («Vorfeldvereinbarung»; «Preliminary Agreement»),] de contrat de négociation («accord-cadre de négociation»), voire de précontrat (promesse de contracter proprement dite) ou même de contrat final»²²⁴¹ (mise en évidence ajoutée).

b) Selon le contenu

- 1291 Selon le contenu, nous distinguons la **lettre d'intention proprement dite** (*infra* n. 1292 ss) des **lettres d'intention improprement dites** (*infra* n. 1295 ss).

²²³⁹ SCHLOSSER, p. 360.

²²⁴⁰ SCHLOSSER, p. 360; LUTTER, p. 65 s.; MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 194 s.

²²⁴¹ MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 195; cf. MONN, n. 434; KUONEN, n. 937; LUTTER, p. 25.

i. Lettre d'intention proprement dite

- 1292 Le sens littéral du terme «*Letter of Intent*» laisse deviner les éléments caractéristiques de la lettre d'intention proprement dite. Cette dernière est une déclaration comprise dans une lettre («*letter*») par laquelle une personne communique à une autre son intention sérieuse («*intent*»), mais non sa volonté ferme, de se lier juridiquement.²²⁴² La lettre d'intention proprement dite est donc une **déclaration unilatérale**²²⁴³ et **non contractuelle**.²²⁴⁴ Elle ne consigne l'intention que d'une seule personne et l'absence de volonté subjective de celle-ci d'entrer en relation contractuelle doit y être clairement exprimée ou, à défaut, doit ressortir d'une interprétation objective de son contenu.²²⁴⁵
- 1293 Le **contenu** d'une lettre d'intention proprement dite peut couvrir tout l'éventail de celui d'une lettre d'intention improprement dite (*infra* n. 1296 ss). Ainsi peut-elle consister en une simple invitation à négocier.²²⁴⁶ Elle peut toutefois également consigner des déclarations d'intention relatives à l'objet du contrat projeté,²²⁴⁷ au déroulement des négociations²²⁴⁸ ou à d'autres points ne se rapportant pas directement aux prestations du contrat projeté, tels que la résolution des litiges.²²⁴⁹
- 1294 Enfin, quoique la lettre d'intention proprement dite ne puisse pas revêtir la qualité d'une offre – une volonté de s'engager contractuellement en étant absente par définition – elle ne constitue pas moins un **document probant quant à l'existence d'une relation précontractuelle**. Etant unilatérale, elle ne consigne cependant que l'intention d'une seule partie. L'auteur recherché en responsabilité précontractuelle ne pourra donc nier sa volonté d'entrer dans une relation précontractuelle, ni celle de négocier conformément aux règles de la bonne foi (*supra* n. 535).²²⁵⁰

²²⁴² MONN, n. 437.

²²⁴³ LUTTER, p. 9.

²²⁴⁴ BK-KRAMER, n. 57 ad art. 22 CO.

²²⁴⁵ KUONEN, n. 1029; BK-KRAMER, n. 57 ad art. 22 CO; MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 195.

²²⁴⁶ TF, SJ 2006 I 433, p. 433.

²²⁴⁷ BK-KRAMER, n. 57 ad art. 22 CO.

²²⁴⁸ KUONEN, n. 1031.

²²⁴⁹ MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 195.

²²⁵⁰ *Ibid.*

ii. Lettres d'intention improprement dites

(a) Notion

1295 Le terme «lettre d'intention» est (improprement) utilisé en rapport avec toute sorte d'accords précontractuels. Le premier sert de **dénomination générique** pour les seconds. Le point de savoir quels droits et obligations résultent des manifestations de volonté contenues dans une lettre d'intention donnée ne peut pas être résolu abstraitement, mais doit au contraire faire l'objet d'une analyse du cas concret.²²⁵¹ C'est pourquoi, au sens large, une lettre d'intention est comprise comme étant tout document précontractuel qui a pour objet un accord relatif à la conclusion d'un contrat futur.²²⁵² Le terme «lettre d'intention» «est donc à même de couvrir un ensemble de réalités juridiques différentes, décrites par une terminologie propre, au sujet de laquelle il n'y a, par ailleurs, pas de consensus».²²⁵³ Nous nous livrons ci-après à l'essai d'une taxonomie élémentaire (*infra* n. 1296 ss).

(b) Accord d'entrée en négociation

1296 Tout d'abord, le **document par lequel les parties au contrat envisagé conviennent d'entrer en négociations** est parfois qualifié de «lettre d'intention». Ce document peut évoquer la conclusion d'un contrat, ainsi qu'établir les bases pour sa négociation, sans pour autant comprendre un engagement particulier pour les signataires.²²⁵⁴ Même lorsque la lettre d'intention est rédigée de façon à exclure toute obligation de conclure, sa simple existence permet toutefois de dater le début d'une relation précontractuelle.²²⁵⁵

1297 L'accord d'entrée en négociation revêt donc une **fonction probatoire** importante, puisqu'il témoigne de l'existence de négociations générant des devoirs précontractuels dont la violation est sanctionnée par la responsabilité précontractuelle (*supra* n. 1288).²²⁵⁶

²²⁵¹ MONN, n. 436.

²²⁵² ISLER, p. 4 s.

²²⁵³ MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 196.

²²⁵⁴ *Ibid.*

²²⁵⁵ MARCHAND, *Clauses contractuelles*, p. 49 s.

²²⁵⁶ ATF 121 III 350 c. 6c; ATF 116 II 695 c. 3; ATF 105 II 75 c. 2a.

(c) *Accord de principe*

1298 Ensuite, il est parfois question de «lettre d'intention» s'agissant d'un accord de principe («protocole d'accord», «procès-verbal de négociation», «*Agreement in Principle*», «*Memorandum of Understanding*», «*Heads of Agreement*»).²²⁵⁷ L'accord de principe est un document précontractuel dans lequel deux ou plusieurs parties dressent une **liste des points sur lesquels elles se sont mises d'accord** à une étape de la négociation.²²⁵⁸ Il s'agit d'un «*accord qui consacre un consentement mutuel sur le principe du contrat projeté, sans nécessairement en contenir les éléments essentiels*».²²⁵⁹

1299 Par conséquent, les parties doivent au moins s'être mises d'accord sur **deux points**, à savoir:

(i) le genre de contrat qu'elles projettent de conclure; et

(ii) le fait qu'elles entendent continuer de négocier sur certains points qui figureront dans le contrat final.²²⁶⁰

1300 Un tel accord de principe contient donc au moins implicitement une **obligation réciproque de négocier** sur les points à propos desquels un accord n'a pas encore été trouvé.²²⁶¹ Cet accord de principe vaut donc pour ainsi dire contrat de négociation (*infra* n. 1305) *de minimis*. L'obligation de négocier auquel ce dernier se résume consiste en une simple obligation de moyens et ne comprend aucunement une obligation de contracter.²²⁶² Les parties s'engagent simplement à négocier sérieusement et à rechercher un accord. Lorsqu'il devient manifeste que ces dernières ne peuvent se mettre d'accord, l'obligation en question n'impose pas non plus la poursuite des négociations.²²⁶³ Une exécution forcée de négocier, à supposer qu'elle soit praticable, n'a guère de sens, car l'obligation de négocier emporte ni une obligation de conclure, ni même un engagement à renoncer au droit de changer d'avis sans motifs (promesse de contracter improprement dite). Partant, le créancier n'aurait aucun intérêt économique à forcer l'autre partie à négocier, sachant qu'une négociation imposée n'a que peu

²²⁵⁷ MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 196.

²²⁵⁸ MARCHAND, *Clauses contractuelles*, p. 53.

²²⁵⁹ KUONEN, n. 973.

²²⁶⁰ KUONEN, n. 974 s.

²²⁶¹ KUONEN, n. 976; GHESTIN, n. 241.

²²⁶² STARCK/ROLAND/BOYER, n. 347; SCHMIDT-SZALEWSKI, *La force obligatoire*, RTD civ. 2000, p. 32.

²²⁶³ KUONEN, n. 886 ss.

de chances d'aboutir.²²⁶⁴ En effet, on ne peut pas contraindre une personne à une négociation dont elle ne veut pas. Seule une obligation de verser des dommages-intérêts est susceptible de sanctionner la violation de l'obligation de négocier. L'accord de principe ne fait donc qu'élever au rang d'*obligation* (contractuelle) le devoir précontractuel de négocier sérieusement, conformément à ses intentions véritables (*supra* n. 535 ss). Ainsi, la partie à un accord de principe dont les intentions changent a l'obligation d'en informer son partenaire, et, le cas échéant, de rompre immédiatement les négociations. Si elle tarde à s'exécuter en continuant à négocier sans mot dire, les dommages en résultant seront réparables au moyen de l'action *contractuelle* (art. 97 ss CO), puisque l'accord de principe est un contrat de négociation de *minimis* incorporant – au moins (*infra* n. 1301 ss) – une obligation réciproque de négocier sérieusement, conformément à ses intentions véritables. Le délai de prescription plus long (art. 127 CO) par rapport à l'action précontractuelle (art. 60 CO) est un des avantages qu'en retire la partie lésée.

- 1301 Un accord de principe peut être convenu à n'importe quel stade de la négociation. Le plus fréquemment, la liste des questions sur lesquelles l'on est tombé d'accord s'allongera à mesure de l'avancement des négociations. Or, plus cette liste est détaillée, plus il y a un risque qu'un **accord sur les éléments objectivement et subjectivement essentiels** d'un contrat soit retenu par la juridiction à laquelle l'accord de principe est soumis.²²⁶⁵
- 1302 Etant donné que la volonté de se lier peut au besoin résulter d'une interprétation objective des manifestations de volonté (*supra* n. 1290),²²⁶⁶ une **requalification** de l'accord de principe en précontrat (promesse de contracter proprement dite), voire en contrat final, est un risque que l'on aurait tort d'ignorer.²²⁶⁷
- 1303 Quand bien même le texte serait rédigé de façon à en atténuer l'effet obligatoire (utilisation du conditionnel, du «*may*» dans les documents en anglais, etc.), la partie ne désirant pas s'engager prendra soin de ne pas signer un tel document sans y faire figurer une **clause de réserve**. «*Une telle clause peut prendre la forme d'une réserve quant à un point subjectivement essentiel ou une forme spécifique pour la conclusion du contrat, d'une clause «subject to contract» ou*

²²⁶⁴ Dans ce sens ég., SCHMIDT-SZALEWSKI, *La force obligatoire*, RTD civ. 2000, p. 32; KUONEN, n. 925.

²²⁶⁵ MARCHAND, *Clauses contractuelles*, p. 54.

²²⁶⁶ KUONEN, n. 982.

²²⁶⁷ MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 197.

*de toute autre réserve expresse du caractère non contractuel du document».*²²⁶⁸

Sans clause de réserve, l'accord des parties sur les éléments essentiels rend l'accord de principe obligatoire pour les parties (*infra* n. 1305),²²⁶⁹ lorsqu'une interprétation objective du document permet de dégager une *volonté des parties de s'engager* juridiquement.

- 1304 Même si la lettre d'intention ne contient objectivement que de simples **déclarations d'intention concordantes sur les points essentiels d'un contrat futur**, il est contraire à la bonne foi de refuser au dernier moment et sans motif légitime d'accomplir les actes requis pour la perfection du contrat. La lettre d'intention crée en effet des attentes dans ce sens. Sauf convention contraire, un tel manquement au devoir de ne pas rompre sans motif légitime tombera dans cette hypothèse sous l'empire de la responsabilité *précontractuelle* (*supra* n. 572).²²⁷⁰

(d) *Accord précontractuel obligatoire*

- 1305 Enfin, une lettre d'intention peut également valoir accord précontractuel obligatoire («*Vorfeldvereinbarung*», «*Preliminary Agreement*»). Les parties à un tel accord s'entendent le plus souvent sur des questions qui ne concernent pas directement le contenu du contrat final («contrat de négociation», «accord-cadre de négociation», «*Verhandlungsvertrag*», «*Verhandlungssabrede*»). Ainsi, il n'est pas rare que les parties conviennent du déroulement des négociations au moyen de clauses de confidentialité («*confidentiality clause*»), d'exclusivité («*lock-out agreement*»), de renonciation au *ius variandi* (*supra* n. 474), limitative de responsabilité précontractuelle, etc. Sans clause de réserve, l'accord sur ces points a un **effet obligatoire** (*supra* n. 1303).²²⁷¹ L'inexécution des obligations stipulées dans l'accord précontractuel obligatoire sera soumise au régime de la responsabilité contractuelle. Dans le même ordre d'idées, les parties peuvent avoir convenu d'un mode alternatif de résolution des litiges. Le

²²⁶⁸ *Ibid.*

²²⁶⁹ Arrêt du TF 4C.22/2006 du 05.05.2006, c. 6.2; MARCHAND, *Clauses contractuelles*, p. 54 et 58; art. 2.1.13 PICC.

²²⁷⁰ ATF 140 III 200 c. 5.2; ATF 117 II 259 c. 2c; arrêt du TF 4A_615/2010 du 14.01.2011, c. 4.1.1; arrêt du TF 4C.152/2001 du 29.10.2001, c. 3a; dans le cadre d'une vente immobilière, TC VS, RVJ 1996 232, p. 235 s.; GONZENBACH, p. 98; pour le *soft law*, art. 6 al. 3 Projet GANDOLFI.

²²⁷¹ KUONEN, n. 979.

cas échéant, une convention d'arbitrage est à même de résulter d'une lettre d'intention, pour autant que les parties y aient manifesté sans réserve leur volonté d'être juridiquement liées par un accord sur les points objectivement et subjectivement essentiels d'une telle convention.²²⁷²

E. Conclusions intermédiaires

- 1306 La controverse autour de la **nature** de la responsabilité précontractuelle a une importance pratique directe, sachant le régime applicable à la responsabilité en question est fonction de la théorie retenue.
- 1307 Les **théories proprement contractuelles** doivent être rejetées. Soit elles sont incapables d'appréhender l'ensemble des hypothèses génératrices de responsabilité précontractuelle, soit elles reposent sur une pure fiction de contrat. La **théorie quasi-contractuelle**, faute de fondement légal donnant naissance à une obligation primaire de se comporter de bonne foi, ne permet pas non plus l'application du régime dit contractuel à la responsabilité précontractuelle. Il faut donc admettre que les modalités de la responsabilité précontractuelle ne sauraient suivre celles de la responsabilité contractuelle en vertu des théories (quasi-)contractuelles. La responsabilité précontractuelle n'obéit pas *ipso iure* à la constante selon laquelle **(i)** la faute est présumée conformément à l'article 97 CO, **(ii)** la responsabilité pour le fait des auxiliaires est régie par l'article 101 CO et **(iii)** l'action en responsabilité se prescrit selon les règles des articles 127 ss CO.
- 1308 En dehors du fait que l'article 55 CO constitue une modalité inadaptée au régime de la responsabilité précontractuelle, cette dernière ne peut **pas être considérée en toute hypothèse comme une responsabilité aquilienne**. La responsabilité délictuelle classique est encore tributaire de la théorie objective de l'illicéité qui requiert – en cas de dommages purement économiques – la violation d'une norme de comportement concrète destinée à protéger l'intérêt touché. L'article 2 al. 1 CC n'est pas une norme de protection concrète propre à entraîner une responsabilité basée sur l'article 41 CO. Or, en l'absence d'une telle norme, il n'y a pas d'illicéité. Pour néanmoins admettre l'applicabilité de l'article 41 CO, il ne reste guère d'autres choix que de considérer les devoirs précontractuels non écrits soit comme des normes de protection, soit comme des concrétisations particulières d'un devoir de diligence abstrait découlant

²²⁷² Cf. MÜLLER/RISKE, *La convention d'arbitrage par lettre d'intention*, p. 198 ss.

implicitement de l'article 41 CO. De telles conceptions doivent être rejetées, car elles portent une trop grande atteinte à la prévisibilité juridique. Une application de l'article 41 CO à la responsabilité précontractuelle reste soumise au préalable de l'élargissement de la notion d'illicéité. Sauf donc à remettre en cause la théorie objective de l'illicéité, les modalités de la responsabilité précontractuelle ne sauraient suivre la constante du régime de la responsabilité pour faute classique selon lequel (i) il appartient à la victime de prouver la faute en vertu de l'article 41 al. 1 CO, (ii) la responsabilité pour le fait des auxiliaires est régie par l'article 55 CO et (iii) l'action en responsabilité se prescrit conformément à l'article 60 CO.

- 1309 Si une approche pragmatique quant aux modalités de la responsabilité est séduisante – puisqu'elle permet l'application à une hypothèse donnée des règles les plus appropriées – elle fait abstraction du fait que l'ordre juridique suisse prévoit un corps de règles différent selon la source du devoir considéré. Une saine logique juridique consiste d'abord à qualifier la nature juridique de la situation de fait afin de déterminer ensuite le régime juridique applicable, et non l'inverse. Avec d'autres,²²⁷³ il nous paraît critiquable de faire **abstraction de la nature** de la responsabilité précontractuelle pour lui appliquer les règles les plus adéquates au mépris du système voulu par le législateur. Si un régime spécifique de modalités doit être retenu eu égard à la singularité de la responsabilité précontractuelle, seule une modification législative a la légitimité d'y pourvoir. Partant, sans un régime codifié applicable à toutes les hypothèses génératrices de responsabilité précontractuelle, les justiciables sont laissés dans l'incertitude quant aux modalités applicables dans le cas d'espèce. Assurément, un «régime» de responsabilité dont la concrétisation est laissée à l'unique appréciation du tribunal en fonction des circonstances doit être rejeté. C'est pourquoi le TF s'est employé à dégager un régime *de minimis* de modalités «sur mesure» pour la responsabilité précontractuelle (la responsabilité pour le fait des auxiliaires est régie par l'art. 101 CO, l'action en réparation se prescrit selon l'art. 60 CO). Cherchant à dépasser ses hésitations précédentes quant à sa nature juridique, la jurisprudence a toutefois élaboré une solution pragmatique plus que juridique. En effet, la justification du TF quant aux modalités applicables à la responsabilité précontractuelle relève plus de considérations de politique juridique que de réflexions dogmatiques. Enfin, certaines problématiques

²²⁷³ Not. KUONEN, n. 1106 s.

demeurent en suspens. La question de la répartition du fardeau de la preuve de la faute par exemple n'est pas définitivement tranchée.²²⁷⁴

- 1310 La problématique issue de l'absence de fondement légal ne fait que s'accroître au stade de l'analyse de la **responsabilité fondée sur la confiance**. Cette institution est née d'une généralisation de certains principes propres à la responsabilité précontractuelle pour investir le domaine des contacts sociaux factuels. Le concept d'un rapport spécial de confiance existant en dehors des relations précontractuelles est incapable de circonscrire la responsabilité à certaines situations de confiance particulières, puisqu'en définitive c'est la confiance elle-même qui forme le rapport en question. La responsabilité fondée sur la confiance ne trouve pas de fondement juridique suffisant dans la seule situation de confiance trompée, car cette dernière se trouve à l'origine de l'idée même de responsabilité.
- 1311 Vu qu'une extension des notions de délit, de contrat, ou de la bonne foi a été écartée par la jurisprudence au profit d'un concept de responsabilité ne donnant pas satisfaction quant à la sécurité juridique et à sa prévisibilité, une **intervention législative** dans le domaine de la responsabilité fondée sur la confiance est nécessaire. Eu égard au caractère hétérogène des hypothèses génératrices de responsabilité, nous préconisons toutefois une approche différenciée (*infra* n. 1429). Nous défendons la thèse de la nécessité de la codification d'une clause générale de responsabilité précontractuelle à côté d'une consécration légale d'une norme de protection concrète pour les autres hypothèses tombant aujourd'hui sous le coup de l'institution générale de la responsabilité fondée sur la confiance. Des régimes distincts doivent s'appliquer suivant que l'on se trouve dans la première ou la seconde éventualité, selon leur nature respective: extracontractuelle autonome pour la première, aquilienne proprement dite pour la seconde.
- 1312 La responsabilité précontractuelle étant de nature extracontractuelle autonome, elle ne peut pas être réduite à une simple expression de la responsabilité aquilienne. Par conséquent, elle ne peut **pas être absorbée** par cette dernière. A l'inverse, il faut **admettre un concours alternatif** entre les responsabilités aquilienne et précontractuelle à chaque fois qu'une norme concrète ayant pour but la protection du patrimoine en tant que tel est violée au cours de la phase menant à la conclusion d'un contrat. Par contre, nous sommes plus réservés

²²⁷⁴ L'Obergericht lucernois a admis le renversement du fardeau de la preuve de la faute (OGer LU, RJB/ZBVJ 1996, p. 416 ss, p. 419).

quant à l'idée d'étendre le concours alternatif aux cas d'atteintes aux droits absolus, la responsabilité précontractuelle ayant comme vocation première la réparation de dommages purement économiques. S'agissant de dommages corporels en particulier, le devoir de protection contre les atteintes à l'intégrité physique n'est pas typique de la relation précontractuelle. Concernant les dommages matériels toutefois, le concours alternatif avec la responsabilité précontractuelle doit être admis en cas d'atteintes aux biens facilitant la conclusion du contrat, tels que des échantillons ou des modèles. En dehors de ce cadre strict, la réparation des atteintes aux droits absolus sur la base de la responsabilité précontractuelle revient à étendre son champ d'application au-delà des dommages typiquement précontractuels. Bien que réticents à une telle extension, nous reconnaissons le bien-fondé du motif de politique juridique sous-jacent présidant à cette conception, à savoir une meilleure protection de la partie lésée.

1313 Les questions d'absorption et de concours avec la **responsabilité contractuelle** se posent lorsqu'un devoir précontractuel est violé, mais que le contrat est valablement conclu et produit ses effets.

1314 Une saine dogmatique s'oppose ici aussi au principe d'un **rapport d'absorption** entre responsabilités de natures différentes. La responsabilité contractuelle générale (art. 97 ss CO) ne saurait absorber la responsabilité extracontractuelle autonome qu'est la responsabilité précontractuelle. Partant, la source du devoir générique de bonne foi soumis à responsabilité se trouve dans la conclusion du contrat dans le premier cas, alors que dans le second, c'est l'entame d'une relation précontractuelle qui génère le devoir fondamental de bonne foi. Le fait que la relation précontractuelle a finalement abouti à une relation contractuelle n'y change rien. Un devoir contractuel ne saurait rétroactivement acquérir la qualité de devoir précontractuel, pas plus qu'un devoir précontractuel ne se transforme automatiquement en devoir contractuel par la seule conclusion du contrat, quand bien même le devoir contractuel puisse en avoir la même teneur selon la volonté des parties dans le cas d'espèce. Ensuite et surtout, la responsabilité contractuelle ne peut pas absorber la responsabilité précontractuelle, puisque la première ne procure par principe que l'exécution du contrat conclu et non pas l'équivalent du contrat qui aurait été conclu sans la *culpa in contrahendo*. Quant à la responsabilité précontractuelle, lorsqu'un contrat valable a été conclu, elle vise précisément la réparation du dommage causé par la *culpa in contrahendo*, soit notamment la différence entre l'exécution du contrat conclu et l'exécution du contrat hypothétique qui aurait été conclu sans la faute précontractuelle. L'article 31 al. 3 CO consacre

d'ailleurs le principe du droit à une réparation indépendante de celle dont la personne lésée pourrait se prévaloir en vertu du contrat maintenu malgré la *culpa in contrahendo*.

- 1315 Le principe suivant lequel la responsabilité contractuelle générale (art. 97 ss CO) ne vise à procurer que l'exécution du contrat, en nature ou sous forme de dommages-intérêts – même si ce dernier se trouve être déséquilibré dû à un comportement précontractuel fautif – justifie également l'**absence de concours alternatif** entre l'action fondée sur les articles 97 ss CO et l'action en responsabilité pour *culpa in contrahendo*. Les dommages que ces actions respectives visent à réparer ne sont pas les mêmes. Ainsi, il n'y aura pas concours, mais cumul d'actions, lorsqu'une inexécution contractuelle s'ajoute à une *culpa in contrahendo*.
- 1316 En **principe**, il n'y a donc ni absorption, ni concours alternatif, mais **exclusion de la responsabilité contractuelle en faveur de la responsabilité précontractuelle** lorsqu'un devoir précontractuel est violé, mais que le contrat est valablement conclu et produit ses effets.
- 1317 **Exceptionnellement, un concours alternatif est envisageable** lorsqu'un comportement *in contrahendo* fautif est sanctionné à la fois par la responsabilité précontractuelle et un régime contractuel spécial visant à corriger le déséquilibre entre les prestations contractuelles qui en est la conséquence.
- 1318 Les **régimes contractuels spéciaux** de la garantie pour les défauts dans les contrats de vente (art. 197 ss CO) et d'entreprise (art. 367 ss CO) et de la non-conformité dans la vente internationale de marchandises (art. 35 ss CVIM) tiennent compte des comportements précontractuels fautifs dans la mesure où ces derniers sont à l'origine du défaut. En effet, l'appel en garantie trouve souvent sa racine dans la violation d'un devoir précontractuel d'information, puisqu'il n'y a pas lieu de garantir les défauts dont l'acheteur avait été préalablement informé. Une absence ou une insuffisance d'information, ainsi qu'une information fausse ou trompeuse avant la conclusion du contrat sont toutes susceptibles d'être à l'origine de défauts consistant dans l'absence d'une qualité expressément promise ou raisonnablement attendue.
- 1319 Si la violation du devoir d'information précontractuel provoque un **vice du consentement** dans le chef du cocontractant, l'action pour *culpa in contrahendo* est en **concours alternatif** avec l'action contractuelle spéciale. Cependant, le concours est **restreint** à deux égards. Premièrement, la partie lésée n'aura le choix entre l'action en responsabilité précontractuelle pour vices du consentement (art. 23 ss CO en relation avec l'art. 31 CO) et l'action

contractuelle spéciale (art. 197 ss CO, art. 367 ss CO ou 35 ss CVIM) que si elle respecte les conditions d'exercice de cette dernière. Deuxièmement, son choix pour l'un ou l'autre des fondements est définitif. La personne lésée ne peut pas conclure, à titre principal, à un droit tiré de l'action contractuelle spéciale, et, à titre subsidiaire, à la réparation du dommage résultant de l'invalidité du contrat, ou l'inverse. S'il choisit l'invalidation pour vice du consentement, elle ne pourra plus se prévaloir de l'action contractuelle spéciale, puisque celle-ci suppose un contrat valablement formé. Si la personne lésée choisit de ratifier le contrat malgré une violation négligente ou dolosive du devoir d'information précontractuel, elle ne pourra plus se prévaloir que des droits tirés de l'action contractuelle spéciale, en tant que cette dernière constitue une *lex specialis* par rapport à l'action en réparation des dommages résultant de la *culpa in contrahendo* (art. 31 al. 3 CO).

1320 Lorsque la violation du devoir d'information précontractuel, **sans provoquer de vice du consentement**, est néanmoins à l'origine de l'absence d'une qualité promise ou attendue, la réparation des dommages qui en résulte se fait, le cas échéant, sur la base de la seule action contractuelle spéciale (garantie pour les défauts, respectivement non-conformité des marchandises au sens de la CVIM), dont les conditions d'exercice doivent naturellement être remplies. L'action contractuelle spéciale constitue une *lex specialis*, non seulement par rapport à l'action contractuelle générale (art. 97 ss CO), mais aussi à l'égard de la responsabilité précontractuelle. En effet, les régimes contractuels spéciaux, contrairement au régime contractuel général, permettent – au moyen de l'action minutoire – l'adaptation du contrat à celui qui aurait été conclu sans la violation du devoir d'information précontractuel. En outre, sauf à rendre illusoires les règles sur la garantie, cette dernière doit régir seule – à l'exclusion donc de la responsabilité précontractuelle – l'adaptation ou la résolution du contrat entre les parties et/ou la réparation des dommages causés. Ainsi, l'action en garantie exclut l'action précontractuelle lorsque, par manque d'informations ou de fausses informations sur l'objet du contrat, des attentes spécifiques quant à la prestation promise sont éveillées, mais qui, ensuite, ne sont pas satisfaites au vu de la chose effectivement livrée. Il en va de même pour l'action spéciale basée sur la CVIM qui régit seule les prétentions contractuelles lorsqu'elle s'applique.

1321 **En l'absence de régime contractuel spécial** applicable au cas d'espèce, l'action en responsabilité précontractuelle s'applique à **l'exclusion de l'action contractuelle générale**, conformément au principe général. Enfin, un éventuel concours alternatif avec la responsabilité aquilienne demeure réservé en tout état de cause.

- 1322 Les grandes transactions commerciales sont le plus souvent le fruit de négociations extensives nécessitant des investissements précontractuels importants, en termes de récolte d'informations notamment. Dans ce contexte, il est naturel et judicieux que les cocontractants prospectifs cherchent à s'assurer du **sérieux des intentions** de leur partenaire à mesure de l'avancement des négociations et de l'augmentation du risque patrimonial lié à leur éventuel échec. Il n'est pas rare que la phase précontractuelle soit jalonnée de divers instruments précontractuels élaborés par la pratique entraînant des conséquences juridiques différentes, tous cherchant cependant à canaliser les risques inhérents à la conduite de négociations.
- 1323 A défaut de consensus autour de la terminologie utilisée pour décrire ces réalités juridiques multiples, le terme «**lettre d'intention**» sert de **dénomination générique pour toutes sortes de documents précontractuels** emportant des effets juridiques différents. Plus qu'ailleurs, la question de la portée juridique des manifestations de volonté contenues dans une lettre d'intention doit être résolue par voie d'interprétation, notamment en prêtant une attention particulière à ne pas s'arrêter à la dénomination choisie par le(s) signataire(s) (art. 18 al. 1 CO).
- 1324 Au sens propre toutefois, une lettre d'intention, conformément à sa signification littérale («*Letter of Intent*»), est une **déclaration écrite unilatérale non contractuelle** par laquelle une partie communique à une autre son intention sérieuse, mais non sa volonté ferme, de s'engager juridiquement (lettre d'intention proprement dite). Elle n'en revêt pas moins une fonction probatoire importante quant à l'existence d'une relation précontractuelle. Le signataire ne pourra nier la date de son entrée en contact en vue de conclure en contrat. A moins de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable, il ne pourra se soustraire à une responsabilité précontractuelle s'il cause un dommage par un comportement contraire aux règles de la bonne foi dans les affaires.
- 1325 Lorsqu'il se dégage de la lettre d'intention unilatérale une volonté (réelle ou normative) de se lier par rapport un ou plusieurs points qui y sont consignés, la lettre d'intention quitte le domaine de la simple déclaration d'intention pour investir le champ de l'**acte obligationnel unilatéral** («*einseitige Selbstbindung*»). Ainsi, selon son contenu, la lettre d'intention (improprement dite) est à même de renfermer un engagement unilatéral de renonciation au droit de changer d'avis sans motif quant à la conclusion du contrat envisagé (promesse de contracter improprement dite). Le signataire qui rompt les négociations sans fournir de motif légitime viole alors l'engagement pris dans la

lettre d'intention et sera tenu de réparer le dommage en résultant en vertu des articles 97 ss CO.

- 1326 Une lettre d'intention élaborée et/ou (contre)signée par toutes les parties contractantes prospectives est comprise comme un document précontractuel qui a pour objet un **accord relatif à la conclusion d'un contrat futur** (lettre d'intention multilatérale).
- 1327 Si les parties se contentent de convenir d'entrer en négociation dans leur lettre d'intention (improprement dite), cet **accord d'entrée en négociation** n'implique aucune obligation particulière. A l'instar de la lettre d'intention proprement dite, la seule existence d'une lettre d'intention multilatérale témoigne cependant d'une relation précontractuelle générant un devoir fondamental pour les parties de se comporter de bonne foi. Le manquement à un devoir spécifique qui en découle sera sanctionné par la responsabilité précontractuelle.
- 1328 Si les parties se mettent d'accord sur le genre de contrat qu'elles projettent de conclure et sur le fait qu'elles entendent continuer de négocier sur les points encore controversés, leur lettre d'intention est à qualifier d'**accord de principe**. Ce dernier renferme au moins une obligation implicite de négocier, dont la teneur correspond au devoir précontractuel de négocier sérieusement, conformément à ses intentions véritables. La réparation du dommage résultant de sa violation sera réparable au moyen de l'action contractuelle (art. 97 ss CO).
- 1329 En outre, à mesure de l'avancement des négociations, un accord de principe peut contenir une liste de plus en plus détaillée de points sur lesquels les parties se sont déjà mises d'accord. Sans clause de réserve quant au caractère non contractuel de la lettre d'intention, l'accord des parties sur les éléments essentiels d'un **engagement contractuel** quelconque rend la lettre d'intention obligatoire pour ces dernières, puisqu'une volonté de se lier juridiquement peut au besoin ressortir d'une interprétation objective des manifestations de volonté. Le cas échéant, si l'accord de principe couvre tous les éléments objectivement et subjectivement essentiels du contrat envisagé, la lettre d'intention court le danger d'être requalifiée en précontrat ou en contrat définitif.
- 1330 Toutefois, même si la lettre d'intention ne contient objectivement que de simples **déclarations d'intention concordantes sur les points subjectivement et objectivement essentiels d'un contrat futur**, il est contraire à la bonne foi de rompre les négociations sans motif légitime. Dans ce cas de figure en effet, la lettre d'intention crée des attentes légitimes quant à la conclusion effective du contrat. A ce stade, les parties prudentes, désireuses de s'aménager la

possibilité de rompre les négociations sans avoir à donner de motif, prendront soin d'exclure conventionnellement une responsabilité précontractuelle qui, sinon, pourrait leur être imputée.

- 1331 Une lettre d'intention peut également contenir des points qui ne concernent pas directement le contenu du contrat définitif, mais le déroulement des négociations. L'accord sur une clause de confidentialité, d'exclusivité, de renonciation au *ius variandi*, ou limitative de responsabilité précontractuelle par exemple, a un effet contractuel obligatoire, pour autant qu'une volonté de s'engager juridiquement sur les éléments essentiels de telles clauses puisse être déduite de l'interprétation des manifestations de volonté. Sauf clause de réserve, une lettre d'intention (contre)signée par les cocontractants prospectifs peut donc également revêtir la qualité de **contrat de négociation**.
- 1332 En définitive, même en l'absence de toute volonté réelle ou normative d'être juridiquement lié par l'un ou l'autre point qui y figure, la lettre d'intention (unilatérale ou multilatérale) revêt une **fonction probatoire** importante quant à l'existence d'une relation précontractuelle. Ainsi, la partie lésée par la violation d'un devoir précontractuel aura à disposition, sous forme documentaire, un des éléments de preuve nécessaires à l'établissement d'une responsabilité précontractuelle.

II. Responsabilité précontractuelle *de lege ferenda*

A. Introduction

1333 L'examen de la responsabilité précontractuelle de *lege ferenda* ne peut guère se passer d'une analyse des solutions préconisées par l'«**Avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile**» (*infra* n. 1334 ss) et le «**Code des obligations suisse 2020: Projet relatif à une nouvelle partie générale**» (*infra* n. 1374 ss). Fort des conclusions tirées, nous proposerons d'intégrer dans le CO une **clause générale de responsabilité précontractuelle** (*infra* n. 1414 ss). Des **conclusions intermédiaires** viendront clore la présente section (*infra* n. 1521 ss).

B. Avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile (AP WIDMER/WESSNER)

1. Introduction

1334 Après un aperçu **historique** de la genèse et du destin de l'«*Avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile*» (AP WIDMER/WESSNER) (*infra* n. 1335 ss), nous dresserons d'abord une esquisse du **contenu** de l'AP WIDMER/WESSNER (*infra* n. 1341 ss) et de son **impact** (*infra* n. 1352 ss), pour nous consacrer ensuite à l'**intégration de la responsabilité fondée sur la confiance dans la responsabilité délictuelle** (*infra* n. 1356 ss).

2. Historique

1335 Bien que les premières **impulsions** pour une réforme approfondie du droit de la responsabilité civile remontent au début du siècle passé,²²⁷⁵ ce sont les 101^e assises de la *Société suisse des juristes*, réunies à Neuchâtel en 1967, qui contribuèrent à mettre au premier plan cette question de politique législative. En effet, c'est dans le «*Manifeste de Neuchâtel*», adopté à l'occasion des assises de 1967, que se trouvent les racines de l'AP WIDMER/WESSNER. L'appel lancé au Conseil fédéral et au Parlement à l'occasion de l'assemblée de Neuchâtel

²²⁷⁵ Cf. le rapport présenté au Congrès annuel de la *Société suisse des juristes* en 1903 par CARL CHRISTOPH BURCKHARD, *Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht*, in: RDS/ZSR 1903, p. 469 ss.

exprima «le vœu que soit unifié le droit de la responsabilité actuellement dispersé dans un trop grand nombre de textes. Il s'agirait de revoir le fond du problème pour améliorer les solutions en vigueur».²²⁷⁶

1336 Il faudra toutefois attendre le désastre écologique de *Schweizerhalle* de 1986²²⁷⁷ pour que le projet d'une réforme du droit de la responsabilité civile reçoive un véritable **appui politique** des Chambres fédérales. L'incident de *Schweizerhalle* a servi de rappel au monde politique que la révision de la responsabilité civile figurait au programme législatif du Conseil fédéral dès le début des années septante déjà, suite au *Manifeste de Neuchâtel*.

1337 C'est donc en réponse à d'importantes pressions politiques que le Département fédéral de justice et police (DFJP) institua en 1988 une **Commission d'étude** chargée de préparer la révision totale du droit de la responsabilité civile. La Commission d'étude déposa son rapport en 1991. Elle y prône une révision totale de la responsabilité civile, en présentant des propositions sous la forme de 102 thèses. Sans être révolutionnaire, le rapport trace au contraire la perspective d'un changement dans la continuité, postulant l'unification du système et visant une amélioration de la situation de la personne lésée. La problématique liée à la responsabilité fondée sur la confiance (*supra* n. 1208 ss) ne figure pas parmi les préoccupations de la Commission d'étude.²²⁷⁸

1338 En 1992, les Professeurs WIDMER et WESSNER, membres de la Commission,²²⁷⁹ furent chargés de rédiger un **Avant-projet de loi fédérale** (AP WIDMER/WESSNER)²²⁸⁰ et un **Rapport explicatif sur la révision totale du droit de la responsabilité civile**.²²⁸¹ L'AP WIDMER/WESSNER s'en tient le plus souvent aux thèses émises par la Commission d'étude (*supra* n. 1337). Il

²²⁷⁶ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 8.

²²⁷⁷ Le 01.11.1986, soit six mois après l'accident nucléaire de Tchernobyl, les eaux utilisées pour éteindre un incendie dans des entrepôts de produits agrochimiques de la maison Sandoz S.A. polluèrent le Rhin sur des centaines de kilomètres (cf. WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 15 s.)

²²⁷⁸ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 130.

²²⁷⁹ La Commission fut présidée par le Prof. WIDMER, alors sous-directeur à l'Office fédéral de la justice. Elle fut composée de six autres personnalités, des praticiens comme des universitaires, dont notre estimé Maître, le Prof. WESSNER (cf. WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, note de bas de page 61).

²²⁸⁰ Le texte de l'AP WIDMER/WESSNER est consultable sur Internet à la p. <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ve-f.pdf>> (visité le 26.06.2015).

²²⁸¹ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 1 ss.

conserve le principe classique de l'imputation de la responsabilité comme fondement même de cette dernière, écartant des solutions plus exotiques, telles que l'institution d'un régime généralisé d'assurance, comme le connaît par exemple la Nouvelle-Zélande en matière de préjudices corporels («*New Zealand Accident Compensation Scheme*»).²²⁸² En effet, l'AP WIDMER/WESSNER avait en point de mire l'eurocompatibilité.²²⁸³

1339 Après avoir lancé la procédure de consultation en 2000, le Conseil fédéral décida de ne pas intégrer le projet de révision du droit de la responsabilité dans le programme de la législature 2003-2007. En 2009, le Conseil fédéral renonça finalement au projet de réforme totale,²²⁸⁴ au motif d'une **absence de consensus** sur la plupart des nouvelles règles proposées.²²⁸⁵ Le communiqué laconique du DFJP s'empessa d'ajouter que «*la réforme et l'unification de ce domaine du droit sont surtout [...] un souhait émanant des milieux universitaires. Le fait que les principes du droit de la responsabilité civile sont souvent non pas fixés dans la loi mais établis par la jurisprudence ne gêne pas les praticiens. Sur le plan politique, ce ne sont pas les questions de systématique mais les solutions apportées aux problèmes concrets de la société qui viennent au premier plan*».²²⁸⁶

1340 Sans être en mesure de juger des états d'âme de nos collègues praticiens – pour lesquels la recherche des règles jurisprudentielles applicables fait naturellement partie de l'activité lucrative – il nous semble problématique que les **principes** du droit de la responsabilité civile ne soient «pas fixés dans la loi». Tout citoyen n'est pas un professionnel spécialiste de la responsabilité civile. Or, l'idée directrice qui a depuis toujours présidé à l'élaboration de nos lois est de dégager les principes fondamentaux de notre ordre juridique de manière intelligible pour tout un chacun. Laisser à la seule jurisprudence le soin d'élaborer et/ou de faire évoluer les principes de la responsabilité civile va à l'encontre de notre tradition

²²⁸² Cf. JOHN FLEMING, *Accident Schemes Abroad*, in: OLIVIER GUILLOD (édit.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile/Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht*, Zurich 1991, p. 429 ss.

²²⁸³ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 132.

²²⁸⁴ FF 2014 221, p. 228.

²²⁸⁵ Cf. les informations publiées par le DFJP sur Internet à la p. <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2009/2009-01-21.html>> (visité le 26.06.2015).

²²⁸⁶ Communiqué du DFJP disponible sur Internet à la p. <<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2009/2009-01-21.html>> (visité le 26.06.2015).

romano-germanique. Quant à apporter des solutions aux problèmes concrets, c'est précisément une des vertus principales de l'AP WIDMER/WESSNER. A en croire le DFJP, c'est bien parce que certaines solutions pratiques concrètes ont déplu à d'aucuns que le projet de réforme totale a été abandonné. Seule une révision partielle du droit de la responsabilité civile, limitée aux délais de prescription, aura trouvé grâce aux yeux du Conseil fédéral (*infra* n. 1515).²²⁸⁷

3. Contenu

a) Règles générales

- 1341 Le projet vise à réviser avant tout la «*Partie générale du droit de la responsabilité civile*»²²⁸⁸ (art. 41 à 58 AP WIDMER/WESSNER). Les innovations proposées touchent principalement le **droit matériel** de la réparation des dommages (art. 41 ss AP WIDMER/WESSNER), mais également la **procédure** y relative, notamment en ce qui concerne les règles régissant la mise en œuvre de la créance en réparation (art. 56 ss AP WIDMER/WESSNER).²²⁸⁹
- 1342 Nous esquissons ci-après une liste des **propositions les plus remarquables** figurant dans l'AP WIDMER/WESSNER.
- 1343 (i) L'AP WIDMER/WESSNER consacre **trois fondements généraux** de la responsabilité civile. A côté de la responsabilité pour faute classique (art. 48 ss AP WIDMER/WESSNER), les deux autres fondements sont des innovations majeures, à savoir une nouvelle clause générale du fait de l'organisation de l'entreprise (art. 49a AP WIDMER/WESSNER) et celle d'une nouvelle clause générale de responsabilité pour risque (art. 50 AP WIDMER/WESSNER).
- 1344 (ii) Le texte de l'AP WIDMER/WESSNER définit explicitement les **conditions générales** de la responsabilité civile, à savoir le dommage (art. 45 ss AP WIDMER/WESSNER), l'illicéité (art. 46 s. AP WIDMER/WESSNER) et le rapport de causalité (47 s. AP WIDMER/WESSNER).
- 1345 (iii) Il déplace les frontières entre le droit délictuel et le droit contractuel de la responsabilité civile de droit privé (art. 42 et 46 al. 2 AP WIDMER/WESSNER) et consacre de **nouvelles délimitations** également entre le droit privé et le droit

²²⁸⁷ FF 2014 221, p. 221 ss.

²²⁸⁸ Cf. le titre du sous-chapitre premier du chapitre II AP WIDMER/WESSNER modifiant les art. 41 ss CO.

²²⁸⁹ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 131.

public de la responsabilité, dans le sens d'une certaine privatisation de la responsabilité publique (art. 43 s. AP WIDMER/WESSNER).

- 1346 (iv) Il consacre des règles sur la **pluralité des responsabilités**, qu'il s'agisse du cumul, de la collision ou du concours de responsabilités (art. 53 ss AP WIDMER/WESSNER), et supprime la distinction entre la solidarité parfaite et imparfaite.²²⁹⁰
- 1347 (v) Il institue des règles sur les **rapports entre la responsabilité civile et l'assurance privée** (art. 54 ss AP WIDMER/WESSNER), prévoyant le recours intégral de l'assureur de dommages contre le tiers responsable (art. 54a AP WIDMER/WESSNER), mais aussi un droit préférentiel de la victime (art. 54b AP WIDMER/WESSNER). S'agissant des rapports avec l'assurance de responsabilité civile (art. 54c ss AP WIDMER/WESSNER), l'AP WIDMER/WESSNER consacre un droit d'action directe généralisé de la victime contre l'assurance (art. 54c AP WIDMER/WESSNER).
- 1348 (vi) L'AP WIDMER/WESSNER propose encore des règles limitant la **liberté d'exclure par avance la responsabilité** (art. 57 AP WIDMER/WESSNER) ou permettant l'**invalidation de transactions manifestement injustes** (art. 58 AP WIDMER/WESSNER).
- 1349 (vii) L'AP WIDMER/WESSNER introduit la réparation de la **perte d'une chance**, à savoir la réparation du dommage consistant dans la perte d'une chance mesurable de réaliser un gain ou d'éviter un préjudice (*infra* n. 1460).²²⁹¹ Le dommage correspond ainsi à la probabilité pour la personne lésée d'obtenir ce profit ou de ne pas subir le désavantage.²²⁹² La réparation de la perte d'une chance figure dans l'AP WIDMER/WESSNER dont l'article 56d prévoit que le tribunal peut fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance avec lequel la personne responsable a causé le préjudice (art. 56d al. 2 AP WIDMER/WESSNER).²²⁹³
- 1350 (viii) Enfin, il propose un **allongement des délais de prescription** tant de l'action en réparation du dommage (art. 55 AP WIDMER/WESSNER) que de l'action récursoire de la personne coresponsable ayant payé au-delà de sa part contre toute autre personne coresponsable (art. 55c AP WIDMER/WESSNER).

²²⁹⁰ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 131; MÜLLER, RC, n. 833.

²²⁹¹ MÜLLER, *La perte d'une chance*, n. 369 ss.

²²⁹² ATF 133 III 462 c. 4.2; MÜLLER, RC, n. 108; WERRO, RC, n. 141.

²²⁹³ ATF 133 III 462 c. 4.2; WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 245 s.

b) *Règles spéciales*

1351 Outre une partie générale, l'avant-projet est constitué d'une partie spéciale régissant quelques **responsabilités particulières** (art. 59 à 61a AP WIDMER/WESSNER). La disposition relative à la responsabilité pour les ouvrages par exemple propose que le détenteur d'un ouvrage réponde du dommage causé par un défaut de construction ou d'entretien. Si le détenteur n'en est pas le propriétaire, ce dernier répond solidairement avec le premier (art. 61 AP WIDMER/WESSNER). Enfin, l'AP WIDMER/WESSNER propose d'adapter une trentaine de lois spéciales, de supprimer une centaine de dispositions de la législation fédérale (alinéas d'articles compris) et de coordonner certaines solutions avec le droit des assurances sociales.²²⁹⁴

4. **Impact**

a) *National*

i. **Politique législative**

1352 Bien qu'abandonné, l'AP WIDMER/WESSNER aura eu la vertu de donner l'impulsion nécessaire à l'élaboration du **projet de révision du droit de la prescription**.²²⁹⁵ Les principales innovations contenues dans ce dernier sont l'allongement à trois ans du délai de prescription relatif pour les prétentions découlant d'un acte illicite ou d'un enrichissement illégitime et l'instauration d'un délai de prescription absolu de trente ans en cas de dommage corporel (*infra* n. 1515).²²⁹⁶ L'allongement du délai relatif à trois ans correspond à la proposition formulée par l'article 55 al. 1 AP WIDMER/WESSNER.

²²⁹⁴ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 132.

²²⁹⁵ FF 2014 273, p. 273 ss; le texte du projet est consultable sur Internet à la p. <<http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/273.pdf>> (visité le 26.06.2015).

²²⁹⁶ Cf. le Message du Conseil fédéral, FF 2014 221, p. 221 ss. Le Conseil national propose un délai absolu de vingt ans au lieu des trente ans voulus par le Conseil fédéral (cf. BO 2014 N 1761, p. 1761 ss, consultable sur Internet à la p. <http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4915/448079/f_n_4915_448079_448080.htm> [visité le 26.06.2015]). A l'heure de mettre sur papier ces lignes, le dossier est aux mains du Conseil des Etats.

ii. Scientifique

1353 Par ailleurs, l'AP WIDMER/WESSNER a laissé une empreinte durable au sein de la science juridique suisse. Preuve en est qu'il a influencé certaines dispositions du récent projet académique de grande envergure **«Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020: Projet relatif à une nouvelle partie générale»** (Projet OR/CO 2020; *infra* n. 1374 ss).²²⁹⁷ Par exemple, la teneur de l'article 59 OR/CO²²⁹⁸ relatif à la responsabilité du fait de l'organisation de l'entreprise correspond matériellement²²⁹⁹ à l'article 49a AP WIDMER/WESSNER.²³⁰⁰

b) International

i. Politique législative

1354 Écarté d'un revers de la main par l'élite politique et des lobbies économiques suisses,²³⁰¹ l'AP WIDMER/WESSNER a reçu un accueil favorable par-delà nos frontières et a été salué pour son caractère innovant.²³⁰² Depuis la parution de l'AP WIDMER/WESSNER, l'idée d'une réforme du droit de la réparation des dommages a également pris racine dans d'autres pays, notamment en France (*supra* n. 837 ss). D'aucuns ont même suggéré que l'AP WIDMER/WESSNER serve d'inspiration pour la révision française du droit de la responsabilité

²²⁹⁷ Cf. OR/CO 2020, p. XXXII ss; texte non commenté du projet sur Internet à la p. <<http://or2020.ch/>> (visité le 26.06.2015).

²²⁹⁸ Art. 59 OR/CO 2020: «II. Entreprise commerciale: Une entreprise commerciale est responsable du dommage causé dans l'accomplissement de l'activité de l'entreprise, si elle ne prouve que l'organisation de son entreprise était apte à empêcher le dommage de se produire».

²²⁹⁹ FELLMANN/MÜLLER/WERRO, n. 1 ss ad art. 59 OR/CO 2020.

²³⁰⁰ Art. 49a AP WIDMER/WESSNER: «2. Dans les entreprises: La personne qui, pour exploiter une entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle, recourt à un ou plusieurs auxiliaires, est tenue de réparer le dommage causé dans le cadre de ces activités, à moins de prouver que l'organisation de l'entreprise était apte à éviter la survenance du dommage».

²³⁰¹ WIDMER, *Les principes des principes*, p. 242.

²³⁰² Cf. not. KOZIOL, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*, p. 24; GERT BRÜGGEMEIER, *Modernizing Civil Liability Law in Europe, China, Brazil and Russia: Texts and Commentaries*, Cambridge/New York 2011, p. 25.

civile.²³⁰³ Le **législateur turc**, qui avait déjà repris l'entier du CO en 1926,²³⁰⁴ a choisi de s'inspirer de l'AP WIDMER/WESSNER pour sa réforme du droit des obligations qui est entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2012. Un des exemples caractéristiques de l'influence de l'AP WIDMER/WESSNER concerne l'introduction d'une clause générale de responsabilité pour risque (art. 50 AP WIDMER/WESSNER). Une telle clause figure désormais dans le nouveau Code des obligations turc (COT).²³⁰⁵ Partant, le concept d'activité dangereuse de l'article 71 al. 2 COT²³⁰⁶ reprend à quelques variations près le texte de l'article 50 al. 2 AP WIDMER/WESSNER.²³⁰⁷

ii. Scientifique

- 1355 Certaines idées directrices de l'AP WIDMER/WESSNER se sont également imposées dans le cercle des académiciens promoteurs d'un droit privé uniforme. Il en va ainsi particulièrement pour les **PETL** (*supra* n. 995 ss). Pour ne donner qu'un exemple, l'idée d'une norme fondamentale d'imputation de responsabilité, consacrée par l'article 41 AP WIDMER/WESSNER,²³⁰⁸ se retrouve

²³⁰³ Cf. EVE MATRINGE, *La réforme de la responsabilité civile en droit suisse: Modèle pour la France?*, thèse Strasbourg 2010, disponible sur Internet à l'adresse p.<http://scd-theses.u-strasbg.fr/1860/01/MATRINGE_Eve_2010.pdf> (visité le 26.06.2015).

²³⁰⁴ Cf. HALÛK BURCUOĞLU, *Aperçu général sur le nouveau Code Turc des Obligations*, in: RDS/ZSR I/2013, p. 223 ss, p. 223; MÜLLER/RISKE, *Cross-Fertilization*, p. 880.

²³⁰⁵ Cf. ERDEM BÜYÜKSAGIS, *Le nouveau droit turc des obligations, Perspective comparative avec les droits suisse et européen*, Bâle 2014, n. 155 ss; MÜLLER/RISKE, *Cross-Fertilization*, p. 892 ss.

²³⁰⁶ Art. 71 al. 2 COT: «Est réputée spécifiquement dangereuse l'entreprise qui, par sa nature ou par celle des substances, instruments ou énergies utilisés, est susceptible, en dépit de toute la diligence qu'on peut exiger d'une personne spécialisée en la matière, de causer de fréquents ou de graves dommages. Une entreprise est réputée spécifiquement dangereuse notamment si, dans une [autre] loi, une responsabilité spéciale pour risque est prévue pour des entreprises présentant des dangers comparables» (traduction ERDEM BÜYÜKSAGIS).

²³⁰⁷ Art. 50 al. 2 AP WIDMER/WESSNER: «Est réputée spécifiquement dangereuse l'activité qui, par sa nature ou par celle des substances, instruments ou énergies utilisés, est susceptible, en dépit de toute la diligence qu'on peut exiger d'une personne spécialisée en la matière, de causer de fréquents ou de graves dommages; tel est notamment le cas lorsqu'une loi institue une responsabilité spéciale à raison d'un risque comparable».

²³⁰⁸ Art. 41 AP WIDMER/WESSNER: «A. Norme fondamentale d'imputation: (1) Une personne est tenue de réparer le dommage causé à autrui dans la mesure où le fait dommageable peut lui être imputée en vertu de la loi. (2) Un dommage résultant d'un fait illicite est imputable notamment: (a) à la personne qui l'a causé par son comportement

à l'article 1:101 PETL (*supra* n. 996).²³⁰⁹ Le Professeur WIDMER, membre de l'EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (*supra* n. 345) et commentateur du chapitre des PETL relatif à la responsabilité pour faute,²³¹⁰ rend d'ailleurs hommage à son ami le Professeur WESSNER dont il dit qu'il a «*nettement influencé le premier projet de réforme du droit de la responsabilité civile éclos au niveau européen*». ²³¹¹

5. Responsabilité fondée sur la confiance comme responsabilité délictuelle

a) Approche choisie

1356 Bien que l'on ne trouve nulle trace de l'expression «responsabilité fondée sur la confiance» dans l'AP WIDMER/WESSNER, les auteurs n'entendaient pas faire abstraction du concept, qui, en tant que tel, leur paraissait utile. Tout en ambitionnant de lui donner un **ancrage légal**, ils ont renoncé à lui consacrer un chef de responsabilité autonome. Plutôt que d'en faire un nouveau chef de responsabilité hybride, à l'image de la jurisprudence du TF (*supra* n. 1201 ss), ils l'ont clairement rangé dans la responsabilité délictuelle (*infra* n. 1357). Cette solution a nécessité un élargissement de la notion d'illicéité et, en particulier, de considérer que la violation du principe de la bonne foi est illicite (*infra* n. 1364).²³¹²

b) Article 46 AP WIDMER/WESSNER

i. Teneur

1357 La responsabilité fondée sur la confiance et, partant, la responsabilité précontractuelle, se trouvent intégrées à l'avant-projet au travers de la notion

fautif (art. 48); (b) à la personne qui recourt à des auxiliaires (art. 49 et 49); (c) à la personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse (art. 50)».

²³⁰⁹ Art. 1:101 PETL: «Norme de base: (1) Toute personne à qui le dommage subi par autrui est légalement imputable est tenue de le réparer. (2) Le préjudice peut être imputé en particulier à toute personne: (a) dont le comportement fautif a été la cause du dommage; ou (b) dont les activités anormalement dangereuses ont été la cause du dommage; ou (c) dont le préposé a causé le dommage dans l'étendue de ses fonctions».

²³¹⁰ Cf. PETL-WIDMER, p. 64 ss.

²³¹¹ WIDMER, *Les principes des principes*, p. 243.

²³¹² WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 133.

d'illicéité. Cette dernière est définie à l'article 46 AP WIDMER/WESSNER, dont le **texte** est le suivant:

Art. 46

II. Illicéité

1. Définition

¹*Est illicite le fait dommageable qui porte atteinte à un droit protégé par l'ordre juridique.*

²*Lorsque le fait dommageable consiste dans le comportement d'une personne, celui-ci est illicite s'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique, au principe de la bonne foi ou à un devoir contractuel.*

ii. Notion générale d'illicéité (art. 46 al. 1 AP WIDMER/WESSNER)

1358 Les auteurs de l'AP WIDMER/WESSNER ont suivi la thèse de la Commission d'étude selon laquelle l'illicéité devait être définie de manière **objective** et **positive** dans le CO.²³¹³

1359 En tant que **condition générale** de responsabilité (à côté du dommage et de la causalité), l'illicéité, sauf exception,²³¹⁴ fonde l'obligation de réparer. Toutefois, l'illicéité constitue également un frein aux demandes en réparation (*infra* n. 1393).²³¹⁵ En effet, la responsabilité extracontractuelle nécessite que les conséquences dommageables d'un fait résultent d'une «*atteinte à un droit protégé par l'ordre juridique*» (art. 46 al. 1 AP WIDMER/WESSNER), en l'absence d'un motif justificatif.²³¹⁶ Ainsi définie, l'illicéité a comme fonction

²³¹³ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 26 ss et 96 ss.

²³¹⁴ Cf. not. les art. 59 et 59a AP WIDMER/WESSNER (Responsabilités en cas de faits licites); WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 269 ss.

²³¹⁵ «L'élément de l'illicéité [...] n'est pas seulement une condition (positive) de la responsabilité, mais aussi un motif (négatif ou limitatif) d'exclusion de la responsabilité» (MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 129).

²³¹⁶ Art. 46a AP WIDMER/WESSNER: «2. *Motifs justificatifs: (1) Un fait dommageable n'est pas illicite dans la mesure où il est commandé par le droit public. (2) Il n'est pas non plus illicite dans la mesure où la personne lésée y a consenti ou l'auteur a agi en état de légitime défense ou pour protéger ses droits, pour autant que, d'après les circonstances, l'intervention de l'autorité ne pouvait être obtenue en temps utile.*».

de mettre une limite à l'obligation de réparer. Pour reprendre les termes du *Rapport explicatif à l'avant-projet*, elle «est un moyen parmi d'autres de poser un frein normatif à l'application excessive de l'adage *neminem laedere*».²³¹⁷

- 1360 La définition générale de l'illicéité, telle qu'elle figure à l'article 46 AP WIDMER/WESSNER, se veut une traduction de la **conception objective de l'illicéité**, toujours prédominante aujourd'hui (*supra* n. 1193). Sans l'exprimer formellement, l'article 46 AP WIDMER/WESSNER reprend la conception dualiste selon laquelle une atteinte aux droits absolus est d'emblée illicite, en raison de la valeur supérieure qu'ils représentent (illicéité par le résultat, «*Erfolgsunrecht*»), alors qu'une atteinte à un intérêt purement économique nécessite la transgression d'une norme de comportement concrète destinée à protéger spécifiquement le bien juridique atteint pour que la condition de l'illicéité soit réalisée (illicéité par le comportement, «*Verhaltensunrecht*»).²³¹⁸ Pour les auteurs de l'AP WIDMER/WESSNER, la distinction qui consiste à opérer une hiérarchie entre les divers biens juridiques est justifiée par la nécessité de mettre une limite à la responsabilité. Bien que l'illicéité par le comportement oblige à recourir au critère de la finalité protectrice de la norme transgressée («*Schutzzwecklehre*», «*Normzwecktheorie*»; *supra* n. 1193) – qui peut parfois conduire à des résultats contestables dans le cas concret²³¹⁹ – les auteurs de l'AP WIDMER/WESSNER estiment que «ce critère n'en constitue pas moins la seule réponse valable à la question de la réparabilité des dommages purement économiques».²³²⁰

iii. Notion particulière d'illicéité par le comportement (art. 46 al. 2 AP WIDMER/WESSNER)

- 1361 L'illicéité par le comportement, notion servant à circonscrire le cercle des victimes de dommages purement économiques, est appréhendée par l'article 46 al. 2 AP WIDMER/WESSNER. Son **champ d'application** couvre la responsabilité pour faute (art. 48 AP WIDMER/WESSNER) et les responsabilités objectives simples, telles que la nouvelle responsabilité du fait de l'organisation des entreprises (art. 49a AP WIDMER/WESSNER).²³²¹

²³¹⁷ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 27.

²³¹⁸ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 135.

²³¹⁹ Cf. p.ex. ATF 114 II 376 c. 1; ATF 106 II 75 c. 2; ATF 102 II 85 c. 5 s.; REY, n. 700 et les réf. citées.

²³²⁰ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 101.

²³²¹ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 135.

- 1362 L'article 46 al. 2 AP WIDMER/WESSNER **précise tout en élargissant la notion d'illicéité** par la référence à des normes protectrices potentielles et notamment en élevant le principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) au rang de celles-ci. Ainsi, un fait dommageable est illicite s'il est **(a) «contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique», (b) «au principe de la bonne foi» ou (c) «à un devoir contractuel»** (art. 46 al. 2 AP WIDMER/WESSNER). Le cas échéant, le comportement dommageable constitue une *«atteinte à un droit protégé»*, au sens de l'article 46 al. 1 AP WIDMER/WESSNER.²³²²
- 1363 La définition de l'illicéité comme une **contravention à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique** ne modifie pas l'acception de l'illicéité par le comportement tel qu'il est reconnu aujourd'hui. Il vise la violation des devoirs de protection concrets prévus dans les diverses dispositions de l'ensemble de notre ordre juridique, qu'elles soient civiles, pénales ou administratives.
- 1364 Est nouveau par contre l'illicéité du **comportement dommageable contrevenant au principe de la bonne foi** au sens de l'article 2 CC (*infra* n. 1366 ss). *«Ce principe commande en général une attitude de loyauté et d'égards dans la vie sociale; sa transgression peut, à certaines conditions, être sanctionnée par une obligation de réparer, dans laquelle s'inscrit le concept de responsabilité fondée sur la confiance»*.²³²³
- 1365 L'érection du principe de la bonne foi en norme de protection fondamentale (*«Grundschutznorm»*; *supra* n. 1195) a eu pour conséquence logique que de prévoir qu'un **comportement dommageable contraire à un devoir contractuel** est également illicite. Le raisonnement n'a toutefois pas été suivi avec la dernière conséquence qu'il impose, à savoir que toute contravention au contrat est contraire à «une attitude de loyauté et d'égards», et donc illicite au sens de l'article 46 al. 2 AP WIDMER/WESSNER. Or, l'AP WIDMER/WESSNER n'entend pas supprimer le régime contractuel, respectivement unifier totalement les deux régimes. Restent soumises au régime contractuel l'inexécution ou l'exécution tardive des prestations promises, ainsi que la violation des règles spécifiques à certaines espèces de contrats (art. 42 AP WIDMER/WESSNER). L'article 46 al. 2 AP WIDMER/WESSNER vise uniquement les violations «positives» du contrat. Au sens retenu par l'AP WIDMER/WESSNER, il s'agit des violations constituant *«en même temps une atteinte à des biens juridiques du*

²³²² *Ibid.*

²³²³ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 136.

*partenaire et dont la protection doit être assurée indépendamment de tout lien contractuel».*²³²⁴

c) *Bonne foi comme norme de protection fondamentale*

- 1366 Par la solution consacrée à l'article 46 al. 2 AP WIDMER/WESSNER, les auteurs de l'AP WIDMER/WESSNER ont codifié une conception très élargie de l'illicéité. Ils ont voulu donner un **ancrage dans la loi** à la conception doctrinale minoritaire selon laquelle la bonne foi, au sens de l'article 2 CC, constitue en elle-même une norme de protection fondamentale des droits subjectifs d'autrui (*supra* n. 1195). La mention du principe de la bonne foi comme critère d'illicéité constitue une modification substantielle du contenu de la notion. Une telle extension du concept d'illicéité permet notamment de renoncer à la réglementation du dommage causé intentionnellement par des faits contraires aux mœurs (art. 41 al. 2 CO).²³²⁵
- 1367 La reconnaissance du principe de la bonne foi comme norme de protection fondamentale a pour effet d'**étendre le champ d'application des responsabilités à rattacher à un comportement**, tel que la responsabilité pour faute ou les responsabilités objectives simples. Sous l'AP WIDMER/WESSNER, la responsabilité pour faute (art. 48 AP WIDMER/WESSNER)²³²⁶ absorbe les cas liés à la *culpa in contrahendo*²³²⁷ et les autres hypothèses relatives à la responsabilité fondée sur la confiance (*supra* n. 1212).
- 1368 L'AP WIDMER/WESSNER présente l'avantage de conférer clairement un **statut délictuel** à la responsabilité fondée sur la confiance et, partant, à la responsabilité précontractuelle. Non seulement écarte-t-il la solution prétorienne hybride qui prévaut actuellement (*supra* n. 1201 ss), mais comble un vide législatif mis à jour par l'ATF 77 II 135 dans lequel le TF reconnaît la nécessité

²³²⁴ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 51.

²³²⁵ OFJ, *Commentaire abrégé de l'Avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile*, p. 12, consultable sur Internet à la p. <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-kber-f.pdf>> (visité le 26.06.2015).

²³²⁶ Art. 48 AP WIDMER/WESSNER: «D. Fondements de la responsabilité: I. Responsabilité pour faute: 1. Principe: La personne qui cause un dommage à autrui par son comportement fautif, soit intentionnellement, soit par négligence, est tenue de le réparer».

²³²⁷ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 140.

d'appliquer, d'une manière générale, les règles de la bonne foi dans les affaires au stade précontractuel (*supra* n. 1216).

- 1369 Cependant, admettre que l'article 2 CC constitue en lui-même une norme de protection fondamentale revient à élever le droit au respect de la **bonne foi au rang de droit absolu**. Dès lors, n'importe quel acte dommageable y portant atteinte est *a priori* illicite.²³²⁸ De l'aveu même des auteurs de l'AP WIDMER/WESSNER, l'illicéité du comportement dommageable contraire aux règles de la bonne foi ne serait aucunement restreinte aux hypothèses où la personne responsable et la victime sont liées par une relation particulière («*rechtliche Sonderverbindung*»; *supra* n. 462).²³²⁹ Le champ de protection des règles de la bonne foi s'étendrait donc au-delà des hypothèses précontractuelles ou fondées sur la confiance. Un contact social indéfini suffirait à générer une obligation de réparer le dommage causé. «*Et même pourrait-il s'agir d'un simple contact fortuit ou indirect, comme le cas d'une personne gardant le silence à la réception d'une communication qu'elle n'a pas sollicitée, mais à laquelle la loyauté commandait de répondre*». ²³³⁰ Autrement dit, l'illicéité du comportement contraire à la bonne foi n'est ni limité aux relations d'affaires, ni à aucun autre cadre de circonstances. Par conséquent, n'importe quel acte de complaisance contraire à la bonne foi est susceptible de donner lieu à une obligation de réparer le préjudice causé. Rien n'empêche d'envisager par exemple la réparation du dommage purement économique résultant du fait que l'on ait raté son avion parce que le passant auquel la loyauté commandait de nous renseigner correctement ne nous a pas indiqué la bonne direction de l'aéroport, alors qu'il la connaissait et était conscient des conséquences concrètes de son acte.²³³¹ Aussi extravagante que cette hypothèse puisse paraître à certains, il faut bien admettre qu'il est impossible de circonscrire le champ de

²³²⁸ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 138.

²³²⁹ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 103.

²³³⁰ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 138.

²³³¹ Un autre hypothèse, dans le même ordre d'idées, est mentionnée par le canton de SO dans sa réponse à la procédure de consultation relative à l'avant-projet: «*Würde man also einem Passanten den Weg erklären, und sein Auto käme wegen Belagserneuerung auf der empfohlenen Strasse zu Schaden, könnte man für die Reparaturkosten eingeklagt werden*» (Classement des réponses à la procédure de consultation – Avant-projet de révision relatif à une loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, 2004, p. 200, disponible sur Internet à la p.<<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/veber.pdf>> [visité le 26.06.2015]).

protection de l'interdiction du comportement contraire à la bonne foi à la seule lecture de l'AP WIDMER/WESSNER. En effet, la bonne foi elle-même étant érigée en norme de protection abstraite, son champ de protection est illimité par définition.

- 1370 Un des coauteurs de l'AP WIDMER/WESSNER est d'avis que le **droit de la concurrence consacre déjà la solution préconisée**.²³³² Il est vrai que l'article 2 LCD²³³³ établit expressément le principe selon lequel les pratiques commerciales trompeuses ou qui contreviennent de toute autre manière aux règles de la bonne foi sont illicites.
- 1371 Toutefois, contrairement à la solution générale proposée par l'AP WIDMER/WESSNER, le droit de la concurrence énonce un nombre d'éléments constitutifs devant être remplis: pour que l'illicéité soit donnée, il faut un «*comportement ou pratique commercial*» qui «*influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients*» (art. 2 LCD). Le champ d'application des règles de la bonne foi est **limité**, non seulement (i) quant aux sujets de droit visés, mais aussi quant à leurs comportements, qui doivent être (ii) d'ordre commercial et (iii) propre à influencer sur un rapport entre ces derniers. D'ailleurs, le Message à l'appui de la LCD soulève qu'«*il y a une certaine relation spéciale entre les participants à la concurrence aussi bien entre les concurrents eux-mêmes qu'entre les personnes visées par les actes de concurrence ainsi qu'entre les destinataires, c'est-à-dire les acheteurs; des devoirs de loyauté découlent alors de ce lien spécial*».²³³⁴ A l'inverse de l'article 46 al. 2 AP WIDMER/WESSNER, l'article 2 LCD n'élève donc pas la bonne foi au rang de norme de protection fondamentale. Au contraire, l'illicéité des comportements contraires à la bonne foi est limité à des circonstances concrètes énoncées par la loi.
- 1372 En érigeant le droit au respect du principe de la bonne foi au rang de droit absolu, la solution proposée par l'AP WIDMER/WESSNER n'est pas loin de consacrer le principe général traduit par l'adage «*neminem laedere*».²³³⁵ Une acception aussi large de l'illicéité porte une **atteinte substantielle à la**

²³³² WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 139.

²³³³ Art. 2 LCD: «*Principe: Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commercial qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients*».

²³³⁴ FF 1983 II 1037, p. 1074.

²³³⁵ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 138.

hiérarchie dans la protection des biens juridiques. La fonction limitative de responsabilité, que doit remplir la condition d'illicéité (*infra* n. 1393), s'en trouve considérablement diminuée. Certes, sous l'AP WIDMER/WESSNER le fardeau de la preuve de la faute serait supporté en toute hypothèse par la victime, ce qui constitue de prime abord un frein efficace à la prétention en réparation. N'oublions cependant pas que «*la faute en elle-même, n'est pas un fait, mais un jugement de valeur au moyen duquel le juge qualifie un certain comportement*». ²³³⁶ Dès lors, il faut admettre que la solution de l'article 46 al. 2 AP WIDMER/WESSNER comporte le risque d'une ouverture des écluses qui permettrait à un flot de demandes en réparation de submerger les tribunaux. ²³³⁷ La question d'apprécier dans le cas concret si ces dernières sont justifiées serait laissée au bon vouloir des tribunaux, selon des critères que ces derniers seraient amenés à établir dans un *corpus* jurisprudentiel sans cesse plus volumineux et, en fin de compte, de plus en plus opaque pour le citoyen ordinaire. En ce sens, la solution proposée par l'article 46 al. 2 AP WIDMER/WESSNER ne satisfait pas entièrement à l'exigence de sécurité du droit et de prévisibilité, bien qu'elle ait l'avantage d'intégrer les hypothèses de responsabilité fondée sur la confiance, parmi lesquelles figure en bonne place la responsabilité pour *culpa in contrahendo*.

- 1373 Aussi n'est-il guère étonnant que la définition de l'illicéité proposée à l'article 46 AP WIDMER/WESSNER ait suscité la **critique** de nombreuses parties prenantes à la procédure de consultation relative à l'AP WIDMER/WESSNER, qui redoutèrent que «*la violation de la bonne foi – en tant que forme possible de l'illicéité, sans aucune limitation – ne conduise à une extension de la responsabilité*». ²³³⁸ La proposition de l'AP WIDMER/WESSNER selon laquelle toute violation du principe de la bonne foi est illicite, même en l'absence d'une relation particulière entre le sujet de la responsabilité et la victime, a subi

²³³⁶ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 141.

²³³⁷ Cf. *Classement des réponses à la procédure de consultation – Avant-projet de révision relatif à une loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile*, 2004, p. 206, disponible sur Internet à la p. <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/ve-ber.pdf>> (visité le 26.06.2015).

²³³⁸ *Classement des réponses à la procédure de consultation – Avant-projet de révision relatif à une loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile*, 2004, p. 5, disponible sur Internet à la p. <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/ve-ber.pdf>> (visité le 26.06.2015).

d'importantes objections.²³³⁹ La préoccupation centrale des participants à la consultation concerne l'élargissement des conditions de la responsabilité et l'amélioration trop importante de la situation juridique des personnes lésées qui en résulte. En somme, les résultats de la procédure de consultation traduisent la crainte de dérives importantes dans le domaine du droit de la responsabilité civile.²³⁴⁰

C. *Code des obligations suisse 2020: Projet relatif à une nouvelle partie générale (Projet OR/CO 2020)*

1. Introduction

- 1374 Dans le cadre d'un examen de la responsabilité précontractuelle de *lege ferenda*, il est également indispensable de se pencher sur le **projet académique de grande envergure**, publié en 2013, s'intitulant «*Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020: Projet relatif à une nouvelle partie générale*» (Projet OR/CO 2020).²³⁴¹
- 1375 Dicté par le cadre de notre analyse, notre choix s'est porté sur l'examen d'une des innovations majeures du Projet OR/CO 2020, à savoir la proposition d'une **nouvelle clause générale de responsabilité du fait personnel** (art. 46 OR/CO 2020; *infra* n. 1381). En effet, la clause proposée est formulée de manière si large qu'elle est à même d'absorber la responsabilité pour *culpa in contrahendo* (*infra* n. 1383).

²³³⁹ Cf. FELIX SCHÖBLI, *Ergebnisse der Vernehmlassung*, in: STEPHAN WEBER/STEPHAN FUHRER (édit.), *Retouchen oder Reformen? Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand*, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 9 ss, p. 16; *Classement des réponses à la procédure de consultation – Avant-projet de révision relatif à une loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile*, 2004, p. 198 ss, disponible sur Internet à la p. <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/ve-ber.pdf>> (visité le 26.06.2015).

²³⁴⁰ *Classement des réponses à la procédure de consultation – Avant-projet de révision relatif à une loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile*, 2004, p. 6, disponible sur Internet à la p. <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/ve-ber.pdf>> (visité le 26.06.2015).

²³⁴¹ Cf. OR/CO 2020, p. XXXII ss; é.g. texte non commenté du projet sur Internet à la p. <<http://or2020.ch/>> (visité le 26.06.2015).

1376 Nous consacrerons les quelques lignes suivantes d’abord à une présentation succincte des **buts** du projet (*infra* n. 1377 ss), puis à un exposé de la proposition pour une nouvelle **clause générale de responsabilité du fait personnel** (art. 46 OR/CO; *infra* n. 1380 ss). Nous soulèverons ensuite, dans une critique que nous voulons constructive, les principaux **arguments contre la suppression de la condition de l’illicéité** que cette disposition implique (*infra* n. 1388 ss). Ce faisant, nous entendons également offrir quelques pistes de réflexions quant à l’évolution possible de la notion suisse d’**illicéité en tant que concept unique** (*infra* n. 1406 ss).²³⁴²

2. Buts

1377 Le Projet OR/CO 2020 est un projet académique pour une **nouvelle partie générale du Code des obligations**. Le Projet OR/CO 2020 est donc plus ambitieux encore, au niveau de la matière traitée, que l’AP WIDMER/WESSNER qui ne portait «que» sur la révision du droit de la responsabilité civile (*supra* n. 1341).

1378 Sur une période de cinq ans, 23 chercheurs provenant de toutes les facultés de droit suisses se sont penchés sur la question de savoir si les articles 1 à 183 CO pouvaient toujours être qualifiés de «*state of the art*». Le Projet OR/CO 2020 est le fruit d’un **examen systématique** de la partie générale du CO, de la jurisprudence y relative et d’extensifs travaux de recherche de droit comparé. Alors que les institutions ayant fait leurs preuves ont été conservées, des solutions innovantes – dont certaines déjà consacrées dans l’AP WIDMER/WESSNER (*supra* n. 1353) – sont proposées dans le Projet OR/CO 2020.²³⁴³

²³⁴² N.B.: Pour approfondir, cf. la contribution MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 119 ss. Nos considérations présentes se limitent à mettre en évidence les arguments principaux de la contribution précitée. Notre Mentor et coauteur de cette dernière – que nous remercions chaleureusement pour l’opportunité d’avoir pu formuler un commentaire à l’endroit de l’art. 46 OR/CO 2020 – a fait partie du groupe d’académiciens ayant rédigé les art. 46 à 63 OR/CO 2020. Ce dernier et le Prof. FELLMANN, qui a également fait partie du groupe de travail mentionné, se sont opposés à la proposition de l’art. 46 OR/CO – et notamment à la suppression de la condition de l’illicéité (cf. MÜLLER, RC, n. 161; FELLMANN/KOTMANN, n. 334 ss). Tous deux étaient néanmoins d’accord de soumettre l’art. 46 OR/CO 2020 au débat, entre autres dans le but de provoquer une réflexion sur l’évolution du droit de la responsabilité civile suisse.

²³⁴³ HUGUENIN/HILTY, n. 6 ad Einleitung vor Art. 1 ff.; HONDIUS, ERPL 2014, p. 8.

- 1379 Le projet vise ouvertement à perfectionner la **cohérence**, la **clarté** et la **concision**, ainsi que la **prévisibilité** du droit actuel.²³⁴⁴ Ce faisant, il a également pour ambition d'améliorer la **situation des utilisateurs** (citoyens et juristes, entreprises et consommateurs, suisses et étrangers) et de prendre en compte le **contexte du droit européen**.²³⁴⁵

3. Clause générale de responsabilité du fait personnel (art. 46 OR/CO 2020)

a) Teneur

- 1380 L'article 46 OR/CO 2020 est la première disposition du Chapitre 2 (art. 46 à 63 OR/CO 2020) du Titre 1 «*De la formation des obligations*» (art. 1 à 84 OR/CO 2020). Les articles 46 à 63 OR/CO 2020 traitent «[d]es obligations résultant d'actes illicites». L'article 46 OR/CO 2020, portant le titre marginal «*Conditions de la responsabilité*», constitue donc une **clause générale de responsabilité délictuelle**, à l'image de l'actuel article 41 CO.²³⁴⁶
- 1381 Le **texte** de l'article 46 OR/CO 2020 est formulé comme suit:

Art. 46

A. Principes généraux

I. Conditions de la responsabilité

Toute personne qui, sans motif justificatif, viole un devoir général de comportement, est tenue de réparer le dommage résultant de cette violation.

- 1382 L'article 46 OR/CO 2020 est rédigé de manière quelque peu ambiguë, mais sa lecture mène au constat qu'il supprime une condition centrale de toute obligation délictuelle de réparer, soit l'**illicéité**.²³⁴⁷

²³⁴⁴ HUGUENIN/HILTY, n. 15 ss ad Einleitung vor Art. 1 ff.; au sujet de la sécurité juridique et la prévisibilité («*Rechtssicherheit (Prévisibilité)*»), cf. HUGUENIN/HILTY, n. 31 s. ad Einleitung vor Art. 1 ff.

²³⁴⁵ HUGUENIN/HILTY, n. 33 ss ad Einleitung vor Art. 1 ff.; pour approfondir, cf. CLAIRE HUGUENIN/BARBARA MEISE, *OR 2020: Braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht? – Eine Einführung*, in: RSDA/SZW 2015, p. 280 ss.

²³⁴⁶ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 119 s.

²³⁴⁷ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 120.

1383 Partant, en soumettant toute personne violant un «*devoir général de comportement*» à une obligation de réparer le dommage en résultant, l'article 46 OR/CO rend **superflue une norme sanctionnant le comportement contraire à la bonne foi**.²³⁴⁸ L'article 46 OR/CO couvre donc les hypothèses tombant aujourd'hui sous l'empire de la responsabilité précontractuelle et autres responsabilités fondées sur la confiance. L'examen du droit prospectif de la responsabilité précontractuelle ne peut donc guère se passer d'une analyse critique de l'article 46 OR/CO.

b) Absorption de l'illicéité par la faute objective

1384 Le commentaire explicatif de l'article 46 OR/CO 2020 note qu'«*au sens retenu, la violation du devoir général de comportement ne se définit pas autrement qu'une faute objective*».²³⁴⁹ Adopté en l'état, l'article 46 OR/CO 2020 permettrait à la personne lésée de se contenter d'établir la réunion des **trois conditions** suivantes pour engager la responsabilité d'autrui:

- (i) le préjudice;
- (ii) la faute objective; et
- (iii) le rapport de causalité.

1385 **L'illicéité ne serait plus une condition** de la responsabilité délictuelle. Ce n'est donc pas uniquement «*au sens actuel du terme*»²³⁵⁰ que le Projet OR/CO 2020 abolit l'exigence de l'acte illicite, mais de manière générale²³⁵¹ puisque celle-ci ne serait plus une condition distincte de la faute.

1386 A rigueur de texte, il suffirait donc que le préjudice subi par la personne lésée soit causée par une **faute objective**,²³⁵² à savoir une violation d'un «*devoir général de comportement*» de la personne recherchée en responsabilité. A lire le

²³⁴⁸ FELLMANN/MÜLLER/WERRO, n. 15 ad art. 46 OR/CO 2020.

²³⁴⁹ FELLMANN/MÜLLER/WERRO, n. 3 ad Intro. Art. 46-63 OR/CO 2020.

²³⁵⁰ WERRO/MÜLLER, p. 352.

²³⁵¹ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 120.

²³⁵² Contrairement à l'art. 41 al. 1 CO, il ne ressort pas du texte de l'art. 46 OR/CO que l'absence de faute subjective demeure un motif exonératoire de culpabilité. Seule la lecture du commentaire explicatif permet de comprendre que la capacité de discernement – l'élément subjectif de la faute – reste une condition de la responsabilité (cf. FELLMANN/MÜLLER/WERRO, n. 5 ad Intro. art. 46-63 OR/CO 2020; FELLMANN/MÜLLER/WERRO, n. 11 ad art. 46 OR/CO 2020).

commentaire du Projet OR/CO 2020, «[c]ette violation peut résulter de l'infraction à une norme écrite ou d'un principe général, comme elle peut résulter du seul fait de ne pas avoir mis en œuvre la diligence qu'aurait exercée toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances de temps et de lieu que l'auteur du préjudice».²³⁵³

- 1387 La formulation de l'article 46 OR/CO 2020 prête à **confusion**. En effet, le verbe du Projet OR/CO 2020 continue à se référer à l'illicéité de par l'intitulé du chapitre 2 «Des obligations résultant d'actes illicites». Le commentaire précise par ailleurs «qu'un comportement est en principe illicite dès que l'auteur viole un devoir général de comportement prévu (expressément ou non) par le droit».²³⁵⁴ Sachant que l'article 46 OR/CO 2020 ne vise que la faute objective (*supra* n. 1386), il eut été plus heureux d'abandonner toute référence à l'illicéité afin de prévenir une confusion possible avec le «sens actuel du terme».²³⁵⁵

4. Arguments contre la suppression de l'illicéité

a) Manque de sécurité juridique et de prévisibilité

- 1388 L'article 46 OR/CO 2020 manque d'abord de prévisibilité et de sécurité juridiques. Deux qualités qui furent pourtant ouvertement poursuivies par le Projet OR/CO 2020 (*supra* n. 1379). La **condition clé** de l'article 46 OR/CO 2020 est en effet la violation d'«**un** devoir général de comportement» (mise en évidence ajoutée). Or, cette formulation ne peut que laisser parfaitement dubitatif le destinataire premier de cette norme, qui – à moins de trahir l'esprit de HUBER (*supra* n. 130) – n'est autre que le citoyen moyen. Quels peuvent bien être les devoirs généraux de comportement auxquels l'on est tenu de se conformer pour ne pas encourir de responsabilité? Le Projet OR/CO 2020 ne livre aucune réponse à cette question pourtant cruciale.
- 1389 Un des arguments cités en faveur de l'article 46 OR/CO 2020 est celui d'une meilleure prévisibilité par rapport au droit positif suisse.²³⁵⁶ A entendre les critiques à son encontre, le système traditionnel serait **aléatoire**,²³⁵⁷ car la

²³⁵³ FELLMANN/MÜLLER/WERRO, n. 4 ad Intro. art. 46-63 OR/CO 2020.

²³⁵⁴ *Ibid.*

²³⁵⁵ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 120.

²³⁵⁶ CHAPPUIS, *Une nouvelle clause générale*, p. 361.

²³⁵⁷ A dire vrai, soumettre l'obligation de réparer le dommage purement économique à la condition de l'existence d'une norme de protection spécifique n'a rien d'aléatoire. Au

réparation du dommage purement économique est dépendante du succès d'une «chasse à la norme»²³⁵⁸ de comportement concrète destinée à protéger le patrimoine d'atteintes de ce type («Schutzzwecklehre», «Normzwecktheorie»; *supra* n. 1193).²³⁵⁹ Mais que dire alors de l'article 46 OR/CO 2020? Certes, sous le régime de l'article 46 OR/CO 2020, il ne serait plus nécessaire de rechercher une norme de protection concrète, «mais la norme de protection abstraite qui y supplée n'a d'autres contours que le comportement diligent ou raisonnable»²³⁶⁰ (*infra* n. 1391 s.). De par son degré d'abstraction, cette norme de protection offre bien moins de prévisibilité que la conception actuelle. La prévisibilité juridique demande une codification des normes de protection aux hypothèses d'application prédéfinies,²³⁶¹ à l'image par exemple de l'article 4:103 PETL (*supra* n. 1005 s.).²³⁶²

1390 A l'instar de la conception actuelle, le Projet OR/CO 2020 admet qu'un manquement objectif peut résulter de l'infraction à un **principe général** de l'ordre juridique (*supra* n. 1386),²³⁶³ comme par exemple l'interdiction de créer un état de fait dangereux («Gefahrensatz»). A nos yeux toutefois, la violation du principe général de la bonne foi, tel que formulé à l'article 2 al. 1 CC, ne permet pas la réparation de dommages purement économiques en dehors du cadre de droits ou d'obligations préexistants (*supra* n. 1190). En droit positif suisse, les cas de responsabilité précontractuelle ne sont donc pas tous soumis au régime de l'article 41 CO (*supra* n. 1194), faute de norme de protection générale protégeant les intérêts purement économiques («Grundschnitznorm»; *supra* n. 1195). L'AP WIDMER/WESSNER proposait d'y remédier en érigeant

contraire, les normes de protection spécifiques sont précisément l'expression du choix du législateur de protéger l'intérêt en cause dans certaines hypothèses seulement (cf. MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 122).

²³⁵⁸ CHAPPUIS, *Une nouvelle clause générale*, p. 360 s.

²³⁵⁹ ATF 136 III 113 c. 3.2; MÜLLER, RC, n. 163.

²³⁶⁰ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 122.

²³⁶¹ «Kein gangbarer Weg scheint uns [...] derjenige einer fortlaufenden, retrospectiv verfälschten richterlichen Neuschöpfung von Verhaltens- und Verkehrssicherungspflichten, denen jegliche Berechenbarkeit und Verlässlichkeit abgeht» (WIDMER, *Anything goes – Haftpflichtrecht im Offside*, p. 369).

²³⁶² Art. 4:103 PETL: «Duty to Protect Others from Damage. A duty to act positively to protect others from damage may exist if law so provides, or if the actor creates or controls a dangerous situation, or when there is a special relationship between parties or when the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side point towards such a duty».

²³⁶³ FELLMANN/MÜLLER/WERRO, n. 4 ad Intro. art. 46-63 OR/CO 2020.

expressément la bonne foi au rang de norme de protection générale (art. 46 al. 2 AP WIDMER/WESSNER; *supra* n. 1366 ss). Cette proposition avait été accueillie avec le scepticisme que l'on connaît (*supra* n. 1373).

- 1391 Or, l'article 46 OR/CO 2020 entend aller plus loin encore, à lire son commentaire explicatif. Seul ce dernier permet en effet de comprendre que la violation «*peut [aussi] résulter du seul fait de ne pas avoir mis en œuvre la diligence qu'aurait exercée toute personne raisonnable placée dans les mêmes conditions de temps et de lieu que l'auteur du préjudice*». ²³⁶⁴ L'article 46 OR/CO 2020 impose donc un **devoir général de comportement raisonnable sans que cela ne ressorte de sa lettre**. Le texte de l'article 46 OR/CO 2020 ne devrait donc pas interdire la violation d'«*un devoir général de comportement*» (mise en évidence ajoutée), mais rendre explicitement responsable par exemple «*toute personne qui [...] viole le devoir général de prudence*». ²³⁶⁵ D'ailleurs, la traduction anglaise de l'article 46 OR/CO parle de la violation d'un «*duty of care*», autrement dit, d'un devoir de prudence ou d'égards, et non d'un devoir général de comportement. Cependant, il eut été souhaitable que la version anglaise prévoie de rendre responsable «*a person who infringes upon the general duty of reasonable care*», car une telle formulation aurait permis de prévenir une confusion avec la notion anglo-américaine du «*duty of care*», ²³⁶⁶ dont l'existence en droit de la *Common law* dépend toujours du cas concret dans le cadre de l'examen du «*tort of negligence*» (*supra* n. 877). ²³⁶⁷
- 1392 Le comportement prescrit par l'article 46 OR/CO est **si abstrait** qu'il reviendrait trop souvent à la jurisprudence de définir *ex post* ²³⁶⁸ ce qui constitue ou non un comportement raisonnable dans une hypothèse donnée. Or, une personne raisonnable n'inflige pas de préjudice à autrui. De là à dire que tous les préjudices sont réparables, le pas n'est que trop aisément franchi (*infra* n. 1393 s.). ²³⁶⁹ En termes de résultats, la solution préconisée par l'article 46 OR/CO 2020 n'est guère éloignée de la théorie subjective de l'illicéité – critiquée à juste

²³⁶⁴ *Ibid.*

²³⁶⁵ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 121.

²³⁶⁶ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, note de bas de page 21.

²³⁶⁷ *Donoghue v Stevenson*, [1932] A.C. 562, p. 564; WIDMER C., p. 64.

²³⁶⁸ A notre sens, il revient au *législateur* de définir *ex ante* les comportements *concrets* susceptibles de porter atteinte aux intérêts qu'il estime dignes d'une protection juridique. Abstraction faite de la meilleure prévisibilité, cette conception a également l'avantage de la plus grande légitimité démocratique.

²³⁶⁹ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 122.

titre²³⁷⁰ – postulant que toute atteinte à tout bien juridique est réparable, à moins que l’auteur de l’acte dommageable ne fournisse un motif justificatif pour son atteinte.²³⁷¹

b) Responsabilité sans limites

- 1393 L’article 46 OR/CO 2020 comporte ensuite le risque d’une **extension sans frein** de la responsabilité civile. En effet, la condition de l’illicéité a pour fonction clé de circonscrire l’obligation de réparer (*supra* n. 1359).²³⁷² «[l’illicéité] *tend à mettre à [la responsabilité] une limite, sans laquelle les actes conformes au droit mais exercés aux dépens d’autrui, comme ceux de la concurrence (même loyale) dans le domaine économique, pourraient donner lieu à réparation*». ²³⁷³ Le critère de l’illicéité sert donc à déterminer si l’intérêt à la réparation est protégé ou non par l’ordre juridique.²³⁷⁴ Sans l’illicéité, l’idéologie de la réparation ne rencontre plus d’obstacle significatif à son expansion.
- 1394 Le risque d’une responsabilité sans limites est d’autant plus patent dans le Projet OR/CO 2020 que l’abandon de l’illicéité comme condition distincte de la faute s’accompagne d’«une ouverture»²³⁷⁵ au niveau de la **notion de préjudice**. L’article 47 OR/CO 2020 prévoit en effet que «[l]e dommage consiste en une perte patrimoniale ou une autre perte». A lire le commentaire de l’article 47 OR/CO 2020, la référence à «une autre perte» permettrait également de réparer «la diminution du bien-être dans la mesure où elle ne serait pas comprise dans la notion de tort moral au sens de l’art. 52 CO 2020», le dommage de frustration ou la perte d’une chance.²³⁷⁶ Il serait laissé aux tribunaux d’apprécier quel type d’«autre perte» devrait être réparé.²³⁷⁷ Nous sommes favorables, en principe, à un élargissement mesuré de la notion de préjudice réparable en droit suisse, notamment en ce qui concerne la réparation des chances perdues (*infra* n. 1460). En revanche, une telle ouverture ne doit pas intervenir simultanément avec la suppression de la condition de l’illicéité. La combinaison des deux

²³⁷⁰ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 98.

²³⁷¹ FELLMANN/KOTTMANN, n. 281; MÜLLER, RC, n. 171 s.

²³⁷² MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 122.

²³⁷³ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 96.

²³⁷⁴ JAUN, p. 394 s.

²³⁷⁵ FELLMANN/MÜLLER/WERRO, n. 2 ad art. 47 OR/CO 2020.

²³⁷⁶ *Ibid.*

²³⁷⁷ *Ibid.*

propositions conduirait inéluctablement à une responsabilité sans limites reconnaissables.²³⁷⁸

c) *Evolution du droit européen*

1395 L'article 46 OR/CO 2020 prétend traduire la conception européenne, respectivement française, de la faute objective fondée sur le manquement à la diligence requise. L'article 46 OR/CO 2020, il est vrai, tire son inspiration première de la **conception française de la faute objective** fondée sur un manquement à la diligence requise (art. 1382 s. CCfr; *supra* n. 839).²³⁷⁹ «Or, l'apparente simplicité d'une responsabilité soumise à la seule faute objective est en réalité un des motifs principaux invoqués quant à la nécessité de la refonte du système français. Pas plus que l'article 46 OR/CO 2020, la clause générale française ne permet-elle de connaître le contenu de la norme à respecter [...]. A l'image de l'article 46 OR/CO 2020, la clause générale française a des hypothèses d'application indéfinies et son empire est illimité»²³⁸⁰ (*supra* n. 840). Pour remédier aux nombreux défauts du système français qui menacent de le faire céder, le Projet TERRÉ RC propose notamment l'introduction de la notion d'illicéité dans la responsabilité civile (*supra* n. 839). Le droit prospectif français cherche donc à consacrer ce que le Projet OR/CO 2020 veut abolir. Le droit prospectif suisse nous semble dès lors très mal inspiré à prendre le droit positif français comme étalon.²³⁸¹

1396 La conception sous-jacente au texte de l'article 46 OR/CO est **identique à la définition du fait illicite figurant dans la proposition française**: «Un fait est illicite quand il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence» (art. 5, 2^e phrase Projet TERRÉ RC; *supra* n. 843).

1397 Toutefois, les deux propositions se distinguent sur **trois points décisifs**:

(i) le Projet TERRÉ RC reconnaît expressément la condition de l'illicéité et la codifie (*supra* n. 838);

²³⁷⁸ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 123.

²³⁷⁹ FELLMANN/MÜLLER/WERRO, n. 3 ad art. 46 OR/CO 2020; pour le droit français, cf. CARVAL, p. 187 ss; WESSNER/WINIGER, p. 4.

²³⁸⁰ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 122.

²³⁸¹ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 126.

(ii) le Projet TERRÉ RC impose de manière transparente le devoir général de prudence et de diligence (*supra* n. 843); et

(iii) le Projet TERRÉ RC introduit une hiérarchie dans les intérêts protégés (*supra* n. 842).

1398 Ainsi, le Projet TERRÉ RC a au moins la vertu de la **clarté**. Il prévoit expressément que la violation du devoir général de prudence et de diligence est un fait illicite à l'image de la violation de n'importe quelle autre règle de conduite imposée par loi (art. 5, 2^e phrase Projet TERRÉ RC; *supra* n. 843). Le texte du Projet TERRÉ ne résout certes pas tous les problèmes de sécurité juridique et de prévisibilité, intrinsèques au devoir général de prudence et de diligence. Cependant, le Projet TERRÉ RC – contrairement au Projet OR/CO 2020 – impose au moins expressément un tel devoir au justiciable. «*En codifiant ainsi le principe général dans une disposition explicite, il assure un minimum de prévisibilité juridique*». ²³⁸²

1399 L'autre différence de taille avec le Projet OR/CO 2020 est que le Projet TERRÉ RC canalise l'illicéité du comportement déraisonnable par une **hiérarchisation des intérêts protégés** (*supra* n. 842). ²³⁸³

1400 Les **projets européens de droit uniforme** tels que les PETL (*supra* n. 995 ss) ou les PEL. Liab. Dam. (= livre VI DCFR; *supra* n. 982 ss) n'instaurent certes pas l'illicéité comme condition explicite de l'obligation de réparer. La fonction de l'illicéité – qui est de définir si l'intérêt de la victime à la réparation est protégé par l'ordre juridique (*supra* n. 1393) ²³⁸⁴ – n'en est toutefois pas absente. Tant les PETL (*supra* n. 999) que les PEL Liab. Dam. (*supra* n. 985) incorporent la fonction de l'illicéité d'une manière ou d'une autre afin de circonscrire l'obligation de réparer le préjudice causé à autrui.

1401 La **jurisprudence européenne** citée ²³⁸⁵ dans le commentaire explicatif au Projet OR/CO 2020 ²³⁸⁶ ne permet pas non plus de conclure à une tendance à l'abandon de la condition de l'illicéité. On ne discerne en aucun cas «une

²³⁸² MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 122.

²³⁸³ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 126.

²³⁸⁴ JAUN, p. 394 s.

²³⁸⁵ Arrêt de la CJCE du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland et the Queen contre Secretary State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et al.*, affaires jointes C-46/93 et C-48/93, Rec. 1996, p. I-01029.

²³⁸⁶ FELLMANN/MÜLLER/WERRO, n. 3 ad art. 46 OR/CO 2020.

conception de l'illicéité fondée sur le seul manquement à la diligence requise»²³⁸⁷ dans les arrêts de la Cour de justice européenne.

1402 D'abord, l'affaire «*Brasserie du pêcheur contre Bundesrepublik Deutschland*» concerne la **responsabilité de l'Etat** du fait des actes et omissions du législateur national contraires au droit communautaire.²³⁸⁸ Il s'agit donc d'un cas de responsabilité publique, qui tend en général à retenir la condition de l'illicéité tout en faisant abstraction de celle de la faute.²³⁸⁹

1403 Ensuite, la Cour de justice européenne considère que le droit communautaire ne reconnaît une obligation de réparer uniquement lorsque **quatre** conditions cumulatives sont remplies, à savoir:

(i) un dommage subi;

(ii) une violation d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers;

(iii) une violation suffisamment caractérisée; et

(iv) un lien de causalité directe entre la violation et le dommage.²³⁹⁰

1404 Quant à la question préjudicielle de savoir si les juridictions nationales sont autorisées à subordonner l'obligation de réparer à l'existence d'une **faute**, la Cour de justice européenne répond que «*certaines éléments objectifs et subjectifs qui, dans le cadre d'un système juridique national peuvent être rattachés à la notion de faute, sont ainsi pertinents pour apprécier si une violation du droit communautaire est ou non caractérisée*».²³⁹¹ Ainsi, bien que la faute ne soit pas une condition explicite de la responsabilité, elle a néanmoins son importance

²³⁸⁷ FELLMANN/MÜLLER/WERRO, n. 3 ad art. 46 OR/CO 2020.

²³⁸⁸ Arrêt de la CJCE du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and the Queen v Secretary State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et al.*, affaires jointes C-46/93 et C-48/93, Rec. 1996, p. I-01029, n. 15 ss; VON BOGDANDY/JACOB, n. 84 ad art. 340 TFUE.

²³⁸⁹ MÜLLER, RC, n. 33 ss.

²³⁹⁰ Arrêt de la CJCE du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et the Queen contre Secretary State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, affaires jointes C-46/93 et C-48/93, Rec. 1996, p. I-01029, n. 51.

²³⁹¹ Arrêt de la CJCE du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et the Queen contre Secretary State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, affaires jointes C-46/93 et C-48/93, Rec. 1996, p. I-01029, n. 78.

dans le cadre de l'appréciation générale quant à l'existence d'une violation suffisamment caractérisée de la règle de droit en question.²³⁹²

- 1405 Dans l'affaire «*Brasserie du pêcheur contre Bundesrepublik Deutschland*», la Cour de justice européenne se contente simplement de rappeler que la responsabilité extracontractuelle de l'UE, telle qu'elle est prévue à l'article 340 al. 2 TFUE,²³⁹³ «*n'est qu'une expression du principe général connu dans les ordres juridiques des Etats membres, selon lequel une action ou omission **illégal**e entraîne une obligation de réparer le préjudice causé*» (mise en évidence ajoutée).²³⁹⁴

5. Illicéité comme concept unique

a) Abandon de la théorie objective de l'illicéité

- 1406 Les arguments soulevés contre la suppression de la condition de l'illicéité ne devraient pas éveiller le soupçon chez le lecteur que nous défendions à tout prix une conception rigoriste de la notion traditionnelle de l'illicéité en droit suisse.²³⁹⁵ Nous sommes favorables, à quelques réserves près (*infra* n. 1411 ss), à l'idée d'abandonner la distinction entre l'illicéité par le résultat («*Verhaltensunrecht*») et l'illicéité par le comportement («*Erfolgsunrecht*»), car, en définitive, elle revient à décrire la **même réalité** via deux perspectives différentes.²³⁹⁶ «*Si on qualifie l'atteinte au bien juridique (le résultat du comportement) comme illicite, le comportement (ou l'état de fait dangereux) qui a provoqué l'atteinte, le devient également et de manière automatique.*»²³⁹⁷ *L'inverse est également vrai: si on qualifie un comportement portant atteinte*

²³⁹² VON BOGDANDY/JACOB, n. 130 ad art. 340 TFUE.

²³⁹³ Art. 340 al. 2 TFUE (ex-art. 215 du traité instituant la Communauté européenne [1992]): «*En matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions*».

²³⁹⁴ Arrêt de la CJCE du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland et the Queen contre Secretary State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et al.*, affaires jointes C-46/93 et C-48/93, Rec. 1996, p. I-01029, n. 29.

²³⁹⁵ ATF 139 IV 137 c. 4.2; ATF 133 III 323 c. 5.1; ATF 132 III 122 c. 4.1; ATF 129 IV 322 c. 2.2.2; ATF 119 II 127 c. 3; ATF 116 Ib 367 c. 4b; TF, SJ 2000 I 549 c. 1a.

²³⁹⁶ Cf. MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 127 s.

²³⁹⁷ Ce qui n'implique cependant pas que le comportement doive aussi être considéré comme fautif.

*aux intérêts d'autrui de violation d'un devoir juridique – et donc d'illicite –, l'on crée en quelque sorte par la même occasion un bien juridique auquel on confère une protection compensatoire par la responsabilité».*²³⁹⁸

L'illicéité par le résultat et l'illicéité par le comportement sont donc les deux faces d'une même pièce.

b) Illicéité par la violation d'un devoir de protection concret

1407 C'est pourquoi l'illicéité peut être entendue **uniquement comme l'illicéité par le comportement** («*Verhaltensunrecht*»),²³⁹⁹ plus précisément comme la violation d'un devoir de protection («*Verletzung einer Schutzpflicht*»),²⁴⁰⁰ respectivement comme la violation d'une norme légale de comportement avec fonction protectrice²⁴⁰¹ («*Verstoss gegen eine gesetzliche Verhaltensnorm mit Schutzfunktion*»).²⁴⁰²

1408 En revanche, il faut se garder du pas franchi par l'article 46 OR/CO 2020 consistant à assimiler l'illicéité à la violation d'un devoir de diligence. *A priori*, la différence entre ces deux conceptions semble négligeable. Un examen plus attentif révèle cependant que ces deux approches de l'illicéité par le comportement sont fondamentalement différentes.²⁴⁰³ En effet, si l'on définit l'illicéité comme la violation d'un devoir de diligence, cela conduit précisément au reproche que nous formulons à l'endroit de l'article 46 OR/CO 2020, à savoir la **confusion de l'illicéité avec l'aspect objectif de la faute**,²⁴⁰⁴ qui n'est autre qu'un manquement individuel à un devoir imposé par l'ordre juridique.²⁴⁰⁵ La question du manque de diligence doit alors être examinée déjà au stade de l'analyse de l'illicéité.²⁴⁰⁶ *«Cela signifie en dernière conséquence que l'illicéité présuppose l'intention ou la négligence. La condition de l'illicéité se trouve ainsi comme subjectivée. Dans le cadre de la faute, seule la capacité de discernement resterait encore à examiner».*²⁴⁰⁷

²³⁹⁸ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 127.

²³⁹⁹ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 128.

²⁴⁰⁰ SCHWENZER, n. 50.04; SCHÖNENBERGER, p. 9; HOFSTETTER, p. 266.

²⁴⁰¹ FELLMANN/KOTTMANN, n. 343; MÜLLER, RC, n. 162.

²⁴⁰² PORTMANN, p. 277.

²⁴⁰³ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 128.

²⁴⁰⁴ PORTMANN, p. 277.

²⁴⁰⁵ MÜLLER, RC, n. 238 ss.

²⁴⁰⁶ SCHÖNENBERGER, p. 9.

²⁴⁰⁷ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 128.

- 1409 La définition de l'illicéité comme la violation d'un devoir de protection concret a l'avantage d'éviter la confusion avec l'aspect objectif de la faute. La question de savoir si le comportement peut être reproché à l'auteur du préjudice reste dès lors à examiner dans le cadre de la faute²⁴⁰⁸ comme critère d'imputation («Zurechnungskriterium»), à côté de l'illicéité. En définitive, il s'agit d'une **conception plus objective** de l'illicéité²⁴⁰⁹ laissant à la faute la place qui lui revient.
- 1410 Même si nous ne sommes pas opposés l'idée d'abandonner de l'illicéité par le résultat au profit de la seule illicéité par le comportement, cette **évolution ne peut se faire sans quelques sacrifices**.
- 1411 *«D'abord, l'illicéité par le résultat tient en effet mieux compte du fait que la réparation (les «dommages-intérêts», «Schadenersatz») présuppose avant tout un préjudice («dommage», «Schaden»), c'est-à-dire un **résultat dommageable**. Ce résultat représente logiquement la première condition de toute responsabilité: en l'absence d'un préjudice, nul besoin d'examiner l'illicéité ou la faute. Il n'est donc que logique d'entamer la question de savoir si le préjudice doit être réparé et s'il peut être imputé à une personne responsable par le biais de cette première condition fondamentale»*²⁴¹⁰ (mise en évidence ajoutée).
- 1412 *«L'illicéité par le résultat est ensuite un **meilleur frein** à l'extension illimitée de la responsabilité. En effet, la tentation de créer de nouveaux biens juridiquement protégés, en fonction des besoins du cas d'espèce, est nettement moins grande que de formuler de nouveaux devoirs de protection, et ceci la plupart du temps d'un point de vue rétrospectif»*²⁴¹¹ (mise en évidence ajoutée).
- 1413 Enfin, l'illicéité par le résultat a pour elle aussi une certaine **praticabilité**. En présence d'une atteinte à des droits absolus profitant d'une protection maximale, tels que la vie ou l'intégrité corporelle, il n'est pas nécessaire d'aller rechercher une norme de protection concrète pour fonder l'illicéité d'un acte dommageable.

²⁴⁰⁸ *Ibid.*

²⁴⁰⁹ SCHÖNENBERGER, p. 9.

²⁴¹⁰ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 128.

²⁴¹¹ *Ibid.*

D. Proposition de codification

1. Introduction

- 1414 Si nos constatations précédentes doivent servir à convaincre de l'opportunité, sinon de la nécessité d'un ancrage légal de la responsabilité pour *culpa in contrahendo*, les lignes suivantes encadrent et commentent une **proposition de clause générale de responsabilité précontractuelle** pour le droit suisse (*infra* n. 1436 ss).
- 1415 Bien sûr, il ne s'agit là que d'une **solution possible**, d'autres conceptions, notamment quant aux modalités applicables à la responsabilité précontractuelle étant défendues par les différents courants doctrinaux (*supra* n. 1181 ss). Il s'agit avant tout de provoquer la discussion, d'une part, **(a)** sur l'opportunité d'une codification de la responsabilité précontractuelle, et d'autre part, **(b)** sur la teneur éventuelle d'une telle clause générale et de son intégration systématique dans notre ordre juridique.
- 1416 La proposition formulée tient compte de la jurisprudence du TF et cherche à s'intégrer harmonieusement dans le droit positif suisse. Par ailleurs, elle s'inspire de certaines solutions provenant des ordres juridiques étrangers et/ou des projets académiques de droit uniforme (*supra* n. 699 ss). La solution proposée s'inscrit donc dans une **approche intégrative**, de sorte à viser sinon son eurocompatibilité, du moins sa conformité aux fondements dogmatiques romano-germaniques de la responsabilité pour *culpa in contrahendo* (*supra* n. 447 ss).
- 1417 Après un descriptif des **motifs** justifiant une codification de la responsabilité précontractuelle (*infra* n. 1418 ss), nous exposerons l'**approche choisie** quant à sa concrétisation (*infra* n. 1423 ss). Nous passerons ensuite à notre proposition pour une **clause générale de responsabilité précontractuelle** (*infra* n. 1436 ss).

2. Motifs

- 1418 Afin de répondre aux impératifs de la **sécurité juridique** et de la **prévisibilité** du droit, il est impératif de consolider dans la loi les principales solutions jurisprudentielles relatives à une institution unanimement reconnue, dont l'origine remonte désormais à plus de 150 ans (*supra* n. 521).
- 1419 Il s'agit avant tout de garantir, par proclamation publique et officielle (*supra* n. 45), la prescription univoque d'un **standard de comportement de bonne foi au stade précédent la conclusion d'un contrat**. La codification d'une clause

générale de responsabilité précontractuelle porterait à la connaissance du justiciable moyen que le comportement précontractuel qu'il adopte est mesuré à l'aune d'un standard imposé par la loi (*supra* n. 503). Ainsi est-il averti que si son comportement devait s'en écarter fautivement, il pourra être tenu à réparer le préjudice qui en résulte pour autrui.

1420 Outre une fonction compensatoire («*Ausgleichsfunktion*»), la responsabilité pour la contravention fautive au devoir fondamental de bonne foi précontractuelle (*supra* n. 463 s.) remplit également une **fonction préventive** («*Präventionsfunktion*»).²⁴¹² En effet, tout fondement de responsabilité vise à inciter les justiciables à choisir un comportement diligent ne portant pas préjudice à autrui.²⁴¹³ Un standard de comportement de bonne foi précontractuelle publiquement proclamé est ainsi mieux à même d'encourager la confiance nécessaire au bon déroulement du processus menant à la conclusion d'un contrat (*supra* n. 503). Une clause générale de responsabilité précontractuelle reconnaissable et reconnue par tout un chacun constitue dès lors un instrument contribuant à optimiser le déroulement de la phase précontractuelle (*supra* n. 499 ss).

1421 L'introduction d'une clause générale expresse est également importante lorsque l'on songe au **rayonnement international du droit suisse**. En effet, les parties contractantes étrangères font fréquemment confiance au droit suisse pour régir leurs relations au moyen d'une clause d'élection de droit en faveur de celui-ci. Elles perçoivent le droit suisse comme un excellent système, dont les solutions sont à la fois équilibrées et libérales.²⁴¹⁴ En matière d'arbitrage international notamment – domaine dans lequel la Suisse jouit d'un savoir-faire reconnu²⁴¹⁵ – les opérateurs étrangers du commerce international élisent volontiers le droit suisse²⁴¹⁶ en tant que droit matériel «neutre». Une codification de la responsabilité précontractuelle générale revêt donc une importance particulière, notamment aux yeux de parties venant d'un ordre juridique tel que la *Common law* anglaise qui ne connaît pas de standard de comportement de bonne foi au stade précontractuel (*supra* n. 856). Un ancrage légal permettrait d'attirer l'attention des opérateurs du commerce international sur le fait qu'une election de droit en faveur du droit suisse – par exemple au moyen d'une clause

²⁴¹² Cf. MÜLLER, RC, n. 4 s.

²⁴¹³ MÜLLER, RC, n. 4; WERRO, RC, n. 6.

²⁴¹⁴ BLESSING, n. 17.

²⁴¹⁵ BLESSING, n. 18.

²⁴¹⁶ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, n. 603.

d'arbitrage figurant dans un accord précontractuel obligatoire (*supra* n. 1305) – emporte également l'obligation de réparer les préjudices causés par un comportement contraire à la bonne foi avant même qu'un contrat définitif ne soit conclu.

- 1422 Enfin, la codification d'une clause générale de responsabilité précontractuelle permettrait de mettre un **frein aux controverses** au sujet de sa nature et de son régime juridique. Une consécration légale de la responsabilité précontractuelle générale rendrait superflues les discussions autour de sa nature juridique, puisque c'est la loi elle-même qui en dicterait les modalités. N'étant plus dissoute dans le flou de la responsabilité fondée sur la confiance, la responsabilité précontractuelle émergerait renforcée d'une codification (*infra* n. 1425). Tout en consolidant les solutions dégagées par la jurisprudence, un régime particulier de responsabilité précontractuelle traduit dans la loi se verrait également muni d'une légitimité démocratique dont l'actuelle responsabilité fondée sur la confiance ne peut se targuer.

3. Approche choisie

a) Constat initial

- 1423 L'**incertitude** quant au fondement de la responsabilité fondée sur la confiance suscite un vaste débat doctrinal, témoin de «*la nécessité d'introduire dans le système du droit suisse une nouvelle clause générale de responsabilité et la définition des modalités de celle-ci*».²⁴¹⁷
- 1424 Construite à partir d'une généralisation de principes relatifs à la responsabilité pour *culpa in contrahendo* en cas de négociations infructueuses (*supra* n. 1215 s.), la responsabilité fondée sur la confiance a toujours comme **principal cas d'application** la responsabilité précontractuelle.²⁴¹⁸ En effet, hormis les cas de responsabilité précontractuelle, la responsabilité fondée sur la confiance, bien qu'évoquée, n'a plus été reconnue dans un arrêt officiellement publié depuis le début des années 2000.²⁴¹⁹ Si cet état de fait peut être interprété comme un

²⁴¹⁷ STEINAUER, n. 539.

²⁴¹⁸ ATF 134 III 390 c. 4.3.2 («*Die Vertrauenshaftung erfasst als Oberbegriff die Haftung aus culpa in contrahendo und die weiteren interessenmässig gleich gelagerten Tatbestandsgruppen, wie etwa die Haftung für falsche Auskunft*»).

²⁴¹⁹ Cf. ATF 128 III 324 c. 2.2.

indice du déclin de la responsabilité fondée sur la confiance,²⁴²⁰ il doit également être attribué aux conditions d'application très strictes imposées par le TF, sachant que la prévisibilité juridique interdit à raison une extension injustifiée d'une responsabilité qui ne repose ni sur la violation d'obligations contractuelles, ni sur un manquement à des injonctions ou des interdictions imposées par l'ordre juridique.²⁴²¹

- 1425 Un ancrage dans la loi permettrait donc de consacrer une fois pour toute la responsabilité fondée sur la confiance, tout en lui fixant des **limites claires** et des **modalités d'application définitives**. Sans concrétisation légale, les justiciables demeurent dans l'incertitude quant au risque de responsabilité qu'ils encourent. Partant, la responsabilité pour *culpa in contrahendo* – qui sert pourtant de porte-drapeau à la responsabilité fondée sur la confiance – est noyée dans le flou des critères d'application dégagés par la jurisprudence au sujet de cette dernière. La responsabilité précontractuelle s'en trouve affaiblie, les justiciables n'étant que peu enclins à introduire une action en réparation dont les modalités et l'issue demeurent incertaines.

b) Différenciation

- 1426 Eu égard au **caractère hétérogène** des différentes constellations factuelles tombant aujourd'hui sous l'empire de la responsabilité fondée sur la confiance, nous préconisons une approche différenciée selon les groupes de cas concrets. Indéniablement, une confiance légitime est déçue tant dans la responsabilité fondée sur la confiance que dans la responsabilité précontractuelle. Toutefois, dans le premier cas, la responsabilité sanctionne exclusivement la déception déloyale de la confiance *suscitée* par le comportement d'autrui. Dans le second cas, la responsabilité peut certes résulter de la déception déloyale de la confiance *suscitée* par autrui (*supra* n. 518), mais elle le peut aussi de la déception déloyale de la confiance *attendue* du seul fait de l'existence d'un standard de bonne foi précontractuelle («*allgemeine Redlichkeitserwartung*»; *supra* n. 462). En effet, la partie recherchée en responsabilité précontractuelle ne doit pas nécessairement avoir suscité une confiance particulière dans le chef de la

²⁴²⁰ MÜLLER, RC, n. 168.

²⁴²¹ ATF 134 III 390 c. 4.3.3 («*Die Rechtssicherheit gebietet, eine ungerechtfertigte Ausdehnung der Vertrauenshaftung, die weder auf einer Verletzung einer Vertragspflicht noch auf einem Verstoß gegen allgemeine gesetzliche Gebote oder Verbote beruht [...] zu vermeiden*»).

personne lésée. La violation d'un devoir d'information hors négociation par exemple suffit pour engager une responsabilité précontractuelle (*supra* n. 530 s.). Autrement dit, la responsabilité précontractuelle ne se recoupe pas entièrement avec la responsabilité fondée sur la confiance. La première ne se résume pas à une simple expression de la seconde.

- 1427 S'agissant du régime applicable à la responsabilité fondée sur la confiance, la suggestion d'une approche différenciée n'est pas nouvelle. Il est notamment préconisé de se baser uniformément, soit sur le fondement délictuel, soit sur les principes contractuels, suivant qu'il s'agisse de la violation d'un **devoir général** (absolu, *erga omnes*), à savoir un devoir imposé à chacun envers une multitude de personnes indéterminées, ou de la violation d'un **devoir particulier** (relatif) qui ne s'adresse qu'à une ou plusieurs personnes déterminées ou déterminables.²⁴²² Ainsi, la «*Konzernvertrauenshaftung*»²⁴²³ de l'arrêt topique «*Swissair*»²⁴²⁴ ou la «*ausservertragliche Haftung für Rat und Auskunft*»²⁴²⁵ seraient toutes deux soumises au régime délictuel (art. 41 ss CO), alors que la responsabilité pour *culpa in contrahendo* serait typiquement un cas de responsabilité fondée sur la confiance obéissant aux règles de la responsabilité dite contractuelle (art. 97 ss CO). D'autres constellations seraient également soumises à cette dernière, à chaque fois qu'un devoir relatif peut être déduit du fait qu'il a vocation à s'adresser à une ou plusieurs personnes déterminées ou déterminables.²⁴²⁶
- 1428 Cependant, tout devoir relatif n'est pas pour autant une **obligation**. Au sens originel du terme (*obligatio*),²⁴²⁷ une obligation («*Verbindlichkeit*») établit un «*lien juridique entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles est tenue envers l'autre d'exécuter une prestation*» (mise en évidence ajoutée).²⁴²⁸ Ainsi existe-t-il par exemple des devoirs relatifs accessoires («*Nebenpflichten*»), concrétisant l'exécution d'obligations principales,²⁴²⁹ qui ne sont pas

²⁴²² CHAPPUIS, *Les règles de la bonne foi entre contrat et délit*, p. 238 ss.

²⁴²³ Cf. ATF 124 III 297 c. 5c; ATF 123 III 220 c. 4e; ATF 120 II 331 c. 5a; arrêt du TF 4A_306/2009 du 08.02.2010, c. 5.1.

²⁴²⁴ ATF 120 II 331 c. 5.

²⁴²⁵ ATF 124 III 363 c. II/5; ATF 121 III 350 c. 6c; arrêt du TF 4C.193/2000 du 26.09.2001, c. 4a.

²⁴²⁶ Cf. ATF 121 III 350 c. 6 («*Grossen*»).

²⁴²⁷ Cf. Institutes de JUSTINIEN, Inst. III, XIII, *pr.*

²⁴²⁸ TERCIER/PICHONNAZ, n. 101.

²⁴²⁹ Pour le devoir de diligence du mandataire, cf. MÜLLER, n. 1978.

susceptibles, à eux seuls, d'exécution forcée («*nicht klagbare, aber haftungsbegründende Verhaltenspflichten*»; *supra* n. 1190). Aussi l'article 2 al. 1 CC n'engendre-t-il à nos yeux pas d'obligation primaire, mais un devoir de comportement de bonne foi dans l'exercice d'une obligation ou d'un droit préexistants (*supra* n. 1190). Faute d'obligation préexistante trouvant sa source dans un acte juridique ou dans la loi, le manquement à un devoir relatif de bonne foi sanctionné par la responsabilité fondée sur la confiance ne saurait être soumis au régime de l'inexécution de l'obligation du débiteur selon les articles 97 ss CO.

c) *Critère de distinction*

1429 Si une différenciation des régimes applicables selon la nature du devoir ne donne pas entière satisfaction, l'application d'un régime autonome, distinct des régimes contractuel et délictuel, se justifie par la **nature de la relation** entretenue par les parties. Le critère de distinction réside dans le motif sous-jacent à la volonté des parties à entrer en contact l'une avec l'autre. Dans les hypothèses précontractuelles, leur relation résulte de l'«*animus ad contrahendo*» dont fait preuve au moins l'une d'entre elles. Or, une telle entrée en contact en vue d'aboutir, potentiellement au moins, à une relation contractuelle fait défaut dans les autres hypothèses tombant aujourd'hui sous la responsabilité fondée sur la confiance. Nous préconisons donc l'application du régime spécifique dégagé par la jurisprudence du TF uniquement pour la responsabilité pour *culpa in contrahendo* (pour laquelle il avait été initialement conçu; *supra* n. 1204 ss).

d) *Régime extracontractuel autonome*

1430 Partant, cette **proximité avec l'univers contractuel** justifie de ne pas soumettre la responsabilité pour *culpa in contrahendo* au régime de l'article 41 CO, mais de lui appliquer un régime extracontractuel autonome dont certaines modalités correspondent ou s'approchent du régime contractuel²⁴³⁰ (qui n'est pas applicable *ipso iure*, faute d'obligation préexistante; *supra* n. 1428).

1431 Ainsi défendons-nous l'application à la responsabilité précontractuelle (uniquement), la **constante** selon laquelle :

(i) la faute est présumée (*infra* n. 1480 ss);

²⁴³⁰ Dans ce sens ég. HUGUENIN, OR, n. 1533.

(ii) la responsabilité pour les auxiliaires du cocontractant prospectif est exempte de la possibilité d'une preuve libératoire de la diligence objective et de la nécessité d'un lien de subordination (*infra* n. 1508 ss); et

(iii) l'action en réparation se prescrit selon la règle spéciale du régime délictuel figurant à l'article 60 CO (*infra* n. 1514 s.).

e) *Responsabilité fondée sur la confiance non-précontractuelle*

1432 Hors *culpa in contrahendo*, les hypothèses tombant aujourd'hui sous l'institution de la responsabilité fondée sur la confiance doivent être entièrement soumises au régime de la **responsabilité délictuelle**. Dans ces hypothèses, la relation entre les parties impliquées ne résulte pas de l'intention de l'une d'entre elles au moins d'aboutir à la conclusion d'un contrat («*animus ad contrahendo*»; *supra* n. 1429). En effet, à l'image de tout autre acte illicite, aucune relation de proximité particulière, ni même aucun contact direct entre les parties, n'est requis dans le cadre de la responsabilité fondée sur la confiance non précontractuelle. Pour satisfaire à la condition de la situation spéciale de confiance et de fidélité («*qualifiziertes Vertrauens- und Treueverhältnis*»; *supra* n. 1213), il suffit que la partie recherchée en responsabilité se soit objectivement portée garante de certaines informations ou affirmations d'une manière qui lui est au moins implicitement imputable (*supra* n. 1225).

1433 L'objet de notre étude se concentrant sur la responsabilité précontractuelle, nous laissons à d'autres le soin de **trancher la question** s'il faut (a) maintenir un *statu quo* somme toute satisfaisant pour les autres hypothèses de responsabilité fondée sur la confiance, (b) instituer une clause de responsabilité propre à la responsabilité fondée sur la confiance non-précontractuelle ou (c) soumettre la responsabilité fondée sur la confiance non-précontractuelle au régime de la responsabilité délictuelle générale (art. 41 CO) par le biais de la codification d'une norme de protection concrète. Nous avons une préférence pour cette dernière alternative.

1434 L'article VI.-2:207 DCFR²⁴³¹ («*Loss upon reliance on incorrect advice or information*»; *supra* n. 989 ss) constitue à notre sens une bonne **base de départ** pour une réflexion au sujet de la codification de la responsabilité fondée sur la

²⁴³¹ Art. VI.-2:207 DCFR = art. 2:207 PEL Liab. Dam.

confiance hors responsabilité précontractuelle.²⁴³² En effet, l'article en question exemplifie un cas de «*legally relevant damage*» soumis à réparation selon la règle de base de la responsabilité extracontractuelle pour dommage causé à autrui du DCFR et des PEL (art. VI.-1:101 DCFR = art. 1.101 PEL Liab. Dam.; *supra* n. 984 ss).

- 1435 Afin de consolider la jurisprudence suisse, il serait envisageable d'adapter le texte de l'article VI.-2:207 DCFR de sorte à étendre l'hypothèse génératrice de l'obligation de réparer aux **déclarations propres à induire en erreur des tierces personnes**²⁴³³ et à inclure les **personnes au profit d'une situation monopolistique**²⁴³⁴ dans le cercle des sujets de la responsabilité.

4. Clause générale de responsabilité précontractuelle (art. 22a nCO)

a) Introduction

- 1436 Nous proposons ci-après d'intégrer une clause générale de responsabilité précontractuelle dans le CO. La question de l'**intégration systématique** d'une telle clause (*infra* n. 1437 ss) sera suivie par la **teneur** de notre proposition (*infra* n. 1446). Puis, après quelques considérations relatives à sa **formulation et structure** (*infra* n. 1447 ss), nous commenterons brièvement l'**hypothèse générique** qu'elle formule (*infra* n. 1450 ss), la **liste exemplative de devoirs spécifiques** qu'elle énonce (*infra* n. 1495 ss), la **responsabilité du fait de**

²⁴³² Pour la fourniture de renseignements ou de conseils propres à induire en erreur des tiers («*ausserververtragliche Haftung für Rat und Auskunft*»), cf. ATF 124 III 363 c. II/5; ATF 121 III 350 c. 6c; arrêt du TF 4C.193/2000 du 26.09.2001, c. 4a.

²⁴³³ Pour des déclarations propres à induire en erreur des tiers dans l'activité de groupes de sociétés («*Konzernvertrauenshaftung*»), cf. ATF 124 III 297 c. 5c; ATF 123 III 220 c. 4e; ATF 120 II 331 c. 5a («*Swissair*»); arrêt du TF 4A_306/2009 du 08.02.2010, c. 5.1; pour la déception de la confiance dans les effets de change («*wechselrechtliche Rechtsscheinhaftung*»), ATF 128 III 324 c. 2.2.

²⁴³⁴ Dans l'arrêt topique ATF 121 III 350 («*Grossen*»), la Fédération Suisse de Lutte Amateur (FSLA) jouissait d'une situation de monopole à l'égard du lutteur *Grossen* s'agissant de sa qualification aux championnats mondiaux du sport en question. *Grossen* avait rempli tous les critères de sélection pour les championnats mondiaux que la FSLA avait préalablement fixés. La FSLA décida toutefois d'imposer une compétition supplémentaire à *Grossen*, déjà qualifié selon les critères fixés, changeant ainsi *ex post* les critères de sélection. Le TF a considéré qu'en adoptant un tel comportement contraire aux règles de la bonne foi sans raison valable, la FSLA engageait sa responsabilité pour le dommage subi par *Grossen* (cf. ATF 121 III 350 c. 6d).

l'auxiliaire qu'elle consacre (*infra* n. 1508 ss) et, enfin, le **renvoi aux règles délictuelles de la prescription et de l'étendue de la responsabilité** qu'elle opère (*infra* n. 1513 ss).

b) *Intégration systématique*

i. **Au sein de la partie générale du CO**

1437 Sachant que la *culpa in contrahendo* engendre une **obligation de réparer le préjudice causé**, elle est une source de responsabilité. L'ancrage légal de la responsabilité précontractuelle trouve donc naturellement sa place au sein de la première partie du CO («*Dispositions générales*»; art. 1 à 183 CO).

1438 En tant que **responsabilité extracontractuelle**, on pourrait de prime abord songer à placer une clause générale de responsabilité précontractuelle dans le chapitre II («*Des obligations résultant d'actes illicites*»; art. 41 à 61 CO) du titre premier («*De la formation des obligations*»; art. 1 à 67 CO) de la partie première du CO. Elle y figurerait alors à titre de responsabilité délictuelle spéciale, à l'image par exemple de l'article 59a CO («*F. Responsabilité en matière de clé de signature*») sanctionnant la confiance déçue dans un certificat de validité en matière de clé de signature électronique.

1439 Toutefois, bien qu'extracontractuelle, la responsabilité précontractuelle revêt une **nature propre** (*supra* n. 1219). Certes, un contrat n'a pas nécessairement à être conclu, mais elle opère également lorsqu'un contrat valable ou vicié est conclu (*supra* n. 1268). Entretenant un lien étroit avec la formation du contrat, il se justifie de placer la clause proposée dans le chapitre dédié aux dispositions relatives à la conclusion du contrat, à savoir le chapitre premier («*Des obligations résultant d'un contrat*»; art. 1 à 40f CO)²⁴³⁵ du titre premier («*De la formation des obligations*»; art. 1 à 67 CO) de la partie première du CO. Une intégration systématique dans le chapitre premier a l'avantage d'établir une distinction claire entre les hypothèses délictuelles – où la nature du contact entre

²⁴³⁵ A supposer qu'une clause de responsabilité précontractuelle soit introduite dans le chapitre en question, une modification cosmétique à son *intitulé* serait souhaitable. Idéalement, il pourrait se lire «*Des obligations résultant d'un contrat ou de sa formation*». En effet, une telle formulation clarifie qu'une obligation de réparer le préjudice causé est susceptible de naître d'un comportement contraire à la bonne foi à l'occasion de la formation d'un contrat, sans qu'un contrat (valable ou vicié) ne soit nécessairement conclu.

le sujet de la responsabilité et la partie préjudiciée importe peu – et les relations précontractuelles qui, elles, sont caractérisées par l’«*animus ad contrahendo*» dont fait preuve au moins une des parties au contrat projeté (*supra* n. 1429).

- 1440 Inversement, il ne se justifierait pas de placer la clause en question dans le chapitre II («*Des effets de l’inexécution des obligations*»; art. 97 à 113 CO) du titre deuxième («*De l’effet des obligations*») de la partie première, dans lequel figure la clause de responsabilité dite contractuelle (art. 97 al. 1 CO). En effet, le rapport précontractuel, à lui seul, n’implique typiquement **pas une relation de créancier à débiteur**, sachant par ailleurs que les devoirs qu’il génère ne sont pas des obligations (*supra* n. 1190) et que les intervenants n’ont généralement pas encore la volonté d’être lié par un acte juridique (*supra* n. 1220).
- 1441 En portant notre regard sur la systématique proposée par les **modèles de droit uniforme**, force est de constater que le DCFR détache également clairement sa clause de responsabilité précontractuelle générale (art. II.-3:501 DCFR; *supra* n. 1058) de la responsabilité extracontractuelle pour dommages causés à autrui. La première figure dans le livre II relatif au contrat, alors que la deuxième fait l’objet du livre VI qui lui est entièrement dédié (*supra* n. 1066). Bien plus, le DCFR, ainsi que les ACQP (art. 2:103(2) et 2:208 ACQP; *supra* n. 942 et 975), placent leurs clauses de responsabilité précontractuelle *avant même* les dispositions relatives à la formation du contrat (art. II.-4:101 à II.-4:303 DCFR; art. 4:101 à 4:108 ACQP). Une telle possibilité d’intégration systématique n’est évidemment pas ouverte en l’état actuel du CO, sachant que ce dernier débute par les dispositions relatives à la conclusion du contrat. Par contre, les PICC formulent leur clause de responsabilité pour mauvaise foi dans les négociations (art. 2.1.15(2) PICC; *supra* n. 1087) bel et bien *après* les dispositions relatives à l’offre et à l’acceptation (art. 2.1.1 à 2.1.14 PICC). Le Projet GANDOLFI choisit, quant à lui, de placer sa clause de responsabilité précontractuelle (art. 6 al. 4 Projet GANDOLFI; *supra* n. 1069) certes avant les règles régissant l’offre et à l’acceptation (11 à 22 Projet GANDOLFI), mais *après* les règles relatives à la capacité de contracter et les éléments essentiels du contrat (art. 5 Projet GANDOLFI).
- 1442 Une intégration au **chapitre premier du titre premier de la partie première du CO** d’une clause générale de responsabilité précontractuelle est **cohérente**, non seulement avec la nature singulière de la responsabilité précontractuelle, mais également au regard de la systématique du droit uniforme prospectif.

ii. Au sein du chapitre premier du titre premier

- 1443 D'une part, nous préconisons d'insérer la clause proposée (*infra* n. 1446) **immédiatement avant les dispositions relatives aux principaux vices du consentement** (art. 23 à 31 CO). Sachant que l'exploitation fautive des vices du consentement comptent parmi les archétypes de la *culpa in contrahendo* (*supra* n. 524), les dispositions relatives à l'erreur (art. 23 ss CO), au dol (art. 28 CO) et à la crainte fondée (29 s. CO) fonctionneraient comme autant d'hypothèses d'applications particulières de la règle générale qui les précède d'un point de vue systématique. Il en irait ainsi également à l'égard de la négligence dans la restitution du titre constatant les pouvoirs de représentation (art. 36 al. 2 CO).
- 1444 D'autre part, il nous semble opportun de placer la clause proposée **immédiatement après la disposition relative au précontrat** (art. 22 CO). En tant que moyen à disposition des parties permettant de réguler leur rapport avant l'établissement d'un document contractuel définitif, le précontrat s'inscrit dans le cadre de la relation précontractuelle que la responsabilité précontractuelle cherche, elle aussi, à normaliser (*supra* n. 499). Partant, la proximité systématique entre les accords précontractuels et la responsabilité précontractuelle a été traduite dans les projets académiques de réforme du droit des obligations français. Ainsi, le Projet CATALA (*supra* n. 778) et le Projet TERRÉ (*supra* n. 824) font figurer leurs dispositions sur la responsabilité précontractuelle pour négociations contraires à la bonne foi aux côtés immédiats de celles relatives aux accords précontractuels.
- 1445 La clause proposée trouverait sa **place naturelle entre la disposition sur le précontrat et les règles relatives aux vices du consentement** au sein de la systématique du CO.

c) Teneur

- 1446 Nous préconisons l'introduction d'une clause de responsabilité précontractuelle dans le chapitre premier du titre premier de la première partie du CO. La clause en question serait introduite dans le CO au moyen d'un nouvel article 22a (art. 22a nCO) dont le **texte proposé** est le suivant:

Art. 22a

F. Responsabilité précontractuelle

¹ Celui qui, dès la première prise de contact en vue de conclure un contrat, contrevient aux règles de la bonne foi

dans les affaires est tenu de réparer le préjudice en résultant, même s'il n'a pas vocation à devenir lui-même partie au contrat, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

² Est contraire à la bonne foi dans les affaires, notamment:

- a. d'entamer ou de poursuivre des négociations sans véritable intention de conclure un contrat;
- b. de rompre les négociations sans motif justifié après avoir suscité une confiance légitime dans la conclusion certaine d'un contrat;
- c. de ne pas s'acquitter diligemment de tout autre devoir précontractuel prévu par la loi.

³ Celui qui confie à des auxiliaires, tels que des représentants, des conseillers ou des experts, le soin de déployer une activité en vue de la conclusion d'un contrat avec un cocontractant potentiel, est responsable envers celui-ci du préjudice qu'ils causent dans l'accomplissement de leur activité.

⁴ Les règles relatives à la prescription de l'action en réparation et à l'étendue de la responsabilité dérivant d'actes illicites sont applicables par analogie aux comportements précontractuels contraires à la bonne foi dans les affaires.

d) *Formulation et structure*

1447 La clause proposée cherche à s'inscrire harmonieusement dans la stylistique générale des dispositions du CO. Nos codes de droit privé sont réputés pour leur **facilité d'utilisation** («*user-friendliness*»). Les dispositions qu'ils consacrent sont formulées de sorte à ce que leur contenu soit intelligible pour tout un chacun, évitant autant que possible un vocabulaire excessivement technique, adressé aux seuls juristes.²⁴³⁶ Dans la rédaction de notre proposition, nous nous

²⁴³⁶ Cf. GMÜR, p. 28.

sommes donc laissés guider par la tradition de lisibilité initiée par HUBER,²⁴³⁷ en tentant d'éviter le piège de l'approximation (*supra* n. 130).

1448 Ainsi, nous n'avons pas hésité à nous inspirer du **style rédactionnel des autres clauses** de responsabilité du CO, et notamment de celles figurant aux articles 97 al. 1 et 101 al. 1 CO (art. 22a al. 1 et 3 nCO). Par esprit de concision, nous avons en outre sciemment limité le nombre d'alinéas à un strict minimum et veillé à ne pas allonger la liste des éléments exemplatifs du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle au-delà du nécessaire (art. 22a al. 2 nCO; *infra* n. 1495 ss). Enfin, les renvois à d'autres règles applicables du CO (art. 22a al. 4 nCO; *infra* n. 1513 ss) s'inspirent des clauses de renvoi général du CO, notamment de celle figurant à l'article 99 al. 3 CO. Pour des raisons de facilité de compréhension, nous avons préféré renvoyer au contenu matériel des dispositions applicables par renvoi plutôt qu'aux numéros des articles qui les consacrent.

1449 La disposition proposée est structurée en **quatre alinéas**. L'alinéa 1 formule l'hypothèse générique de responsabilité précontractuelle (*infra* n. 1450 ss). Il s'agit de l'hypothèse générique dans la mesure où elle fonde l'obligation de réparer le préjudice causé par un manquement personnel au standard de comportement de bonne foi qu'elle impose dans le cadre du champ d'application qu'elle définit. L'alinéa 2 énonce ensuite une liste exemplative de devoirs spécifiques concrétisant le devoir fondamental de bonne foi précontractuelle (*infra* n. 1495 ss). Puis, l'alinéa 3 consacre explicitement la responsabilité objective du cocontractant prospectif pour le fait de son auxiliaire (*infra* n. 1508 ss). Enfin, l'alinéa 4 renvoie aux règles générales de la responsabilité extracontractuelle à la fois quant à la prescription de l'action en réparation et à l'étendue de la responsabilité (*infra* n. 1513 ss).

e) *Hypothèse générique (art. 22a al. 1 nCO)*

i. Introduction

1450 L'hypothèse générique formulée au premier alinéa de notre proposition de disposition consacre le fondement légal de la prétention en réparation de la partie préjudiciée par le **manquement propre du sujet de responsabilité au devoir fondamental de bonne foi précontractuelle** qui lui est imposé.

²⁴³⁷ Cf. EUGEN HUBER, *Über die Art und Weise des Vorgehens bei der Ausarbeitung des Entwurfes eines einheitlichen schweizerischen Civilgesetzbuches*, Berne 1893.

- 1451 Elle pose le principe de la responsabilité précontractuelle dans les **termes suivants**: «*Celui qui, dès la première prise de contact en vue de conclure un contrat, contrevient aux règles de la bonne foi dans les affaires est tenu de réparer le dommage en résultant, même s'il n'a pas vocation à devenir lui-même partie au contrat, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable*». Il s'agit d'une clause générale de responsabilité précontractuelle pour le fait personnel.
- 1452 En tant que fondement de responsabilité, elle définit les **conditions matérielles** de la prétention en réparation (*infra* n. 1453 ss) et désigne les **sujets de la responsabilité** (*infra* n. 1490 ss).

ii. Conditions matérielles

(a) Principe

- 1453 La proposition de texte pour un article 22a al. 1 nCO consacre un fondement de **responsabilité du fait personnel pour faute présumée**.
- 1454 La responsabilité en question présuppose un **préjudice** (*infra* n. 1455 ss), une **violation du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle** (*infra* n. 1465 ss), un **lien de causalité naturel et adéquat** entre le préjudice et la violation du devoir fondamental de bonne foi (*infra* n. 1474 ss) et une **faute présumée** du sujet de la responsabilité (*infra* n. 1480 ss).

(b) Préjudice

- 1455 L'existence d'un préjudice constitue la première condition et le point de départ pour l'admission de toute obligation de réparer. Le préjudice est défini comme la **diminution involontaire des biens d'une personne**. En présence d'une diminution involontaire du *patrimoine* de la personne lésée, il s'agit d'un dommage («*Schaden, Vermögensschaden*»). Lorsque la diminution involontaire des biens se manifeste par une péjoration du *bien-être* de la personne préjudiciée, il est question de tort moral («*immaterielle Unbill*»).²⁴³⁸
- 1456 Notre proposition vise à consacrer dans la loi l'obligation de réparer «*le préjudice*» (art. 22a al. 1 nCO) causé par une violation présumée fautive du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle (*infra* n. 1465 ss). Bien que la disposition en question vise en premier lieu à combler un vide législatif relatif à

²⁴³⁸ Cf. p.ex. MÜLLER, RC, n. 75 ss et les réf. citées.

la réparation des **dommages purement économiques** (*infra* n. 1457 ss), la formulation choisie permet la réparation de **tout autre type de préjudice** (*infra* n. 1462 ss).

- 1457 Traditionnellement, la réparation du préjudice précontractuel est d'abord comprise comme l'indemnisation du **dommage de confiance** («*Vertrauensschaden*»).²⁴³⁹ La partie préjudiciée doit être remise dans la situation patrimoniale qui serait la sienne si le devoir de comportement précontractuel n'avait pas été violé.²⁴⁴⁰ Le sujet de la responsabilité est tenu à hauteur des pertes éprouvées (*damnum emergens*) et des gains manqués (*lucrum cessans*) résultant des dispositions prises inutilement par la partie lésée du fait de la confiance qu'elle a accordée à la personne responsable («*Vertrauensinteresse*»).²⁴⁴¹
- 1458 Le dommage de confiance correspond à l'intérêt négatif au contrat²⁴⁴² en présence d'un **contrat nul** (art. 20 CO) ou **annulé** pour vice du consentement (art. 21 et 23 ss CO). La personne lésée est à replacer dans la situation patrimoniale qui serait la sienne si le contrat n'avait jamais été conclu,²⁴⁴³ respectivement si elle n'avait pas entrepris les négociations. Il s'agit d'indemniser les dispositions prises inutilement sur la foi dans la conclusion d'un contrat valable,²⁴⁴⁴ tels que des frais de voyage ou d'investissement ou de coûts d'opportunité²⁴⁴⁵ résultant du renoncement à des affaires profitables.²⁴⁴⁶
- 1459 Lorsque la **phase précontractuelle n'aboutit pas à la conclusion d'un contrat** (en présence d'un refus de contracter, respectivement d'une rupture des négociations), la définition du dommage de confiance comme l'intérêt négatif au contrat est cependant trop schématique. Il convient plutôt d'identifier précisément quel devoir précontractuel a été violé et les circonstances concrètes

²⁴³⁹ Cf. DRUEY, p. 352.

²⁴⁴⁰ WOLF/NEUNER, p. 415.

²⁴⁴¹ Cf. HUGUENIN, OR, n. 1554; KUONEN, *Rupture des négociations et perte d'une chance de conclure*, p. 266.

²⁴⁴² ATF 140 III 200 c. 5.2.

²⁴⁴³ Art. 4.117(1) PECL.

²⁴⁴⁴ ATF 105 II 75 c. 3 «*Der Geschädigte hat Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm aus dem von der Gegenpartei erweckten Vertrauen auf das Zustandekommen eines Vertrages erwachsen ist*»; arrêt du TF 4C.320/2002, c. 4.2.

²⁴⁴⁵ HUGUENIN, OR, n. 1554.

²⁴⁴⁶ KUONEN, *Rupture des négociations et perte d'une chance de conclure*, p. 266; ROUILLER, *Devoirs précontractuels*, p. 5.

de sa violation.²⁴⁴⁷ Il s'agit de déterminer sans détour les conséquences exactes de la violation dans le cas d'espèce,²⁴⁴⁸ de sorte à placer la victime dans la situation patrimoniale qui serait la sienne si le devoir avait été respecté (intérêt «positif» à l'accomplissement du devoir précontractuel).²⁴⁴⁹ Ainsi faudra-t-il par exemple définir le moment exact à partir duquel une partie n'avait plus d'intention sérieuse de conclure un contrat. Si elle n'en avait jamais eu, il s'agira bel et bien de placer le partenaire préjudicié dans la situation patrimoniale qui serait la sienne s'il n'avait jamais été contacté en vue de conclure un contrat (intérêt à la non-prise de contact en vue de conclure un contrat). En revanche, si la partie a perdu son intention de conclure à un stade ultérieur de la phase précontractuelle, mais tarde à en informer son partenaire précontractuel, ce dernier doit être placé dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne s'il en avait été informé à temps (intérêt à l'interruption de la phase précontractuelle).²⁴⁵⁰

- 1460 Une réglementation adéquate des dommages-intérêts précontractuels dans ces circonstances suppose l'admission de l'indemnisation de la **perte d'une chance** de conclure un contrat valable. Il n'y a pas lieu à cet endroit d'exposer les principes, les multiples applications, les avantages et les limites de la théorie de la perte d'une chance,²⁴⁵¹ sachant qu'elle a déjà trouvé l'adhésion d'une partie de la doctrine suisse²⁴⁵² et qu'elle s'applique idéalement à la responsabilité précontractuelle²⁴⁵³ à l'occasion de la rupture des négociations (*supra* n. 572).²⁴⁵⁴ Pour autant qu'il soit possible de lui attribuer une valeur économique, il n'y a aucune raison d'exclure la chance des éléments du patrimoine. La perte d'une telle chance ne s'oppose pas à la conception traditionnelle du dommage fondée sur la théorie de la différence: «la chance perdue d'obtenir un profit ou

²⁴⁴⁷ ROUILLER, *Devoirs précontractuels*, p. 5.

²⁴⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁴⁹ KUONEN, *Rupture des négociations et perte d'une chance de conclure*, p. 266; dans ce sens ég., WIDMER C. *Umfang des Schadenersatzes*, p. 67 s.

²⁴⁵⁰ Cf. HUGUENIN, OR, n. 1554; ROUILLER, *Devoirs précontractuels*, p. 5.

²⁴⁵¹ A ce sujet, cf. essentiellement, MÜLLER, *La perte d'une chance*, n. 1 ss.

²⁴⁵² MÜLLER, *La perte d'une chance*, n. 324 ss; WERRO, RC, n. 141 ss; KUONEN, n. 1926 ss; LUC THÉVENOZ, *La perte d'une chance et sa réparation*, in: FRANZ WERRO (édit.), *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile*, Berne 2002, p. 237 ss.

²⁴⁵³ MÜLLER, *La perte d'une chance*, n. 489 ss.

²⁴⁵⁴ KUONEN, *Rupture des négociations et perte d'une chance de conclure*, p. 272 ss;

de ne pas subir un désavantage»²⁴⁵⁵ n'est rien d'autre qu'une forme de gain manqué (*lucrum cessans*). Le montant des dommages-intérêts se détermine par la valeur du gain espéré multipliée par la probabilité de sa réalisation.²⁴⁵⁶ L'admission de la théorie de la perte d'une chance permettrait ainsi une réparation plus équitable que l'actuel système fondé sur la règle de la vraisemblance prépondérante²⁴⁵⁷ de la causalité naturelle (*infra* n. 1475) entre le fait générateur de responsabilité et le préjudice («système du tout ou rien»)²⁴⁵⁸. En matière précontractuelle, la réparation de la perte d'une chance doit être reconnue lorsque les conditions spécifiques suivantes sont réunies:²⁴⁵⁹

(i) le gain manqué hypothétique qu'aurait résulté de la conclusion probable d'un contrat valable (le caractère aléatoire de l'enjeu total ayant une valeur économique);

(ii) la chance de conclure un contrat valable (la chance d'obtenir l'avantage escompté ou d'éviter les désavantages craints);

(iii) la perte de cette chance; et

(iv) la causalité entre la violation fautive d'un devoir précontractuel (le fait imputable à l'auteur) et la perte d'une chance de conclure un contrat valable (la perte d'une chance).

1461 En présence d'un contrat **valable**, mais non conforme aux espoirs légitimement suscités²⁴⁶⁰ ou **ratifié** malgré qu'il soit initialement vicié, il y a lieu de compenser l'intérêt de la victime à ce que le devoir précontractuel en cause n'ait pas été violé (intérêt «positif» à l'accomplissement du devoir précontractuel). Ainsi, la partie préjudiciée peut par exemple demander des dommages-intérêts à hauteur de la différence entre l'exécution du contrat conclu et l'exécution du contrat hypothétique qui aurait été conclu sans la *culpa in contrahendo* (*supra* n. 1252).²⁴⁶¹

²⁴⁵⁵ MÜLLER, RC, n. 108.

²⁴⁵⁶ AFT 133 III 462 c. 4.2; KUONEN, *Rupture des négociations et perte d'une chance de conclure*, p. 272 ss.

²⁴⁵⁷ AFT 133 III 462 c. 4.4.2.

²⁴⁵⁸ MÜLLER, RC, n. 110 et 212.

²⁴⁵⁹ Cf. MÜLLER, *La perte d'une chance*, n. 590; MÜLLER, RC, n. 110.

²⁴⁶⁰ WOLF/NEUNER, p. 416.

²⁴⁶¹ PIOTET, *Développements*, p. 373.

- 1462 Bien qu'une réparation des **dommages corporels et matériels** ne soit pas typique de la responsabilité précontractuelle, notre proposition tient compte de l'avis doctrinal considérant que les devoirs de protection spéciaux («*Verkehrssicherungspflichten*»; *supra* n. 600 ss) font partie des devoirs précontractuels de diligence, de protection et d'égards («*Sorgfalts-, Schutz- und Rücksichtspflichten*»; *supra* n. 464) dont sont tenues les parties en vertu de la bonne foi dans les affaires. Même si nous émettons d'importantes réserves à l'égard des devoirs de protection spéciaux (*supra* n. 606), notre proposition laisse donc une place au concours alternatif entre la responsabilité délictuelle générale et la responsabilité précontractuelle tel qu'il existe en droit allemand (*supra* n. 720). L'admission de la réparation des préjudices résultant d'atteintes aux droits absolus sur la base de la clause proposée présente l'avantage pour la personne lésée de pouvoir choisir le régime plus favorable qu'elle instaure par rapport à celui de la responsabilité aquilienne. Cette dernière lui impose notamment le fardeau de la preuve de la faute du sujet de la responsabilité.
- 1463 Le choix du terme «préjudice» dans la clause proposée (art. 22a nCO) indique également que la réparation du **tort moral** est possible. Sont avant tout visées les atteintes graves à la personnalité au sens de l'article 49 al. 1 CO. En effet, il n'est pas à exclure qu'une personne physique ou morale puisse être gravement atteinte dans ses droits à l'honneur, à la sphère privée, ou à son image suite à la violation d'un devoir précontractuel de confidentialité à même de résulter des circonstances particulières du cas d'espèce ou de la nature de la relation contractuelle envisagée (*supra* n. 609). Pour autant que les conditions en soient remplies, la réparation du tort moral selon l'article 47 CO est également théoriquement envisageable aux termes de notre proposition (*supra* n. 1462).
- 1464 Enfin, la teneur de la clause proposée n'exclut pas non plus une action en **remise du gain** («*Gewinnherausgabeklage*») régie par les règles sur la gestion d'affaires imparfaite («*Geschäftsanmassung*») selon l'article 423 al. 1 CO.²⁴⁶² La gestion d'affaires est dite «de mauvaise foi» lorsque son auteur sait ou devrait savoir qu'il s'immisce dans la sphère d'autrui sans avoir de motif pour le faire.²⁴⁶³ Ainsi est-il possible que le sujet de la responsabilité réalise un gain grâce à sa violation du devoir de bonne foi dans les affaires, par exemple en vendant à un tiers des informations qu'il savait ou qu'il devait savoir confidentielles pour son partenaire précontractuel. L'action en question vise à

²⁴⁶² ATF 129 III 422 c. 4; ATF 126 III 69 c. 2a; parmi d'autres, MÜLLER, RC, n. 740 ss.

²⁴⁶³ ATF 126 III 69 c. 2a.

remettre à ce dernier le gain injustement réalisé par le premier. Il s'agit d'un correspondant fonctionnel de la «*restitution for unjust enrichment*» du droit anglo-américain (*supra* n. 862 ss).

(c) *Violation du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle*

- 1465 L'article 22a al. 1 nCO consacre un **standard de comportement de bonne foi au stade précontractuel** («*celui qui, dès la première prise de contact en vue de conclure un contrat, contrevient aux règles de la bonne foi dans les affaires est tenu de réparer [...]*»). Une violation du standard de conduite requis fonde l'obligation de réparer le préjudice causé à la personne lésée pour autant que les autres conditions d'application du fondement de responsabilité soient remplies.
- 1466 Une consécration légale du standard de conduite précontractuel aiderait à promouvoir la correction, la loyauté et la confiance dans les transactions commerciales (*supra* n. 503). Savoir ce que la bonne foi requiert dans un cas d'espèce se détermine toutefois à l'aune de toutes les circonstances du cas concret. La référence aux «*règles de la bonne foi dans les affaires*» (art. 22a al. 1 nCO) indique qu'il s'agit d'un standard **normatif** qui génère différents devoirs de comportement spécifiques selon les circonstances du cas d'espèce (*supra* n. 464). Afin de déterminer à quels devoirs de comportement une partie est tenue, il y a lieu de se référer à ce qu'une personne de bonne foi placée dans la même situation serait légitimement en droit d'attendre de son partenaire en affaires au stade précontractuel (*supra* n. 486).
- 1467 Les **circonstances** suivantes doivent être prises en compte afin de déterminer l'existence et l'étendue des devoirs de comportement spécifiques: le statut, l'expérience et les connaissances des parties respectives et la nature de leur relation (B2B, B2C ou C2C), la nature, l'objet et le but du contrat prospectif, la nature et le coût des informations échangées et leur importance probable pour le partenaire précontractuel, ainsi que les bonnes pratiques et usages commerciaux largement reconnus.
- 1468 La locution «*dans les affaires*» suggère par ailleurs que le standard de conduite requis dépend de la **branche d'activité** dont se réclame la transaction envisagée. Ainsi, lorsqu'il est légitime d'attendre d'une entreprise active dans un secteur déterminé qu'elle se comporte d'une certaine façon, c'est ce standard spécifique de comportement qui est applicable aux entreprises de ce secteur. S'agissant d'un standard normatif (*supra* n. 1466), il n'est naturellement pas possible d'argumenter qu'une entreprise agit diligemment si elle applique un standard répandu, mais de bas niveau, commun au secteur en question (*supra* n. 937).

- 1469 Lorsqu'une entreprise s'engage dans une relation précontractuelle **B2C**, elle doit être particulièrement attentive aux attentes légitimes des consommateurs (art. 2:102 ACQP; *supra* n. 933 ss). Le point de départ pour la détermination du standard de comportement à observer par une entreprise est le consommateur «moyen» raisonnablement bien informé, observateur et circonspect. Toutefois, pour établir le standard de comportement spécifique auquel elle est tenue, l'entreprise devra également prendre en compte les facteurs sociaux, culturels et linguistiques, propres au cercle des consommateurs visé (*supra* n. 939).
- 1470 Le standard de comportement de bonne foi n'est imposé qu'à partir du moment où les sujets de droit se trouvent en **phase précontractuelle** (*supra* n. 458 s.). Conformément au texte proposé («[...] *dès la première prise de contact en vue de conclure un contrat* [...]»; art. 22a al. 1 nCO), le sujet de la responsabilité se trouve en phase précontractuelle dès lors (i) qu'il contacte ou qu'il se fait contacter par autrui et (ii) que le motif pour l'entrée en contact entre les parties est la conclusion éventuelle d'un contrat («*animus ad contrahendo*»; *supra* n. 1429).
- 1471 La disposition consacre à dessein une **conception très large** de la phase précontractuelle et, partant, de la relation précontractuelle. La phase précontractuelle s'ouvre dès le premier contact en vue de la conclusion d'un contrat. A l'image du droit allemand (*supra* n. 726) et du DCFR (*supra* n. 1065), une négociation entre sujets de droit n'est donc pas nécessaire. Un contact unilatéral suffit, pour autant qu'il soit motivé par la conclusion éventuelle d'un contrat futur. Le contact doit viser, au moins potentiellement, à l'établissement d'une relation contractuelle. De simples informations sur des offres sans engagement par exemple sont susceptibles de satisfaire à cette condition. Ainsi, la remise ou l'envoi d'informations publicitaires, notamment sous forme de prospectus («*Prospekthaftung*»; *supra* n. 725 s. et 1022), sont visés par le texte proposé si elles donnent des indications suffisamment concrètes, propres à éveiller des attentes légitimes dans le chef du destinataire (*supra* n. 1065).
- 1472 En principe, le **moyen de l'entrée en contact** importe peu. Il peut s'agir de contacts personnels directs ou indirects, par n'importe quel moyen de télécommunication (téléphonie, SMS, MMS, courriel, site ou réseau social Internet, «*pop-ups*», etc.). Demeurent naturellement réservées les dispositions

contraires expresses, à l'image notamment de l'article 3 al. 2 LCD²⁴⁶⁴ qui dispense certains moyens de communication du respect des devoirs précontractuels prescrits dans le commerce électronique (art. 3 al. 1, lit. s LCD).²⁴⁶⁵

- 1473 La phase précontractuelle, génératrice du devoir fondamental de bonne foi (*supra* n. 463 s.), **s'achève** par la conclusion d'un contrat valable ou par la manifestation de volonté d'un des partenaires à la relation précontractuelle de rompre le contact en vue de conclure le contrat (refus de contracter, respectivement rupture des négociations).

(d) *Lien de causalité naturel et adéquat*

- 1474 La locution «*en résultant*» (art. 22a al. 1 nCO) traduit la soumission de l'obligation de réparer à la condition d'un rapport de causalité **entre l'acte contraire au devoir de bonne foi précontractuelle et le préjudice** subi par l'autre partie. Conformément à la conception traditionnelle de la causalité en droit suisse, la violation du devoir précontractuel et le préjudice doivent se trouver dans un rapport de causalité naturelle et adéquate.²⁴⁶⁶
- 1475 La **causalité naturelle** est le rapport logique nécessaire entre l'acte dommageable et le préjudice (*conditio sine qua non*).²⁴⁶⁷ En matière précontractuelle, il faut donc également que la personne lésée apporte la preuve (art. 8 CC) que sans la violation du devoir précontractuel, elle n'aurait pas subi de préjudice.
- 1476 Une fois la causalité naturelle admise, il faut encore que la violation du devoir précontractuel soit la **cause juridiquement adéquate** du préjudice subi. En effet, la seule *conditio sine qua non* ne permet pas de limiter raisonnablement la responsabilité d'un point de vue juridique. Seule une cause juridiquement

²⁴⁶⁴ Art. 3 al. 2 LCD: «L'al. 1, let. s, ne s'applique pas à la téléphonie vocale et aux contrats conclus uniquement par l'échange de courriers électroniques ou de moyens de communication analogues».

²⁴⁶⁵ Au sujet des devoirs précontractuels de l'art. 3 al. 1, let. s LCD, cf. MÜLLER/RISKE, *L'offre arnaqueuse*, p. 30 ss.

²⁴⁶⁶ Cf. not. HUGUENIN, OR, n. 1556; KUONEN, n. 1572 ss.

²⁴⁶⁷ ATF 132 III 715 c. 2.2; arrêt du TF 4A_2012 du 20 mars 2013, c. 3.2; art. 3:101 PETL: «Condition sine qua non: Est considérée comme cause du dommage subi par la victime tout activité ou conduite (ci-après «activité») en l'absence de laquelle le dommage ne serait pas survenu»; MÜLLER, RC, n. 210.

pertinente du préjudice constaté entre en ligne de compte pour imposer une obligation de réparer.²⁴⁶⁸ L'appréciation de la causalité adéquate nécessite donc un jugement de valeur du tribunal (art. 4 CC) permettant à ce dernier de considérer rétrospectivement que le préjudice est l'effet objectivement prévisible du comportement incriminé (pronostic rétrospectif objectif).²⁴⁶⁹ Selon la jurisprudence constante du TF, le rapport de causalité est juridiquement adéquat lorsque ce comportement était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit.²⁴⁷⁰

- 1477 Selon les circonstances du cas d'espèce, le devoir fondamental de bonne foi précontractuelle est susceptible d'engendrer des **devoirs précontractuels négatifs et/ou positifs** (*supra* n. 489 s.).
- 1478 Malgré sa formulation active, le devoir de se comporter de bonne foi dans les affaires peut se traduire par un **devoir négatif** (interdiction), de sorte que sa violation peut consister dans un comportement actif.²⁴⁷¹ Ainsi en est-il notamment du devoir de ne pas rompre les négociations sans motif justifié (art. 22a al. 2, let. b nCO; *infra* n. 1500 ss). Ici, la rupture des négociations sans motif justifié par une partie doit d'abord être la cause logique du préjudice subi par l'autre partie à la relation précontractuelle. Ensuite, il faut que la rupture injustifiée des négociations ait été propre à entraîner, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, un préjudice du genre de celui constaté. Si tel est le cas, la rupture injustifiée des négociations doit être considérée comme la cause juridiquement adéquate du préjudice en question.
- 1479 La preuve du lien de causalité peut être difficile à apporter en cas de violation d'un **devoir précontractuel positif** (injonction), puisque la violation consiste alors en une omission.²⁴⁷² Or, une omission ne peut pas être, en soi, la cause logique d'un préjudice (*ex nihilo nihil fit*).²⁴⁷³ Pour qu'une omission fonde une obligation de réparer, la personne lésée devra d'abord établir qu'il existait un devoir juridique d'agir. Dans un premier temps, il faut donc examiner s'il

²⁴⁶⁸ ATF 123 III 110 c. 3a.

²⁴⁶⁹ Arrêt du TF 4C.324/2005 du 05.01.2006, c. 2.2; MÜLLER, RC, n. 215; KUONEN, n. 1577.

²⁴⁷⁰ Not. ATF 129 II 312 c. 3.3; ATF 125 V 456 c. 5a; ATF 123 III 110 c. 3a; ATF 119 Ib 334 c. 3c; arrêt du TF 4C.324/2005 du 05.01.2006, c. 2.2.

²⁴⁷¹ KUONEN, n. 1581.

²⁴⁷² KUONEN, n. 1588.

²⁴⁷³ MÜLLER, RC, n. 211; FELLMANN/KOTTMANN, n. 409; REY, n. 592.

existait, dans le cas concret, par exemple un devoir d'informer son partenaire à la relation précontractuelle (*supra* n. 589 ss). Dans un deuxième temps, une fois un tel devoir admis, il faut encore rendre vraisemblable, à l'aide d'une hypothèse, que si la partie sujette au devoir d'information s'en était acquittée dans la mesure imposée par les circonstances, la victime n'aurait pas subi de préjudice (causalité hypothétique, «*hypothetische Kausalität*»).²⁴⁷⁴ En matière de causalité hypothétique, une preuve absolue est par définition exclue. Dès lors, le standard de preuve requis pour établir une causalité hypothétique ne peut être que celui de la vraisemblance prépondérante du déroulement d'un certain cours des événements.²⁴⁷⁵ Une fois la causalité hypothétique admise, le tribunal ne vérifie pas de surcroît l'adéquation de la cause considérée.²⁴⁷⁶ Enfin, depuis quelque temps déjà, on tend à présumer le lien de causalité à l'égard de préjudices subis à l'occasion d'une violation du devoir d'information.²⁴⁷⁷

(e) *Faute présumée*

- 1480 En principe, la responsabilité précontractuelle nécessite qu'une **faute quelconque** puisse être imputée à l'auteur de l'acte dommageable.²⁴⁷⁸ Une violation négligente d'un devoir précontractuel suffit. Exceptionnellement, la loi prévoit que la partie recherchée répond sans faute.²⁴⁷⁹ Tel est par exemple le cas de la responsabilité du pseudo-représentant au sens de l'article 39 al. 1 CO. Cette disposition constitue une *lex specialis* par rapport à la responsabilité précontractuelle générale et donc à notre proposition de disposition qui la consacre (art. 22a al. 1 nCO).
- 1481 En effet, aux termes de notre proposition, le sujet de la responsabilité doit répondre du préjudice causé par la violation d'un devoir précontractuel «*à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable*» (art. 22a al. 1 nCO). Faisant écho à la doctrine dominante,²⁴⁸⁰ cette disposition instaure une

²⁴⁷⁴ KUONEN, n. 1587; de manière générale, cf. FELLMANN/KOTTMANN, n. 410; REY, n. 593; BK-BREHM, n. 108 ad art. 41 CO.

²⁴⁷⁵ WERRO, RC, n. 229.

²⁴⁷⁶ ATF 132 III 715 c. 2.3; arrêt du TF 4C.284/2006 du 07.11.2006, c. 4.4; HUGUENIN, OR, n. 1925.

²⁴⁷⁷ Cf. KUONEN, n. 1588; à propos de l'ATF 120 II 331 («*Swissair*»), WIEGAND, p. 323.

²⁴⁷⁸ KOLLER, p. 431.

²⁴⁷⁹ ATF 105 II 75 c. 2a; SOMMER, p. 1033; HUGUENIN, OR, n. 1557.

²⁴⁸⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 967; HUGUENIN, OR, n. 1558; SCHWENZER, n. 48.06; STEINAUER, n. 557; ENGEL, p. 753; BK-KRAMER, n. 141 ad

responsabilité pour faute présumée. Par conséquent, cette disposition **renverse le fardeau de la preuve de la faute**, dans le sens où il appartient à la partie recherchée en responsabilité de prouver que le manquement à son devoir précontractuel n'était ni intentionnel ni négligent,²⁴⁸¹ à l'instar du débiteur dans le régime de la responsabilité dite contractuelle.²⁴⁸² Ce choix de politique juridique se justifie non seulement par la proximité de la relation précontractuelle avec l'univers contractuel,²⁴⁸³ mais également par le fait qu'il ne devrait pas être mis à charge de la partie «faible» (notamment le consommateur) la preuve de la violation fautive d'un devoir d'information précontractuel spécial, sachant que les devoirs d'information spéciaux servent précisément à la protection des intérêts de la partie désavantagée (*supra* n. 589).

- 1482 La faute («*Verschulden*») est un comportement dommageable par action ou omission qui est considéré comme tellement répréhensible qu'il **justifie la responsabilité** de l'auteur (*infra* n. 1486).²⁴⁸⁴
- 1483 La faute est composée de **deux éléments**, à savoir un élément objectif et un élément subjectif.²⁴⁸⁵
- 1484 La faute **objective** consiste dans le «*manquement individuel à un devoir imposé par l'ordre juridique*».²⁴⁸⁶ Le comportement de la personne recherchée en responsabilité est comparé à celui qu'une personne raisonnable et prudente aurait eu dans les mêmes circonstances.²⁴⁸⁷ Conformément à la conception «objectivée» de la faute, toujours prédominante, les circonstances purement subjectives, telles que la fatigue, le stress, les ennuis professionnels ou familiaux, les capacités intellectuelles ou caractérielles inférieures à la moyenne ne sont pas prises en compte.²⁴⁸⁸ L'objectivation de la faute par négligence qui en est la conséquence a donc pour effet d'écarter la prise en compte de certains

Allg. Einl.; *contra*: CR OR-THÉVENOZ, n. 22c ad Intro. Art. 97-109 CO; KUONEN, n. 1732.

²⁴⁸¹ Arrêt de l'OGer LU, RJB/ZBVJ 1996, p. 416 ss, p. 419.

²⁴⁸² CR OR-THÉVENOZ, n. 54 ad art. 97 CO.

²⁴⁸³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 979; HUGUENIN, OR, n. 1558; STEINAUER, n. 557.

²⁴⁸⁴ ATF 116 Ia 162 c. 2c; MÜLLER, RC, n. 235; REY, n. 805.

²⁴⁸⁵ MÜLLER, RC, n. 235; BK-BREHM, n. 169 ad art. 41 CO.

²⁴⁸⁶ MÜLLER, RC, n. 238; WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 118; cf. ég. KUONEN, n. 1416; à propos de la négligence, SCHWENZER, n. 22.14.

²⁴⁸⁷ MÜLLER, RC, n. 242.

²⁴⁸⁸ ATF 88 II 448 c. 2c; MÜLLER, RC, n. 242; WERRO, RC, n. 264.

motifs exonératoires subjectifs que pourraient faire valoir l'auteur pour se disculper.²⁴⁸⁹

1485 La **faute subjective** consiste dans «le fait, pour l'auteur, de ne pas mettre en œuvre sa capacité de compréhension et sa volonté pour obéir au devoir de diligence qui lui incombe».²⁴⁹⁰ Selon la conception objectivée de la faute, l'élément subjectif de cette dernière se résume à la capacité délictuelle («*Verschuldensfähigkeit*», «*Deliktsfähigkeit*»), autrement dit à la capacité de discernement («*Urteilsfähigkeit*»)²⁴⁹¹ Dès lors, seule la faculté d'agir raisonnablement au sens de l'article 16 CC²⁴⁹² rend la faute objective imputable à l'auteur. Ainsi, l'élément subjectif de la faute se retrouve lui-même largement objectivé.²⁴⁹³

1486 La conception objectivée de la faute est **critiquée** à raison par la doctrine minoritaire.²⁴⁹⁴ A suivre la conception objectivée de la faute, la violation du devoir de bonne foi se confond avec l'élément objectif de la faute, puisque ces deux aspects se déterminent par la même comparaison avec le standard normatif de la bonne foi dans les affaires (*supra* n. 488). Tout écart du standard requis constitue donc non seulement une violation du devoir de bonne foi, mais également au moins une négligence constitutive d'une faute précontractuelle. L'article 48a AP WIDMER/WESSNER²⁴⁹⁵ prévoit de revenir à une conception plus subjective de la faute. Les auteurs de l'AP WIDMER/WESSNER visaient à redonner à la notion de faute le rôle qui est le sien en tant que véritable critère d'imputation de la responsabilité («*Zurechnungskriterium*») et, partant, à réintroduire l'idée réprobatoire à la négligence.²⁴⁹⁶ En effet, dans les cas où la faute joue un rôle en tant que fondement de la responsabilité (notamment dans le

²⁴⁸⁹ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 119.

²⁴⁹⁰ WERRO, RC, n. 269; cf. é.g. KUONEN, n. 1417.

²⁴⁹¹ MÜLLER, RC, n. 245; WERRO, RC, n. 269; KUONEN, n. 1423.

²⁴⁹² MÜLLER, RC, n. 245.

²⁴⁹³ WIDMER, *Anything goes – Haftpflichtrecht im Offside*, p. 367.

²⁴⁹⁴ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 120; WIDMER, *Anything goes – Haftpflichtrecht im Offside*, p. 367.

²⁴⁹⁵ Art. 48a AP WIDMER/WESSNER: «2. Négligence: (1) Agit par négligence la personne qui n'observe pas la diligence commandée par les circonstances et par sa situation individuelle. (2) La diligence requise s'apprécie suivant l'âge, la formation, les connaissances ainsi que les autres aptitudes et qualités de l'auteur du dommage»,

²⁴⁹⁶ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 120.

cadre des art. 41 et 97 CO),²⁴⁹⁷ elle en constitue non seulement une condition matérielle («*Haftungsvoraussetzung*»), mais elle est également la raison de politique juridique justifiant de faire supporter le préjudice à la personne recherchée («*Haftungsgrund*»).²⁴⁹⁸ Une «resubjectivation» de la faute permet, par un jugement de valeur subjectif, d'excuser, au point de ne pas réaliser la faute, un comportement objectivement répréhensible de l'auteur. Une personne recherchée en responsabilité devrait ainsi pouvoir se disculper en faisant par exemple valoir en toute bonne foi «*qu'elle n'a pas pu prévoir le résultat dommageable – en soi prévisible – en raison de capacités intellectuelles ou caractérielles inférieures à la moyenne*». ²⁴⁹⁹

- 1487 Au-delà de la question de l'exonération complète de la personne responsable, la conception objectivée de la faute est également difficilement conciliable avec les principes généraux régissant la fixation de l'indemnité (art. 43 s. CO). En effet, le tribunal détermine l'étendue de la réparation en fonction de la **gravité de la faute** (art. 43 al. 1 CO). Or, selon la conception objectivée de la faute, le manquement au standard imposé est donné ou il ne l'est pas. A notre sens, la violation du devoir de bonne foi dans les affaires est, certes, un indice important quant à la présence d'une faute précontractuelle. En cas de violation objective du devoir de bonne foi, la faute ne pourra qu'exceptionnellement être niée.²⁵⁰⁰ Mais, en tout état de cause, la première ne préjuge en rien de la gravité, respectivement de la légèreté de la seconde. De plus, le déficit de jugement de valeur subjectif que la conception objectivée de la faute implique ne peut pas être suppléé par une gradation de la capacité de discernement,²⁵⁰¹ car cette notion ne s'accommode pas non plus de demi-mesures.²⁵⁰²
- 1488 L'idée directrice de notre proposition est d'accorder la possibilité d'une **preuve exculpatoire** («*Exkulpationsbeweis*») à la personne recherchée en responsabilité («à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable»; art. 22a al. 1 nCO). Se tenir à une conception rigoriste de la notion objectivée de la faute

²⁴⁹⁷ La faute n'est pas le fondement de la responsabilité pour les responsabilités objectives. Seule la faute dite «additionnelle» joue un rôle dans la fixation de l'indemnité et dans les rapports internes entre une pluralité de personnes responsables.

²⁴⁹⁸ WIDMER, *Anything goes – Haftpflichtrecht im Offside*, p. 366.

²⁴⁹⁹ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 121.

²⁵⁰⁰ Dans le cadre des droits délictuels et contractuels, cf. SCHWENZER, n. 22.21.

²⁵⁰¹ Cf. ATF 102 II 363 c. 4; arrêt du TF 4C.278/1999 du 13.07.2000, c. 2c/aa; WERRO, RC, n. 276.

²⁵⁰² MÜLLER, RC, n. 247; BK-BREHM, n. 181 ad art. 41 CO.

serait par trop étendre les droits de la victime. En effet, il ne resterait à la personne recherchée en responsabilité que la preuve de son incapacité de discernement (non fautive) pour échapper à la responsabilité,²⁵⁰³ sachant par ailleurs que la capacité de discernement est de toute façon présumée de *lege lata*.²⁵⁰⁴ Et encore, elle pourrait être tenue à responsabilité en vertu de l'article 54 al. 1 CO, également applicable en tant que *lex specialis* dans les relations précontractuelles (*supra* n. 1480).²⁵⁰⁵ Si la personne recherchée en responsabilité précontractuelle n'est plus admise à invoquer des motifs libératoires subjectifs autres que sa seule incapacité de discernement, on lui fait endosser une responsabilité pour *culpa in contrahendo* sans *culpa*,²⁵⁰⁶ soit une responsabilité objective. Tel n'est pas le sens de notre proposition. En dehors de dispositions légales spéciales (art. 39 al. 1 et 54 al. 1 CO), la responsabilité précontractuelle pour le fait personnel doit demeurer une responsabilité pour faute (*supra* n. 1480).

- 1489 La responsabilité pour le fait personnel proposée à l'article 22a al. 1 nCO n'est donc pas une responsabilité causale pour la violation d'un devoir de diligence objectivé, mais bel et bien une responsabilité pour faute, même si cette dernière est présumée. En ce sens, elle **allège le fardeau de la preuve des conditions matérielles** de la responsabilité pour la personne lésée. Celle-ci doit prouver le préjudice, la violation d'un devoir précontractuel et le lien de causalité. En revanche, il appartient à la personne recherchée en responsabilité de prouver que la violation du devoir en question n'était ni intentionnelle, ni négligente. Si elle n'y parvient pas, elle sera tenue pour responsable du préjudice causé par son comportement contraire à la bonne foi dans les affaires.

²⁵⁰³ Cf. WIDMER, *Anything goes – Haftpflichtrecht im Offside*, p. 366.

²⁵⁰⁴ ATF 117 II 231 c. 2b; ATF 108 V 121 c. 4; ATF 98 Ia 324 c. 3.

²⁵⁰⁵ Dans le cadre des comportements précontractuels dommageables, l'art. 54 al. 1 CO est un cas spécial de responsabilité précontractuelle, dans la mesure où la responsabilité n'est pas fondée la *culpa*, mais sur des considérations d'équité exclusivement («*Billigkeitshaftung*») (cf. ATF 102 II 226 c. 2b; MÜLLER, RC, n. 250 ss; KUONEN, n. 1771 ss; WERRO, RC, n. 285).

²⁵⁰⁶ On reproche en effet à la conception objectivée de la faute d'aboutir à une responsabilité pour faute sans faute (cf. WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 120; FELLMANN, *Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit*, p. 50).

iii. Sujets de la responsabilité

(a) Principe

1490 Notre proposition pour un article 22a al. 1 CO désigne deux sujets possibles de la responsabilité précontractuelle, à savoir le **cocontractant prospectif** de la partie lésée (*infra* n. 1491) et son **auxiliaire** (*infra* n. 1492 ss).

(b) Cocontractant prospectif

1491 La personne désignée par l'article 22a al. 1 CO comme sujet de la responsabilité est d'abord le **cocontractant prospectif auteur de la violation présumée fautive du devoir de bonne foi** dans les affaires au stade précontractuel. Il peut s'agir de la partie ayant pris contact avec une autre en vue de conclure un contrat ou de celle qui a été démarchée dans ce but.

(c) Auxiliaire du cocontractant prospectif (Sachwalterhaftung)

1492 Ensuite, notre proposition désigne également comme sujet de responsabilité celui qui «*n'a pas vocation à devenir lui-même partie au contrat*» (art. 22a al. 1 nCO). A l'image du droit allemand (§ 311 al. 3 BGB), la disposition préconisée soumet au régime de la responsabilité qu'elle instaure certaines **personnes tierces à la relation contractuelle envisagée** entre les parties («*Sachwalterhaftung*»; *supra* n. 734 ss).

1493 Il arrive souvent que d'autres personnes que les cocontractants prospectifs participent au processus menant à la conclusion d'un contrat. De telles personnes, lorsqu'elles agissent en tant qu'**experts, courtiers, conseillers, représentants légaux ou autorisés et autres auxiliaires**, pourraient être recherchées en responsabilité en vertu et aux conditions de l'article 22a al. 1 nCO. Une partie de la littérature suisse approuve d'ailleurs l'extension des principes de la *culpa in contrahendo* aux auxiliaires qui interviennent dans la phase précontractuelle sans pour autant avoir la vocation de devenir eux-mêmes des parties au contrat.²⁵⁰⁷

²⁵⁰⁷ WICK, p. 1273; ANEX, p. 53; LUKAS HANDSCHIN, *Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht*, Zürich 1994, p. 290 s. et 306 s.; *contra*: SCHWENZER, n. 47.11, qui y voit une «responsabilité pour la violation de devoirs professionnels protégeant le patrimoine d'autrui» («*Haftung für Verletzung von Berufspflichten zum*

1494 A nos yeux, il importe peu que l'auxiliaire impliqué dans la phase précontractuelle ait suscité ou non une confiance particulière dans le chef de la personne lésée. Il n'est pas non plus nécessaire que la tierce personne ait un intérêt propre à la conclusion du contrat. Par contre, il faut que l'auxiliaire soit un véhicule de l'«*animus ad contrahendo*» (*supra* n. 1429) du cocontractant prospectif (le maître). Ce dernier doit lui avoir **confié une activité en vue de la conclusion d'un contrat qui ait eu une influence sur les intérêts de la personne lésée**, telle qu'une expertise, la négociation ou la conclusion du contrat futur. La personne recherchée en responsabilité doit avoir fonctionné comme un préposé du cocontractant potentiel de la personne lésée, que ce soit à titre légal, contractuel ou même simplement par acte de complaisance. En convenir autrement reviendrait à étendre exagérément le champ d'application de la responsabilité pour *culpa in contrahendo*.

f) *Liste exemplative de devoirs spécifiques (art. 22a al. 2 nCO)*

i. Principe

1495 L'article 22a al. 2 nCO prévoit qu'il «[e]st contraire à la bonne foi dans les affaires, notamment: a. d'entamer ou de poursuivre des négociations sans véritable intention de conclure un contrat; b. de rompre les négociations sans motif justifié après avoir suscité une confiance légitime dans la conclusion certaine d'un contrat; c. de ne pas s'acquitter diligemment de tout autre devoir précontractuel prévu par la loi». Cette disposition dresse une liste **exemplative** («[...] notamment [...]») de devoirs spécifiques («*Sorgfalts-, Schutz- und Rücksichtspflichten*») découlant du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle (*supra* n. 464). En effet, les devoirs précontractuels spécifiques ne peuvent pas être établis dans l'abstrait. Leur existence et leur contenu dépendent au contraire largement des circonstances propres à chaque relation précontractuelle (*supra* n. 533).

1496 Outre les devoirs mentionnés par l'article 22a al. 2 nCO, le standard de la bonne foi dans les affaires peut donc, suivant les circonstances, tenir une partie à la relation précontractuelle au respect **d'autres devoirs spécifiques** (*supra* n. 533 ss), tel qu'un devoir de confidentialité (*supra* n. 607 ss) ou un devoir de délivrer de son propre chef des informations dont elle sait ou devrait savoir qu'elles sont

Schutze fremden Vermögens) qui entrerait «sans autres» dans le cadre de l'art. 41 al. 1 CO.

essentielles aux yeux de l'autre, propres à influencer le déroulement des négociations, la conclusion ou le contenu du contrat, ou encore à provoquer sa nullité ou son annulabilité (devoir d'information général; *supra* n. 592 ss).

- 1497 Nous avons fait le choix de nommer expressément deux devoirs emblématiques des négociations précontractuelles, à savoir le **devoir de négocier conformément à ses intentions véritables** (*infra* n. 1498 s.) et le **devoir de ne pas rompre les négociations sans motif justifié** (*infra* n. 1500 ss). Par ailleurs, par la mention du **devoir de s'acquitter diligemment des devoirs précontractuels expressément prévu par la loi** (*infra* n. 1506 s.), nous visons à soumettre la violation de ces derniers au régime de responsabilité proposé.

ii. Devoir de négocier conformément à ses intentions véritables (art. 22a al. 2, let. a nCO)

- 1498 D'abord, il est notamment contraire à la bonne foi dans les affaires «*d'entamer ou de poursuivre les négociations sans véritable intention de conclure un contrat*» (art. 22a al. 2, let. a nCO). L'article 22a al. 2, let. a nCO désigne ainsi le devoir de négocier sérieusement, conformément à ses intentions véritables. Ce devoir est l'**expression la plus reconnue du devoir de négocier de bonne foi** (*supra* n. 535). Unanimement défendu par la doctrine,²⁵⁰⁸ il est également de jurisprudence constante.²⁵⁰⁹ Au niveau du *soft law* international et paneuropéen, il a fait l'objet de codifications expresses dans les PICC (*supra* n. 1090),²⁵¹⁰ les

²⁵⁰⁸ Parmi une multitude, cf. not. HUGUENIN, OR, n. 1541; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 951 ss; WERRO, RC, n. 321; ROULLER, *Devoirs précontractuels*, p. 2; pour le droit français, LE TOURNEAU, n. 839; STARCK/ROLAND/BOYER, n. 347; pour le droit allemand, GRUNEWALD, p. 711.

²⁵⁰⁹ Cf. not. ATF 140 III 200 c. 5.2; ATF 121 III 350 c. 6c; ATF 116 II 695 c. 3; ATF 105 II 75 c. 2a; arrêt du TF 4A_229/2014 du 19.09.2014, c. 4.1; arrêt du TF 4C.409/2005 du 23.03.2006, c. 3.2; arrêt du TF 4C.247/2005 du 17.11.2005, c. 3.1; arrêt du TF 4C.381/2002 du 29.04.2003, c. 5.1; arrêt du TF 4C.202/2002 du 30.10.2002, c. 3.1; arrêt du TF 4C.152/2001 du 29.10.2001, c. 3a; pour le droit français, Cass. com., 22 février 1994, 92-13871, Bull. 1994, n. 72, p. 55, RTD civ. 1994, p. 850 s., note JACQUES MESTRE; pour le droit allemand, BGH, *Urt. v.* 17.10.1983 – II ZR 146/82, JZ 1984, 745, p. 746; BGH, *Urt. v.* 18.10.1974 – V ZR 17/73, NJW 1975, 43, p. 43.

²⁵¹⁰ Art. 2.1.15(3) PICC: «*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*».

PECL (*supra* n. 919),²⁵¹¹ les ACQP (*supra* n. 936),²⁵¹² le DCFR (*supra* n. 1011),²⁵¹³ et le Projet GANDOLFI (*supra* n. 1073).²⁵¹⁴ Sa consécration expresse dans notre proposition s'inscrit donc parfaitement dans le processus d'uniformisation de la responsabilité précontractuelle.

- 1499 Négocier conformément à ses intentions véritables signifie **ne pas mener des négociations de manière à donner l'impression que sa volonté de conclure est plus forte qu'elle ne l'est en réalité** (*supra* n. 535). Il s'agit avant tout d'informer son partenaire de manière véridique et transparente, tout au long des négociations, de sa détermination de conclure ou non le contrat envisagé. Le cas échéant, le devoir de négocier conformément à ses intentions véritables requiert également de devoir rompre ou même de ne pas entamer des négociations, lorsqu'on sait ou devrait savoir que l'on ne veut pas ou plus conclure le contrat (*supra* n. 536). Sachant que le devoir fondamental de bonne foi précontractuelle doit se manifester auprès du cocontractant prospectif dès la première prise de contact (art. 22a al. 1 nCO; *supra* n. 1470 ss), le devoir de négocier conformément à ses intentions véritables implique un devoir d'être au clair au sujet de ses propres intentions avant d'entrer en contact avec une personne en vue de négocier un contrat (*supra* n. 588).

iii. Devoir de ne pas rompre les négociations sans motif justifié (art. 22a al. 2, let. b nCO)

- 1500 Ensuite, le devoir de ne pas «rompre les négociations sans motif justifié après avoir suscité une confiance légitime dans la conclusion certaine d'un contrat» (art. 22a al. 2 let. b nCO) est une autre expression du **devoir de négocier de bonne foi** (*supra* n. 535 ss). Il est admis, notamment en droit allemand,²⁵¹⁵

²⁵¹¹ Art. 2:301(3) PECL: «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».

²⁵¹² Art. 2:103(3) ACQP: «In particular, a party acts contrary to good faith if it enters into or continues negotiations with no real intention of reaching an agreement».

²⁵¹³ Art. II.-3:301(4) DCFR: «It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party».

²⁵¹⁴ Art. 6 al. 2 Projet GANDOLFI: «Agit à l'encontre de la bonne foi la partie qui entreprend ou poursuit les tractations sans l'intention de parvenir à la conclusion du contrat».

²⁵¹⁵ Cf. p.ex. BGH, Urt. v. 22.02.1989 – VIII ZR 4/88, JZ 1991, 199, p. 202; BGH, Urt. v. 18.10.1974 – V ZR 17/73, NJW 1975, 43, p. 44; GRUNEWALD, p. 708 ss; pour le droit français, récemment, Cass. civ., 20 décembre 2012, 11-27340, (inédit),

qu'un manquement à la bonne foi est donné lorsqu'une partie rompt les négociations sans motif justifié alors qu'elle avait suscité la conviction qu'un contrat serait conclu (*supra* n. 715). S'agissant des projets académiques d'uniformisation du droit privé, seul le Projet GANDOLFI voue une disposition expresse au devoir de ne pas rompre sans motif justifié (*supra* n. 1074 s.).²⁵¹⁶

- 1501 La mention expresse du devoir en question consacre une **exception au principe de la liberté de rompre** les négociations en tout temps sans avoir à donner de raisons (*ius variandi*; *supra* n. 471). En effet, la liberté de mettre fin aux pourparlers sans motif est l'expression d'un principe cardinal du droit des contrats: la liberté contractuelle (*supra* n. 467). Restreindre la liberté par une responsabilité doit demeurer l'exception. Partant, une exception à un principe essentiel de l'ordre juridique mérite un ancrage dans la loi.
- 1502 L'exception au *ius variandi* constitue au surplus un des fondements dogmatiques de la **responsabilité pour la déception déloyale de la confiance éveillée** dans la conclusion certaine du contrat projeté, qui par généralisation, a donné naissance à l'institution de la responsabilité fondée sur la confiance («*Vertrauenshaftung*»; *supra* n. 1208 ss). Il serait dès lors incongru d'ignorer, au moment de proposer une consécration légale, la principale forme de responsabilité fondée sur la confiance applicable aux relations précontractuelles.
- 1503 Le devoir ici formulé cherche à encadrer la notion de rupture contraire à la bonne foi (rupture abusive).²⁵¹⁷ La violation du devoir en question suppose la réunion de **deux conditions cumulatives**. Il faut:

décision consultable sur Internet à la p. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026817524&fastReqId=1022233080&fastPos=1>> (visité le 26.06.2015); cf. ég. Cass. civ., 18 décembre 2012, 10-30764, (inédit), consultable sur Internet à la p. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026821130&fastReqId=660919317&fastPos=1>> (visité le 26.06.2015); DESHAYES, *La faute dans la rupture*, p. 546; GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive*, p. 20 s.

²⁵¹⁶ Art. 6 al. 3 Projet GANDOLFI: «Si au cours des tractations les parties ont déjà examiné les éléments essentiels du contrat, dont on prévoit l'éventuelle conclusion, celle des parties qui a suscité auprès de l'autre une confiance raisonnable quant à la stipulation du contrat, agit à l'encontre de la bonne foi, dès lors qu'elle interrompt les tractations sans motif justifié».

²⁵¹⁷ Cf. art. 2:301(2) PECL; art. 2:103(2) ACQP; art. II.-3:301(2) DCFR.

(i) avoir suscité dans le chef du partenaire des négociations une conviction légitime qu'un contrat valable serait conclu à coup sûr; et

(ii) ne pas avoir fourni de motif objectivement légitime pour finalement refuser de le parfaire.

1504 L'admission d'une violation du devoir de ne pas rompre les négociations contrairement à la bonne foi nécessite un **jugement de valeur** (*supra* n. 513). Aux termes de l'article 22a al. 2, let. b nCO, il reviendrait en dernier lieu au tribunal de déterminer d'une part, si la confiance subjective dans la conclusion certaine d'un contrat était objectivement légitime et d'autre part, si le motif invoqué pour rompre les négociations était lui aussi légitime au regard des circonstances du cas concret. Autrement dit, le tribunal est appelé à procéder à une pesée des intérêts en présence. Il doit mettre en balance d'un côté, l'intérêt de la personne lésée à ne pas voir sa confiance déçue et de l'autre, l'intérêt de tout partenaire précontractuel à poursuivre son propre intérêt en mettant un terme aux négociations entreprises.

1505 S'agissant d'une exception à la liberté contractuelle, le devoir de ne pas rompre sans motif justifié doit être **interprété restrictivement**. Seules des circonstances exceptionnelles permettent de retenir une responsabilité précontractuelle pour rupture des négociations. La conviction légitime quant à une conclusion certaine d'un contrat futur ne devrait être admise qu'en présence de déclarations d'intention concordantes sur les éléments essentiels d'un contrat (*supra* n. 572 ss). De plus, il n'y a pas lieu d'imposer un standard trop élevé à l'exigence d'un motif justifié. Sauf circonstances particulières (*supra* n. 575), on devrait admettre qu'un motif est justifié dès lors que le refus de parfaire le contrat repose sur des considérations économiques raisonnables, par exemple parce qu'une partie a reçu une offre plus avantageuse relatif au contrat envisagé.

iv. Devoir de s'acquitter diligemment des devoirs précontractuels prévus par la loi (art. 22a al. 2, let. c nCO)

1506 Notre proposition prévoit enfin qu'il est notamment contraire à la bonne foi dans les affaires «*de ne pas s'acquitter diligemment de tout autre devoir précontractuel prévu par la loi*» (art. 22a al. 2, let. c nCO). Cette disposition a d'abord comme but d'**attirer au régime de responsabilité proposé la violation des devoirs précontractuels expressément prévus par le législateur**. Sauf réglementation spéciale, le préjudice causé par la violation d'un devoir précontractuel d'information spécial serait donc réparable en vertu et aux conditions prévues par l'article 22a nCO. La possibilité d'intenter une

action en dommages-intérêts en cas de violation d'un devoir précontractuel prévu par la LCD²⁵¹⁸ «conformément au code des obligations» (art. 9 al. 3 LCD) tomberait par exemple sous l'empire de l'article 22a nCO. En effet, la violation d'un devoir d'information spécial est non seulement illicite, mais contrevient également à la bonne foi précontractuelle. A l'évidence, celui qui ne respecte pas une injonction légale explicite ne saurait se prévaloir d'un comportement conforme à la bonne foi. Bref, abstraction faite de dispositions spécifiques, la violation de n'importe quel devoir précontractuel, qu'il soit expressément consacré par la loi ou implicitement issu du devoir de bonne foi dans les affaires, serait soumise au régime de responsabilité institué par l'article 22a nCO. C'est en cela aussi que notre proposition se veut une clause générale de responsabilité précontractuelle.

- 1507 Ensuite, le terme «*diligemment*» souligne qu'un devoir précontractuel expressément consacré par la loi doit être accompli conformément à la *ratio legis* de la norme qui le consacre. Le justiciable est ainsi **tenu de s'acquitter du devoir précontractuel de manière à ce que le but recherché par sa consécration soit atteint**. S'il s'agit par exemple d'un devoir d'information,²⁵¹⁹ la partie qui y est tenue expressément de par la loi ne pourra argumenter qu'elle s'en est diligemment acquittée si l'information n'est pas fournie de manière claire, précise et exprimée dans un langage intelligible (*supra* n. 961 s.).²⁵²⁰ Ainsi, il est contraire à la bonne foi dans les affaires pour une entreprise de fournir l'information requise²⁵²¹ dans une langue qui n'est pas habituellement maîtrisée par le cercle de consommateurs auquel elle s'adresse. De même, un voyageur ne s'acquiesce pas diligemment de son devoir d'informer sur les formalités sanitaires requises (art. 4 al. 3, let. b LVF) pour un voyage dans un pays donné, si les éléments d'information pertinents sont dispersés au sein d'un prospectus parmi un flot d'arguments publicitaires sans rapport direct avec le séjour concerné.

²⁵¹⁸ Cf. not. l'art. 3 al. 1, let. s LCD; MÜLLER/RISKE, *L'offre arnaqueuse*, p. 24 ss.

²⁵¹⁹ La vaste majorité des devoirs précontractuels prévus par la loi sont des devoirs d'information (cf. p.ex. les art. 40d et 381 al. 3 CO, 4 LVF, 3 al. 1, let. s LCD, 3 et 4 LCA; ég. les art. 28 ss LCC qui prévoient un devoir de se renseigner).

²⁵²⁰ Art. 2:204(1) ACQP: «*A duty to provide information imposed on a business is not fulfilled unless the information is clear and precise, and expressed in plain and intelligible language*».

²⁵²¹ Cf. p.ex. art. 3 al. 1, let. s LCD.

- g) *Responsabilité du fait de l'auxiliaire du cocontractant prospectif* (art. 22a al. 3 nCO)

i. Principe

1508 Notre proposition pour un article 22a al. 3 nCO dispose que «celui qui confie à des auxiliaires, tels que des représentants, des conseillers ou des experts, le soin de déployer une activité en vue de la conclusion d'un contrat avec un cocontractant potentiel, est responsable envers celui-ci du préjudice qu'ils causent dans l'accomplissement de leur activité». Cette disposition consacre une responsabilité du fait d'autrui, à savoir une **responsabilité objective du cocontractant prospectif pour le préjudice causé par son préposé** à l'occasion de l'accomplissement de l'activité précontractuelle dont il l'avait chargé. Le préposé peut intervenir en tant qu'expert, courtier, conseiller, représentant légal ou autorisé, ou autre auxiliaire ou tiers auquel le sujet de responsabilité (le maître) a confié une activité en vue de conclure un contrat avec la partie cocontractante prospective.²⁵²² Cette responsabilité objective se justifie par l'idée d'une compensation coûts-avantages.²⁵²³ Le cocontractant prospectif qui confie une activité précontractuelle à son avantage à une tierce personne, doit aussi supporter le préjudice subi par la partie à la relation contractuelle envisagée.

1509 L'article 22a al. 3 nCO est le **pendant nécessaire des articles 55 al. 1 et 101 al. 1 CO**. En l'absence d'acte illicite et de lien de subordination entre le maître et son auxiliaire, l'article 55 al. 1 CO est inapplicable. Contrairement à ce que soutiennent la jurisprudence²⁵²⁴ et la doctrine majoritaire,²⁵²⁵ l'article 101 al. 1 CO ne peut pas trouver application en matière précontractuelle, car on ne voit pas quelle obligation serait confiée à l'auxiliaire au sens de cette disposition. En effet, l'article 101 al. 1 CO suppose la délégation à l'auxiliaire d'une obligation précise du maître.²⁵²⁶ Or, le devoir de bonne foi au stade précontractuel n'est pas une obligation, puisqu'il n'est pas susceptible d'exécution forcée et qu'il n'implique pas de relation de créancier à débiteur, les cocontractants prospectifs

²⁵²² Cf. Art. 4.111 (1) PECL; art. II.-7:208(1) DCFR; art. 3.2.8(1) PICC.

²⁵²³ Cf. MÜLLER, RC, n. 266.

²⁵²⁴ ATF 108 II 419 c. 5; arrêt du TF 4A_70/2007 du 22.05.2007, c. 5.1.2.

²⁵²⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 973; HONSELL/ISENRING/KESSLER, p. 156; MÜLLER, RC, n. 97; CR CO-THÉVENOZ, n. 12 ad art. 101 CO; SPIRO, *Haftung für Erfüllungshelfen*, p. 383 ss; BSK-BUCHER, n. 96 ad art. 1 CO; ZK-JÄGGI, n. 592 s. ad art. 1 CO.

²⁵²⁶ MARCHAND, *ornithorynque juridique*, p. 174.

n'ayant en général encore aucune volonté d'être liés par un acte juridique (*supra* n. 1220).²⁵²⁷ Tout au plus pourrait-on admettre une application analogique de l'article 101 al. 1 CO.

- 1510 L'article 22a al. 3 nCO vise à introduire une responsabilité pour le fait d'autrui **sans moyens libératoires**.²⁵²⁸ Ainsi, à l'inverse du sujet de responsabilité selon l'article 55 al. 1 CO, le maître devra répondre du dommage causé par ses auxiliaires même s'il a fait preuve de la diligence requise dans leur choix (*cura in eligendo*), dans les instructions qu'il leur a fournies (*cura in instruendo*) et dans leur surveillance (*cura in constudiendo*).²⁵²⁹ De plus, contrairement à ce que la jurisprudence²⁵³⁰ et une partie de la doctrine²⁵³¹ admettent pour l'article 101 al. 1 CO, le maître ne peut pas se libérer en prouvant que s'il avait personnellement agi comme l'a fait son auxiliaire, on ne pourrait lui reprocher aucune faute (preuve libératoire de l'absence de faute hypothétique, «*Entlastungsbeweis des mangelnden hypothetischen Verschuldens*»).²⁵³² Dans le contexte des relations précontractuelles, la question centrale est de savoir si l'auxiliaire a violé ou non le devoir de bonne foi dans les affaires. Le standard de comportement requis de l'auxiliaire est la bonne foi que la partie au contrat projeté pouvait raisonnablement attendre de l'auxiliaire en question. Si ce dernier intervient à titre d'expert, le standard de bonne foi requis sera plus élevé que celui du maître profane qui lui a confié une activité en vue de la conclusion du contrat. Le maître est tenu de la violation du devoir de bonne foi de son auxiliaire, alors même que l'on n'aurait pas pu attendre du maître profane le même degré de bonne foi s'il avait agi à la place de son auxiliaire. Le maître ne pourra donc pas se libérer en prouvant que son auxiliaire a appliqué, dans l'accomplissement de la tâche confiée, la diligence à laquelle il était lui-même tenu.²⁵³³ Si l'auxiliaire a causé un préjudice dans l'accomplissement de l'activité qui lui a été confiée, le maître ne pourra nier sa responsabilité qu'en apportant la

²⁵²⁷ Cf. KUONEN, n. 1350 ss.

²⁵²⁸ L'absence de preuves libératoires n'est pas inconnue des responsabilités objectives simples («*Gewöhnliche Kausalhaftungen*») en droit suisse. Le propriétaire de l'ouvrage (art. 58 CO) ne dispose pas d'une preuve libératoire (cf. REY, n. 1023).

²⁵²⁹ KOLLER, p. 432.

²⁵³⁰ ATF 130 III 591 c. 5.5.4; ATF 119 II 337 c. 3c/aa; ATF 117 II 65 c. 2b.

²⁵³¹ CR CO-THÉVENOZ, n. 26 ad art. 101 CO; KUONEN, n. 1661.

²⁵³² KOLLER, p. 432.

²⁵³³ Cf. ATF 130 III 591 c. 5.5.4.

contre-preuve que la condition de la violation du devoir de bonne foi précontractuelle de l'auxiliaire n'est pas réalisée.²⁵³⁴

ii. Concours d'actions

- 1511 Si l'auxiliaire a fautivement violé le devoir de bonne foi précontractuelle, la partie lésée aura le choix, soit d'actionner l'auxiliaire sur la base de l'article 22a al. 1 nCO, soit le maître sur la base l'article 22a al. 3 nCO, soit encore les deux. Autrement dit, la partie lésée jouit d'un **concours d'actions**. Par ailleurs, si l'auxiliaire est subordonné au maître et si la violation du devoir de bonne foi constitue en même temps un acte illicite (*supra* n. 1237), l'auxiliaire pourra alternativement être tenu personnellement sur la base de l'article 41 al. 1 CO, tandis que le maître répondra alternativement également du fait de l'auxiliaire sur la base de 55 al. 1 CO.
- 1512 En l'absence de cause et de faute communes, le maître et l'auxiliaire sont en rapport de «solidarité» imparfaite (art. 51 CO). Si le maître indemnise la personne lésée, il pourra intenter une **action récursoire** contre son auxiliaire sur la base de l'article 51 al. 2 CO.²⁵³⁵ Si un lien contractuel unit l'auxiliaire au maître, le maître pourra également baser son action récursoire sur une violation contractuelle.²⁵³⁶

h) Prescription et étendue de la responsabilité (art. 22a al. 4 nCO)

i. Principe

- 1513 Enfin, notre proposition pour un article 22a al. 4 nCO dispose que «[l]es règles relatives à la prescription de l'action en réparation et à l'étendue de la responsabilité dérivant d'actes illicites sont applicables par analogie aux comportements précontractuels contraires à la bonne foi dans les affaires». L'article 22a al. 4 nCO est le pendant en matière précontractuelle de l'article 99 al. 3 CO. Il opère un **renvoi** aux règles de la responsabilité délictuelle s'agissant tant de la prescription de l'action en réparation que de l'étendue de la

²⁵³⁴ KOLLER, p. 432, est d'avis que la faute de l'auxiliaire est requise pour engager la responsabilité du fait d'autrui, mais qu'il faut refuser au demeurant d'autres preuves libératoires au maître.

²⁵³⁵ Cf. MÜLLER, RC, n. 877; BK-BREHM, n. 82b ad art. 51 CO; FELLMANN/KOTTMANN, n. 2952.

²⁵³⁶ MÜLLER, RC, n. 877; FELLMANN/KOTTMANN, n. 2951; REY, n. 1526.

responsabilité. L'article 22a al. 4 nCO permet l'application *mutatis mutandis* des règles détaillées de la responsabilité délictuelle à la responsabilité précontractuelle. Il permet donc d'atténuer les différences entre celle-ci et celle-là. Il eut été possible de s'inspirer du texte français de l'article 99 al. 3 CO en prévoyant que «*les règles relatives à la responsabilité délictuelle s'appliquent par analogie*» aux effets de la contravention à la bonne foi précontractuelle. Nous avons préféré une formulation qui exclue l'application de l'article 41 CO tout en incluant celle des articles 42 à 51 et 60 CO.

ii. Prescription

- 1514 L'article 22a al. 4 nCO renvoie d'abord à l'article 60 CO. Les principes de la prescription en matière délictuelle – qu'il s'agisse de la durée des délais ou de leur point de départ (*dies a quo*) – sont applicables par analogie à l'action en réparation fondée sur notre proposition de clause.²⁵³⁷ Pour l'heure, l'article 60 CO prévoit (encore) un **délai relatif d'une année** et un **délai absolu de dix ans**. Le délai relatif commence à courir dès la connaissance du préjudice et de la personne responsable. Quant au délai absolu, il commence à courir «*dès le jour où le fait dommageable s'est produit*» (art. 60 al. 1 CO).²⁵³⁸ Le renvoi de notre proposition pour un article 22a al. 4 nCO comprend aussi le **délai extraordinaire** de l'action pénale (art. 60 al. 2 CO). Il permet à la victime d'une infraction pénale de se prévaloir de la prescription pénale plus longue même lorsque ses prétentions précontractuelles sont prescrites.
- 1515 Toutefois, un **projet de révision du droit de la prescription** est actuellement soumis au débat des Chambres fédérales. Le projet du Conseil fédéral prévoit de porter à **trois ans** le délai relatif et à **dix ans** le délai absolu. En cas de mort d'homme ou de lésions corporelles toutefois, le projet prévoit un délai absolu de **trente ans** à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé.²⁵³⁹ Ce délai particulier s'appliquerait tant aux prétentions contractuelles

²⁵³⁷ Pour mémoire, la jurisprudence applique l'art. 60 CO à la responsabilité précontractuelle (cf. ATF 134 III 390 c. 4.3.3; ATF 104 II 94 c. 3a; ATF 101 II 266 c. 4c).

²⁵³⁸ De manière générale, la créance en réparation fondée sur une responsabilité précontractuelle se prescrit dès la violation du devoir précontractuel (pour approfondir, cf. KUONEN, n. 1722 ss).

²⁵³⁹ FF 2014 273, p. 273 ss; texte du projet consultable sur Internet à la p. <<http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/273.pdf>> (visité le 26.06.2015); cf. ég. le Message y relatif FF 2014 221, p. 221 ss consultable sur Internet à la p. <<http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/221.pdf>> (visité le 26.06.2015).

qu'à celles qui découlent d'un acte illicite. Il commencerait à courir au moment où le fait dommageable se produit ou cesse, donc à un moment où la victime n'a pas encore forcément connaissance du dommage.²⁵⁴⁰ Avant de transmettre le dossier au Conseil des Etats, le Conseil national s'est prononcé pour un délai absolu de vingt ans en cas de mort d'homme ou de lésions corporelles.²⁵⁴¹ En tout état de cause, notre proposition, si elle était adoptée en l'état, n'aurait pas à subir de travail éditorial pour s'adapter aux éventuelles modifications futures en matière de prescription, puisqu'elle renvoie simplement aux dispositions topiques plutôt que de prescrire elle-même des délais.

iii. Etendue de la responsabilité

- 1516 Notre proposition pour un article 22a al. 4 nCO renvoie également aux dispositions délictuelles régissant l'étendue de la responsabilité, c'est-à-dire la **détermination du préjudice et de la réparation**.²⁵⁴²
- 1517 L'article 22a al. 4 nCO vise d'abord l'application des règles délictuelles relatives à la **fixation du dommage et de l'indemnité** (art. 42 et 43 CO), ainsi qu'à la **réduction de l'indemnité** (art. 44 CO).
- 1518 Ensuite, étant donné que notre proposition n'exclue théoriquement pas la réparation des dommages corporels (*supra* n. 1462), les dispositions sur le **calcul du dommage en cas de mort d'homme et de lésions corporelles** (art. 45 al. 1 et 2 CO, art. 46 CO) sont également visés.
- 1519 L'article 45 al. 3 CO crée, pour la **perte de soutien** («*Versorgungsschaden*»), une responsabilité délictuelle envers des tierces personnes (dommage par ricochet, «*Reflexschaden*»);²⁵⁴³ Son application en matière précontractuelle nécessite d'admettre que le rapport d'obligation précontractuel puisse avoir un effet protecteur pour les tierces personnes («*Vorvertragliches Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte*»). L'application de l'article 45 al. 3 CO à la responsabilité précontractuelle suppose donc une extension à la phase précontractuelle de la théorie dite du contrat avec effet protecteur pour les tiers («*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*»; *supra* n. 738). Alors qu'une telle

²⁵⁴⁰ Note de synthèse du Parlement, disponible sur Internet à la p. <http://www.parlament.ch/f/suche/pages/legislaturueckblick.aspx?rb_id=20130100> (visité le 26.06.2015)

²⁵⁴¹ BO 2014 N 1761, p. 1786.

²⁵⁴² Cf. CR CO-THÉVENOZ, n. 13 ad art. 99 CO.

²⁵⁴³ MÜLLER, RC, n. 103 et 614 ss; CR CO-THÉVENOZ, n. 19 ad art. 99 CO; REY, n. 354 ss.

extension est admise en droit allemand (*supra* n. 738), la théorie du contrat avec effet protecteur pour les tiers demeure controversée en Suisse.²⁵⁴⁴ La jurisprudence a refusé de prendre position sur le principe et systématiquement rejeté une telle responsabilité dans les cas qui lui étaient soumis.²⁵⁴⁵ En particulier, la jurisprudence a considéré qu'il n'existait pas, dans l'ordre juridique suisse, «*un droit général de nature contractuelle en réparation de la perte de soutien*».²⁵⁴⁶ Sur le principe, nous sommes favorables à la reconnaissance en droit suisse de la théorie du contrat avec effet protecteur pour les tiers. Aussi, bien que nous ayons exprimé une certaine réticence quant à admettre la réparation de dommages (propres ou réfléchis) résultant d'atteintes à l'intégrité corporelle sur le fondement de la responsabilité précontractuelle (*supra* n. 606), notre proposition pour un article 22a nCO permet, du moins théoriquement, également la réparation de la perte de soutien.

- 1520 Enfin, l'article 22a al. 4 nCO vise également l'application des dispositions sur la réparation du **tort moral** (art. 47 et 49 CO; *supra* n. 1463), tout comme celles relatives à la **pluralité de responsables** (art. 50 et 51 CO; *supra* n. 1511 s.).

E. Conclusions intermédiaires

- 1521 Les milieux académiques suisses n'ont pas attendu l'élaboration des divers projets scientifiques paneuropéens et internationaux d'uniformisation du droit privé pour se pencher sur la question d'une **réforme en profondeur du droit de la responsabilité civile** suisse.
- 1522 Alors qu'un consensus sur la nécessité d'une telle réforme s'est établi depuis près d'un demi-siècle, le législateur se contente pour l'instant d'une réforme du droit de la prescription. Bien qu'ayant été écarté par le monde politique, l'**AP WIDMER/WESSNER a laissé une empreinte durable** en Suisse et au niveau international. Le récent Projet OR/CO 2020, ainsi que les PETL se sont inspirés de l'AP WIDMER/WESSNER. Le législateur turc n'a pas hésité à reprendre certaines solutions de l'AP WIDMER/WESSNER à son compte et à les inscrire

²⁵⁴⁴ Cf. not. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 3918; HUGUENIN, OR, n. 1573; *contra*: SCHWENZER, n. 87.05; CR CO-THÉVENOZ, n. 48 ad art. 97 CO.

²⁵⁴⁵ Cf. ATF 130 III 345 c. 1; ATF 121 III 310 c. 4a; ATF 120 II 112 c. 3b/cc/cc; ATF 117 II 315 c. 5c/cc; arrêt du TF 4A_226/2010 du 28.07.2010, c. 3.2.1; arrêt du TF 4C.194/1999 du 18.01.2000, c. 4.

²⁵⁴⁶ Arrêt du TF 4C.194/1999 du 18.01.2000, c. 5.

dans son droit positif. Dès lors, il n'est pas exclu d'imaginer la situation, quelque peu ironique, d'une future incorporation en droit suisse de solutions étrangères éprouvées, dont les origines remontent à l'AP WIDMER/WESSNER.

- 1523 Deux propositions d'innovations majeures, soit l'introduction d'une clause générale du fait de l'organisation de l'entreprise et d'une clause générale de responsabilité pour risque, sont particulièrement à saluer. Nous sommes plus réservés s'agissant de l'élargissement de la notion d'illicéité. Certes, par l'affirmation dans le Code qu'un fait dommageable contraire au principe de la bonne foi est illicite, les auteurs de l'avant-projet confèrent un **statut clairement délictuel à la responsabilité fondée sur la confiance**, et donc à la responsabilité pour *culpa in contrahendo*. Ce faisant, ils rejettent la solution inachevée d'un troisième type de responsabilité, actuellement consacrée par la jurisprudence, au profit d'un régime de réparation se voulant «*complet, homogène et moderne*». ²⁵⁴⁷
- 1524 Toutefois, en érigeant la **bonne foi en norme de protection illimitée**, les auteurs de l'avant-projet ne sont pas loin de consacrer un droit subjectif absolu à l'intégrité du patrimoine. Cette proposition met à mal l'idée fermement enracinée de la nécessité d'une hiérarchie dans la protection des biens juridiques comme frein aux prétentions en réparation. Elle porte une atteinte non négligeable à la fonction limitative de responsabilité que remplit l'illicéité. Selon l'AP WIDMER/WESSNER en effet, si le fait dommageable porte atteinte au droit au respect de la bonne foi, l'illicéité est *a priori* réalisée, sans qu'il faille encore examiner si et de quelle manière l'auteur a violé une norme de comportement spécifique. ²⁵⁴⁸ Un tel élargissement de la notion d'illicéité constitue, sinon une révolution, du moins un bouleversement dans la conception traditionnelle du droit de la responsabilité civile extracontractuelle. La crainte justifiée de dérives quant à la réparation de dommages résultant d'atteintes au droit au respect de la bonne foi a finalement contribué à faire échouer un avant-projet de révision totale, par ailleurs cohérent, dans un pays encore attaché à la «politique des petits pas».
- 1525 Bien que postérieur à la fois à l'AP WIDMER/WESSNER et au DCFR, l'article **46 OR/CO 2020** n'a pas su ou voulu profiter des enseignements qu'offrent ces deux projets d'envergure.

²⁵⁴⁷ WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 13.

²⁵⁴⁸ Cf. WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 100.

- 1526 En soumettant toute personne violant un devoir général de comportement à une obligation de réparer le dommage en résultant, l'article 46 OR/CO 2020 présente certes l'**avantage** de rendre superflue une norme sanctionnant le comportement contraire à la bonne foi et donc d'absorber la responsabilité précontractuelle.
- 1527 Cependant, la suppression de la condition de l'illicéité proposée à l'article 46 OR/CO 2020 est **discutable** à plusieurs égards. Le système proposé ne manque pas seulement de sécurité juridique et de prévisibilité, mais conduit aussi à une responsabilité sans limites reconnaissables. La proposition suisse s'oppose de surcroît à l'évolution du droit français et de la doctrine et jurisprudence européennes.²⁵⁴⁹
- 1528 Le droit positif allemand, ainsi que les droits français et européen prospectifs tiennent compte de la **nécessité d'une limitation** de la responsabilité allant au-delà des conditions du préjudice, de la faute et du rapport de causalité. L'élément de l'illicéité – qui est une condition de la responsabilité et dont l'absence est donc aussi un motif pour son exclusion – doit continuer de remplir son rôle de frein.²⁵⁵⁰ Ce rôle est d'autant plus important lorsqu'une ouverture de la notion de préjudice est préconisée en parallèle.
- 1529 Notre rejet de l'abolition de la condition de l'illicéité par le biais de son absorption par la faute objective ne signifie pas pour autant que la conception suisse de l'illicéité doit être inscrite dans le marbre. Bien que la théorie objective de l'illicéité ne soit pas dénuée de vertus, la distinction entre l'illicéité par le résultat et l'illicéité par le comportement a probablement fait son temps. En effet, l'illicéité par le comportement présente plusieurs avantages par rapport à l'illicéité par le résultat, de sorte que la dernière pourrait être abandonnée au bénéfice exclusif de la première. Ceci dit, l'illicéité doit alors être comprise comme la **violation d'un devoir de protection concret**, et non pas comme la violation d'un devoir de diligence abstrait tel que proposé par l'article 46 OR/CO 2020.²⁵⁵¹ La protection contre les atteintes à des intérêts purement économiques – l'enjeu principal de la responsabilité précontractuelle – doit par ailleurs être garantie par la codification de normes de protection concrètes.

²⁵⁴⁹ MÜLLER/RISKE, *Commentaire critique*, p. 129.

²⁵⁵⁰ *Ibid.*

²⁵⁵¹ *Ibid.*

- 1530 Alors que l'Allemagne a ancré la *culpa in contrahendo* dans le BGB en 2002 et que la France – en s'inspirant notamment des modèles de droit uniforme – projette d'inscrire dans le CCfr. la responsabilité pour faute dans les négociations, une **codification de la responsabilité précontractuelle** s'impose désormais également en Suisse. Aux fins de répondre aux impératifs de la prévisibilité et la sécurité juridique, il est temps de mettre fin aux controverses doctrinales au sujet de sa nature juridique et de consolider dans la loi l'approche pragmatique qu'en fait la jurisprudence suisse quant à ses modalités.
- 1531 C'est pourquoi nous proposons une **clause générale de responsabilité précontractuelle** à incorporer dans la partie générale du CO entre la disposition sur la promesse de contracter (art. 22 CO) et les règles relatives aux vices du consentement (art. 23 ss CO). Notre proposition de disposition s'évertue à respecter les principes dégagés par la jurisprudence tout en intégrant certaines solutions qui trouvent leur origine dans le droit national étranger et/ou les modèles de droit uniforme.
- 1532 Notre proposition pour un article 22a nCO est composée de **quatre alinéas**.
- 1533 Le premier alinéa consacre le **fondement de l'obligation de réparer le préjudice causé par un manquement présumé fautif au devoir fondamental de bonne foi précontractuelle**. Il instaure une responsabilité du fait personnel pour faute présumée. Partant, la responsabilité présuppose un préjudice, une violation du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle, un lien de causalité et une faute présumée du sujet de la responsabilité. A l'image notamment du droit allemand et du DCFR, le premier alinéa de notre proposition consacre une conception très large de la phase précontractuelle. Cette dernière s'ouvre dès le premier contact en vue de la conclusion d'un contrat. Une négociation entre sujets de droit n'est pas nécessaire. Un contact unilatéral suffit, pour autant qu'il soit motivé par la conclusion éventuelle d'un contrat futur. Le contact doit viser, au moins potentiellement, l'établissement d'une relation contractuelle («*animus ad contrahendo*»). Naturellement, le sujet de la responsabilité est d'abord le cocontractant prospectif ayant vocation à conclure un contrat avec un autre. Il peut s'agir de la partie qui a pris contact avec une autre en vue de conclure un contrat ou de celle qui a été démarchée dans ce but. A l'instar du § 311 al. 3 BGB, notre proposition de disposition désigne également comme sujet de responsabilité celui qui n'a pas vocation à devenir lui-même partie au contrat projeté. Elle instaure ainsi une responsabilité propre de l'auxiliaire du cocontractant prospectif («*Sachwalterhaftung*»), lorsque le sujet de cette responsabilité agit par exemple en tant qu'expert, conseiller, ou représentant du cocontractant prospectif. La personne recherchée

en responsabilité doit avoir fonctionné comme un préposé du cocontractant potentiel de la personne lésée, que ce soit à titre légal, contractuel ou même simplement par acte de complaisance. Un rapport de subordination n'est pas nécessaire.

- 1534 Le deuxième alinéa de notre proposition d'article dresse une **liste exemplative de devoirs spécifiques** («*Sorgfalts-, Schutz- und Rücksichtspflichten*») concrétisant le devoir fondamental de bonne foi précontractuelle. Il mentionne d'abord deux devoirs emblématiques des négociations précontractuelles, à savoir le devoir de négocier conformément à ses intentions véritables et le devoir de ne pas rompre les négociations sans motif justifié. Alors que le premier est de jurisprudence constante et a fait l'objet de codifications expresses dans un grand nombre de modèles de droit uniforme, le second consacre la responsabilité pour la déception déloyale de la confiance éveillée dans la conclusion du contrat projeté. Cette responsabilité trouve ses origines dans la jurisprudence allemande («*Vertrauenshaftung*»). Enfin, le deuxième alinéa de notre proposition soumet à la responsabilité prévue au premier alinéa la violation des devoirs précontractuels expressément prévus par ailleurs par le législateur. Notre proposition vise donc à établir un régime de responsabilité unique pour la violation de tous les devoirs précontractuels, quelle que soit leur source.
- 1535 Le troisième alinéa de notre proposition pour un article 22a n CO codifie une responsabilité du fait d'autrui, à savoir la **responsabilité purement objective du cocontractant prospectif pour le préjudice causé par son préposé** à l'occasion de l'accomplissement de l'activité précontractuelle dont il l'avait chargé. Cette disposition est le pendant des articles 55 al. 1 et 101 al. 1 CO. Contrairement toutefois aux responsabilités prévues par ces derniers, la responsabilité du fait de l'auxiliaire du cocontractant prospectif n'offrirait pas de moyens libératoires au maître. Cette responsabilité serait donc plus sévère. Si l'auxiliaire manque au devoir de bonne foi précontractuelle, la personne lésée disposerait d'un concours d'actions. Cette dernière aurait le choix d'actionner soit directement l'auxiliaire (à charge de ce dernier de prouver l'absence de faute), soit le cocontractant prospectif, soit encore les deux. Par ailleurs, notre proposition est sans préjudice du concours alternatif des articles 41 et 55 al. 1 CO, pour autant naturellement que leurs conditions d'application respectives soient remplies. En l'absence de cause et de faute communes, le maître et l'auxiliaire sont de toute manière en rapport de «solidarité» imparfaite au sens de l'article 51 CO.

1536 Enfin, le quatrième alinéa de notre proposition **renvoie aux règles de la responsabilité délictuelle** quant à la **prescription** de l'action en réparation (art. 60 CO) et l'**étendue de la responsabilité** (art. 42 à 51 CO). Il est le pendant en matière précontractuelle de l'article 99 al. 3 CO. Il permet donc d'atténuer les différences entre les responsabilités délictuelle, contractuelle et précontractuelle.

CONCLUSION

- 1537 **Fonctionnalité.** D'un point de vue fonctionnel, la responsabilité précontractuelle alloue le risque patrimonial lié à la conclusion d'un contrat à la personne s'étant comportée d'une manière normativement répréhensible dans la phase précédant sa conclusion. En l'absence de tout mécanisme de responsabilité précontractuelle légal ou conventionnel, la relation précontractuelle, plutôt que d'être caractérisée par la confiance des parties, est naturellement empreinte d'une relative méfiance due à l'antagonisme (avéré ou apparent) des intérêts en présence. Plus qu'aux règles sociales et morales, il revient au droit d'encourager la confiance précontractuelle par la prescription publique et officielle d'un standard de comportement de bonne foi. Un régime légal de responsabilité précontractuelle constitue un instrument d'optimisation du déroulement de la phase précontractuelle.
- 1538 **Bonne foi.** L'institution de la responsabilité précontractuelle trouve son fondement dans le postulat voulant que les parties en phase précontractuelle doivent se comporter de bonne foi. Alors que ce postulat est largement réfuté par le droit de la *Common law*, les ordres juridiques germaniques admettent généralement que la relation précontractuelle crée un rapport d'obligation entre les interlocuteurs qui impose à ceux-ci certains devoirs de comportement réciproques selon les circonstances du cas d'espèce. Dans la tradition romano-germanique, les relations précontractuelles sont régies par le devoir générique de se comporter de bonne foi. Ce dernier met à la charge des parties à la relation précontractuelle un ensemble de devoirs de diligence, de protection et d'égards envers les intérêts dignes de protection de l'autre. La bonne foi, au sens de l'honnêteté dans les faits et de loyauté commerciale dans une transaction donnée, est un standard de comportement objectif permettant de définir le comportement subjectif attendu des parties. La bonne foi a vocation à jouer un double rôle dans la phase précontractuelle. En imposant un standard de comportement, elle favorise la confiance entre les parties en relation précontractuelle. Comme standard objectif, elle est un critère pour la mesure dans laquelle la confiance subjective doit être protégée.
- 1539 **Absence de réglementation dans l'acquis communautaire.** L'acquis communautaire ne consacre pas de responsabilité pour la violation du standard de bonne foi au stade précontractuel. Il se limite à prescrire expressément certains devoirs de comportement précontractuels spécifiques, notamment afin de rétablir un déséquilibre *in abstracto* entre les parties dans la possibilité de l'une d'entre elles d'acquérir une information pertinente quant au contrat projeté. L'acquis communautaire n'impose pas non plus de responsabilité pour

le manquement aux devoirs de comportement précontractuels qu'il prescrit. La question de la responsabilité précontractuelle est en effet laissée aux législateurs nationaux.

- 1540 **Chef de responsabilité et champ d'application.** La faute dans le processus menant à la conclusion d'un contrat (*culpa in contrahendo*) constitue le chef de responsabilité de la responsabilité précontractuelle. La *culpa in contrahendo* est la violation intentionnelle ou négligente de tout devoir précontractuel explicitement prévu ou implicitement reconnu par l'ordre juridique. A côté d'autres sanctions possibles telle que l'annulation d'un contrat conclu, la *culpa in contrahendo* fonde et justifie l'obligation de réparer le préjudice causé à l'interlocuteur précontractuel. La responsabilité pour *culpa in contrahendo* couvre la réparation du préjudice subi que le contrat soit conclu, mais nul ou vicié, valablement conclu, mais divergeant substantiellement de ce qui était légitimement attendu, ou non conclu. La prétention en réparation du préjudice causé par la violation fautive d'un devoir précontractuel n'est pas dépendante de la tenue de négociations, ni de la conclusion d'un contrat. La responsabilité précontractuelle ne requiert pas nécessairement la conclusion d'un contrat, mais elle opère également lorsqu'un contrat valable ou vicié est conclu.
- 1541 **Nature juridique.** Quelle soit précédée de négociations ou non, la conclusion potentielle d'un contrat – l'objet de la phase précontractuelle – implique une relation interpersonnelle. Cette relation débute dès le premier contact entre les cocontractants prospectifs et s'achève, soit au moment du refus de contracter, soit à la conclusion du contrat envisagé. La nature de la relation précontractuelle est controversée. Là où certains n'y voient qu'une simple relation sociale de fait, d'autres la considèrent comme une relation particulière de nature juridique, préexistante au contrat. Le débat doctrinal porte largement sur la nature juridique de la responsabilité précontractuelle. Pour d'aucuns, il s'agirait d'une responsabilité délictuelle, pour d'autres, la responsabilité précontractuelle serait de nature contractuelle ou quasi-contractuelle, pour d'autres encore, elle serait une responsabilité *sui generis*. A notre sens, la relation précontractuelle est une relation sociale particulière dans la mesure où le motif pour l'entrée en contact des parties est la volonté d'un au moins l'une d'entre elles d'aboutir à une relation contractuelle (*animus ad contrahendo*). Cette relation sociale caractérisée justifie d'imposer aux parties un standard de comportement de bonne foi, dont la contravention dommageable est sanctionnée par une responsabilité extracontractuelle autonome. La nature juridique particulière de la responsabilité précontractuelle commande sa consécration expresse dans la loi.

- 1542 ***Ius variandi***. La liberté de choisir de ne pas conclure un contrat, en tant qu'aspect de la liberté contractuelle, est centrale à la responsabilité précontractuelle. Le *ius variandi* garantit à chacun le droit de changer d'avis en tout temps quant à la conclusion du contrat sans avoir à donner de raisons. Comme toute liberté, le *ius variandi* n'est cependant pas absolu. Le principe connaît trois limitations. Les deux premières – les restrictions légales et contractuelles – sont directes dans le sens où elles imposent une obligation de conclure, respectivement une obligation de ne pas rompre les négociations sans motif légitime. La troisième – la responsabilité précontractuelle – est indirecte dans la mesure où l'exercice du *ius variandi* peut entraîner une obligation de réparer le préjudice causé dans certaines circonstances.
- 1543 **Objet de la confiance**. La confiance précontractuelle se rapporte d'abord au sérieux, au caractère complet et à l'exactitude des déclarations réciproques des parties. Dans les ordres juridiques connaissant un standard de bonne foi précontractuelle, la confiance est à même de porter plus généralement sur l'honnêteté et la diligence du partenaire précontractuel. La confiance subjective dans les déclarations du partenaire contractuel potentiel (ou de son auxiliaire) sera en outre favorisée par des facteurs extrinsèques comme la bonne réputation de l'interlocuteur précontractuel, sa fiabilité, son professionnalisme, son expertise, etc. Cependant, la confiance subjective qui pourrait préexister ou naître dans le chef de l'une des parties ne sera protégée que lorsqu'elle correspond à la confiance objectivement considérée comme légitime. Partant, la confiance des parties peut également porter sur la conclusion future du contrat. Les parties étant généralement libres de ne pas conclure de contrat (*ius variandi*), le fait de mettre un terme aux négociations – à lui seul – n'est pas contraire à la bonne foi. Entamer ou poursuivre des négociations ne signifie donc pas encore fonder une attente légitime qu'un contrat sera conclu.
- 1544 **Responsabilité fondée sur la déception déloyale de la confiance éveillée dans la conclusion certaine d'un contrat**. Il est admis, notamment dans les ordres juridiques germaniques, qu'il y a manquement à la bonne foi lorsqu'une partie rompt les négociations sans motif légitime alors qu'elle a suscité la conviction – au moyen d'une manifestation de volonté expresse ou par actes concluants – qu'un contrat serait conclu («*Vertrauenshaftung*»). Le droit de changer d'avis en tout temps sans motif quant à la conclusion d'un contrat futur – en tant que composante essentielle de la liberté contractuelle – doit toutefois rester le principe. Une responsabilité ne peut limiter l'exercice de ce droit qu'à titre exceptionnel, lorsqu'une confiance légitime dans la conclusion certaine d'un contrat futur a été suscitée et que sa déception ne peut être justifiée par un motif

légitime. Un devoir de ne pas rompre les négociations sans motif légitime ne peut entrer en ligne de compte uniquement lorsqu'au vu de l'ensemble des circonstances une partie est objectivement fondée à croire avec certitude que le contrat sera effectivement conclu. En présence de déclarations d'intention concordantes sur les éléments essentiels d'un contrat, la confiance des parties dans la conclusion de ce dernier mérite une protection légale. Dans ce cas, il y a lieu d'admettre un devoir de ne pas empêcher sans motif légitime la perfection du contrat dont la violation fautive est sanctionnée par la responsabilité précontractuelle à hauteur du dommage de confiance comprenant la chance perdue de contracter. En présence de professionnels, d'un commencement d'exécution ou d'assurances répétées que le contrat projeté sera formellement conclu, le standard de ce qu'il y a lieu de considérer comme étant des motifs légitimes pour empêcher la finalisation ou l'effectivité du contrat s'élèvera d'autant que ces circonstances peuvent être invoquées cumulativement. En leur absence toutefois, on admettra que le motif est légitime dès lors que le refus de parfaire le contrat repose sur des considérations économiques raisonnables, par exemple parce qu'une partie a reçu une offre plus avantageuse relative au contrat envisagé.

- 1545 **Conclusion d'un contrat soumis à des conditions formelles.** Lorsque le contrat ne nécessite plus que le respect d'une forme légale ou conventionnelle pour sa conclusion, l'ensemble des déclarations et comportements des parties doit être pris en compte pour déterminer si les parties ont pleinement conscience de la portée de leurs engagements, respectivement n'accordent qu'une valeur probatoire au respect de la forme. Dans la négative, les parties sont en droit de changer d'avis sans motif. Dans l'affirmative, un motif légitime doit être fourni sauf à encourir le risque d'être actionné en responsabilité précontractuelle.
- 1546 **Autres déceptions déloyales de la confiance éveillée.** En l'absence de déclarations d'intention concordantes sur les éléments essentiels, sans précontrat ou sans engagement de renonciation au *ius variandi*, la rupture des pourparlers, en tant que telle, n'est pas contraire à la bonne foi, mais sera potentiellement révélatrice de violations fautives d'autres devoirs précontractuels, tels que le devoir d'informer sur ses véritables intentions ou le devoir de rompre. Ces violations entraînent une responsabilité précontractuelle à hauteur du dommage de confiance uniquement.
- 1547 **Droits allemand et français comparés.** Le standard de comportement de bonne foi au stade précontractuel étant connu des systèmes français et allemand, il n'est guère étonnant que l'examen de la jurisprudence et des écrits des deux ordres juridiques révèle qu'ils reconnaissent très largement les mêmes devoirs

précontractuels. Les projets français de réforme du droit des contrats assurent toutefois une meilleure circonscription de la responsabilité que le BGB. La seule lecture de ce dernier ne permet pas d'identifier les principaux devoirs spécifiques issus du devoir générique qui y est formulé («*Rücksichtspflicht*»; § 241 al. 2 BGB). Comparé au droit des contrats prospectif français, le droit positif allemand est moins prévisible, mais plus souple. Quant au projet français de réforme du droit de la responsabilité civile, il laisse à la jurisprudence la tâche de concrétiser le devoir général de prudence et de diligence qu'il énonce. Contrairement au droit positif allemand, il ne clarifie pas que les relations précontractuelles engendrent un devoir générique d'égards pour les intérêts de l'autre. S'agissant des devoirs précontractuels, le projet français de réforme du droit de la responsabilité civile – adopté seul – demeurerait ainsi tout aussi imprévisible que le droit positif français (art. 1382 s. CCfr.).

- 1548 **Sphère de protection.** Les développements récents de la jurisprudence française relative à la rupture fautive des négociations rapprochent cette dernière de la conception allemande de la «*Vertrauenshaftung*». Les deux ordres juridiques admettent une responsabilité lorsqu'une partie ne peut se prévaloir d'un motif légitime pour avoir rompu les négociations alors qu'elle avait suscité dans le chef de l'autre une confiance légitime dans la conclusion certaine d'un contrat futur. Une des particularités du droit allemand est qu'il sanctionne par la responsabilité pour *culpa in contrahendo* la violation des devoirs de protection spéciaux visant à préserver autrui des atteintes possibles à ses droits absolus à l'occasion de la phase précontractuelle. En droit français, la question du régime applicable à la réparation des violations des droits absolus au stade précontractuel ne se pose pas, puisque la responsabilité précontractuelle n'est qu'un cas de responsabilité délictuelle. En droit allemand, les devoirs précontractuels naissent de la relation juridique particulière («*rechtliche Sonderverbindung*») qu'entretiennent les parties en phase précontractuelle, à savoir un rapport d'obligation sans obligation primaire de prester («*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*»; § 311 al. 2 et 3 BGB). En droit français, les devoirs précontractuels sont déduits de la faute délictuelle. L'appréhension différente quant à la nature de la responsabilité précontractuelle provient aussi de la sphère de protection illimitée de la responsabilité délictuelle française. La clause générale de responsabilité (art. 1382 s. CCfr.) n'imposant aucune limite au type de préjudice réparable, elle permet d'y incorporer facilement la responsabilité précontractuelle qui oblige typiquement à la réparation de dommages purement économiques. En droit allemand de la responsabilité délictuelle, l'illicéité («*Widerrechtlichkeit*») – clairement distinguée de la condition de la faute («*Verschulden*») – fonctionne comme frein

aux prétentions en réparation. En effet, la sphère de protection de la responsabilité délictuelle allemande est limitée en principe à la violation de droits absolus (§ 823 al. 1 BGB). Le dommage purement économique n'est qu'exceptionnellement réparable en présence d'une violation d'une norme de protection spécifique («*Schutzgesetz*»; § 823 al. 2 BGB) ou d'un dommage causé intentionnellement contrairement aux bonnes mœurs («*Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*»; § 826 BGB). Les règles prétoriennes relatives aux devoirs précontractuels ne devant pas être considérées comme des normes de protection au sens du § 823 al. 2 BGB, la responsabilité précontractuelle ne saurait être une simple expression de la responsabilité délictuelle. Ceci dit, le concours entre les responsabilités précontractuelle et délictuelle est admis en cas d'atteintes aux droits absolus selon le § 823 al. 1 BGB ou de dommages qualifiés au sens du § 826 BGB.

1549 **Impact pratique.** Un impact pratique des différences conceptuelles entre les ordres juridiques allemand et français quant à l'étendue de la sphère de protection de la responsabilité s'exprime au niveau des dommages réparables. Le droit français de la responsabilité délictuelle admet la réparation de la perte d'une chance de conclure un contrat similaire. Le droit allemand ne connaît pas la figure de la perte d'une chance. Partant, la chance, bien qu'elle représente un désavantage économique lorsqu'elle est perdue, ne figure pas dans le catalogue exhaustif du droit allemand des biens juridiquement protégés.

1550 **Approches romano-germanique et anglo-américaine comparées.** Un bon nombre de résultats que les droits romano-germaniques atteignent par la responsabilité précontractuelle sont obtenus en droit anglo-américain par les mécanismes spécifiques du «*promissory estoppel*», de la «*restitution for unjust enrichment*» et de la «*misrepresentation*». Ainsi, bien que les systèmes de la *Common law* demeurent méfiants face à une généralisation du devoir de la bonne foi dans la phase précontractuelle, ils admettent dans certaines hypothèses précises une responsabilité précontractuelle, sans pour autant en faire une institution d'application générale. Contrairement à la conception romano-germanique, la *Common law* anglaise en particulier considère que le devoir de négocier de bonne foi («*duty to negotiate in good faith*») est inconciliable avec la position antagoniste des parties en pourparlers. Partant, les parties sont en droit de poursuivre leurs propres intérêts tant qu'elles ne s'adonnent pas à des fausses représentations de la réalité («*misrepresentations*»). Abstraction faite des hypothèses spécifiques du «*tort of deceit*» («*fraudulent misrepresentation*») et du «*tort of negligent misstatement*» («*negligent misrepresentation*»), le droit anglo-américain ne reconnaît pas (encore) de devoir général de bonne foi

applicable aux négociations précontractuelles. Les parties peuvent donc librement rompre les négociations sans encourir de responsabilité. En droit anglais, la bonne foi ne joue qu'exceptionnellement un rôle lorsque la nature du contrat envisagé impose un devoir de diligence concret («*duty of care*»). En revanche, le seul fait d'entrer en négociations est insuffisant pour faire naître un tel devoir.

- 1551 **Explicatif des différences.** Il y a deux raisons pour lesquelles la *Common law* anglo-américaine est relativement imperméable à l'idée d'un devoir général de se comporter de bonne foi dans la phase précontractuelle. Conformément à leur nature historiquement casuistique d'abord, les systèmes de la *Common law* répugnent à se laisser tenter par des concepts dogmatiques. Fonctionnant par raisonnement inductif, ils préfèrent dégager des solutions *ad hoc* pour chaque groupe de cas concrets. Ainsi, en dehors des contextes spécifiques où un devoir de diligence particulier est admis, la *Common law* anglaise en particulier rejette le concept d'un devoir général d'égards envers les intérêts du cocontractant prospectif («*I'm not my brother's keeper*»). Ensuite, la raison sous-jacente au refus de reconnaître le principe de la bonne foi précontractuelle est de nature socio-économique. Les pays anglo-saxons sont empreints de la culture du libéralisme économique. L'approche romano-germanique est perçue par le juriste de la *Common law* comme une atteinte à ce qu'il conçoit comme un droit fondamental à agir dans ses propres intérêts en contractant. La poursuite des intérêts propres est invoquée comme une des raisons principales à l'épanouissement de la société mercantile. Le juriste anglo-saxon ne s'explique que difficilement comment il serait possible de librement poursuivre ses propres intérêts tout en ayant des égards pour ceux du cocontractant potentiel. Dans les pays anglo-saxons, le fait de profiter d'informations particulières que l'on détient pour maximiser son bénéfice au détriment de son cocontractant prospectif est moins considéré comme une attitude répréhensible qu'une qualité du négociateur. Le surplus de profit réalisé est justifié par le risque précontractuel que l'on supporte si le contrat n'est pas conclu, à savoir le risque de la perte de l'investissement consenti pour acquérir les informations pertinentes. En préservant ainsi la liberté de manœuvrer, la conception anglo-américaine trouve une justification économique en ce qu'elle favorise la libre concurrence entre les acteurs du marché.

- 1552 **Solutions du droit privé uniforme.** S'agissant des solutions retenues dans le droit privé uniforme, un certain nombre de constantes peuvent être dégagées quant au traitement des problématiques principales relatives à la responsabilité précontractuelle. Tous les projets académiques d'uniformisation du droit privé –

sauf les PETL et les PEL Liab. Dam. – consacrent expressément une responsabilité pour le manquement au standard de comportement de bonne foi dans la phase précontractuelle. La responsabilité qui y est instaurée sanctionne la violation des devoirs de comportement issus du devoir de se comporter de bonne foi pendant les négociations (art. 2:301(2) PECL; art. 2:103(2) ACQP; art. II.-3:301(3) DCFR; art. 6 al. 4 Projet GANDOLFI; art. 2.1.15(2) PICC). Ainsi, le devoir de négocier conformément à ses intentions véritables y est mentionné à titre exemplatif (art. 2:301(3) PECL; art. 2:103(3) ACQP; art. II.-3:301(4) DCFR; art. 6 al. 2 Projet GANDOLFI; art. 2.1.15(3) PICC). A l'exception notable des ACQP, ces mêmes projets consacrent par ailleurs une disposition au devoir précontractuel de confidentialité (art. 2:302 PECL; art. II.-3:302(4) DCFR; art. 8 Projet GANDOLFI; art. 2.1.16 PICC). Le Projet GANDOLFI, en plus de prévoir un devoir d'information général (art. 7 Projet GANDOLFI), prône par ailleurs la codification d'un devoir d'information spécial quant au droit de rétractation issu de l'acquis communautaire (art. 9 Projet GANDOLFI). Les ACQP vont encore plus loin. Ils consacrent expressément les principaux devoirs d'information issus des directives européennes ainsi qu'une responsabilité pour leur violation (art. 2:201 à 2:208 ACQP). Les PETL et PEL Liab. Dam. proposent une clause de responsabilité ouverte à tous les cas de dommages consécutifs à la violation d'un intérêt digne d'une protection légale. Les PETL incluent la responsabilité précontractuelle par l'instauration d'une clause de responsabilité pour faute suffisamment large (art. 4:401 PETL) et d'un devoir de protéger autrui d'un dommage lorsque les parties entretiennent des relations particulières (art. 4:103 PETL). Dans le cadre des PEL Liab. Dam., la responsabilité précontractuelle est une des expressions de la responsabilité extracontractuelle pour dommages causés à autrui, dans la mesure où l'on admet que les dommages causés par une violation du standard de comportement de bonne foi au stade précontractuel sont des dommages juridiquement réparables (art. 2:201 PEL Liab. Dam. en relation avec l'art. 1:101 PEL Liab. Dam.) Intégrant les PEL Liab. Dam. et reprenant certaines dispositions des PECL et des ACQP, le DCFR est le projet le plus complet au niveau du traitement réservé aux différents aspects de la responsabilité précontractuelle. En plus d'instaurer un devoir de confidentialité que les ACQP ne prévoient pas (art. II.-3.302(4) DCFR), il reprend certains devoirs précontractuels déjà consacrés par ces derniers, tout en en codifiant d'autres par ailleurs, tous trouvant leur source dans l'acquis communautaire (art. II.-3:101 à II.-3:109 DCFR). Le DCFR a la particularité de consacrer une clause générale de responsabilité précontractuelle sanctionnant à la fois le manquement aux devoirs découlant de la bonne foi dans les affaires et la violation de devoirs d'information spéciaux. A l'inverse, le texte de la CVIM reste résolument

silencieux au sujet de la responsabilité précontractuelle. Les problèmes y relatifs restent largement en dehors du champ d'application du droit unifié de la CVIM. L'article 4 CVIM s'oppose à une appréhension de la responsabilité précontractuelle lorsqu'un contrat vicié est conclu, la convention ne régissant pas les questions de validité des contrats. Lorsqu'aucun contrat n'est conclu, même s'il est possible d'admettre l'existence de devoirs de comportement découlant de la bonne foi pendant la phase précontractuelle, la convention ne contient pas de remèdes appropriés pour la réparation du préjudice précontractuel. En revanche, lorsqu'un contrat valable est conclu, la responsabilité pour un défaut d'informer au stade précontractuel est exclusivement soumise au droit uniforme de la CVIM. En cas conclusion d'un contrat valable tombant sous l'empire de la CVIM (art. 1 ss CVIM), cette responsabilité est régie par les dispositions du droit uniforme (art. 4, 35 ss, 45 ss et 71 ss CVIM) à l'exclusion donc du droit domestique applicable.

1553 **Droit suisse de la responsabilité précontractuelle.** Abstraction faite de dispositions isolées traitant de cas particuliers de responsabilité pour *culpa in contrahendo* (p.ex. les art. 26, 36 al. 2 CO, art. 28 et 29 CO en relation avec l'art. 31 al. 3 CO), le droit positif suisse n'a pas codifié la responsabilité précontractuelle en tant qu'institution à portée générale. La jurisprudence reconnaît toutefois que la phase précontractuelle est régie par un devoir de bonne foi dans les affaires imposant implicitement certains devoirs précontractuels spécifiques selon les circonstances du cas concret. Le droit positif consacre par ailleurs explicitement dans la loi certains devoirs d'information précontractuels afin de corriger un déséquilibre *in abstracto* entre les parties dans la possibilité de l'une d'entre elles d'acquérir une information pertinente quant à la conclusion ou le contenu du contrat projeté (p.ex. art. 381 al. 3 CO; art. 3 al. 1, let. s LCD; art. 3 et 4 LCA; art. 4 LVF). La violation fautive d'un devoir précontractuel (implicite ou explicite) oblige à réparer le préjudice qui en résulte pour le cocontractant prospectif. Le droit positif suisse de la responsabilité précontractuelle repose ainsi sur les mêmes fondements dogmatiques reconnus d'autres juridictions civilistes.

1554 **Nécessité d'une intervention législative.** Seule une proclamation publique, officielle et directement contraignante est susceptible d'assurer la publicité d'un standard de comportement de bonne foi au stade précontractuel. Partant, seul un ancrage dans la loi garantit la publicité nécessaire pour atteindre l'important but préventif que doit aussi remplir la responsabilité précontractuelle. Vu qu'une extension des notions de délit, de contrat ou de la bonne foi au sens de l'article 2 CC a été écartée par la jurisprudence au profit d'un concept de responsabilité ne

donnant pas satisfaction quant à la sécurité et à la prévisibilité juridiques, une intervention législative dans le domaine de la responsabilité précontractuelle est désormais incontournable. Dans un système de *Civil law* tel que le droit suisse, il n'est plus concevable de laisser à seule jurisprudence le soin d'élaborer un système hybride de mise en œuvre d'une obligation de réparer dont la source ne se trouve, généralement, ni dans la volonté des parties, ni dans la loi. Contrairement aux systèmes de *Common law*, la jurisprudence est une source secondaire du droit dans les ordres juridiques civilistes. La jurisprudence n'y a tout simplement pas la même force contraignante que la loi. Aussi rencontre-t-on moins d'obstacles structurels aux revirements de jurisprudence en droit suisse qu'en droit anglais par exemple. Afin de répondre aux impératifs de la prévisibilité et la sécurité juridiques, il est urgent de mettre fin également aux controverses doctrinales au sujet de la nature juridique de la responsabilité précontractuelle et de consolider dans la loi l'approche pragmatique qu'en fait la jurisprudence suisse quant à ses modalités.

- 1555 **Proposition de clause générale.** Nous proposons d'incorporer une clause générale de responsabilité précontractuelle dans la partie générale du CO entre la disposition sur la promesse de contracter (art. 22 CO) et les règles relatives aux vices du consentement (art. 23 ss CO). Notre proposition pour un article 22a nCO s'articule en quatre alinéas dont la teneur est la suivante:

Art. 22a

F. Responsabilité précontractuelle

¹ Celui qui, dès la première prise de contact en vue de conclure un contrat, contrevient aux règles de la bonne foi dans les affaires est tenu de réparer le préjudice en résultant, même s'il n'a pas vocation à devenir lui-même partie au contrat, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

² Est contraire à la bonne foi dans les affaires, notamment:

- a. d'entamer ou de poursuivre des négociations sans véritable intention de conclure un contrat;
- b. de rompre les négociations sans motif justifié après avoir suscité une confiance légitime dans la conclusion certaine d'un contrat;
- c. de ne pas s'acquitter diligemment de tout autre devoir précontractuel prévu par la loi.

³ Celui qui confie à des auxiliaires, tels que des représentants, des conseillers ou des experts, le soin de déployer une activité en vue de la conclusion d'un contrat avec un cocontractant potentiel, est responsable envers celui-ci du préjudice qu'ils causent dans l'accomplissement de leur activité.

⁴ Les règles relatives à la prescription de l'action en réparation et à l'étendue de la responsabilité dérivant d'actes illicites sont applicables par analogie aux comportements précontractuels contraires à la bonne foi dans les affaires.

1556 **Responsabilité précontractuelle pour le fait personnel (art. 22a al. 1 nCO).**

Le premier alinéa consacre le fondement de l'obligation de réparer le préjudice causé par un manquement présumé fautif au devoir fondamental de bonne foi précontractuelle. Il instaure donc une responsabilité du fait personnel pour faute présumée. Partant, la responsabilité présuppose un préjudice, une violation du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle, un lien de causalité et une faute présumée de la personne recherchée en responsabilité. A l'image notamment du droit allemand et du DCFR, le premier alinéa de la proposition consacre une conception très large de la phase précontractuelle. Cette dernière s'ouvre dès le premier contact en vue de la conclusion d'un contrat. Une négociation entre sujets de droit n'est pas nécessaire. Un contact unilatéral suffit, pour autant qu'il soit motivé par la conclusion éventuelle d'un contrat futur et qu'il soit propre à éveiller des attentes légitimes chez le cocontractant prospectif. Le contact doit viser, au moins potentiellement, à l'établissement d'une relation contractuelle (*animus ad contrahendo*). Naturellement, le sujet de la responsabilité est d'abord le cocontractant prospectif ayant vocation à conclure un contrat avec un autre. Il peut s'agir de la partie qui a pris contact avec une autre en vue de conclure un contrat ou de celle qui a été démarchée dans ce but. A l'instar du § 311 al. 3 BGB, la proposition désigne également comme sujet de responsabilité celui qui n'a pas vocation à devenir lui-même partie au contrat projeté. Elle instaure ainsi une responsabilité propre de l'auxiliaire du cocontractant prospectif («*Sachwalterhaftung*») lorsque le sujet de la responsabilité agit par exemple en tant qu'expert, conseiller, ou représentant du cocontractant prospectif. La personne recherchée en responsabilité doit avoir fonctionné comme un préposé du cocontractant potentiel de la personne lésée, que ce soit à titre légal, contractuel ou même simplement par acte de complaisance. Un rapport de subordination n'est pas nécessaire.

1557 **Liste exemplative de devoirs précontractuels spécifiques (art. 22a al. 2 nCO).** Le deuxième alinéa de la proposition dresse une liste exemplative de devoirs spécifiques («*Sorgfalts-, Schutz- und Rücksichtspflichten*») découlant du devoir fondamental de bonne foi précontractuelle. Il mentionne d'abord deux devoirs emblématiques des négociations précontractuelles, à savoir le devoir de négocier conformément à ses intentions véritables et le devoir de ne pas rompre les négociations sans motif justifié. Alors que le premier est de jurisprudence

constante et a fait l'objet de codifications expresses dans un grand nombre de modèles de droit uniforme, le second consacre la responsabilité pour la déception déloyale de la confiance éveillée dans la conclusion certaine du contrat projeté. Cette hypothèse de responsabilité trouve ses origines dans la jurisprudence et la doctrine allemandes («*Vertrauenshaftung*») et est désormais également reconnue en droit français. Enfin, le deuxième alinéa de la proposition soumet à la responsabilité prévue au premier alinéa la violation des devoirs précontractuels expressément prévus par ailleurs par le législateur. La proposition vise donc à établir un régime de responsabilité unique pour la violation de tous les devoirs précontractuels, quelle que soit leur source.

1558 **Responsabilité précontractuelle du fait l'auxiliaire (art. 22a al. 3 nCO).** Le troisième alinéa de la proposition pour un article 22a nCO codifie une responsabilité du fait d'autrui, à savoir la responsabilité purement objective du cocontractant prospectif pour le préjudice causé par son préposé à l'occasion de l'accomplissement de l'activité précontractuelle dont il l'avait chargé. Cette disposition est le pendant des articles 55 al. 1 et 101 al. 1 CO. Contrairement toutefois aux responsabilités prévues par ces derniers, la responsabilité du fait de l'auxiliaire du cocontractant prospectif ici proposée n'offre pas de moyens libératoires au maître. Cette responsabilité est donc plus sévère. Si l'auxiliaire venait à manquer au devoir de bonne foi précontractuelle, la personne préjudiciée disposerait d'un concours d'actions. Cette dernière aurait le choix d'actionner soit directement l'auxiliaire (à charge de ce dernier de prouver l'absence de faute) sur la base du premier alinéa, soit le cocontractant prospectif (le maître) sur la base du troisième alinéa, soit encore les deux. Par ailleurs, la proposition est sans préjudice du concours alternatif des articles 41 et 55 al. 1 CO, pour autant naturellement que leurs conditions d'application respectives soient remplies. En l'absence de cause et de faute communes, le maître et l'auxiliaire sont en tout état de cause en rapport de «solidarité» imparfaite au sens de l'article 51 CO.

1559 **Prescription et étendue de la responsabilité (art. 22a al. 4 nCO).** Enfin, le quatrième alinéa de la proposition renvoie aux règles de la responsabilité délictuelle quant à la prescription de l'action en réparation (art. 60 CO) et à l'étendue de la responsabilité (art. 42 à 51 CO). Il est le pendant en matière précontractuelle de l'article 99 al. 3 CO. Il permet donc d'atténuer les différences entre les responsabilités délictuelle, contractuelle et précontractuelle.