
Un travail écrit : "Culpa in contrahendo : l'avant-gardiste, le promoteur, l'opposant et le codificateur"

Auteur : Morreale, Valentina

Promoteur(s) : Gerkens, Jean-François

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

Année académique : 2020-2021

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/11138>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

Valentina MORREALE

***Culpa in contrahendo: l'avant-gardiste, le promoteur,
l'opposant et le codificateur***

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

Année académique 2020-2021

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Jean-François GERKENS

Professeur ordinaire

RESUME

L'expression *culpa in contrahendo* signifie littéralement "faute dans la conclusion d'un contrat". L'étude vise à examiner le principe de la responsabilité précontractuelle en parcourant les différentes phases de développement depuis sa création jusqu'aux développements récents. L'espace limité du mémoire ne nous permet pas d'aborder le sujet dans son intégralité. C'est donc au moyen d'une synthèse et de points que nous estimons essentiels à la bonne compréhension du sujet que nous apporterons les résultats de la recherche. Pour ce faire, nous nous inspirerons de la méthode fonctionnelle développée par le juriste allemand Ernst Rabel qui a pour objectif de présenter un problème juridique et ensuite rechercher les solutions pratiques adoptées dans divers ordres juridiques sélectionnés. Nous présenterons le travail sous la forme de rapports nationaux, précisément sur le droit allemand, français et italien, suivis d'une analyse comparative. Aux termes de cette recherche, nous serons en mesure de relever les similitudes et dissemblances entre les systèmes juridiques en ce qui concerne les normes régissant la *culpa in contrahendo*.

ABSTRACT

The term *culpa in contrahendo* literally means "fault in the conclusion of a contract". The study aims to examine the principle of pre-contractual liability by going through the different phases of development from its creation to the recent developments. The limited space of the thesis does not allow us to address the subject in its entirety. It is therefore by means of a synthesis and issues that we consider essential to a good understanding of the subject that we will provide the results of the research. To do so, we will be guided by the functionalist method developed by the German scholar Ernst Rabel, which aims to present a legal problem and then seek practical solutions adopted in various selected legal orders. We will present the work in the form of national reports, specifically on German, French and Italian law, followed by a comparative analysis. As a result of this research, we will be able to identify the similarities and differences between legal systems with regard to the norms governing the institution of the *culpa in contrahendo*.

Mots clés : droit civil — droit des obligations — responsabilité civile précontractuelle — *culpa in contrahendo*

Key words: civil law — law of obligations — pre-contractual liability — *culpa in contrahendo*

Al mio caro nonno Nicola

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier le Professeur Jean-François Gerkens pour m'avoir donné l'occasion d'écrire sur ce sujet et m'avoir guidée dans le choix de celui-ci grâce à sa grande expertise. Son encadrement, ses conseils avisés et sa disponibilité à mon égard m'ont permis de mener à bien ce travail.

J'adresse également mes remerciements au Professeur José Luis Alonso de l'Université de Zürich ainsi qu'à son équipe académique pour m'avoir apporté les connaissances relatives au droit privé comparé. La méthodologie et les cas pratiques enseignés m'ont donné les outils pour réaliser ce travail.

Je souhaite enfin remercier mes proches pour leur soutien et leurs encouragements durant mon parcours universitaire, de même que toutes les personnes rencontrées durant mon séjour Erasmus qui fut une expérience enrichissante.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	11
I. L'avant-gardiste Rudolf von Jhering (1818-1892): la création de la culpa in contrahendo au travers des actions issues du droit romain	13
A. La redécouverte des actions romaines dans l'élaboration de la théorie de la culpa in contrahendo	14
1. L'actio de dolo	15
2. L'actio legis Aquiliae	16
3. L'actio empti	17
B. La création de l'institution juridique de la culpa in contrahendo : régime juridique	20
1. Champ d'application	20
2. Nature juridique	21
3. Sanction	21
II. Le promoteur: réception en droit allemand de la théorie de la culpa in contrahendo...	24
A. Le contexte	24
B. La culpa in contrahendo dans le BGB	25
C. Les développements jurisprudentiels	26
D. La loi modernisant le droit des obligations (2002)	30
III. L'opposant: le Code Napoléon de 1804 et la clause générale de responsabilité délictuelle	32
A. Le contexte	32
B. Le modèle français de la responsabilité civile délictuelle basée sur la faute	32
1. Origine de la responsabilité délictuelle pour faute personnelle	33
2. Régime juridique de la responsabilité aquilienne	34
C. Le nouveau Code civil français	36
IV. Le codificateur: le code civil italien de 1942 consacrant pour la première fois la théorie de la responsabilité précontractuelle.....	38
A. Le contexte	38
B. Le projet de Code civil franco-italien de 1927	39
a) Les objectifs d'une union franco-italienne	39
b) La mise en place de la Commission mixte	42
c) Le contenu du Projet et son dénouement	43
d) Le dénouement du Projet	43

C. Le code civil italien de 1942.....	44
a) Le choix de deux dispositions consacrant la responsabilité précontractuelle.....	44
b) Le régime juridique de la culpa in contrahendo.....	45
1. La nature juridique.....	45
2. Les conditions.....	46
a. La violation d'un devoir de bonne foi (art. 1337).....	47
b. L'existence ou l'absence d'un contrat.....	49
3. L'indemnisation du dommage.....	50
V. Analyse comparative: la culpa in contrahendo en droit allemand, français et italien	
52	
CONCLUSION.....	56
BIBLIOGRAPHIE.....	58

INTRODUCTION

Notion bien connue des systèmes juridiques civilistes — par opposition aux pays de *Common law* dans lesquels le terme *culpa in contrahendo* est absent du langage juridique¹ —, la *culpa in contrahendo* désigne communément la faute commise durant la période précédant la conclusion d'un contrat². La responsabilité précontractuelle se caractérise par une « faute commise par une des parties au cours des pourparlers qui précèdent la formation du contrat³ ». Cela vise tant la phase de négociation que la phase de rédaction du contrat. La conséquence directe de la faute précontractuelle se traduit par « il risarcimento a chi fosse stato inutilmente coinvolto nella gestazione di un contratto rivelatosi nullo o, comunque, non giunto a perfezione⁴ ».

Ainsi, au stade de la formation du contrat, l'autonomie des volontés offre aux parties contractantes la liberté d'entamer des négociations et de définir l'objet et les modalités du contrat. L'issue des négociations peut résulter soit en la conclusion du contrat soit en la rupture des pourparlers. Néanmoins, un abus dans l'initiative, la poursuite ou la rupture des pourparlers engage la responsabilité précontractuelle de la partie à l'origine du fait dommageable.

Cette locution latine trouve son origine dans la théorie du juriste allemand Rudolf von Jhering publiée dans son essai de 1861 intitulé *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* paru dans la revue *Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*⁵. Si le principe de la responsabilité précontractuelle fut très largement reçu dans les ordres juridiques civilistes que nous connaissons actuellement, l'institution a évolué d'une manière telle qu'elle ne reflète plus de manière fidèle la volonté initiale de son auteur. Nous le démontrerons tout au long du travail en exposant les étapes de développement de la *culpa in contrahendo*.

L'objectif de l'exposé est d'étudier la réception de la *culpa in contrahendo* telle qu'élaborée par Rudolf von Jhering en droit allemand, français et italien. Compte tenu de la littérature abondante sur le sujet, l'étude ne se limite qu'aux grandes étapes de son évolution et n'a pas vocation à examiner de manière extensive le processus de réception de l'institution dans les ordres juridiques. Nous renverrons de façon ponctuelle à des lectures spécialisées en la matière pour les points qui nous paraissent essentiels, mais qui faute d'espace ne seront pas abordés dans le cadre du présent mémoire.

¹ E.A. FARNSWORTH, « Comparative Contract Law », in M. REIMANN et R. ZIMMERMANN (éds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 16 novembre 2006, p. 917.

² D. MAZEAUD, « La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons », in O. Deshayes (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, CEPRISCA, 2009, p. 34.

³ T. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », note sous Cass, 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013/4, p. 546.

⁴ F. PROCCHI, « Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto) informazione e la presunzione assoluta di "culpa" in capo al "venditor" », *Teoria e storia del diritto privato*, 2010, vol. 3, p. 2.

Trad. libre: l'indemnisation de ceux qui ont été inutilement impliqués dans la formation d'un contrat qui s'est avéré nul ou, en tout cas, qui n'a pas abouti.

⁵ R. VON JHERING, « Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen », *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, Jena, 1861, pp. 1—112.

Afin de saisir les fondements et la nature juridique de la *culpa in contrahendo*, la première partie est dédiée à un historique de l'institution (**I — L'avant-gardiste**). Nous nous pencherons sur la question de savoir dans quelle mesure et jusqu'à quel point la théorie élaborée par Jhering trouve sa source dans le droit romain ainsi que l'apport de l'auteur par rapport aux actions romaines. Ensuite, nous présenterons la réception de cette théorie en droit allemand (**II — Le promoteur**) et en droit français (**III — L'opposant**). Nous observerons une réception de l'institution en droit allemand avec des adaptations, et un rejet de celle-ci par les auteurs du Code Napoléon. Nous consacrerons également une section à la réception de l'institution en droit italien (**IV — Le codificateur**). Le droit italien présente un intérêt particulier en ce que l'institution fut introduite dans le *Codice civile* (Code civil) sous l'influence allemande, mettant ainsi fin à des décennies de domination du modèle français en Italie. Nous verrons l'influence allemande et l'influence française en Italie au travers du Projet de Code civil franco-italien de 1927 et de l'adoption du Code civil italien de 1942. Enfin, une dernière section est réservée à l'analyse comparative des trois ordres juridiques (**V — Analyse comparative**). Nous ferons le point sur les similitudes et différences observées dans les différents systèmes juridiques concernant le régime attaché à la *culpa in contrahendo* ainsi que le contraste avec la théorie initiale de Jhering.

I. L'avant-gardiste Rudolf von Jhering (1818-1892): la création de la *culpa in contrahendo* au travers des actions issues du droit romain

Rudolf von Jhering (1818-1892) est un juriste allemand à l'origine de concepts juridiques reçus principalement en droit allemand. Parmi ses innovations, Jhering redéfinit le concept de faute (*culpa*) issu du droit romain, développe la compensation de l'intérêt négatif et théorise la notion de *culpa in contrahendo*⁶. Il est issu de l'école pandectiste allemande du XIX^e siècle et est par ailleurs élève de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Savigny est souvent présenté comme le fondateur de l'école historique allemande, bien que certains auteurs attribuent ce courant à Gustav Hugo (1764-1844)⁷.

En 1861, Jhering publie son article *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* dans le quatrième volume de la revue *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*⁸. C'est dans cet article que Jhering consacre pour la première fois la théorie de la *culpa in contrahendo*. Sa théorie s'inspire principalement de deux courants ; d'une part, l'école pandectiste développée par Friedrich Carl von Savigny qui se caractérise par la systématisation du droit romain et l'abstraction — par opposition à la casuistique romaine — et, d'autre part, la *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudence des concepts) qui consiste en l'élaboration d'un concept juridique nouveau en faisant référence aux sources du droit romain⁹.

Jhering souligne l'autorité du droit romain toujours marquante à son époque dans son ouvrage *Geist des römischen Rechts* (L'esprit du droit romain)¹⁰. Il s'exprime en ces termes : « l'importance du droit romain pour le monde moderne ne consiste point à avoir été un moment la source du droit, - cette importance ne fut que passagère ; - son autorité réside dans la profonde révolution interne, dans la transformation complète qu'il a fait subir à notre pensée juridique toute entière¹¹ ».

Dans le même ouvrage, Jhering se distancie de la conception nationale du droit soutenue par l'école historique allemande et par Savigny. Selon l'école historique allemande, le droit est basé sur l'esprit et la conscience du peuple (*Volksgeist*). Puisqu'il est propre à chaque peuple, le droit ne peut être appliqué à une autre nation¹². A l'inverse, Jhering soutient dans son ouvrage que le droit revêt une dimension universelle allant au-delà des barrières nationales¹³. Le droit fait abstraction des particularités nationales, il n'est pas lié à la nation (*Volks*) comme le soutient Savigny. Jhering qualifie les droits nationaux de « barrières scientifiques » dans son ouvrage *L'esprit du droit romain* traduit par Octave de Meulenaere :

⁶ M. SMITH, « Four German Jurists, III », *Political Science Quarterly*, 1897, p. 28 et 43.

⁷ S.G. GALE, « A very German legal science: Savigny and the Historical School », *Stanford Journal of International Law*, 1982, vol. 18, n° 1, p. 130.

⁸ R. VON JHERING, « Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen », *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, Jena, 1861, pp. 1—112.

⁹ N. KUONEN, *La responsabilité précontractuelle: analyse historique, étude de la phase précontractuelle et des instruments précontractuels, théorie générale en droit suisse*, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, Zurich, Schulthess, 2007, pp. 136—139.

¹⁰ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, I, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1852.

¹¹ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain*, I, traduction par O. DE MEULENAERE, Paris, Librairie A. Marescq, 1877, p. 3.

¹² S.G. GALE, *op. cit.*, p. 123.

¹³ M. SMITH, *op. cit.*, p. 21.

« Contemplés de cette hauteur, combien devaient paraître mesquins tous ces droits nationaux, véritables barrières scientifiques, avec leurs règlements positifs, leurs misérables essais tendant à approprier au cercle étroit du territoire d'un petit pays, le problème que le droit romain avait d'une façon incomparable résolu pour le monde entier. On le comprend, en effet, cette idée d'universalité qui surgissait devant le monde d'alors, surtout dans l'état du droit romain, devait avoir quelque chose d'enivrant pour les jurisconsultes ; elle devait créer des fanatiques¹⁴ ».

D'autre part, l'école historique basée sur la nationalité des droits prétend que le droit romain est à la base du droit positif. Or selon Jhering cette affirmation repose sur une prémisse fautive ou du moins non prouvée par l'histoire. En effet, « Le droit romain, dit-on, est devenu dans le cours du temps, notre droit. (...) La réception du droit romain ne s'explique plus que par un égarement inexplicable de l'histoire, par une apostasie du "principe historique" : elle reste, en un mot, une énigme que la science est impuissante à résoudre¹⁵ ».

A. La redécouverte des actions romaines dans l'élaboration de la théorie de la *culpa in contrahendo*

Avant d'examiner la théorie de la *culpa in contrahendo*, il convient de relever les étapes du raisonnement de Jhering ayant abouti à la création d'un concept juridique nouveau, abstrait et applicable dans trois hypothèses.

Jhering illustre la première étape du raisonnement reproduite ci-après en posant l'hypothèse suivante: « Ou bien le délégué d'un commerce doit commander certaines marchandises pour le compte du donneur d'ordre, mais se trompe dans le nom des marchandises. Il ne fait aucun doute que le contrat est nul et non avenue, à condition que l'erreur puisse être réellement prouvée. Qui supporte seul les frais d'emballage et d'expédition inutiles ? La partie fautive est-elle tenue envers l'autre partie du remboursement des dépenses causées par sa faute ? La littérature m'a laissé complètement dans le flou sur cette question. La plupart des manuels scolaires ne l'abordent pas du tout, et je n'ai trouvé que quatre écrivains plus récents qui soulèvent la question. Deux d'entre eux y apportent une réponse négative et, semble-t-il, à juste titre. Le contrat n'ayant pas vu le jour, il ne peut être question de l'applicabilité des principes de la faute contractuelle, pas plus que la responsabilité extracontractuelle, l'*act. legis Aquiliae*¹⁶ ».

¹⁴ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain, op. cit.*, p. 10.

¹⁵ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain, op. cit.*, p. 5.

¹⁶ Trad. libre de R. VON JHERING, « *Culpa in contrahendo (...)* », *op. cit.*, p. 2.

Oder der Correspondent eines Handlungshauses soll im Auftrage des Principals eine gewisse Waare bestellen, verschreibt sich aber im Namen derselben. Daß der Vertrag nichtig ist, vorausgesetzt daß das Versehen wirklich bewiesen werden kann, ist unzweifelhaft. Allein wer trägt die nutzlos aufgewandten Verpackungs- und Versendungskosten? Haftet der culpose Theil dem Gegner nicht zum Ersatz der durch seine culpa ihm verursachten Auslagen? Die Literatur ließ mich über diese Frage fast gänzlich im Stich. Die meisten Lehrbücher berühren sie gar nicht, und nur bei vier neueren Schriftstellern habe ich sie aufgeworfen gefunden. Zwei derselben verneinen sie ¹⁾ und, wie es scheint, mit vollem Recht. 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 der außercontractlichen, der act. legis Aquiliae, läßt sich der Fall ebenso wenig bringen.

En partant du postulat que le contrat est conclu et qu'il est entaché d'une nullité pour cause d'erreur essentielle (*wesentlicher Irrtum*), la partie fautive est-elle tenue de réparer le préjudice économique résultant de l'annulation du contrat? Dans l'affirmative, sur quelle base est-elle tenue?

Jhering se retrouve confronté à une théorie dominante et largement acceptée parmi les juristes de l'époque qui est la théorie de la volonté (*Willenstheorie*)¹⁷. Selon cette théorie mise sur pied par Friedrich Carl von Savigny, Bernhard Windscheid et Ernst Zitelmann, l'erreur essentielle vicie le consentement et affecte la validité du contrat stipulé par les parties. Dès lors, en raison de l'absence d'un contrat valide, l'action contractuelle ne peut être engagée afin de réclamer des dommages et intérêts pour les frais et pertes subies.

L'idée de Jhering est de créer une action à portée générale et abstraite dans le but de compenser le dommage patrimonial résultant d'une faute précontractuelle. La finalité est d'assurer la protection de la partie qui a légitimement cru à la conclusion d'un contrat valide¹⁸. Dès lors, Jhering parcourt les actions issues du droit romain pour fonder la théorie de la *culpa in contrahendo*: l'*actio de dolo* (1), l'*actio legis Aquiliae* (2) et l'*actio empti* (3).

1. L'*actio de dolo*

L'action de dol est une action pénale introduite en droit romain par le préteur Aquilius Gallus en l'an 66 avant J.-C. Cette action permet à la personne qui a conclu un acte juridique

¹⁷ F. PROCCHI, *op. cit.*, pp. 10—12 ; R. VON JHERING, « Culpa in contrahendo (...) », *op. cit.*, p. 2.

¹⁸ F. PROCCHI, *op. cit.*, p. 12.

entaché d'un dol de se retourner contre son co-contractant à l'origine des manœuvres dolosives pour obtenir la réparation du dommage subi. Le dol peut être défini comme « une ruse, une manœuvre, un acte frauduleux employé pour circonvenir, tromper ou leurrer¹⁹ ».

Jhering constate d'emblée le caractère inadéquat de cette action comme fondement de sa théorie. D'abord, l'action ne peut être mise en oeuvre qu'à titre subsidiaire lorsque la victime ne dispose pas d'autres actions lui permettant d'obtenir la réparation de son dommage. Or en présence d'un contrat nul, le droit romain prévoit soit une action fondée sur le contrat, dont l'action de vente (voy. point 3), soit une *actio in factum* concédée par le préteur en fonction des circonstances²⁰. Par conséquent, la victime dispose d'actions plus appropriées lorsque le contrat est entaché de nullité. Ceci exclut que la *culpa in contrahendo* puisse être fondée sur l'action de dol. Comme l'écrit Paola Lambrini, « (...) la tutela del soggetto danneggiato dall'altrui comportamento scorretto si poteva ottenere già con l'azione contrattuale di buona fede e ciò escludeva necessariamente l'uso dell'azione sussidiaria di dolo²¹ ».

Ensuite, Jhering relève qu'une faute puisse être reprochée à une partie au contrat sans pour autant constater une intention dolosive dans son chef. En effet, sa théorie se base sur la notion plus large de *culpa* plutôt que le dol qui est plus restrictif²². Dans l'objectif de créer une institution englobant toute faute commise à l'occasion de la conclusion du contrat, l'intention frauduleuse restreint le champ d'application aux seuls cas de manœuvres frauduleuses. Or il suffit pour Jhering de constater une faute (*culpa*), de quelque nature qu'elle soit, qui rende le contrat nul.

Dès lors, pour les raisons de subsidiarité et d'intention frauduleuse, le fondement de l'action de dol ne peut être retenu.

2. L'*actio legis Aquiliae*

En matière de responsabilité extra-contractuelle, l'*actio legis Aquiliae* ne peut être retenue en raison de la nature du dommage. La *lex aquilia* sanctionne deux types de dommages : le dommage patrimonial et le dommage physique causé aux biens en propriété (*actio directa*). La particularité de la *lex aquilia* réside dans la condition de lien causal (*datum*) qui nécessite un dommage causé corps à corps (*damnum corpore corpori datum*)²³. Cette condition fut ensuite abandonnée à l'époque classique. Par conséquent, l'exigence d'un dommage corporel ou à la propriété exclut la réparation d'un dommage purement pécuniaire²⁴.

¹⁹ J.-F. GERKENS, *Droit romain: Petits lexiques et documents de travail*, Presses de l'Université de Liège, 2011, p. 2.

²⁰ P. LAMBRINI, « La culpa in contrahendo e l'actio de dolo malo », in R. FIORI (dir.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto*, 4, Napoli, Jovene, 2011, p. 279.

²¹ P. LAMBRINI, *ibidem*, p. 283. Trad. libre: la protection de la partie lésée contre les comportements fautifs d'autrui pouvait déjà être obtenue par l'action contractuelle de bonne foi, ce qui excluait nécessairement le recours à l'action subsidiaire de l'intention malveillante.

²² P. LAMBRINI, *ibidem*, pp. 277 et 284.

²³ M. F. CURSI, « Dall'actio de dolo al danno meramente patrimoniale », in R. FIORI (dir.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto*, 3, Napoli, Jovene, 2008, p. 89.

²⁴ F. PROCCHI, *op. cit.*, p. 12 ; O. RISKE, *La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen: perspectives pour l'ordre juridique suisse: analyse historique, comparative et prospective*, Collection Neuchâteloise, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016, p. 253.

Pour ce motif, l'*actio legis Aquiliae* est également rejetée comme fondement de la *culpa in contrahendo*.

3. L'*actio empti*

La dernière action envisagée par Jhering est l'action fondée sur le contrat de vente (*actio empti*). Le contrat de vente est défini, en droit romain, comme un « contrat consensuel, de bonne foi, synallagmatique parfait, par lequel l'une des parties, le vendeur, s'oblige à fournir à l'autre la libre possession et la jouissance paisible d'une chose, et l'autre, l'acheteur, s'oblige à lui transférer la propriété du prix, lequel doit être fixé en argent²⁵ ».

Notons que ce fondement reste discuté en doctrine notamment en ce que l'*actio empti* est une action en faveur de l'acheteur qui souhaite obtenir la condamnation du vendeur à exécuter une obligation en vertu du contrat. L'exécution forcée d'une obligation suppose donc que le contrat soit valablement conclu entre les parties. Or Jhering vise l'hypothèse où le contrat est nul et qu'une partie réclame à la partie fautive les dommages survenus à l'occasion de la conclusion du contrat. Il n'est donc pas question d'une exécution forcée du contrat mais d'une indemnisation des dommages précontractuels. Selon certains auteurs, les juristes romains n'auraient pas accordé l'*actio empti* dans le cas d'un contrat nul²⁶. Néanmoins, certains passages du Digeste de Justinien semblent l'accorder en dépit du fait que le contrat soit nul.

Le droit romain consacre l'*actio empti* dans trois cas: la vente d'une chose hors commerce (*res extra commercium*), la vente d'un homme libre pour esclave et la vente d'un héritage inexistant. Nous nous limitons à présenter deux extraits d'Ulpien et Modestin reproduits dans le Digeste de Justinien et un extrait des Institutes de Justinien relatifs à la vente d'une chose hors commerce. Les extraits sont reproduits ci-après.

²⁵ J.-F. GERKENS, *op. cit.*, p. 8.

²⁶ N. KUONEN, « La culpa in contrahendo: un colosse aux pieds d'argile? une exégèse de Modestinus D. 18,1,62,1 », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2005, vol. 73, n° 3-4, p. 274.

« Celui qui, ne le sachant pas, a acheté des lieux sacrés, religieux ou publics en faveur de particuliers, quoique l'achat ne soit pas valide, sur le fondement de l'achat (ex empto), fera valoir son droit contre le vendeur afin de poursuivre ce qui était dans son intérêt de ne pas être trompé²⁷ ».

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.

Mod. 5 Reg., D. 18.1.62.1

« Si un emplacement religieux, pour non souillé, est réputé être vendu, le prêteur accorde une action en fonction des circonstances du fait (in factum) à celui que l'affaire regarde ; cette action, contre l'héritier, se présente, du fait qu'elle contient comme une action sur le fondement de l'achat (ex empto)^{28 29} ».

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.

Ulp. 25 ad. ed., D.11.7.8.1

« Celui qui achète sciemment des lieux sacrés, religieux ou publics, comme la place publique ou le temple, ne le fait pas valablement. Mais si, trompé par le vendeur, il les achète comme privés ou profanes, il aura l'action de la vente fondée sur ce qu'il ne lui est pas permis d'avoir, et il sera indemnisé selon l'intérêt qu'il avait à ne pas être trompé. Il en est de même s'il a acheté un homme libre pour un esclave³⁰ ».

Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest deceptum eum non esse. idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.

Institutiones Iustiniani, I.3.23.5

²⁷ Traduction de D. GAURIER in D. GAURIER et P. PICHONNAZ, *Les 50 livres du digeste de l'Empereur Justinien : comprenant pour la première fois en français la palingénésie du commentaire sur l'Édit du prêteur d'Ulprien*, Paris, La mémoire du droit, 2017, p. 665.

²⁸ Traduction de D. Gaurier in D. GAURIER et P. PICHONNAZ, *ibidem*, p. 449.

²⁹ Autre traduction par N. KUONEN: « Si l'on prétend qu'un bien religieux a été vendu pour un profane, le prêteur donne à l'intéressé une actio in factum. On a aussi cette action contre un héritier, parce que de par sa nature elle découle quasiment de l'action sur la vente » dans *La responsabilité précontractuelle (...), op. cit.*, p. 18.

³⁰ N. KUONEN, *La responsabilité précontractuelle (...), op. cit.*, p. 23.

Les choses hors commerce ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un acte juridique entre particuliers. Le droit romain distingue trois *res extra commercium*: les choses de droit divin (*res divini iuris*), les choses communes à tous (*res communes omnium*) et les choses appartenant à l'Etat (*res publicae*)³¹. Les trois passages susmentionnés sont relatifs à la vente de lieux sacrés (*res divini iuris*) par nature inaliénables.

Nous sommes face à trois hypothèses dans lesquelles le contrat n'est pas valablement conclu en raison de l'inaliénabilité des lieux sacrés. Deux avis divergent quant aux actions accordées à l'acquéreur d'une chose religieuse hors commerce ; là où Ulpien accorde l'*actio in factum* (Ulp. 25 *ad. ed.*, D.11.7.8.1), Modestin octroie l'*actio empti* (Mod. 5 *Reg.*, D. 18.1.62.1). La voie de l'*actio empti* est également empruntée dans les *Institutes* de l'empereur Justinien, avec la particularité que l'action basée sur le contrat de vente est exclue dans l'hypothèse où l'acheteur acquiert sciemment des biens sacrés (I. 3.23.5).

De l'autre côté, en l'absence d'action consacrée dans l'édit du préteur, Ulpien accorde l'*actio in factum* en fonction des circonstances. Notons que certains auteurs de doctrine cités par N. Kuonen tels que B. Biondi, K. Heldrich, G. Beseler et D. Medicus considèrent ce passage comme (partiellement) interpolé³². D'autres auteurs expliquent cette divergence par l'apparition de la *cognitio extra ordinem* (procédure extraordinaire), ou encore le fait que l'*actio empti* soit une action en inexécution qui suppose que le contrat soit valable. Nous renvoyons pour le surplus à l'article de N. Kuonen³³.

Notons qu'aucun des passages n'aborde la question de l'ignorance de la cause de nullité par le vendeur. Cela peut s'expliquer par l'obligation de garantie contre les vices cachés qui pesait sur le vendeur d'esclaves sur un marché public³⁴. Avant la conclusion de la vente, le vendeur doit s'assurer que le bien est exempt de vices et que toutes les conditions soient réunies pour conclure le contrat de vente. Ensuite, Justinien étend l'obligation de garantir les vices cachés à tout contrat de vente indépendamment de l'objet. En partant de l'obligation générale de garantie des vices cachés, Jhering consacre une présomption absolue de faute dans le chef du vendeur qui trouve son origine dans le fait même d'avoir entamé des négociations contractuelles.

³¹ J.-F. GERKENS, *op. cit.*, p. 14.

³² Sur les partisans de la thèse de l'interpolation, voy. note en bas de page n° 27 de N. Kuonen, « La culpa in contrahendo (...) », *op. cit.*, p. 274.

³³ Sur la potentielle explication de cette divergence et sur la nature juridique de ces actions, voy. N. KUONEN, *La responsabilité précontractuelle (...)*, *op. cit.*, p. 34 à 49 ; N. KUONEN, « La culpa in contrahendo (...) », *ibidem*, p. 274 à 276.

³⁴ F. PROCCHI donne l'exemple de la vente d'un esclave dans laquelle le vendeur est responsable des vices cachés, sauf s'il n'eut pu en avoir raisonnablement connaissance. Si le vendeur avait connaissance du fait que l'esclave soit un voleur, mais qu'il ne le communique pas à l'acquéreur, il sera tenu pour responsable (**Ulp, D.19.1.13.3**) (F. PROCCHI, *op. cit.*, p. 28).

Quid tamen si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonae frugi et fidum et caro vendidit? Videamus, an ex empto teneatur. Et putem teneri. Atqui ignoravit: sed non debuit facile quae ignorabat adseverare. Inter hunc igitur et qui scit praemonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem.

Traduction de D. Gaurier in D. Gaurier et P. Pichonnaz, *op. cit.*, p. 697 : « Si le vendeur ignorait que l'esclave fût voleur, et qu'il eût assuré qu'il était fidèle et bon sujet, afin de le vendre plus cher, serait-il soumis à l'action de la vente envers l'acheteur? Je pense qu'il y serait soumis. Mais, dira-t-on, il ignorait ce défaut. Je réponds qu'il ne devait pas être si hardi à assurer ce qu'il ne savait pas. Il y a donc toujours quelque différence entre ce vendeur et celui qui a eu connaissance du défaut : ce dernier a dû avertir que l'esclave qu'il vendait était voleur, l'autre n'a pas dû être si prompt à faire une déclaration téméraire ».

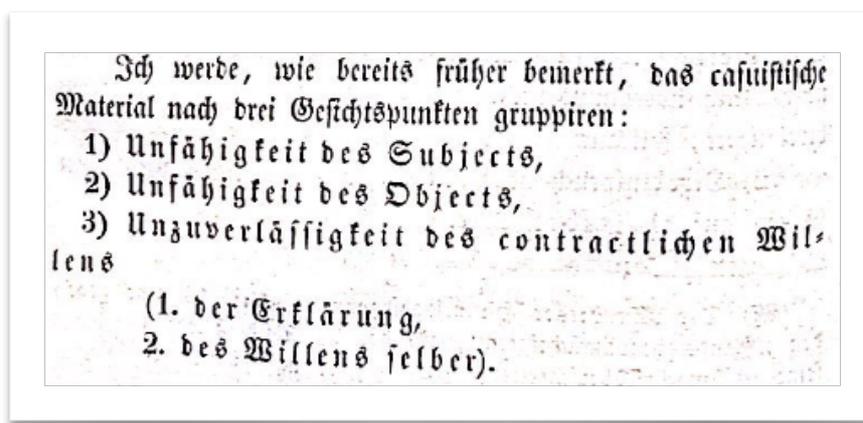
B. La création de l'institution juridique de la *culpa in contrahendo* : régime juridique

À partir de l'étude de cas issus du droit romain traitant d'un contrat de vente nul, Jhering élabore une théorie générale et abstraite de la responsabilité précontractuelle. Il expose dans son article paru dans le *Jahrbücher* de 1861 le champ d'application, la nature juridique et la sanction attachée à la violation d'un devoir précontractuel que nous présentons dans les lignes qui suivent.

1. Champ d'application

Jhering limite le champ d'application de la responsabilité précontractuelle à l'hypothèse où le contrat n'a pas été conclu légalement (*der Kontrakt juristisch gar nicht zu Stande gekommen*) pour trois motifs:

- 1) l'incapacité d'une partie
- 2) l'illicéité de l'objet
- 3) le vice de consentement³⁵.



Par conséquent, la responsabilité précontractuelle est inapplicable dans les cas où le contrat est valablement conclu et en l'absence d'un contrat.

La théorie de la *culpa in contrahendo* est fondée sur l'équité et la protection de la confiance de la partie qui a pu raisonnablement croire en la validité du contrat (*Vertrauenshaftung*)³⁶. En effet, la relation juridique particulière (*rechtliche Sonderverbindung*) entre les parties n'est pas une zone de non-droit, elle engendre des devoirs précontractuels dont la bonne foi et l'obligation d'information.

³⁵ R. VON JHERING, « *Culpa in contrahendo* (...) », *op. cit.*, p. 24.

³⁶ O. RISKE, *op. cit.*, p. 206.

2. Nature juridique

Dans un premier temps, Jhering s'interroge sur la possibilité de rattacher la *culpa in contrahendo* à la responsabilité délictuelle. Cela semble soutenable à première vue puisque si le contrat n'a pas été conclu légalement, la responsabilité ne saurait qu'être extra-contractuelle³⁷. Cependant, le rattachement à la responsabilité délictuelle pose deux problèmes, l'un historique et l'autre pragmatique.

En parcourant les actions romaines, l'*actio doli* est une action subsidiaire et requiert une intention dolosive, et l'*actio legis Aquiliae* se limite à indemniser le dommage aux biens et aux personnes³⁸. En excluant l'*actio de dolo* et l'*actio legis Aquiliae*, il ne subsiste que l'*actio empti* qui est par nature contractuelle. L'action basée sur le contrat de vente trouve son fondement dans le contrat nonobstant le fait qu'il soit nul (*cf.* Modestin). Il en résulte naturellement que l'action en responsabilité précontractuelle ne saurait être que de nature contractuelle.

En outre, Jhering considère que la faute à l'origine de la responsabilité précontractuelle trouve sa source dans le contrat qui s'avère par la suite nul. Autrement dit, dès l'entame des négociations, les parties entrent dans une sphère contractuelle dans laquelle s'appliquent des obligations précontractuelles. C'est en vertu de ce lien spécial qui unit les parties que Jhering étend la responsabilité contractuelle à la sphère précontractuelle. Comme le relève Nicolas Kuonen, cet argument pose un problème temporel puisqu'au moment où la faute est commise, les parties ne sont pas encore liées par un contrat³⁹.

3. Sanction

L'auteur du dommage est tenu de réparer le préjudice économique survenu par sa faute. La deuxième invention de Jhering réside dans l'étendue des dommages et intérêts alloués à la partie qui a subi un préjudice en raison de la nullité du contrat. Il crée la distinction bien connue en droit allemand entre l'intérêt négatif (*Negative Vertragsinteresse*) et l'intérêt positif (*Erfüllungsinteresse*)⁴⁰. Ainsi que nous le définirons plus en détail dans la suite de l'exposé, l'intérêt négatif vise à indemniser une perte subie (*damnum emergens*) ou un gain manqué (*lucrum cessans*), et plus largement tous les frais engagés à l'occasion de la conclusion du contrat. Autrement dit, la partie qui a subi un préjudice est replacée dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si elle n'avait pas entamé des négociations.

Jhering illustre l'étendue de l'indemnisation à travers deux exemples analogues (*extrait n°1*)⁴¹. Dans le premier cas, un chauffeur est sollicité par erreur un autre jour que celui prévu. Le second cas concerne un aubergiste à qui les chambres ont été réservées à la place d'un autre aubergiste en raison d'une erreur dans l'adresse. Il en résulte que le chauffeur et l'aubergiste n'ont pas subi de préjudice correspondant à l'intérêt négatif car on suppose que la conclusion du contrat n'a pas engendré de frais (*extrait n°2*). En revanche, tous deux ont manqué l'opportunité de conclure un contrat avec un tiers, ce qui se traduit par un manque à

³⁷ R. VON JHERING, « *Culpa in contrahendo* (...) », *op. cit.*, p. 23.

³⁸ R. VON JHERING, *ibidem*, p. 24.

³⁹ N. KUONEN, « *La culpa in contrahendo* (...) », *op. cit.*, p. 273.

⁴⁰ R. VON JHERING, *op. cit.*, pp. 16—17.

⁴¹ R. VON JHERING, *ibidem*, p. 21.

gagner. Dans ce cas particulier, l'intérêt négatif coïncide avec l'intérêt positif, mais il ne peut aller au-delà (*extrait n°3*). Autrement dit, uniquement dans l'hypothèse d'un gain manqué, l'aubergiste et le chauffeur sont indemnisés d'un montant équivalent à celui qu'ils auraient perçu si le contrat avait été valablement exécuté (intérêt positif).

En définitive, Jhering accorde à la partie lésée une indemnisation équivalente à l'intérêt négatif, incluant tous les frais à l'occasion de la conclusion du contrat, qui correspond à l'intérêt positif à l'exécution du contrat dans le cas d'un manque à gagner. Dans ce dernier cas, Jhering souligne que le fait que l'intérêt négatif puisse atteindre au maximum l'intérêt positif est dû à une raison complètement différente (*extrait n°2*). En effet, l'intérêt positif vise à indemniser la partie lésée du montant qu'elle aurait obtenu dans le cas d'une exécution correcte du contrat stipulé entre les parties. Dans le cas d'un gain manqué, étant donné l'absence de frais positifs, Jhering attribue à la partie lésée un montant équivalent à sa perte.

... einer solchen umzusehen. Der Kutscher, der irrthümlich auf einen andern, als den beabsichtigten Tag bestellt ist, der Gastwirth, bei dem statt bei einem andern durch Versehen in der Adresse Zimmer bestellt sind, haben durch dieses Versehen keinerlei positiven Schaden gehabt, allein, wenn beide in Folge dieser Bestellung eine sich ihnen darbietende andere Gelegenheit zur Verwerthung ihres Fuhrwerks oder ihrer Zimmer abgelehnt haben, so steht dies für beide dem Verlust am baaren Gelde völlig gleich. Ohne eine solche Gelegenheit würde das Versehen freilich für sie keine nachtheiligen Folgen gehabt haben.

Extrait n° 1

Das negative Interesse kann unter Umständen die Höhe des positiven erreichen. In den beiden letzten Fällen erhalten die Kläger ganz dasselbe, was sie im Fall der Ausführung des Vertrags hätten fordern dürfen, aber, wie aus dem Bisherigen hervorgeht, aus einem ganz andern Grunde. Dasselbe ist auch rücksichtlich des positiven Scha-

Extrait n° 2

er fordert hier nicht mehr und nicht weniger, als er im Fall der vollständigen Gültigkeit zu beanspruchen gehabt hätte. Demzufolge könnte es scheinen, als ob auch der Kaufmann, der die fälschlich statt der $\frac{1}{10}$ bestellten 10 Kisten Cigarren abgesandt und später zurückgeschickt erhalten hat, den entgangenen Gewinn beanspruchen dürfte, vorausgesetzt daß er

Extrait n° 3

II. Le promoteur: réception en droit allemand de la théorie de la *culpa in contrahendo*

Lors de la codification du droit civil allemand en 1896, la *culpa in contrahendo* fut consacrée de façon très limitée et fragmentaire (A). Loin de constituer une théorie générale et abstraite, la responsabilité précontractuelle ne figure que dans quelques dispositions spécifiques (B). Elle ne fut développée qu'*a posteriori* par la jurisprudence afin de combler les lacunes du *Bürgerliches Gesetzbuch* (C). Si Jhering fut le précurseur de la *culpa in contrahendo*, le droit allemand, et plus particulièrement la jurisprudence allemande, en a été le promoteur en consacrant le principe de la responsabilité précontractuelle.

A. Le contexte

Au moment de l'entrée en vigueur du Code Napoléon en 1804, le Saint-Empire romain germanique est sous le point d'être dissout par l'abdication de l'empereur François II en 1806. Avant l'unification allemande en 1871, la Confédération germanique issue du Congrès de Vienne est composée d'une multitude d'Etats (dont l'Autriche et le Luxembourg) et des futurs *Bundesländer* allemands qui étaient à l'époque des nations souveraines.

Malgré l'absence d'unité politique, Friedrich Carl von Savigny tente d'unifier le droit allemand en 1814. Le débat sur l'unification du droit allemand oppose deux mouvements aux idées antagonistes⁴². D'une part, les Germanistes se révèlent réticents à la codification en soutenant que le droit allemand émane d'une tradition germanique. Ils refusent donc l'idée que le droit allemand puisse trouver son origine dans le droit romain. D'autre part, Savigny, fondateur de l'école historique allemande, défend un droit allemand fondé sur l'esprit du peuple (*Volksgeist*) et qui est le produit de l'histoire plutôt que de la raison.

Le débat entre Germanistes et partisans de l'école historique allemande fut finalement tranché en faveur de Savigny. Savigny réunit d'éminents juristes allemands issus de l'école pandectiste afin d'étudier l'histoire du droit allemand et de codifier une culture juridique héritière du droit romain. En 1873, la loi Lasker modifie la Constitution allemande en vue d'attribuer la compétence civile à la fédération et unifier le droit civil allemand⁴³. La première commission de 1874 est composée de 11 juristes désignés par les Etats fédérés allemands (*Länder*). La commission délivre un projet de Code civil qui fut rejeté notamment en raison du fait qu'il n'était pas adapté aux pratiques commerciales dans une économie de marché. Ensuite, une seconde commission instituée en 1890 procède à une révision complète du projet de Code civil. La seconde commission débouche sur l'adoption du Code civil allemand (*BGB*) en 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

⁴² D. HEIRBAUT et M. STORME, « The historical evolution of European private law », in C. TWIGG-FLESNER (éd.), *The Cambridge companion to European Union private law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 29.

⁴³ J.G. BACKHAUS, « The German Civil Code of 1896: An Economic Interpretation », *European Journal of Law and Economics*, 1999, vol. 7, n° 1, p. 10 ; J.-L. HALPÉRIN, *The Age of Codification and Legal Modernization in Private Law*, Oxford University Press, 8 août 2018, pp. 10 et 11.

Le *BGB* se révèle être plus technique que le Code civil français, utilisant des concepts abstraits et en opposition avec le droit naturel préconisé par les auteurs du Code Napoléon⁴⁴. Le Code civil allemand est le fruit d'auteurs issus de l'école historique allemande qui se fonde sur l'esprit du peuple, la tradition et le retour au droit romain. Le droit est une science qui se base sur l'histoire et non la raison comme le soutiennent les juristes français issus de l'école du droit naturel.

B. La *culpa in contrahendo* dans le *BGB*

Le *BGB* tel qu'il entra en vigueur le 1^{er} janvier 1900 présentait des lacunes quant à la question de la responsabilité précontractuelle. Les rédacteurs du Code civil n'envisagent pas la codification de la *culpa in contrahendo* dans sa version générale et abstraite, mais adoptent une solution intermédiaire en vue de protéger les parties dans la phase de négociations. Ainsi, la théorie de Jhering est reprise dans quelques cas concrets de dommages résultant de la nullité du contrat⁴⁵. Citons par exemple l'impossibilité d'exécution de l'objet du contrat (§307) ou encore l'action fondée sur le dol (§826) (*actio doli*) dont les extraits sont reproduits ci-après⁴⁶. Dans le premier cas, la partie qui connaît ou aurait dû connaître l'impossibilité initiale d'exécution du contrat est responsable des dommages occasionnés au co-contractant qui a pu raisonnablement croire en la validité du contrat. Dans le deuxième cas, la partie fautive répond des manœuvres dolosives qui induisent l'autre partie en erreur.

Il est donc impossible au stade de l'entrée en vigueur du *BGB* de définir le champ d'application et la nature juridique d'une institution qui n'est pas encore mise en oeuvre, ou du moins qui ne reflète pas la théorie élaborée par Jhering. Ce qui est incontestable en revanche est le fait qu'une responsabilité délictuelle dans la phase antérieure au contrat était peu concevable⁴⁷. En effet, les Pandectistes redonnent à la responsabilité délictuelle le sens qu'elle avait en droit romain, à savoir la réparation d'une faute qui occasionne un dommage corporel ou une atteinte à la propriété (*cf. lex Aquilia*). Par conséquent, une telle responsabilité ne permet pas de réparer un préjudice purement économique.

⁴⁴ D. HEIRBAUT et M. STORME, *op. cit.*, p. 29 ; D. DEROUSSIN, « Comment forger une identité nationale ? La culture juridique française vue par la doctrine civiliste au tournant des XIXe et XXe s. », *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, 2012, pp. 38 et 39.

⁴⁵ Voy. également la codification ponctuelle dans l'*ALR* de 1794 (Code prussien) et l'*ABGB* de 1811 (Code autrichien) dans N. KUONEN, *La responsabilité précontractuelle (...)*, *op. cit.*, pp. 105 — 123.

⁴⁶ N. KUONEN, *La responsabilité précontractuelle (...)*, *ibidem*, pp. 170 — 178.

⁴⁷ N. KUONEN, *ibidem*, p. 171.

§ 307 *Inhaltskontrolle*

(1) *Wer bei der Schliessung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muss, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Theil dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, jedoch nicht über den Vertrag des Interesses hinaus, welches der andere Theil an der Gültigkeit des Vertrags hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Theil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss.*

« Contrôle de la teneur

Quiconque, lors de la conclusion d'un contrat visant à une exécution impossible, connaît ou doit connaître l'impossibilité d'exécution est tenu de réparer le préjudice subi par l'autre partie en se fondant sur la validité du contrat, mais pas au-delà du contrat d'intérêt que l'autre partie a dans la validité du contrat. L'obligation de verser une indemnité ne naît pas si l'autre partie connaît ou doit connaître l'impossibilité⁴⁸ ».

§ 826 *Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*

Wer in einer gegen die guten Sitten verstossender Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

« Atteinte volontaire aux bonnes mœurs

Celui qui agissant intentionnellement et contrairement aux bonnes mœurs cause un préjudice à autrui, est obligé envers celui-ci à la réparation du dommage⁴⁹ ».

C. Les développements jurisprudentiels

La jurisprudence a joué un rôle majeur dans la construction de la *culpa in contrahendo* en droit allemand. Nous aborderons le premier arrêt dit *Linoleumrollen* de la Cour suprême allemande (a), le régime juridique défini par la jurisprudence (b) et la nature juridique (c).

a) Le point de départ: l'arrêt *Linoleumrollen* (1911)

La première décision en la matière est rendue par le *Reichsgericht*, Cour suprême allemande de 1879 à 1945, dans un arrêt du 7 décembre 1911. Dans le cas d'espèce, la demanderesse s'était rendue dans un magasin pour choisir un tapis en linoléum⁵⁰. Lorsque

⁴⁸ Traduction française réalisée par une équipe de juristes sous la direction de W. GARCIN et préface de F. STURM in *Codes allemands : Code civil et Code de commerce, suivis des principales lois commerciales*, Paris, Editions Jupiter, 1967, p. 122.

⁴⁹ *Codes allemands (...)*, *ibidem*, p. 262.

⁵⁰ C. VON BAR et U. DROBNIG, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: a Comparative Study*, 2009, p. 302.

l'employé du magasin a soulevé deux rouleaux de linoléum, un autre rouleau est tombé et a blessé la demanderesse. L'incident a ainsi empêché la demanderesse d'acheter le tapis.

Là où d'autres systèmes juridiques auraient appliqué la responsabilité délictuelle, le *Reichsgericht*, applique la responsabilité contractuelle à la phase préparatoire au contrat. Selon la Cour, les parties étaient dans une situation de négociation contractuelle et la demanderesse s'était rendue dans le magasin avec l'intention d'acheter un tapis. Ceci est suffisant pour justifier que les parties étaient dans un rapport juridique particulier entraînant des devoirs précontractuels dont le respect de l'obligation de bonne foi. Dans le présent arrêt, la faute du vendeur a empêché la conclusion du contrat de vente. Il émerge une première opposition avec la *culpa in contrahendo* pensée par Jhering puisque celui-ci excluait expressément la *culpa in contrahendo* dans l'hypothèse où aucun contrat n'avait été conclu.

En application de la responsabilité contractuelle, la Cour accorde l'indemnisation du dommage corporel sur la base du contrat même non conclu. Nous pouvons nous demander dans quelle mesure la responsabilité délictuelle n'aurait pas pu être appliquée puisqu'elle indemnise expressément le dommage corporel. De ce fait, cet arrêt marque une seconde opposition avec la théorie de Jhering puisqu'il n'est pas question d'un préjudice économique. Or l'auteur envisageait la *culpa in contrahendo* dans l'hypothèse où une partie au contrat subit un préjudice économique en raison de la faute de l'autre partie contractante.

b) Le régime juridique attaché à la phase précontractuelle

Au fil des années, la jurisprudence a défini le régime juridique de la *culpa in contrahendo* et comblé les lacunes législatives que présentait le *BGB* concernant la phase précontractuelle.

En entamant des négociations, les parties se trouvent dans une relation juridique particulière (*vorvertragliches Vertrauensverhältnis*) qui impose certains devoirs précontractuels notamment de bonne foi et de loyauté. Les parties ont, par ailleurs, le devoir d'informer et de ne pas rompre des négociations avancées sans motif légitime. Si l'autre partie a pu raisonnablement croire que le contrat aurait pu être conclu (absence de contrat), ou aurait été valablement conclu (nullité du contrat), et qu'il en résulte un dommage pour cette partie, la partie fautive engage sa responsabilité contractuelle sur la base de la *culpa in contrahendo*. Ceci a pour conséquence l'application des normes contractuelles à la sphère précontractuelle.

À l'instar des cours de cassation ayant suivi le modèle français (*infra*), la jurisprudence allemande se fonde sur le critère de la bonne foi objective (*Treu und Glauben* ; §242 *BGB*)⁵¹. Pour évaluer la faute précontractuelle, il y a lieu de comparer la faute avec le comportement d'une personne prudente et diligente dans les mêmes circonstances. L'état d'esprit subjectif (*guter Glaube*) n'est donc pas pris en compte dans l'évaluation.

L'étendue de l'indemnisation en droit allemand est identique dans la responsabilité délictuelle et contractuelle⁵². Les deux types de responsabilité reposent sur le principe de la réparation intégrale du préjudice (§249 *BGB* inchangé) (*Integritätsinteresse*) qui est limité à

⁵¹ O. RISKE, *op. cit.*, p. 199.

⁵² *Droit de l'Allemagne*, Bibliothèque de l'Association Henri Capitant, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017, p. 84.

l'intérêt négatif. Dans son analyse du §307 *BGB*, inchangé depuis 1897, Manfred Löwisch explique que « Der Schadensersatzanspruch richtet sich auf das sog negative oder Vertraueninteresse. Das Vertrauensinteresse kann hier, ebenso wie im Falle des § 122, in Unkosten des Vertragsschlusses selbst (Notariats- und Anwaltskosten, Reisespesen usw) bestehen ; (...)»⁵³ ». Autrement dit, le responsable du dommage est tenu de rétablir la situation dans laquelle se trouverait la personne lésée en l'absence de la faute précontractuelle. La personne lésée qui avait des raisons légitimes de croire en la conclusion du contrat ne peut prétendre à l'indemnisation d'un gain qu'elle aurait retiré si le contrat avait été parfaitement conclu (intérêt positif), à savoir l'intérêt à l'exécution du contrat.

§ 242 *Leistung nach Treu und Glauben*

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

« Exécution de bonne foi

Le débiteur a l'obligation de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi compte tenu des usages⁵⁴ ».

§ 249 *Art und Umfang des Schadensersatzes*

(1) Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

(2) Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. (...)

« Nature et étendue des dommages-intérêts

Celui qui est tenu à des dommages-intérêts doit rétablir l'état des choses qui aurait existé si le fait générateur de l'obligation de réparer n'était pas survenu.

Lorsqu'il faut fournir des dommages-intérêts pour atteinte à une personne ou pour endommagement d'une chose, le créancier peut exiger, au lieu du rétablissement en nature, la somme d'argent nécessaire pour le réaliser⁵⁵ ».

⁵³ M. LÖWISCH, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2 (§255-327), Berlin, Schweitzer, 1979, p. 258

Trad. libre: « La demande de dommages et intérêts est basée sur ce que l'on appelle l'intérêt négatif ou de confiance. Dans ce cas, comme dans le cas du § 122, l'intérêt de la confiance peut consister en des dépenses engagées pour la conclusion du contrat lui-même (frais de notaire et d'avocat, frais de déplacement, etc) ; (...) ».

⁵⁴ *Codes allemands (...), op. cit.*, p. 107.

⁵⁵ *Codes allemands (...), ibidem*, p. 109.

c) L'exclusion de la responsabilité aquilienne

La responsabilité civile délictuelle a subi une grande évolution depuis l'entrée en vigueur du *BGB* grâce à une jurisprudence abondante et une multitude de cas individuels⁵⁶. La volonté des auteurs du *BGB* était non pas d'introduire une clause générale de responsabilité délictuelle, mais de préciser les comportements pouvant entraîner une indemnisation sur la base d'une responsabilité extracontractuelle. L'idée était de limiter le pouvoir discrétionnaire des juges en évitant les dispositions larges et ouvertes à interprétation. De ce fait, le Code civil prévoit trois cas limitatifs ouvrant la voie à une indemnisation en dehors d'un contrat :

- la violation de l'intégrité corporelle et de la propriété (§823, al. 1),
- la violation d'une réglementation protégeant les biens d'autrui (§823, al. 2), et
- l'atteinte aux bonnes moeurs (§826 susmentionné).

Le choix de la responsabilité contractuelle dans la phase antérieure au contrat s'explique par des raisons pratiques plutôt qu'idéologiques ou dogmatiques. En effet, la responsabilité contractuelle garantit une protection plus étendue à la victime du dommage au regard notamment de l'indemnisation du dommage économique⁵⁷. A l'inverse, la responsabilité aquilienne se limite à indemniser le dommage moral, corporel ou aux biens. Nous pouvons nous demander si cette distinction est toujours pertinente à l'heure actuelle étant donné que la jurisprudence accorde l'indemnisation d'un dommage corporel sur la base de la *culpa in contrahendo*⁵⁸.

§ 823 *Schadensersatzpflicht*

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

« § 823 Obligation d'indemnisation

(1) Quiconque, agissant intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illégalement à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui, est tenu à l'égard de celui-ci à la réparation du préjudice qui en résulte.

(2) La même obligation incombe à celui qui contrevient à une loi protectrice des intérêts d'autrui. Si, d'après le texte de la loi, une contravention à celle-ci est possible en dehors de toute faute, l'obligation de réparer n'intervient que s'il y a faute⁵⁹ ».

⁵⁶ H. WEITNAUER, « Remarques sur l'évolution de la responsabilité civile délictuelle en droit allemand », *Revue internationale de droit comparé*, 1967, vol. 19, n° 4, pp. 807 — 817.

⁵⁷ G. ALPA, *I principi generali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 463.

⁵⁸ *Reichsgericht*, 7 décembre 1911, Rep. VI. 240/11, p. 239.

⁵⁹ *Codes allemands (...)*, op. cit., p. 261.

D. La loi modernisant le droit des obligations (2002)

La loi de modernisation du *BGB* entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002 codifie l'institution prétorienne de la *culpa in contrahendo* au §311 auparavant réservé au transfert de patrimoine. Le §241 nouveau prévoit la sauvegarde des droits et obligations de chaque partie dont l'obligation de bonne foi visée au §242 inchangé (susmentionné). Le nouveau §311 précise que le rapport d'obligation, dont mention au §241(2), naît dès l'entame des négociations. Ainsi, la réforme du droit des obligations codifie l'institution sans apporter de changements majeurs en la matière.

Nous pouvons en retirer que la *culpa in contrahendo* ne fut pas tout à fait codifiée de façon fidèle à la pensée de Jhering. En effet, cette théorie a vu son champ d'application étendu par la jurisprudence d'abord en prévoyant la réparation de tout type de dommage et ensuite en appliquant la *culpa in contrahendo* même dans le cas où aucun contrat n'est conclu. C'est ainsi que la définition de l'institution est passée de la réparation d'un préjudice économique lié à un contrat invalide à la sanction d'une faute au stade précontractuel. Le droit allemand applique la responsabilité contractuelle à la phase précontractuelle, et ce indépendamment de la conclusion du contrat. Or dans la théorie de Jhering, il est nécessaire que les parties concluent un contrat et qu'il soit déclaré nul *a posteriori*.

§241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

§311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

(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 (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.*

« Obligations découlant du rapport contractuel

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 ».

« Obligations découlant de contrats et obligations similaires

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 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 ».

« Un rapport d'obligation générateur de devoirs selon le § 241 al. 2 peut également naître à l'égard de personnes qui n'ont vocation à devenir elles-mêmes parties au contrat. Un tel pas 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 contrat⁶⁰ ».

⁶⁰ Traductions libres par O. RISKE, *op. cit.*, p. 273.

III. L'opposant: le Code Napoléon de 1804 et la clause générale de responsabilité délictuelle

Dans cette troisième partie, nous exposerons le contexte dans lequel s'insère le Code Napoléon (A), suivi du régime de responsabilité civile basée sur la faute (B), et enfin la solution adoptée par le nouveau Code civil français du 10 février 2016 (C).

A. Le contexte

Le Code civil français promulgué par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) est adopté à une période connaissant une grande vague de codifications des droits nationaux. Ce Code fut un modèle dans les pays à tradition juridique civiliste du monde entier. C'est ainsi qu'il fut tantôt imposé par Napoléon Bonaparte aux pays conquis (Principauté de Liège, Royaume d'Hollande, Royaume d'Italie, etc), tantôt adopté volontairement (*Codice per lo regno delle Due Sicilie* (1819), Code civil de Neuchâtel (1857), Code roumain (1865), Code civil du Bas-Canada (1866), etc)⁶¹.

Le Code Napoléon reflète les idées révolutionnaires des Lumières et l'école du droit naturel. Les juristes français ont recours à la systématisation et à la conceptualisation des notions abstraites⁶². Néanmoins, ce mouvement de rationalisation du droit ne prend pas naissance à l'époque napoléonienne⁶³. En effet, les théologiens des XVI^e et XVII^e siècles développaient déjà un droit des contrats qui trouvait ses fondements dans le droit rationnel. D'ailleurs, les expressions « liberté contractuelle » et « autonomie de la volonté » proviennent non pas du Code Napoléon mais de sources théologiques. Les rédacteurs du Code civil reprennent ces principes et fondent le Code civil sur deux piliers fondamentaux : l'autonomie des volontés et la propriété⁶⁴.

B. Le modèle français de la responsabilité civile délictuelle basée sur la faute

La tendance inverse au Code civil allemand consiste en le fait de considérer la *culpa in contrahendo* comme une sous-catégorie de la responsabilité civile extra-contractuelle (art. 1382)⁶⁵. L'article 1382 dispose que : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

Cette solution fut consacrée par la jurisprudence plus d'un siècle suivant l'adoption du Code civil⁶⁶. En effet, le droit de la responsabilité délictuelle permettant l'indemnisation du dommage économique, le Code civil n'a pas subi les mêmes contraintes que le *BGB* relatives à l'étendue de la réparation du préjudice. Les juridictions, grâce à leur pouvoir d'appréciation

⁶¹ O. DESCAMPS, « Le destin de l'article 1382 ou : de la Fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », *Droits*, 2008, vol. 47, n° 1, p. 30.

⁶² A. WIJFFELS, « Le ius commune européen: Mythe ou référentiel indifférencié des discours sur la formation d'un droit européen? », in B. BERNABÉ et O. CAMY (éds.), *Les mythes de fondation et l'Europe: actes du colloque international de Dijon 18 et 19 novembre 2010*, Dijon, p. 96.

⁶³ D. HEIRBAUT et M. STORME, *op. cit.*, p. 26 et 27.

⁶⁴ A. BÜRGE, *op. cit.*, p. 3 et 5.

⁶⁵ La *culpa in contrahendo* est désormais visée aux art. 1112 à 1112-2 du CCfr. Le texte relatif à la responsabilité délictuelle demeure inchangé et est désormais visé à l'art. 1240 du CCfr.

⁶⁶ La première application jurisprudentielle a lieu avec l'arrêt dit Monoprix de la Cour de cassation française (voir *infra*) ; O. RISKE, *op. cit.*, p. 285.

discrétionnaire, ont pu se fonder sur la clause générale de responsabilité visée à l'art. 1382 pour indemniser le dommage survenu dans la phase précontractuelle.

1. Origine de la responsabilité délictuelle pour faute personnelle

La clause générale de responsabilité fut érigée en principe juridique pour la première fois par le juriste et théologien hollandais Hugo Grotius dans son célèbre traité *Du droit de la guerre et de la paix* (1625), et développée ensuite par Robert-Joseph Pothier⁶⁷. Notons que d'autres juristes issus de l'école du droit naturel ont abordé la notion de responsabilité délictuelle (dont Jean Domat et Samuel Pufendorf). Grotius et Pothier préfigurent l'article 1382 qui sera codifié dans le Code civil environ deux siècles plus tard. Dans les deux exemples, l'un concernant la nullité d'une promesse et l'autre la rupture des négociations, les auteurs s'accordent pour appliquer la responsabilité délictuelle à la phase précontractuelle. Dès lors que les parties sont liées par un contrat, la responsabilité contractuelle s'applique.

a) Hugo Grotius (1583-1645)

Dans son traité « *De iure belli ac paci* » (1625), Grotius formule le principe général de responsabilité civile pour dommage causé à autrui. Selon l'auteur,

« Que s'il y a eu, de la part du Promettant, de la négligence à s'informer de la chose, ou à exprimer sa pensée, et que celui, à qui il a promis, en ait reçu du dommage: le Promettant doit le réparer, non en vertu de la promesse, mais en vertu de la maxime qui veut qu'on répare le dommage qu'on a causé par sa faute; de quoi nous traitons ci-dessus dans un Chapitre à part⁶⁸ ».

Grotius aborde la question de la nullité d'une promesse de vente. Avant la conclusion du contrat, un promettant engage sa responsabilité délictuelle s'il n'exécute pas sa promesse. S'il en résulte un dommage en lien causal avec la faute ou la négligence du promettant, le promettant est tenu de le réparer. Formulée de manière large, la responsabilité peut être engagée pour toute faute et pour un dommage de toute nature (donc également économique).

La nature délictuelle de la responsabilité s'explique par le fait que le contrat ne soit pas encore formé au stade de la promesse. En outre, Grotius précise que l'obligation de réparer le dommage repose sur le principe de responsabilité civile basée sur la faute plutôt que sur la promesse. Ainsi, bien que la *culpa in contrahendo* soit inconnue à son époque, l'auteur préfigure l'institution en prévoyant une responsabilité au stade précontractuel.

⁶⁷ Sur les débats relatifs à la responsabilité délictuelle précédant l'adoption du Code civil, voy. O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, L.G.D.J., 2005.

⁶⁸ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), Livre 2, Chap. XI, §VI, 3 traduction par J. BARBEYRAC, Amsterdam, 1724, p. 405.

Texte original: « Quod si promissor negligens fuit in re exploranda, aut in sensu suo exprimendo, & damnum inde alter passus sit, tenebitur id resarcire promissor, non ex vi promissionis, sed ex damno per culpam dato, de quo capite infra agemus ».

b) Robert-Joseph Pothier (1699-1772)

Dans son ouvrage « Traité du contrat de vente » (1762), Pothier prévoit un régime d'indemnisation dans l'hypothèse où une partie aux négociations, en refusant de conclure le contrat, occasionne des frais à l'autre partie. A l'instar de Grotius, la responsabilité est de nature délictuelle puisque les parties ne sont pas encore liées par un contrat. Pothier s'exprime en ces termes:

« Observez néanmoins que si ma lettre a causé quelque dépense à ce Marchand pour l'exécution du marché que je lui proposais par cette lettre, ou si elle lui a occasionné quelque perte; putà, si dans le tems intermédiaire entre la réception de la première & celle de la seconde, le prix des marchandises a baissé, & que ma première lettre lui ait fait manquer l'occasion de les vendre avant la diminution; dans tous lesdits cas, je suis tenu de l'indemniser, si mieux je n'aime consentir au marché proposé par ma première⁶⁹ ».

2. Régime juridique de la responsabilité aquilienne

La *culpa in contrahendo* est issue de l'arrêt Monoprix de la Cour de cassation. Nous examinerons les fondements, la nature juridique (a) et la sanction attachée à la responsabilité précontractuelle (b).

a) Champ d'application et nature juridique

Compte tenu du caractère général et abstrait de la clause de responsabilité délictuelle visée à l'art. 1382 du Code civil, la responsabilité peut être engagée dans une multitude de cas donnant lieu à un dommage. Ainsi, plus une disposition est abstraite, plus le pouvoir d'appréciation des juridictions civiles est large. Trois conditions doivent être remplies à savoir la faute, le dommage, et le lien de causalité. Notons qu'à la différence d'autres systèmes juridiques, la *culpa in contrahendo* en droit français s'applique uniquement en l'absence d'un contrat. Par ailleurs, le droit français dispose d'un article prévoyant expressément la responsabilité contractuelle (art. 1147). Donc lorsque les parties sont liées par un contrat, la responsabilité contractuelle est applicable.

La lacune de la responsabilité précontractuelle, non explicitement visée par le Code, fut comblée par la doctrine et la jurisprudence⁷⁰. Dans l'affaire « Monoprix » du 3 octobre 1972, arrêt de principe en la matière, la Cour de cassation française se saisit de la question. La Cour casse un arrêt rendu par une juridiction de fond et s'exprime en ces termes:

« Attendu que, la société civile immobilière « résidence Bonaparte » ayant demandé la condamnation de la société des monoprix au paiement de dommages-intérêts pour *abus du droit* qu'avait cette dernière de *rompre des pourparlers* de vente, l'arrêt

⁶⁹ R.-J., POTHIER, « Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur », I, Paris, Debure, 1762, pp. 29—30, cité par C.S. RAMÍREZ, « Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering. Aproximación doctrinal », *Revista de Derecho Privado*, 2012, p. 292.

⁷⁰ O. RISKE, *op. cit.*, p. 206 ; D. DEROUSSIN, « Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », *Revue historique de droit français et étranger*, avril-juin 2004, Vol. 82, N° 2, pp. 216—217.

attaqué, pour rejeter cette action, au motif qu'il n'était pas allégué que la société défenderesse eut provoqué tout ou partie des transformations uniquement avec intention de nuire, pose en principe du droit que « sauf convention particulière contraire, les transformations d'une chose par son propriétaire ou avec son autorisation au cours de pourparlers de vente pour l'adapter aux convenances de l'acheteur éventuel sont faites aux risques et périls du propriétaire, que, par suite, même s'il n'est justifié par aucun *motif légitime*, le refus de cet acheteur éventuel de conclure la vente après que ces transformations aient rendu plus difficile la vente de cette chose à d'autres personnes n'engage pas sa responsabilité quasi-délictuelle », et « qu'il ne pourrait en être autrement que dans le cas où ces transformations auraient été provoquées par l'acheteur éventuel uniquement dans l'intention de nuire » ;

Attendu qu'en statuant de la sorte, alors que la responsabilité délictuelle prévue aux articles susvisés du code civil peut être retenue en l'absence d'intention de nuire, la cour d'appel a violé les dits textes ; ⁷¹ ».

Il ressort de cet arrêt que l'acquéreur, la société des monoprix, en ayant manifesté l'intention de se porter acheteur de l'immeuble et requis des transformations audit bien, ne pouvait rompre les négociations sans motif légitime. Le fait de donner l'impression de conclure le contrat, même sans intention de nuire, est suffisant pour engager la responsabilité précontractuelle. La Cour d'appel fait une lecture erronée de l'art. 1382 en considérant que la responsabilité précontractuelle de l'acquéreur peut être engagée uniquement s'il a agi avec l'intention de nuire. Or le simple fait de rompre les négociations sans cause légitime est constitutif d'abus de droit et sanctionné par l'art. 1382.

Par conséquent, la solution retenue par la Cour de cassation française est une responsabilité précontractuelle pour initiation, poursuite ou rupture fautive des pourparlers calquée sur la responsabilité extra-contractuelle. Les parties sont libres de mettre fin aux négociations en exposant des motifs légitimes, tout en sachant que plus les pourparlers sont avancés, plus le droit d'y mettre fin se restreint. Toute entame de négociations n'est pas une zone de non-droit, mais produit des obligations juridiques à charge des parties, dont le devoir de se comporter de bonne foi (art. 1134, al. 3). Ainsi, tout dommage résultant d'un abus de droit doit être réparé. La fonction modératrice de la bonne foi s'applique au stade de la formation⁷².

b) Sanction

Le Code civil de 1804 prévoit deux dispositions distinctes selon que l'action soit contractuelle (art. 1147) ou délictuelle (art. 1382). Toute faute commise dans la phase précontractuelle doit être réparée intégralement selon le régime de la responsabilité délictuelle. Il s'agit dans la plupart des cas d'un préjudice de type économique: des frais ont été engagés en vue de conclure un marché pour lequel la personne qui expose ces frais a pu raisonnablement croire en sa conclusion. Aucune distinction formelle n'est faite entre l'intérêt

⁷¹ Cass. fr., 3e civ., 3 oct. 1972, n° 71-12.993, Bull. civ. III, n° 491, p. 359 (nous surlignons).

⁷² T. LÉONARD, *op. cit.*, p. 544.

négatif et l'intérêt d'exécution, ce que regrette une grande partie de la doctrine⁷³. Ainsi, tout dommage est susceptible d'être réparé sans pour autant prétendre à la conclusion forcée de l'accord ni en l'avantage qu'aurait reçu la partie si le contrat avait été conclu (ou légalement conclu). Compte tenu du caractère certain du dommage, la Cour de cassation rejette l'indemnisation de la perte de chance au stade précontractuel⁷⁴. En effet, la perte de chance est par nature hypothétique, et, si elle devait être indemnisée, reviendrait à accorder l'intérêt d'exécution du contrat.

C. Le nouveau Code civil français

Le Code civil français du 10 février 2016 codifie la doctrine et jurisprudence relative à la *culpa in contrahendo* au titre III (Sources d'obligations), chapitre II (Formation du contrat), sous-section 1 (Les négociations) dont les extraits sont reproduits ci-dessous.

La *culpa in contrahendo* est désormais expressément visée à l'art. 1112 qui consacre le principe de bonne foi au stade des négociations. Le second alinéa précise que la compensation du dommage ne peut résulter en l'octroi du gain attendu du contrat. Autrement dit, la finalité de l'action n'est pas d'exécuter le contrat non conclu et d'en réclamer les avantages, mais d'indemniser les frais engagés en vue de conclure l'accord. Ensuite, l'art. 1112-1 vise l'obligation d'information au stade précontractuel et l'art. 1112-2 l'obligation de ne pas divulguer des informations recueillies durant les négociations.

Art. 1112. L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.

Art. 1112-1. Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou 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.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.

⁷³ J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, « Erreur et bonne foi des contractants », *Répertoire de droit civil*, juillet 2017, n° 343 et 344.

⁷⁴ Cass. fr., 3^e civ., 28 juin 2006, n° 04-20.040, Bull. civ. III., n° 164, p. 136.

Art. 1112-2. Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun.

IV. Le codificateur: le code civil italien de 1942 consacrant pour la première fois la théorie de la responsabilité précontractuelle

La quatrième partie est consacrée à la réception de la *culpa in contrahendo* au sein de l'ordre juridique italien. Le caractère particulier du droit italien s'analyse en la rencontre de deux cultures juridiques distinctes, à savoir la culture juridique française et la culture juridique allemande. L'étude nécessite d'aborder dans un premier temps le Projet de Code civil et commercial entre la France et l'Italie (ci-après « le Projet »), venant à la suite du Code civil italien de 1865 que nous n'évoquerons pas dans le cadre du présent travail, et dans un second temps l'adoption du Code civil italien de 1942. L'accent est porté sur le contexte social et politique du début du XX^{ème} siècle qui exerça une influence majeure sur le dénouement de la réforme législative pensée par les membres du Projet franco-italien.

A. Le contexte

Au travers du processus d'unification territoriale par la maison de Savoie, le Royaume d'Italie est proclamé en 1861. A l'époque du *Risorgimento*, le territoire correspond très largement au territoire actuel de l'Italie, à l'exception d'une partie du Royaume lombard-vénitien sous domination autrichienne et des Etats pontificaux sous l'autorité du Pape. Le Royaume de Lombardie-Vénétie sera finalement annexé au Royaume d'Italie en 1866 par le Traité de Vienne et les Etats pontificaux en 1870 suite à la prise de Rome, alors sous occupation française, par les Italiens. L'annexion des Etats pontificaux après la chute de Napoléon III marque l'achèvement de l'unification italienne.

Sur la plan juridique, l'unification territoriale italienne a entraîné une unité législative au sein de tout le territoire du Royaume⁷⁵. Le nouvel Etat se caractérise par un régime législatif et administratif uniforme, d'ailleurs très similaire à la France, et se dote en 1865 d'un Code civil, d'un Code de commerce et de deux Codes de procédure pénale. Jusqu'à cette époque, l'influence du modèle français est marquante. D'abord, à la suite de la conquête napoléonienne de l'Italie en 1796, nommée la Campagne d'Italie, le Traité de Campoformio signé le 18 octobre 1797 soumet le territoire de la péninsule, à l'exception de la Sardaigne et de la Sicile, aux codes français⁷⁶. Ensuite, après la chute de l'empire napoléonien en 1815, les Etats italiens adoptent leurs propres codes en reproduisant presque à la lettre les dispositions du Code Napoléon⁷⁷.

Quant au système judiciaire, quatre Cours de cassation coexistent en 1865 à Turin, Florence, Naples et Palerme⁷⁸. La cinquième Cour de cassation est instituée à Rome en 1871.

⁷⁵ A. PADOA SCHIOPPA, « Histoire du droit » in *Droit de l'Italie*, Bibliothèque de l'Association Henri Capitant, M. GRAZIADEI (dir.), Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017, p. 17.

⁷⁶ M. BUSSANI, « La responsabilité » in *Droit de l'Italie, ibidem*, p. 83 ; A. GAMBARO et A. GUARNERI, « Italie » in *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, n° 44, Paris, Litec, 1994, p. 78.

⁷⁷ Sur l'adoption d'un Code civil propre à chaque Etat préunitaire, voy. A. GAMBARO et A. GUARNERI, *ibidem*, p. 79.

⁷⁸ G. AMOROSO, « L'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro », 12 avril 2017, pp. 2—3, disponible sur https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/II_precedente_ed_il_ruolo_del_Massimario_s07.pdf (Consulté le 11 novembre 2020).

Compte tenu du fractionnement des Cours de cassation, il se manifeste un besoin d'unification et d'unité du droit et de la jurisprudence sur tout le territoire. Une première étape d'unification en 1888 consiste à transférer à la Cour de cassation de Rome l'exclusivité des compétences en matière pénale. Dans un second temps, toutes les compétences, civiles et pénales, sont transférées à Rome. Cette étape supprime donc toutes les Cours régionales. La Cour de cassation unique est prévue par le décret n° 2786 du 30 décembre 1923 qui énonce que « La Corte di cassazione è istituita per l'esatta osservanza delle leggi ed è unica per tutto il regno, con sede in Roma⁷⁹ ». Par la suite, le décret n° 12 du 30 janvier 1941 attribue à la Cour la compétence d'assurer « l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge » ainsi que « l'unità del diritto obbiettivo nazionale⁸⁰ ». Les missions de la Cour sont donc l'application correcte des lois, l'unité du droit et l'interprétation uniforme.

En 1915, après le début de l'éclatement de la Grande Guerre, l'Italie rejoint le camp des Alliés auprès de la France et la Grande-Bretagne malgré son statut de neutralité adopté au début de la guerre. A la fin de la guerre, le bilan est très lourd: perte de nombreux soldats et civils, désordres sociaux, crise économique et villes entièrement à reconstruire. Ce climat d'insécurité mène à la montée du mouvement fasciste en 1922-1923 qui sera à la tête du Conseil du Royaume d'Italie de 1922 à 1943.

Lors de la Seconde Guerre Mondiale, l'Italie se range aux côtés de l'Allemagne. La République sociale italienne est mise en place par Benito Mussolini dans les territoires contrôlés par l'armée allemande jusqu'à la fin de la guerre. Le 25 avril 1945, l'Italie est entièrement libérée. A partir de ce moment, une série de réformes législatives sont votées afin de revenir à un régime démocratique.

B. Le projet de Code civil franco-italien de 1927

Avant d'aborder le Code civil italien, il est essentiel de traiter du Projet de Code civil franco-italien qui est une tentative d'unification du droit civil. Le Projet représente pour l'époque un projet ambitieux et novateur d'unification du droit privé entre la France et l'Italie avec l'aspiration de l'étendre à tout le continent européen.

Dans cette section, il sera question d'étudier les objectifs à l'époque d'une union législative entre la France et l'Italie selon l'auteur du Projet Vittorio Scialoja et son homologue français Ferdinand Larnaude, la composition de la Commission mixte et l'aboutissement du Projet. Enfin, nous examinerons le contenu du Projet afin de relever la présence ou non de la *culpa in contrahendo*.

a) Les objectifs d'une union franco-italienne

Le Projet est présenté par son concepteur, Vittorio Scialoja, lors d'une conférence à l'Université Sorbonne de Paris le 18 avril 1918 qui s'intitule « L'entente juridique entre la

⁷⁹ Trad. libre: « La Cour de cassation est établie pour le respect des lois et est unique pour tout le royaume, dont le siège se situe à Rome ».

⁸⁰ Trad. libre: « le respect et l'interprétation uniforme du droit » (...) « l'unité du droit objectif national ».

France et l'Italie⁸¹ ». La Faculté de Droit de l'Université est alors présidée par le Doyen Ferdinand Larnaude qui deviendra président du Comité français pour l'union législative entre les nations alliées et amies (voy. *infra*).

Défini comme un « juriste de sang et de pensée latine » par M. Larnaude lors de la conférence précitée, Vittorio Scialoja (1856-1933) a exercé de multiples fonctions dans le domaine juridique et législatif⁸². Durant sa carrière, il a enseigné le droit romain à l'Université La Sapienza à Rome, fondé et présidé l'Institut international pour l'unification du droit privé ainsi que l'Institut de droit romain, et enfin présidé la Cour de cassation. Il exerça par ailleurs la fonction de sénateur et de ministre de la justice avant de se livrer au projet franco-italien. Scialoja défend l'idée d'une collaboration sur le plan législatif entre les deux pays pour la première fois dans un article paru dans la *Nuova Antologia* le 1^{er} février 1916⁸³. Les idées et objectifs de cette union sont exposés ci-après.

i. Vaincre l'anarchie morale et juridique par le droit

Au sortir de la Première Guerre mondiale, le monde se retrouve bouleversé et désordonné. L'usage de la force se généralise au détriment de l'application de la loi. Les rapports juridiques sont ainsi non régulés, les législations n'étant plus appliquées. Comme l'exprime Vittorio Scialoja dans son discours à la Sorbonne, « C'est à ce bond de plusieurs siècles en arrière qu'est due la crise morale et l'inexprimable malaise spirituel dans lequel est tombé le monde civilisé. Cette crise menace gravement le droit, même alors qu'il semble maintenir intacts ses usages séculaires, ses systèmes logiques, ses codes⁸⁴ ». Selon ce dernier, l'anarchie doit être vaincue par des moyens pacifiques, notamment en créant une union législative destinée à réguler les rapports juridiques entre individus ayant des intérêts purement privés et issus de différentes nations⁸⁵. C'est précisément en adoptant une législation uniforme sur la matière civile et commerciale que la paix et la justice seront restaurées.

La volonté d'une codification internationale ne se limite pas aux frontières françaises et italiennes. En effet, Vittorio Scialoja a pour ambition de former une confédération juridique à laquelle tout Etat serait libre d'adhérer. « La Solution de ce problème », dit-il, « permettra à nos peuples de prendre conscience de leur effective solidarité. De plus, il nous est permis d'espérer, dans une certaine mesure, que cette communauté du droit, issue de notre programme de solidarité à venir, exercera son attraction sur les autres peuples — peut-être sur tous les peuples méditerranéens, qui viendraient ainsi s'unir à nous en une vaste confédération juridique. Cela formerait, contre l'égoïsme formidable de nos ennemis, une barrière non moins formidable, car elle serait constituée par d'innombrables intérêts privés, spontanés,

⁸¹ V. SCIALOJA, « L'entente juridique entre la France et l'Italie », *Revue internationale de l'enseignement*, 1918, vol. 72, n° 1, pp. 171-184 ; D. DEROUSSIN, « Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du cygne de la culture juridique latine ? », *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, 2009, §2 ; A. ASCOLI, « Vittorio Scialoja », *Il Foro Italiano*, vol. 59, 1934, p. 11/12.

⁸² D. DEROUSSIN, *ibidem*, note de bas de page n° 3.

⁸³ V. SCIALOJA, « Per un'alleanza legislativa fra gli stati dell'intesa », *Nuova Antologia*, n° 1057, 1^{er} février 1916, pp. 451 — 452.

⁸⁴ V. SCIALOJA, « L'entente juridique entre la France et l'Italie », *op. cit.*, p. 174.

⁸⁵ V. SCIALOJA, *ibidem*, p. 176.

continus, et tendrait vers une plus vaste et plus intime unité internationale⁸⁶ ».

ii. Faire triompher la culture juridique latine

Ensuite, le processus d'unification des législations cesse suite aux grandes codifications nationales du XIX^e siècle. Comme le note Vittorio Scialoja, le droit romain reste la base du droit des obligations, ce qui facilite l'unification dans ce domaine précis du droit⁸⁷.

Ferdinand Larnaude, lors d'un déjeuner de guerre réunissant les membres des deux commissions, exprime son souhait de rétablir la pensée juridique romaine: « c'est la renaissance de la pensée juridique latine, transmise par la Rome antique, cette grande et noble aïeule, à ses deux filles préférées, l'Italie et la France, que nous voulons exalter ; c'est à elle que nous apportons notre dévouement et notre foi !⁸⁸ ».

Les membres du projet aspirent à créer un Code modèle comme l'a été le Code Napoléon, en tenant compte des développements doctrinaux et jurisprudentiels, ainsi que des lois civiles et commerciales étrangères⁸⁹. Le Code aurait donc une vocation européenne, bien que les auteurs n'excluaient pas de l'étendre aux États-Unis d'Amérique⁹⁰. Vittorio Scialoja l'exprime dans la Nuova Antologia: « Se all'opera comune volessero unirsi anche le nazioni neutrali, noi dovremmo accettarne la collaborazione con lieto animo⁹¹ ». L'ampleur du Projet était comparée à un Code de la Société des Nations voulu par Winston Churchill.

iii. Repousser l'influence croissante du droit allemand

L'objectif de faire triompher la culture juridique latine implique aux yeux des concepteurs du Projet de dépasser la popularité toujours croissante du *BGB*.

Cette volonté est mise en exergue dans le discours de Ferdinand Larnaude invoqué ci-dessus, dans lequel il évoque une « invasion juridique allemande⁹² ». « Bien avant de nous envahir avec ses canons lourds et avec ses armées », dit-il, « l'Allemagne nous a, aussi bien en Italie qu'en France, envahis avec ses pesantes théories juridiques, théories dont nous n'avons pas toujours deviné le sens, je veux dire le venin caché ; elle nous a même contaminés aussi de son jargon métaphysico-juridique, que quelques juristes se sont trop hâtés de substituer aux claires formules que nous fournissent nos deux admirables langues, le français et l'italien ! Et c'est pour repousser cette double invasion que nous avons créé cette *alliance*, cette *union législative entre les nations alliées et unies*, dont la France et l'Italie sont les premiers pionniers, sans doute, mais qui réunira bientôt, nous l'espérons, tous les juristes

⁸⁶ V. SCIALOJA, *ibidem*, p. 176.

⁸⁷ V. SCIALOJA, *ibidem*, p. 179.

⁸⁸ H. CAPITANT, « Constitution d'un comité italien et d'un comité français pour réaliser l'union législative entre les nations amies et alliées », *Bulletin de la société d'études législatives*, quatrième partie, 1918 (quatorzième année), p. 180.

⁸⁹ H. CAPITANT, *ibidem*, p. 177 ; D. DEROUSSIN, « Le Projet de Code des obligations... » *op. cit.*, §8.

⁹⁰ H. CAPITANT, *ibidem*, p. 183.

⁹¹ V. SCIALOJA, « Per un'alleanza legislativa (...) », *op. cit.*, p. 452.

Trad. libre: « Si les nations neutres souhaitent également se joindre au travail commun, nous devrions accepter leur coopération avec un esprit enthousiaste ».

⁹² H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 180.

qui ont un peu de sang latin dans les veines (...)»⁹³ ». Deux ans plus tôt, Vittorio Scialoja reprend la même idée dans son article paru dans la revue *Nuova Antologia*: « Oggi la codificazione germanica esercita con la sua maggiore perfezione una influenza grandissima sulla legislazione degli altri Stati »⁹⁴ ».

Par conséquent, le Projet s'analyse comme une réplique au droit allemand, qui doit être vaincu en créant une législation commune aux Alliés. Comme le résume Ferdinand Larnaude, « Et voilà pourquoi, alliés par les armes, nous voulons le devenir aussi par les lois et les Codes ! »⁹⁵ ». Par ailleurs, le choix de la France pour cette union législative n'est pas anodin puisque le Code Napoléon est parvenu à créer une quasi uniformité législative sur le continent européen au début du XIX^e siècle.

iv. Développer les rapports économiques entre l'Italie et la France

Outre le fait que la France et l'Italie soient dans le camp des Alliés, les deux nations soeurs partagent, selon Vittorio Scialoja, une commune conscience et une similitude entre les rapports sociaux et économiques⁹⁶. Cette similitude facilite l'unification législative, ce qui permet de développer davantage les rapports économiques entre celles-ci après la guerre. En facilitant les échanges commerciaux, les promoteurs du Projet voient l'opportunité de développer des relations internationales pacifiques et ainsi atteindre une paix durable.

b) La mise en place de la Commission mixte

La proposition d'une union législative entre la France et l'Italie par Vittorio Scialoja reçut une large approbation parmi les juristes français⁹⁷. Quelques mois après le discours à la Sorbonne de Paris, deux groupes de travail ont été mis en place. Il s'agit précisément d'une Commission italienne et d'une Commission française formant ensemble la Commission mixte.

Du côté italien, l'étude d'une entente législative est confiée à la Commission royale pour l'étude des problèmes pour le passage de l'état de guerre à l'état de paix (*Commissione Reale per il dopoguerra*, 1918), devenue ensuite la Commission royale pour la réforme des Codes (*Commissione Reale per la riforma dei codici*, 1924), toutes deux sous la présidence de Vittorio Scialoja⁹⁸. Le comité compte parmi ses membres des professeurs universitaires, magistrats, avocats, et juristes renommés.

Du côté français, le Comité français pour l'union législative entre les nations alliées et amies présidé par Ferdinand Larnaude comprend tout autant de juristes renommés parmi

⁹³ H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 180.

⁹⁴ V. SCIALOJA, « Per un'alleanza legislativa (...) », *op. cit.*, p. 451.

Trad. libre: « Aujourd'hui, la codification germanique a, par sa plus grande perfection, une énorme influence sur la législation des autres États ».

⁹⁵ H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 180.

⁹⁶ V. SCIALOJA, « L'entente juridique entre la France et l'Italie », *op. cit.*, p. 183.

⁹⁷ G. ALPA, « Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti », *Rivista critica del diritto privato*, 2015, p. 178.

⁹⁸ D. DEROUSSIN, « Le Projet de Code des obligations... », *op. cit.*, §2 ; « I lavori preparatori dei codici italiani », *Biblioteca centrale giuridica*, 2013, p. 5.

lesquels figure Henri Capitant alors secrétaire général du Comité⁹⁹. Les rapports du Comité seront publiés dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*.

c) Le contenu du Projet et son dénouement

Le Projet publié en 1927 est structuré en deux parties comprenant au total 20 titres et 739 articles¹⁰⁰. Celui-ci ne contient pas d'innovations majeures par rapport au Code Napoléon, hormis l'ajout de définitions et de concepts nouveaux, et la prise en compte de la doctrine et la jurisprudence. Le Projet est donc une modernisation du Code civil français plutôt qu'une réforme du droit civil et commercial.

La première partie consacrée à la théorie générale des obligations reprend en son premier chapitre les sources des obligations, parmi lesquelles figure l'enrichissement sans cause¹⁰¹. Cette institution innovatrice est en réalité issue du *BGB* et du Code fédéral suisse.

La seconde partie reprend les obligations issues des contrats. Elle régit pour la première fois le contrat de travail et le contrat d'entreprise dans le Code civil, la révocation de l'offre de contracter et les contrats préparatoires¹⁰². Sur ce dernier point, le Projet octroie la faculté au juge d'apprécier si des négociations sont à ce point avancées qu'il faille considérer les actes préparatoires comme un contrat liant les deux parties contractantes. Néanmoins, la *culpa in contrahendo* n'est pas envisagée par les rédacteurs étant donné qu'elle n'est pas encore reconnue dans leur propre ordre juridique. En effet, nous avons vu les premiers développements jurisprudentiels en France avec l'arrêt *Monoprix* de 1972. En outre, étant un concept purement de droit allemand, il n'est pas étonnant de ne pas en voir de traces. La volonté des concepteurs du Projet est, nous le rappelons, de faire renaître la pensée juridique latine héritée de Rome.

d) Le dénouement du Projet

Le Projet se conclut en 1927 par sa présentation devant les Présidents du Conseil Raymond Poincaré et Benito Mussolini¹⁰³. Vu le contexte politique de l'époque, la montée des nationalismes en Europe et de l'extrémisme en Italie, le Projet n'a jamais vu le jour.

Dans les années 1930, les juristes italiens sont inspirés par le droit allemand. Avec le contexte politique et l'entrée en guerre de l'Italie auprès de l'Allemagne, une alliance législative avec la France ne semble plus réalisable. Cette période postérieure au Projet franco-italien va influencer les rédacteurs du Code civil italien de 1942 qui vont adopter un langage juridique et des concepts propres au droit allemand¹⁰⁴. Sous réserve de quelques dispositions, le Code de 1942 ne tient pas compte du Projet franco-italien¹⁰⁵.

⁹⁹ V. SCIALOJA, « L'entente juridique entre la France et l'Italie », *op. cit.*, p. 183.

¹⁰⁰ D. DEROUSSIN, « Le Projet de Code des obligations... », *op. cit.*, §4 et §17.

¹⁰¹ D. DEROUSSIN, *ibidem*, §17 à 19.

¹⁰² D. DEROUSSIN, *ibidem*, §20 à 24.

¹⁰³ D. DEROUSSIN, *ibidem*, §4.

¹⁰⁴ A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁵ G. ALPA, « Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti », *op. cit.*, p. 178.

Certains auteurs y voient d'autres raisons de l'échec du projet. Selon Vincenzo Carbone, l'échec tient au fait que le Projet n'apporte pas d'innovations majeures par rapport au Code Napoléon¹⁰⁶. David Deroussin souligne l'état prématuré d'une convention bilatérale vu le faible développement du droit international avant la seconde moitié du XX^e siècle¹⁰⁷. Il met en évidence l'absence d'une Cour internationale pour trancher les litiges en relation avec le Projet, l'absence d'un règlement des conflits internationaux, et le pouvoir d'interprétation des juridictions nationales qui risquerait d'affaiblir la portée du Code.

C. Le code civil italien de 1942

L'Italie codifie le principe de la responsabilité précontractuelle dans le Code civil émanant du Décret du 16 mars 1942 et entré en vigueur le 21 avril suivant, faisant ainsi de l'Italie le premier pays en Europe à avoir codifié la *culpa in contrahendo*¹⁰⁸. Nous l'avons vu, au début du XX^{ème} siècle, les juristes italiens se tournent vers le droit allemand qui est considéré comme plus scientifique et moderne que le droit français¹⁰⁹. Cependant, la réforme du Code civil ne fait pas totale abstraction du droit français et du Code Napoléon. D'ailleurs, l'institution de la *culpa in contrahendo* est un des exemples de cette superposition du droit français et du droit allemand en Italie.

Dans cette section, nous analyserons la version italienne de la *culpa in contrahendo*. Son régime juridique sera étudié de manière détaillée en s'appuyant sur la doctrine et la jurisprudence italienne.

a) Le choix de deux dispositions consacrant la responsabilité précontractuelle

Les auteurs du Code civil italien n'adoptent pas la future solution française d'inclure la responsabilité précontractuelle dans la clause générale de responsabilité délictuelle, mais décident plutôt de codifier la *culpa in contrahendo* dans deux dispositions du Code civil. Les dispositions en question sont les articles 1337 et 1338 du Livre IV du *Codice civile* sur les obligations (*Delle obbligazioni*).

- Art. 1337 : *Trattative e responsabilità precontrattuale*

*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*¹¹⁰.

¹⁰⁶ V. CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, Jovene, 1969, p. 8.

¹⁰⁷ D. DEROUSSIN, « Le Projet de Code des obligations... », *op. cit.*, §7.

¹⁰⁸ T. FEBBRAJO, « Good Faith and Precontractual Liability in Italy: Recent Developments in the Interpretation of Article 1337 of the Italian Civil Code », *The Italian Law Journal*, 2016, vol. 2, n° 2, p. 295.

¹⁰⁹ A. GAMBARO et A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 80.

¹¹⁰ Trad. libre: « Négociations et responsabilité précontractuelle. Les parties doivent agir de bonne foi lors de la phase des négociations et dans la formation du contrat ».

- Art. 1338 : *Conoscenza delle cause di invalidità*

La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto¹¹¹.

L'article 1337 impose aux parties un devoir général de bonne foi dans le cours des négociations. Ce devoir de bonne foi connaît un cas d'application unique visé à l'article 1338¹¹². Selon cet article, toute partie qui, dans le cours des négociations, a connaissance d'une cause de nullité du contrat mais qui omet de la communiquer à l'autre partie, répond des dommages causés à celle-ci. Cette obligation d'information s'apparente à un devoir de diligence au stade précontractuel. Chaque condition de mise en oeuvre de la responsabilité sera étudiée de manière plus détaillée dans les sections qui suivent.

b) Le régime juridique de la *culpa in contrahendo*

La *culpa in contrahendo* a donné lieu à une riche jurisprudence et de nombreux développements doctrinaux sur la question. Nous relèverons dans cette section les points qui nous paraissent essentiels pour définir le régime juridique en droit italien. Nous traiterons de la nature juridique de la norme **(1)**, des conditions de mise en oeuvre **(2)** et de l'indemnisation de la partie lésée **(3)**.

1. La nature juridique

Depuis l'entrée en vigueur des dispositions consacrant la *culpa in contrahendo*, la jurisprudence s'oriente en faveur d'une nature délictuelle¹¹³. En effet, la responsabilité contractuelle suppose un contrat valide puisque celle-ci est invoquée afin de réclamer l'exécution d'un contrat liant les parties¹¹⁴. Or ici il est question d'un manquement survenu avant la conclusion de tout contrat. La Cour de cassation qualifie la *culpa in contrahendo* de « speciale figura di responsabilità extra contrattuale¹¹⁵ ».

Au stade des négociations, aucun lien contractuel n'unit les parties. Toutefois, la liberté de contracter n'est pas absolue. Comme nous le verrons, le principe de l'*affidamento legittimo* (confiance légitime) pose une limite à la liberté contractuelle en ce qu'il impose un devoir de bonne foi au stade précontractuel. Le tribunal de Modena précise que: « Si parla invece di responsabilità extra contrattuale (od aquiliana) quando una persona danneggia

¹¹¹ Trad. libre: « Connaissance de la cause de nullité.

La partie qui, connaissant ou devant connaître l'existence d'une cause de nullité du contrat, n'a pas averti l'autre partie est tenue de réparer le préjudice subi par celle-ci pour avoir légitimement cru en la conclusion d'un contrat valide ».

¹¹² C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza / Università di Catania, n° 125, Milano, Giuffrè, 1990, p. 97 ; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 299.

¹¹³ P. PERLINGIERI, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. 3: Artt. 810 - 1172, Codice e leggi annotati, Torino, UTET, 1980, p. 296.

¹¹⁴ C. TURCO, *op. cit.*, p. 728.

¹¹⁵ Cass. it, 3 juillet 1964, *Giurisp. ital.*, partie I, section I, 1966, p. 183.

Trad. libre: « cas particulier de responsabilité extra contractuelle ».

un'altra, mediante un fatto illecito, senza violare alcun obbligo specifico preesistente ma contravvenendo all'obbligo generico *neminem laedere* (...)»¹¹⁶ ».

Pour distinguer la responsabilité précontractuelle des autres responsabilités dérivant du contrat (dol, vices cachés, produits défectueux, etc), Alberto Ravazzoni utilise le critère de la finalité¹¹⁷. La responsabilité précontractuelle a pour objectif de sanctionner la violation d'une règle de conduite survenue dans la formation du contrat. De l'autre côté, la responsabilité contractuelle est engagée afin d'éviter la mise en oeuvre ou la poursuite d'un contrat non conforme aux dispositions contractuelles. Cette dernière intervient dans tous les cas une fois le contrat conclu, tandis que la responsabilité précontractuelle peut être engagée avant la formation d'un contrat ou lorsque le contrat est conclu à condition que le comportement fautif soit constaté durant la formation du contrat.

La détermination de la nature juridique de la *culpa in contrahendo* n'est pas sans intérêt pratique. Etant donné que la responsabilité extracontractuelle et la responsabilité contractuelle sont régies par un corps de règles propres, il résulte de cette distinction des conséquences notamment en termes de prescription extinctive. L'action dérivant d'un fait illicite se prescrit par cinq ans à partir de la connaissance de la cause d'invalidité du contrat, alors que l'action contractuelle est soumise à une prescription décennale¹¹⁸. Les deux dispositions régissant la prescription sont les articles 2946 et 2947 du Code civil reproduits ci-après.

- *Art. 2946 : Prescrizione ordinaria*

*Salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizione con il decorso di dieci anni*¹¹⁹.

- *Art. 2947 : Prescrizione del diritto al risarcimento del danno*

*Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato*¹²⁰.

(...)

2. Les conditions

La mise en oeuvre de la responsabilité précontractuelle requiert tout d'abord la violation d'un devoir de bonne foi (art. 1337) **(a)**. Le devoir de bonne foi comporte

¹¹⁶ Trib. Modena, 25 mai 1972, *Giurisp. ital.*, partie I, section II, 1973, p. 432.

Trad. libre: « Nous parlons de responsabilité extra contractuelle (ou aquilienne) lorsqu'une personne cause un dommage à une autre personne, par un fait illicite, sans violer aucune obligation spécifique préexistante mais en violation de l'obligation générique *neminem laedere* ».

¹¹⁷ A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 39.

¹¹⁸ Trib. Modena, 25 mai 1972, *op. cit.*, p. 430.

¹¹⁹ Trad. libre: « Prescription ordinaire

Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les droits s'éteignent par prescription dans un délai de dix ans ».

¹²⁰ Trad. libre: « Prescription de l'action en dommages et intérêts

Le droit à la réparation du dommage résultant d'un fait illicite se prescrit dans un délai de cinq ans à compter du jour où le fait s'est produit.

l'obligation de communiquer une cause d'invalidité du contrat (art. 1338) et l'obligation de ne pas rompre les négociations sans juste cause (art. 1337). Dans les deux cas, il est attendu de la partie lésée une certaine confiance légitime soit dans la conclusion d'un contrat valide soit dans la conclusion d'un contrat en cours de formation. Ensuite, le manquement au devoir de bonne foi doit être constaté durant la période des négociations ou de formation du contrat, indépendamment de l'invalidité ou de la non conclusion de celui-ci (b).

a. La violation d'un devoir de bonne foi (art. 1337)

Une liberté contractuelle absolue supposerait une liberté d'entamer des négociations, communiquer un certain nombre d'informations confidentielles relatives à un projet, encourir des frais et rompre les pourparlers à tout moment sans encourir de responsabilité. Telle n'est pas la voie empruntée par le législateur. En effet, souhaitant réduire ces comportements abusifs, le législateur réglemente précisément le devoir de bonne foi au stade précontractuel à l'article 1337 de façon générale et à l'article 1338 de façon plus spécifique. Le tribunal de Modena précise que les parties sont tenues à un devoir de bonne foi dès l'entame des négociations: « In deroga all'antica massima "naturaliter licet contrahentibus se circumvenire", il legislatore ha imposto ai soggetti del negozio giuridico bilaterale (senza alcuna eccezione!) il dovere di agire con lealtà fin dal momento in cui danno origine alle trattative¹²¹ ».

Le devoir de bonne foi (*lealtà e correttezza*) est évalué de manière objective. C'est un critère, une règle de conduite, un comportement de référence pour évaluer la violation du devoir de bonne foi¹²². De ce fait, il n'est pas tenu compte de l'intention subjective des parties en adoptant un comportement spécifique. La bonne foi est un concept qui s'interprète de manière large en fonction des circonstances de l'espèce¹²³.

Le devoir de bonne foi se décline en deux devoirs distincts:

- le devoir de ne pas rompre les pourparlers de manière injustifiée (art. 1337)

Bien que l'obligation de ne pas rompre les pourparlers sans juste cause ne soit pas visée expressément par l'art. 1337, la doctrine et la jurisprudence l'interprètent comme un devoir spécifique de bonne foi¹²⁴. La rupture est injustifiée si elle répond à deux conditions: l'absence de juste motif (*rottura priva di giusta causa*) et la confiance légitime de l'autre partie en la conclusion du contrat (*affidamento legittimo*).

Dans l'arrêt du 21 décembre 1964, la Cour d'appel de Firenze s'est prononcée sur la question de la validité des négociations entre, d'une part, le curateur de faillite et, d'autre part, deux membres du comité des créanciers (*comitato dei creditori*). La Cour rappelle le principe en vertu duquel « la responsabilità per *culpa in contrahendo* presuppone, a sensi dell'art. 1337 codice civile, l'affidamento della controparte nella stipulazione di un valido contratto — ciò

¹²¹ Trib. Modena, 25 mai 1972, *op. cit.*, p. 431.

Trad. libre: « Par exception à l'ancienne maxime "naturaliter licet contrahentibus se circumvenire", le législateur a imposé aux sujets l'acte juridique bilatéral (sans aucune exception !) le devoir d'agir loyalement dès le moment où ils donnent lieu à des négociations ».

¹²² C. TURCO, *op. cit.*, p. 225.

¹²³ T. FEBBRAJO, *op. cit.*, p. 292.

¹²⁴ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 295.

che postula la liceità delle trattative, in quanto trattative illecite, fatte consapevolmente dalle parte in frode alla legge, escludono l'affidamento nella conclusione di un valido contratto (...)»¹²⁵ ». En l'occurrence, le curateur avait initié les négociations avec des créanciers du failli en vue du rachat des activités, tout en sachant que le comité avait une fonction de consultation et de contrôle de la gestion de la faillite, et était donc incapable de se porter acquéreur sous l'ancienne *legge fallimentare* du 16 mars 1942 (loi sur les faillites). Les deux créanciers mettront finalement fin aux négociations. En initiant sciemment des négociations frauduleuses, le curateur ne peut invoquer la *culpa in contrahendo* des créanciers pour rupture injustifiée des pourparlers puisque les négociations n'ont pas entraîné des attentes légitimes à son égard quant à la conclusion d'un contrat valide. En effet, « (...) nessuno può pretendere di essere risarcito dei danni che con la stessa sua colpa ha causato»¹²⁶ ».

- le devoir d'information (art. 1338)

Une autre hypothèse de violation de l'obligation précontractuelle de bonne foi consiste en la non communication d'une cause de nullité, à supposer que la partie fautive en ait effectivement connaissance. Cette deuxième hypothèse est expressément visée à l'art. 1338 qui est d'après la doctrine et la jurisprudence un cas d'application de l'art. 1337¹²⁷. Le devoir de diligence impose à la partie qui connaît ou aurait dû connaître une cause de nullité du contrat de la communiquer à l'autre partie afin que cette dernière puisse librement évaluer l'opportunité de conclure l'accord.

Le devoir de communication d'une cause de nullité suppose la réunion de deux conditions légales dans le chef de la partie ayant subi des dommages: la confiance légitime en la validité du contrat et l'ignorance de la cause de nullité.

Dans l'arrêt de la Cour de cassation du 3 juillet 1964, il était question d'une donation d'un terrain réalisée sous l'apparence d'un contrat de vente, rendant ainsi le titre translatif de propriété nul. La Cour rappelle le principe selon lequel « La responsabilità precontrattuale, che è una speciale figura di responsabilità extra contrattuale, prevista dall'art. 1338 codice civile, si ha quando la parte, che conosca o dovrebbe conoscere l'esistenza di una cause d'invalidità del contratto, non ne dia notizia all'altra parte, la quale, quindi, confidi incolpevolmente nella validità del contratto medesimo ; ne consegue che tale forma di responsabilità non ricorre quando la controparte sia a conoscenza delle cause d'invalidità»¹²⁸ ». En l'espèce, l'acquéreur, étant à connaissance de la nullité du titre, ne pouvait valablement engager la responsabilité précontractuelle du vendeur pour violation du devoir d'information.

¹²⁵ Firenze, 21 décembre 1964, *Giurisp. ital.*, partie I, section II, 1966, p. 78.

Trad. libre: « La responsabilité *culpa in contrahendo* présuppose, selon l'art. 1337 du Code civil, la confiance de l'autre partie dans la conclusion d'un contrat valable - ce qui suppose la licéité des négociations, puisque les négociations illicites, faites sciemment par les parties en fraude à la loi, excluent la confiance dans la conclusion d'un contrat valable (...) ».

¹²⁶ Firenze, *ibidem*, p. 78.

Trad libre: « personne ne peut réclamer de compensation pour les dommages qu'il a causés par sa propre faute ».

¹²⁷ A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 7 ; P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 298 ; C. TURCO, *op. cit.*, p. 97.

¹²⁸ Cass. it, 3 juillet 1964, *op. cit.*, p. 183.

Trad. libre: « La responsabilité précontractuelle, qui est une forme particulière de responsabilité extracontractuelle, prévue par l'article 1338 du code civil, intervient lorsque la partie qui connaît ou devrait connaître l'existence d'une cause de nullité du contrat n'en informe pas l'autre partie qui, de ce fait, s'appuie de manière irréprochable sur la validité du contrat lui-même ; il s'ensuit que cette forme de responsabilité ne s'applique pas lorsque l'autre partie connaît les causes de nullité ».

En effet, les négociations ne pouvaient valablement créer d'attentes légitimes quant à la conclusion d'un contrat valide puisque l'acquéreur était parfaitement conscient de la nullité d'un tel titre.

Un autre cas est relatif à la connaissance de la nullité par le vendeur et l'ignorance de celle-ci par l'acquéreur. Le jugement du tribunal de Modena du 25 mai 1972 susmentionné concerne la vente d'un brevet dont la nullité pour défaut de nouveauté était connue du cédant. Le tribunal a reconnu la responsabilité précontractuelle de ce dernier pour avoir omis d'avertir l'acquéreur des circonstances réelles de la vente. Par conséquent, « Il cedente che, conoscendo la causa d'invalidità del brevetto, non ne ha dato notizia all'altra parte, è obbligato a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto¹²⁹ ».

b. L'existence ou l'absence d'un contrat

Les articles 1337 et 1338 du Code civil se bornent à régir la responsabilité durant la phase des négociations et de la formation du contrat, sans traiter de la période postérieure au contrat s'il y a lieu¹³⁰. La question qui se pose est donc la suivante: la *culpa in contrahendo*, entendue comme la faute commise durant la phase antérieure au contrat, peut-elle être invoquée alors même que les parties sont liées par un contrat? La doctrine et la jurisprudence se sont penchées sur la question en adoptant des solutions semblables. Il est admis que la responsabilité précontractuelle puisse être engagée dans l'hypothèse d'une absence de contrat (rupture fautive des pourparlers) ou d'un contrat nul (devoir de communication d'une cause de nullité). Nous renvoyons pour des illustrations aux exemples jurisprudentiels présentés *supra*.

Par contre, selon l'interprétation traditionnelle de la jurisprudence, le seul fait que le contrat ait été valablement conclu exclut l'application de la *culpa in contrahendo*¹³¹. Néanmoins, un courant doctrinal soutenu entre autres par les Professeurs Luigi Mengoni et Emilio Betti admet la responsabilité dans les cas d'un contrat valide¹³². La jurisprudence soutient la thèse selon laquelle la conclusion d'un contrat valide exclut la responsabilité précontractuelle. A titre d'exemple, les faits menant à l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1955 sont les suivants: les parties concluent un contrat parfaitement valide sous la condition suspensive légale pour l'acquéreur d'obtenir une licence. La condition suspensive légale étant un élément accessoire et extrinsèque au contrat, elle n'affecte pas la validité de celui-ci. L'acquéreur sollicite ladite licence, mais elle lui fut refusée par l'administration pour une raison indépendante de sa volonté. Ainsi, il ne peut être établi dans son chef une responsabilité précontractuelle pour avoir omis de préciser aux vendeur l'existence d'une condition suspensive requise par la loi. La Cour énonce le principe suivant: « La responsabilità prevista dall'articolo 1338 codice civile presuppone che si concluda un

¹²⁹ Trib. Modena, 25 mai 1972, *op. cit.*, p. 430.

Trad. libre: « Le cédant qui, connaissant la cause de nullité du brevet, n'a pas averti l'autre partie, est tenu de réparer le préjudice subi par celle-ci pour s'être fiée, sans faute de sa part, à la validité du contrat ».

¹³⁰ A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 13.

¹³¹ A. RAVAZZONI, *ibidem*, p. 6 ; T. FEBBRAJO, *op. cit.*, p. 292.

¹³² A. RAVAZZONI, *ibidem*, p. 2.

contratto invalido, e cioè nullo o annullabile¹³³ ». Par conséquent, en présence d'un contrat valide, les conditions de la responsabilité ne sont pas remplies.

Néanmoins, il est à noter que deux arrêts de la Cour de cassation ont étendu le champ d'application de la responsabilité précontractuelle aux hypothèses dans lesquelles un contrat a été valablement conclu mais qu'il résulte manifestement désavantageux pour une des parties¹³⁴. Les deux arrêts concernent la violation du devoir d'information dans la phase de formation du contrat par une institution bancaire qui contracte avec un consommateur¹³⁵. Pour les conditions et l'étendue de l'indemnisation, nous renvoyons à l'article de Tommaso Febbrajo¹³⁶.

3. L'indemnisation du dommage

Une fois la responsabilité précontractuelle reconnue, l'étape suivante consiste à déterminer le type et l'étendue du dommage pouvant être réclamé à charge de la partie fautive.

La jurisprudence italienne se base sur la distinction inspirée du droit allemand entre l'intérêt négatif et l'intérêt positif¹³⁷. En l'occurrence, il est admis que le dommage soit indemnisé dans les limites de l'intérêt négatif¹³⁸. Une partie, en s'engageant dans les négociations d'un contrat parfois d'une très longue durée, peut avoir exposé des frais voire décliné d'autres offres. Si la cause d'invalidité avait été communiquée, ou si les négociations n'avaient pas été interrompues sans juste cause, la partie aurait pu éviter ces frais.

Il n'est pas question ici d'indemniser la partie lésée d'une manière intégrale. La *culpa in contrahendo* a vocation à indemniser le dommage patrimonial dans les limites de l'intérêt négatif, ce qui comprend tous les frais engagés en vue de conclure le contrat¹³⁹. On se demande donc quelle aurait été la situation patrimoniale de la partie lésée si les négociations n'avaient pas été entamées et si le contrat n'avait pas été conclu. En d'autres termes, quelle est l'économie de frais en n'entretenant pas les négociations? Le dommage se manifeste sous deux catégories : les frais en lien avec les négociations (*danno emergente*) et la perte d'opportunité de conclure d'autres contrats avec des tiers (*lucro cessante*).

A l'inverse, l'intérêt positif s'analyse sous un autre angle. On se demande quels auraient été les avantages et les frais évités si le contrat avait été valablement conclu et correctement exécuté. En d'autres termes, la partie lésée est replacée dans la situation dans laquelle elle se trouverait si la partie fautive avait exécuté ses obligations contractuelles. Par exemple, si le vendeur déclare un rendement supérieur au rendement réel d'un fonds de commerce, l'acquéreur peut réclamer la différence de valeur.

¹³³ Cass. it, 5 mai 1955, *Giurispr. ital.*, partie I, section I, 1955, p. 433.

¹³⁴ T. FEBBRAJO, *op. cit.*, p. 299.

¹³⁵ Cass. it, 19 décembre 2007, n° 26724 et n° 26725.

¹³⁶ T. Febbrajo, *op. cit.*, pp. 299—304.

¹³⁷ P. PARDOLESI, note sous *Cass.*, 30 juillet 2004, *Il Foro Italiano*, novembre 2004, vol. 127, n. 11, p. 3011.

¹³⁸ A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 213.

¹³⁹ *Cass.*, 30 juillet 2004, *op. cit.*, p. 3016.

Toutefois, en pratique, la ligne de partage entre l'intérêt négatif et l'intérêt positif n'est pas nette comme le témoigne l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juillet 2004¹⁴⁰. L'affaire en cause porte sur la vente d'un fonds de commerce qui ne reflétait pas les qualités promises par le vendeur. En effet, le chiffre d'affaires avait été surestimé et le bâtiment n'était pas conforme aux prescriptions urbanistiques. La Cour d'appel admet la responsabilité précontractuelle du vendeur étant donné que ses déclarations ne reflétaient pas la réalité. Sur ce point, la Cour de cassation réitère la position du juge *a quo*. En revanche, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel en ce qui concerne l'étendue de l'indemnisation. En l'occurrence, le juge *a quo* annule le contrat de vente et accorde à la partie lésée l'avantage qu'elle aurait perçu si le contrat n'avait pas été vicié, soit le manque à gagner (rendement garanti par la partie vendresse). Ceci revient, selon la Cour de cassation, à indemniser la partie lésée suivant le principe de l'intérêt positif puisque les dommages et intérêts sanctionnent l'inexécution fautive du vendeur. En d'autres termes, la Cour d'appel indemnise l'acquéreur en le plaçant dans une situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été valablement exécuté par le vendeur. Or le critère de l'intérêt négatif qui doit être retenu vise à indemniser la perte de chance de conclure d'autres contrats ou les frais engagés dans les négociations, sans pour autant réclamer l'exécution du contrat.

En somme, l'application des critères d'intérêt positif et intérêt négatif peut s'avérer complexe en pratique. Paolo Pardolesi, dans sa note sous l'arrêt de cassation, souligne le fait que la responsabilité précontractuelle intègre des concepts de nature très différente à savoir l'obligation de bonne foi (art. 1337), la responsabilité extra-contractuelle (art. 2043) et la violation d'un contrat (responsabilité contractuelle — art. 1218)¹⁴¹. Il n'en demeure pas moins que jusqu'à présent, la jurisprudence accorde uniquement l'indemnisation de l'intérêt négatif.

¹⁴⁰ Cass., 30 juillet 2004, *ibidem*, p. 3016.

¹⁴¹ P. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 3011.

V. Analyse comparative: la *culpa in contrahendo* en droit allemand, français et italien

Après avoir examiné les trois régimes juridiques attachés à la *culpa in contrahendo*, nous sommes en mesure de mettre en évidence les traits communs et les différences entre les ordres juridiques. Au vu de l'évolution de la *culpa in contrahendo*, qu'en reste-t-il de la théorie élaborée par Jhering? A-t-elle toujours le sens et la fonction prêtés par son auteur?

a) Origine et finalité

Pour rappel, Jhering se saisit de la question du sort des dépenses effectuées par une partie qui a cru légitimement à la conclusion d'un contrat valide. Sur quelle partie pèsent-elles? Compte tenu de la théorie dominante à l'époque, la *Willenstheorie*, un vice de consentement est une cause de nullité du contrat. Dès lors, aucun recours contractuel n'était ouvert à la partie dont les intérêts étaient lésés. La responsabilité délictuelle n'était pas envisageable vu l'impossibilité d'indemniser le dommage économique. C'est alors qu'en 1861, l'auteur développe la notion de *culpa in contrahendo* à partir des actions romaines.

En Allemagne, la théorie se concrétise dans un arrêt de la Cour suprême dans lequel elle se trouve confrontée précisément à un cas de responsabilité précontractuelle. Dans son arrêt de 1911, la Cour comble les lacunes du Code civil allemand et élabore un régime de responsabilité précontractuelle en se basant sur les écrits de Jhering. En France, la question est apparue devant la Cour de cassation avec l'arrêt Monoprix de 1972. La *culpa in contrahendo* est à l'époque absente de l'ordre juridique français. Vu le large pouvoir d'appréciation des juges, la responsabilité précontractuelle est interprétée comme un cas de responsabilité délictuelle. La clause générale de responsabilité délictuelle sera invoquée jusqu'à la réforme du Code civil en 2016. En Italie, la *culpa in contrahendo* est discutée lors de l'élaboration du Code civil en 1942. Les juristes italiens s'inspirent du droit allemand et codifient l'institution d'origine allemande dans deux dispositions spécifiques du nouveau Code civil.

b) Champ d'application

Dans la vision de Jhering, dès l'entame des négociations, les parties sont dans une relation juridique particulière qui impose des devoirs précontractuels de bonne foi et de loyauté. Les parties sont liées par un contrat préalable et abstrait. Par conséquent, les normes en matière contractuelle s'appliquent à la sphère précontractuelle. La *culpa in contrahendo* peut être invoquée en cas de nullité du contrat fondée sur l'incapacité, l'illicéité de l'objet ou le vice de consentement. Les cas sont énumérés de manière limitative. Donc, la responsabilité requiert une faute commise durant la formation du contrat et la nullité de celui-ci.

De manière analogue, le droit allemand reconnaît l'existence d'un contrat préalable et abstrait qui génère des droits et obligations dès l'entame des négociations. En revanche, le droit français et le droit italien n'admettent pas qu'un rapport juridique similaire à un contrat se crée entre les parties dans la phase des négociations.

Ensuite, le droit allemand et le droit italien sanctionnent, comme Jhering, la faute commise au stade précontractuel qui donnera lieu à l'annulation du contrat. La nullité n'est

toutefois pas circonscrite aux trois hypothèses formulées par Jhering. Par la suite, la jurisprudence des deux pays interprète la notion de faute jusqu'à sanctionner la rupture fautive des pourparlers contractuels. A l'inverse, le droit français sanctionne uniquement la rupture fautive des pourparlers. En effet, dès lors que les parties concluent un contrat, le dommage, quand bien même celui-ci trouve sa source dans les négociations, est compensé dans le cadre de l'action en nullité du contrat. Dans ce cas, il est fait application des dispositions du code civil concernant la responsabilité contractuelle. Nous pouvons constater que la théorie de Jhering ne trouve, du moins initialement, aucun écho en droit français puisque la clause de responsabilité délictuelle permet de sanctionner le comportement fautif d'une partie au stade précontractuel. En somme, le droit français applique la *culpa in contrahendo* en l'absence d'un contrat, tandis que le droit italien et le droit allemand l'appliquent indépendamment de l'existence d'un contrat pour autant que la faute trouve sa source dans la phase antérieure au contrat.

c) Nature juridique

Selon Jhering, la *culpa in contrahendo* est nécessairement de nature contractuelle. En basant ses recherches sur le droit romain, il en conclut que la responsabilité délictuelle offre une protection moins étendue à la partie lésée puisque ce type de responsabilité ne permet pas d'indemniser le dommage économique. Par ailleurs, vu que les parties concluent fictivement un contrat dès l'entame des négociations, la responsabilité contractuelle s'applique à la formation du contrat.

Le même raisonnement vaut en droit allemand puisque la responsabilité délictuelle indemnise le dommage physique, matériel et moral. En droit italien et français, la réparation a lieu par le moyen d'une action extra-contractuelle. Cela s'explique par le fait que les parties ne soient pas liées par un contrat abstrait au stade des négociations, ce qui exclut logiquement la responsabilité contractuelle. Par ailleurs, la responsabilité extra-contractuelle permet d'indemniser tout type de dommage et ne subit pas les mêmes contraintes que le droit allemand.

d) Sanction

Jhering est l'auteur à l'origine de la distinction entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif. Pour rappel, on considère que l'opération juridique n'a pas existé en évaluant l'intérêt négatif, et par opposition, on suppose que l'opération juridique est exécutée comme stipulée entre les parties pour évaluer l'intérêt positif. L'étendue des dommages et intérêts se fonde sur l'intérêt négatif et inclut tous les frais exposés en lien avec l'accord vicié ainsi que le manque à gagner.

Avec quelques nuances, les trois ordres juridiques prennent en compte l'intérêt négatif dans l'évaluation du dommage. Premièrement, le droit français ne reconnaît pas expressément la distinction entre l'intérêt négatif et positif, mais précise dans le code civil que l'indemnisation ne peut compenser l'avantage escompté d'un contrat. L'indemnisation a lieu selon le principe de réparation intégrale, en excluant tout bénéfice attendu du contrat. Deuxièmement, en droit italien, si la faute a empêché l'autre partie de conclure un contrat avec un tiers, le dommage équivalent au manque à gagner doit être compensé. Ceci a pour

effet de créer en pratique, dans certaines circonstances, une confusion entre l'intérêt négatif et l'intérêt positif. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour de cassation précise que seul l'intérêt négatif peut être compensé.

e) Etat du droit positif

Désormais, le droit allemand et le droit français disposent de normes spécifiques qui régissent la *culpa in contrahendo*. Néanmoins, ces dispositions codifient une jurisprudence bien établie sans apporter de profonds changements à l'institution.

Tableau récapitulatif

	Allemagne	France	Italie
Disposition	<ul style="list-style-type: none"> - BGB (18.08.1896) : / - BGB (26.11.2001) : §311 	<ul style="list-style-type: none"> - Code civil (21.03.1804) : art. 1382 - Code civil (10.02.2016) : art. 1112 et s. 	Code civil (16.03.1942) : arts. 1337 et 1338
Nature juridique	Contractuelle	Délictuelle	Délictuelle
Champ d'application	<ul style="list-style-type: none"> - Absence / existence d'un contrat - Rupture fautive des pourparlers / faute dans la formation du contrat 	<ul style="list-style-type: none"> - Absence de contrat - Rupture fautive des pourparlers 	<ul style="list-style-type: none"> - Absence/existence d'un contrat - Rupture fautive des pourparlers / non communication d'une cause de nullité
Conditions	<ul style="list-style-type: none"> - Confiance légitime - Violation d'un devoir précontractuel 	<ul style="list-style-type: none"> - Confiance légitime - Violation de la bonne foi - Rupture sans juste motif 	<p align="center">Art. 1337</p> <ul style="list-style-type: none"> - Confiance légitime - Rupture sans juste motif <p align="center">Art. 1338</p> <ul style="list-style-type: none"> - Confiance légitime - Non divulgation d'une cause de nullité
Prescription	<ul style="list-style-type: none"> - BGB (18.08.1896) : 3 ans (RC) / 30 ans (REC) - BGB (26.11.2001) : 3 ans (délai ordinaire) / délais spéciaux (§§194—202) 	<ul style="list-style-type: none"> - Code civil (21.03.1804) : prescription ordinaire de 30 ans (art. 2262) - Code civil (10.02.2016) : prescription ordinaire de <u>5 ans</u> (art. 2224) 	Délai ordinaire de 10 ans / <u>5 ans</u> pour les actions en D&I découlant de faits illicites (art. 2947)
Sanction	<ul style="list-style-type: none"> - Réparation intégrale (§249) - Intérêt négatif (§307) 	<ul style="list-style-type: none"> - Réparation intégrale - Exclusion des avantages escomptés du contrat (art. 1112) 	<ul style="list-style-type: none"> - Intérêt négatif : <i>damnum emergens</i> (frais) et <i>lucrum cessans</i> (perte de chance)

CONCLUSION

Compte tenu de l'absence de régime juridique attaché à la phase précontractuelle, laquelle était régie par le principe de liberté contractuelle, Jhering rédige en 1861 un article **avant-gardiste** dédié à la *culpa in contrahendo*. La théorie est reprise quelques années plus tard, non pas par les auteurs du Code civil allemand, mais par la Cour suprême allemande en 1911. Le *Reichsgericht*, que nous avons dénommé le **promoteur**, met en oeuvre la théorie de Jhering avec néanmoins quelques points de dissemblances. Ensuite, l'ordre juridique italien, le **codificateur**, s'inspire de la jurisprudence allemande et codifie l'institution dans le Code civil de 1942. Enfin, l'ordre juridique français, l'**opposant**, n'adhère au principe de la responsabilité précontractuelle qu'en 1972 dans un arrêt de la Cour de cassation. Néanmoins, même si la Cour reconnaît la faute durant les pourparlers contractuels, ce type de responsabilité demeure un cas particulier de responsabilité délictuelle et ne présente en fait que très peu de similitudes avec le modèle allemand. En 2016, le nouveau Code civil français codifie la jurisprudence bien établie relative à la *culpa in contrahendo* sans apporter de profonds changements à l'institution.

Après avoir analysé le régime juridique de la *culpa in contrahendo* au sein des ordres juridiques allemand, français et italien, nous sommes en mesure de répondre à la question qui fait l'objet de ce mémoire: au vu de l'évolution de l'institution, qu'en reste-t-il de la théorie initialement élaborée par Jhering? Bien que largement reçue et codifiée dans les trois ordres juridiques, des dissemblances subsistent notamment au regard du champ d'application, de la nature juridique et de la réparation du dommage. Les différences de régime sont dues à des considérations historiques et aux théories classiques relatives à la nature et l'indemnisation du dommage qui sont propres à chaque ordre juridique. Nous pouvons en conclure qu'au vu de l'évolution, la *culpa in contrahendo* ne représente plus guère le sens et la portée accordés par son auteur.

BIBLIOGRAPHIE

❖ Jurisprudence

- Cass. fr., 3^e civ., 3 octobre 1972, n° 71-12.993, *Bull. civ. III*, n° 491, p. 359.
- Cass. fr., 3^e civ., 28 juin 2006, n° 04-20.040, *Bull. civ. III.*, n° 164, p. 136.
- Cass. it., 5 mai 1955, *Giurisp. ital.*, partie I, section I, 1955, pp. 431—434.
- Cass. it., 3 juillet 1964, *Giurisp. ital.*, partie I, section I, 1966, pp. 182—189.
- Cass. it., 30 juillet 2004, *Il Foro Italiano*, novembre 2004, vol. 127, n° 11, pp. 3009 — 3016, note PARDOLESI, P., disponible sur <https://www.jstor.org/stable/23200290> (Consulté le 27 octobre 2020).
- *Reichsgericht*, 7 décembre 1911, Rep. VI. 240/11, p. 239.
- Firenze, 21 décembre 1964, *Giurisp. ital.*, partie I, section II, 1966, pp. 77—79.
- Trib. Modena, 25 mai 1972, *Giurisp. ital.*, partie I, section II, 1973, pp. 430—432.

❖ Ouvrages

- ALPA, G., *I principi generali*, Milano, Giuffrè, 2006.
- CARBONE, V., *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, Jovene, 1969.
- GAURIER, D. et PICHONNAZ, P., *Les 50 livres du digeste de l'Empereur Justinien: comprenant pour la première fois en français la palingénésie du commentaire sur l'Édit du préteur d'Ulpian*, Paris, La mémoire du droit, 2017.
- GERKENS, J.-F., *Droit romain: Petits lexiques et documents de travail*, Presses de l'Université de Liège, 2011, disponible sur <https://orbi.uliege.be/handle/2268/122915> (Consulté le 11 avril 2020).
- GRAZIADEI, M. (dir.), *Droit de l'Allemagne*, Bibliothèque de l'Association Henri Capitant, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017.
- GRAZIADEI, M. (dir.), *Droit de l'Italie*, Bibliothèque de l'Association Henri Capitant, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017.
- GROTIUS, H., *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), traduction par BARBEYRAC, J., Amsterdam, 1724, disponible sur <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k865233/f4.item#> (Consulté le 1er décembre 2020).

- HALPÉRIN, J.-L., *The Age of Codification and Legal Modernization in Private Law*, Oxford University Press, 8 août 2018, disponible sur <http://oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780198785521.001.0001/oxfordhb-9780198785521-e-40> (Consulté le 18 avril 2020).
- KUONEN, N., *La responsabilité précontractuelle: analyse historique, étude de la phase précontractuelle et des instruments précontractuels, théorie générale en droit suisse*, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, Zurich, Schulthess, 2007.
- LÖWISCH, M., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2 (§255-327), Berlin, Schweitzer, 1979.
- MAZEAUD, D., « La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international: comparaisons », in O. Deshayes (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, CEPRISCA, 2009, pp. 13—29, disponible sur <http://www.ceprisca.fr/wp-content/uploads/2016/03/2008-CEPRISCA-LAVANT-CONTRAT.pdf> (Consulté le 2 juillet 2020).
- PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. 3: Artt. 810 - 1172*, Codice e leggi annotati, Torino, UTET, 1980.
- RAVAZZONI, A., *La formazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1974.
- RISKE, O., *La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen: perspectives pour l'ordre juridique suisse: analyse historique, comparative et prospective*, Collection Neuchâteloise, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016.
- STURM, F., *Codes allemands*, Paris, Editions Jupiter, 1967.
- TURCO, C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza / Università di Catania, n° 125, Milano, Giuffrè, 1990.
- VON BAR, C. et DROBNIG, U., *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: a Comparative Study*, 2009, disponible sur <https://doi.org/10.1515/9783866537316> (Consulté le 15 avril 2020).
- VON JHERING, R., *L'esprit du droit romain*, I, traduction par O. DE MEULENAERE, Paris, Librairie A. Marescq, 1877.

❖ Chapitres de livres

- CURSI, M. F. « Dall'actio de dolo al danno meramente patrimoniale », in R. Fiori (dir.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto*, 3, Napoli, Jovene, 2008, pp. 77—138.
- FARNSWORTH, E.A., « Comparative Contract Law », in REIMANN, M., et ZIMMERMANN, R. (éds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 16 novembre 2006, pp. 898—936, disponible sur <http://oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199296064.001.0001/oxfordhb-9780199296064-e-029> (Consulté le 24 mars 2020).

- HEIRBAUT, D. et STORME, M., « The historical evolution of European private law », in C. TWIGG-FLESNER (éd.), *The Cambridge companion to European Union private law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 20–32.
- LAMBRINI, P., « La culpa in contrahendo e l'actio de dolo malo », in R. FIORI (dir.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto*, 4, Napoli, Jovene, 2011, pp. 277–292.

❖ Actes de colloques et discours

- AMOROSO, G., « L'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro », 12 avril 2017, disponible sur https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Il_precedente_ed_il_ruolo_del_Massimario_s07.pdf (Consulté le 11 novembre 2020).
- SCIALOJA, V., « L'entente juridique entre la France et l'Italie », *Revue internationale de l'enseignement*, 1918, vol. 72, n° 1, pp. 171–184, disponible sur https://education.persee.fr/doc/revin_1775-6014_1918_num_72_1_7329 (Consulté le 16 septembre 2020).
- WIJFFELS, A., « Le ius commune européen: Mythe ou référentiel indifférencié des discours sur la formation d'un droit européen? », in B. BERNABÉ et O. CAMY (éds.), *Les mythes de fondation et l'Europe: actes du colloque international de Dijon 18 et 19 novembre 2010*, Dijon, pp. 87–101.

❖ Articles de revues

- ALPA, G., « Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti », *Rivista critica del diritto privato*, 2015, pp. 177–201, disponible sur <https://core.ac.uk/display/54522247> (Consulté le 3 octobre 2020).
- ASCOLI, A., « Vittorio Scialoja », *Il Foro Italiano*, vol. 59, 1934, pp. 1 – 16, disponible sur www.jstor.org/stable/23129585 (Consulté le 3 novembre 2020).
- BACKHAUS, J.G., « The German Civil Code of 1896: An Economic Interpretation », *European Journal of Law and Economics*, 1999, vol. 7, n° 1, pp. 1–15, disponible sur <http://link.springer.com/10.1023/A:1008686706327> (Consulté le 3 juillet 2020).
- BÜRGE, A., « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *R.T.D.C.*, 2000, disponible sur Dalloz.
- CAPITANT, H., « Constitution d'un comité italien et d'un comité français pour réaliser l'union législative entre les nations amies et alliées », *Bulletin de la société d'études législatives*, quatrième partie, 1918 (quatorzième année), pp. 177–359.
- DEROUSSIN, D., « Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités », *Revue historique de droit français et étranger*, avril-juin 2004, Vol. 82, N° 2, pp. 189-222.

- DEROUSSIN, D., « Le Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien de 1927 : chant du cygne de la culture juridique latine ? », *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, 2009, disponible sur <https://www.cliothemis.com/Le-Projet-de-Code-des-obligations> (Consulté le 17 septembre 2020).
- DEROUSSIN, D., « Comment forger une identité nationale? La culture juridique française vue par la doctrine civiliste au tournant des XIXe et XXe s. », *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, 2012, pp. 1–55.
- DESCAMPS, O., « Le destin de l'article 1382 ou: de la Fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », *Droits*, 2008, vol. 47, n° 1, pp. 23–43, disponible sur <http://www.cairn.info/revue-droits-2008-1-page-23.htm> (Consulté le 4 juillet 2020).
- FEBBRAJO, T., « Good Faith and Precontractual Liability in Italy: Recent Developments in the Interpretation of Article 1337 of the Italian Civil Code », *The Italian Law Journal*, 2016, vol. 2, n° 2, pp. 291–312, disponible sur www.theitalianlawjournal.it (Consulté le 9 avril 2020).
- GALE, S.G., « A very German legal science: Savigny and the Historical School », *Stanford Journal of International Law*, 1982, vol. 18, n° 1, pp. 123–146.
- GAMBARO, A. et GUARNERI, A., « Italie », *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, n° 44, Paris, Litec, 1994, pp. 77–90.
- GHESTIN, J. et SERINET, Y.-M., « Erreur et bonne foi des contractants », *Répertoire de droit civil*, juillet 2017, disponible Dalloz (Consulté le 25 novembre 2020).
- KUONEN, N., « La culpa in contrahendo: un colosse aux pieds d'argile? une exégèse de Modestinus D. 18,1,62,1 », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2005, vol. 73, n° 3–4, pp. 267–278, disponible sur https://brill.com/view/journals/lega/73/3-4/article-p267_2.xml (Consulté le 24 mars 2020).
- LÉONARD, T., « L'abus de la liberté de ne pas contracter: une application excessive de la théorie de l'abus de droit », note sous *Cass.*, 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013/4, pp. 537–593.
- PROCCHI, F., « Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto) informazione e la presunzione assoluta di “culpa” in capo al “venditor” », *Teoria e storia del diritto privato*, 2010, vol. 3, pp. 1–39, disponible sur <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=246> (Consulté le 24 mars 2020).
- RAMÍREZ, C.S., « Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering. Aproximación doctrinal », *Revista de Derecho Privado*, 2012, pp. 277–298, disponible sur <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=3962075> (Consulté le 14 février 2020).

- SCIALOJA, V., « Per un'alleanza legislativa fra gli stati dell'intesa », *Nuova Antologia*, n° 1057, 1er février 1916, pp. 451—452.
- SMITH, M., « Four German Jurists, III », *Political Science Quarterly*, 1897, pp. 21–62, disponible sur <https://www.jstor.org/stable/2140027> (Consulté le 24 mars 2020).
- VON JHERING, R., « Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen », *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, Jena, 1861, pp. 1—112.
- WEITNAUER, H., « Remarques sur l'évolution de la responsabilité civile délictuelle en droit allemand », *Revue internationale de droit comparé*, 1967, vol. 19, n° 4, pp. 807–826, disponible sur https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1967_num_19_4_14949 (Consulté le 4 juillet 2020).
- WÉRY, P., « La théorie générale du contrat », in *Rép. not.*, Tome IV, Les obligations, Livre 1/1, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 466–467.

❖ Divers

- « I lavori preparatori dei codici italiani », *Biblioteca centrale giuridica*, 2013, disponible sur <https://www.giustizia.it/giustizia/protected/1303127/0/def/ref/BAR951284/> (Consulté le 18 septembre 2020), pp. 1–131.

