

TABLE DES MATIÈRES

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

BIBLIOGRAPHIE	XLI
----------------------------	------------

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.1. Les cas d'impossibilité initiale	64
1.2. Une opinion particulière de Baldus	65
2. Les Commentateurs français	65
3. Conclusions	66

§ 4 Aperçu de l'évolution historique67

I. La première construction contractuelle : Doneau et les Humanistes 67

A. La portée de la règle " <i>Impossibilium nulla obligatio est</i> "	67
1. Le principe de la nullité	68
2. L'"exception": La reconnaissance d'une obligation secondaire	69
2.1. Les effets de la vente d'une res extra commercium	69
2.2. La conciliation : la justification d'une obligation secondaire indépendante	70
B. La nature contractuelle de la responsabilité	72
C. L'obligation de réparer le préjudice	75

II. L'extension de la responsabilité délictuelle : Grotius et l'Ecole du droit naturel..... 76

A. La conception de Grotius.....	76
1. La clause générale de responsabilité civile.....	76
2. La nature et les conditions de la responsabilité	77
2.1. Les conséquences d'une promesse nulle	79
2.2. Les conséquences d'une promesse valable.....	81
3. L'obligation de réparer le préjudice	82
4. Excursus : Grotius et la phase précontractuelle	82
B. Le droit naturel en Allemagne : Pufendorf et Wolff.....	84
1. La conception de Pufendorf.....	84
1.1. La responsabilité précontractuelle en cas d'erreur	84
1.1.1. La responsabilité délictuelle du promettant.....	85
1.1.2. La responsabilité délictuelle du bénéficiaire de la promesse ou d'un tiers	85
1.2. La responsabilité précontractuelle dans les cas d'impossibilité initiale	86
2. La conception de Wolff.....	88
2.1. La responsabilité délictuelle du promettant.....	88
2.2. La responsabilité délictuelle du bénéficiaire de la promesse (ou d'un tiers)	90
C. Le droit naturel en France: Domat et Pothier.....	91
1. La conception de Domat.....	91
1.1. Une responsabilité de nature contractuelle	92
1.2. L'obligation de réparer le préjudice	95
2. La conception de Pothier	96

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 10 Une responsabilité (quasi-)contractuelle?325

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

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

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

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

1. Quelques remarques générales	374
2. Quelques critiques particulières.....	375
2.1. Les devoirs de prestation et de comportement : une distinction peu praticable.....	375
2.2. Le rapport légal de protection uniforme : une solution dogmatique d'opportunité.....	378

§ 12 Une responsabilité délictuelle381

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

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

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

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

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

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

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