

Père et fille: La *culpa in contrahendo*

Selon la légende, la théorie de la *culpa in contrahendo* est née de l'union de Rudolf von Jhering avec la pensée juridique romaine. Jhering a alors 43 ans¹. Si les fondements de cette théorie ont été et restent très discutés, de nombreux systèmes en ont repris le principe, parfois même la construction. En forme d'homme à la figure du père, nous voulons ici en retracer celle de sa fille, en présentant simultanément les positions, souvent négligées et parfois opposées, d'autres pandectistes allemands, qui ont fait l'enfance de la *culpa in contrahendo*. Il n'y a toutefois guère de problème de fond qui ne puisse être réduit à un problème de méthode². C'est pourquoi quelques considérations sur la méthode et le contexte sous-jacents à théorie de Jhering sur la *culpa in contrahendo* paraissent utiles à la compréhension de l'institution (A.). Nous verrons ensuite comment Jhering affirme le principe d'une responsabilité précontractuelle, en définit la nature, les conditions et les conséquences (B.) et ce qu'il en est resté aujourd'hui (C.)

A. La conception de la *culpa in contrahendo*: la méthode

L'essai qu'écrivit Rudolf v. Jhering (1818-1892) en 1861 sous le titre "Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen" procède de plusieurs mouvements dogmatiques. Profondément marqué par la science pandectiste (1.), il doit beaucoup, dans sa construction comme dans son résultat à la *Begriffsjurisprudenz*, à la méthode historique naturelle ("*naturhistorische Methode*") plus précisément (2.).

1. Jhering et la science pandectiste

Le 19^e siècle est marqué en Allemagne par la science pandectiste qui doit principalement son développement à Friedrich Carl von Savigny, l'un des fondateurs de l'Ecole historique allemande³. En rupture avec l'ancien droit commun, ce courant rétablit toutefois le droit

1 E. Schanze, *Culpa in contrahendo bei Jhering*, Ius Commune 1978, 326 ss, 333 s., note 18 prétend, avec de bons arguments, que l'essai serait en réalité paru en 1860 et aurait été écrit en 1859.

2 Cf. Schanze, 331.

3 Le véritable initiateur d'une science du droit civil orientée vers l'histoire est Gustav Hugo (1764-1844), cf. sur ce dernier, Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, 378 ss.

romain et lui donne un rôle prépondérant dans l'évolution de la pensée juridique moderne. On peut le caractériser par les éléments suivants:

- Il est le **fond commun de l'ensemble des auteurs allemands du 19^e siècle** et rassemble les tenants de diverses tendances plus spécifiques telles que l'Ecole historique allemande, la doctrine des concepts (*Begriffsjurisprudenz*) de Puchta ou encore la doctrine des intérêts (*Interessenjurisprudenz* ou *Zweckjurisprudenz*) élaborée par Jhering dans le dernier tiers de sa vie.
- **Le droit romain y tient une place prédominante, mais joue un rôle secondaire** ("*Durch das römische Recht über das römische Recht hinaus*"⁴). Les Pandectistes s'attachent à retrouver la pureté du droit romain de Justinien. C'est par un retour aux sources antiques ("*Zurück zu den Quellen*"), débarrassées des contraintes que les juristes – de l'époque féodale notamment – leur ont imposées au cours des siècles, que doit s'effectuer l'évolution du droit allemand, à l'aube de son unification et dans le contexte des codifications européennes⁵. Compte tenu de cet objectif, à la fois passéiste et résolument progressiste, le droit romain ne sera pas réellement étudié pour lui-même et dans son véritable contexte: il servira bien plus de fondement à des théories juridiques nouvelles. La composante procédurale du droit romain est négligée⁶, son interprétation devient conceptuelle. C'est une approche *systématique* du droit romain qui prévaut.

L'œuvre de Jhering sur la *culpa in contrahendo* est profondément marquée par la science pandectiste. Sa théorie, moins nouvelle dans son résultat concret que dans la portée qui lui sera donnée, est largement soutenue par des arguments tirés du droit romain. Nous verrons comment la casuistique romaine y est érigée en système, ce qui suppose le recours à l'abstraction et à la généralisation.

2. Jhering et la "naturhistorische Methode"

On doit à Jhering et à Carl Friedrich von Gerber la "*naturhistorische Methode*". Elle est n'est antérieure que de quelques années à la parution de l'essai sur la *culpa in contrahendo*;

4 R. v. Jhering, *Unsere Aufgabe*, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 1/1857, 1 ss, 52.

5 Cf. sur les raisons du développement de la science pandectiste, H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, vol. II: 19. Jahrhundert, Munich 1989, 40 s.

6 Pour Savigny, les droits subjectifs existent indépendamment des *actiones*, qui ne représentent que le moyen d'en obtenir le respect en justice. Cette position sera critiquée par B. Windscheid, *Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856, *passim*.

c'est dire leur relation de proximité. Cette méthode ne représente pourtant qu'un embranchement de la *Begriffsjurisprudenz* dont elle emprunte les traits essentiels:

- Elle est une méthode **constructive**. Il s'agit, par la logique, de créer des "corps juridiques" ("*Rechtskörper*")⁷. L'ensemble de ceux-ci doit finalement former un système. L'activité du juriste devient celle d'un créateur du droit: sa méthode ne peut se contenter d'être réceptive à l'image de celle que défend l'Ecole historique, elle se doit d'être productive.
- Elle consiste dans la transposition des méthodes utilisées par les sciences naturelles dans le domaine de l'esprit et reflète en réalité une adaptation au droit de la méthode **empirico-positiviste** d'Auguste Comte (1798-1857).
- Contrairement à la méthode historique de Savigny, **elle ne rejette pas le mode de pensée rationaliste du droit naturel**. Dans la perspective de la construction d'un système – rationnel par nature –, elle est fondée sur la logique et recourt abondamment à l'argument déductif.

Si Jhering est souvent présenté comme le fondateur de la "*Zweckjurisprudenz*" (ou "*Interessenjurisprudenz*") qui deviendra ensuite la "*Wertungsjurisprudenz*" au 20^e siècle, il a d'abord été l'un des tenants les plus influents de la "*Begriffsjurisprudenz*". Sa théorie de la *culpa in contrahendo* reste probablement un exemple significatif de cette tendance:

- Elle vise à construire un concept juridique nouveau⁸; la question a été souvent débattue de savoir si la *culpa in contrahendo* existait déjà en droit romain – et Jhering ne l'aurait alors que découverte – ou si elle constitue une véritable "invention"⁹. Nous donnons raison (et tort) aux deux opinions. Si le principe d'une responsabilité précontractuelle existait en droit romain, il n'avait certainement pas la portée générale que lui reconnaît Jhering¹⁰.
- Elle est fondée sur la méthode scientifique positiviste; après avoir posé le principe d'une responsabilité précontractuelle, Jhering en recherche les règles, avant de soumettre sa

7 R. v. Jhering, *Geist des Römischenrechts II* (10^e éd. 1858, réimpr. Aalen 1993), 2, 360.

8 R. v. Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, 4. Band, 1861, rééd. Berlin 1969, 7 (1 [éd. 1861]): "[...] Anders aber, wenn er [ein Schriftsteller], wie im vorliegenden Fall, ein völlig neues Thema erst einzuführen gedenkt."

9 Plutôt de cet avis, D. Medicus, *Zur Entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo*, in: Benöhr/Hackl/Knütel/Wacke (édit.), *Iuris Professio*, Mél. M. Kaser, Vienne/Cologne/Graz 1986, 169 ss, 169, note 1.

10 Cf. à ce sujet N. Kuonen, *La responsabilité précontractuelle*, th. Fribourg, Zurich 2007, N 56 ss, not. N 172 ss.

construction à la vérification par l'expérience¹¹.

- Elle repose enfin sur un système d'argumentation logique; conformément à la célèbre maxime d'Auguste Comte "Induire pour déduire, afin de construire", la nécessité du principe même – le concept – de la *culpa in contrahendo* est d'abord induit de l'expérience et de la pratique, le régime en est ensuite déduit du droit romain à partir de quelques textes compris de manière systématique.

B. La théorie de la *culpa in contrahendo*

Jhering induit de la pratique la nécessité d'admettre le principe d'une responsabilité *in contrahendo* dont le champ d'application se trouve élargi (1.). En tirant argument de façon discutable du droit romain, il en affirme ensuite la nature contractuelle et la soumet à la condition d'une faute: c'est la naissance du régime de la *culpa in contrahendo* qui trouvera ses partisans comme ses détracteurs (2.). Enfin, sur les traces d'une distinction retenue par Savigny, il restreint l'obligation de réparer le dommage à l'intérêt négatif (3.).

1. La responsabilité précontractuelle: son principe et son champ d'application

Jhering fonde le principe de la responsabilité précontractuelle sur l'équité et sur la nécessité de protéger la confiance qu'une partie peut avoir dans le comportement de l'autre (1.1.). Les hypothèses de fait qui peuvent y donner lieu sont nombreuses, mais peuvent être saisies de manière générale et abstraite (1.2.).

1.1. Le principe

C'est à partir de l'examen de quelques situations pratiques que Jhering affirme la nécessité de reconnaître une responsabilité précontractuelle et estime ainsi justifiée, dans la période qui précède le contrat, une entorse au principe général selon lequel chacun supporte le risque des fluctuations de ses biens juridiques. Il ressort de la théorie de Jhering que cette "nouvelle" responsabilité poursuit principalement deux objectifs qui lui servent simultanément de fondements:

- 1) **L'équité.** La responsabilité précontractuelle est fondée, dans son principe, sur l'équité,

¹¹ Jhering (n. 8), 12 (8).

compte tenu de l'inaptitude du système juridique pandectiste – soit des normes traditionnelles de responsabilité – à protéger les parties à des pourparlers contre les préjudices qu'elles peuvent mutuellement se causer. A propos d'un cas où un contrat de vente à distance se révèle nul en raison d'une erreur fautive de l'émissaire de l'acheteur sur la quantité, Jhering se demande si le vendeur peut obtenir le recouvrement des frais de transport inutiles et affirme alors:

Jhering, *Culpa in contrahendo* (n. 8), 9 (4 s.): "Man muss sich in seinem Glauben an das römische Recht jede Regung des gesunden Rechtsgefühl in sich unterdrückt haben, wenn man sich dabei zu beruhigen vermag, dass der Contract wegen mangelnden Consenses über das Quantum der Waare nicht zu Stande gekommen, eine Contractsklage folglich nicht möglich sei, die Voraussetzungen der *act. legis Aquiliae* aber nicht vorlägen. Wer fühlt nicht, dass es hier einer Schadensersatzklage bedarf?"

Nous verrons que l'équité prend une place si importante dans la théorie de la *culpa in contrahendo*, qu'elle peut justifier que l'on écarte la condition de la faute dans certaines situations où le sentiment de justice appelle la réparation du préjudice (cf. *infra* 2.2).

- 2) **La protection de la confiance.** Il s'agit de l'objectif fondamental de la responsabilité précontractuelle. Lorsqu'il se crée un rapport de confiance entre les hommes, il convient de le protéger et d'empêcher qu'il soit rompu de façon arbitraire. Le sentiment de justice exige que celui qui s'emploie à s'attacher la confiance d'autrui ne puisse se sentir libre de la décevoir sans encourir aucune sanction; de manière plus générale, l'équité impose que celui qui crée une apparence et agit d'une façon qui lui est contraire ("*venire contra factum proprium*") soit tenu pour responsable du préjudice qu'il cause à ceux qui s'y sont fiés. En matière précontractuelle, le régime de la *culpa in contrahendo* doit dès lors assurer que celui qui a légitimement cru à la conclusion d'un contrat valable soit protégé. Cette protection ne doit pas consister dans une fiction qui ferait de l'apparence une réalité – ce serait le cas si l'on décidait de tenir le contrat pour valable – mais dans une responsabilité qui permet la réparation du préjudice qui résulte du fait que la réalité contredit l'apparence, en d'autres termes du fait que la confiance se trouve déçue.

1.2. Les hypothèses de fait sujettes à responsabilité précontractuelle

Jhering donne au régime de la responsabilité précontractuelle, par la voie d'une généralisation de son analyse des sources romaines, un champ d'application élargi à des hypothèses de fait que ni les juristes romains, ni leurs successeurs au Moyen Age n'avaient traitées sous cet angle, mais que l'on retrouve en partie dans le droit naturel et pour l'essentiel dans le

Code prussien de 1794, le code civil autrichien de 1811 et la doctrine relative au Code Napoléon de 1804¹². La responsabilité précontractuelle peut naître:

- Lorsque le contrat est conclu mais *n'est pas valable parce l'une des parties est incapable de contracter* ("*Unfähigkeit des Subjekts*");
- Lorsque le contrat est conclu mais *n'est pas valable parce qu'il porte sur objet qui souffre d'un vice* ("*Unfähigkeit des Objekts*"); c'est la situation dont traitent les textes romains que Jhering et nous-mêmes avons analysés.
- Lorsque le contrat est conclu mais *n'est pas valable parce que le consentement de l'une des parties souffre d'un vice* ("*Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens*")

Malgré cette approche extensive, Jhering n'applique pas la responsabilité précontractuelle lorsque:

- **Le contrat n'est pas conclu.** En particulier, le retrait de l'offre avant qu'elle ne soit acceptée par son destinataire, même s'il cause un préjudice à celui-ci, n'entraîne aucune responsabilité. Le dommage trouve ici sa cause dans la faute propre du destinataire de l'offre qui devait s'attendre à l'éventualité d'un retrait jusqu'au moment de l'acceptation¹³. Ainsi, la conclusion du contrat peut paraître une condition essentielle de la mise en jeu de la responsabilité précontractuelle. En réalité, le régime la *culpa in contrahendo* de Jhering repose avant tout sur la *nullité du contrat*.
- **Le contrat est valablement conclu.** Comme le régime de la *culpa in contrahendo* ne consiste fondamentalement que dans l'application de la responsabilité contractuelle dans les cas où le contrat est nul, c'est tout naturellement que la responsabilité contractuelle absorbe la responsabilité précontractuelle lorsque le contrat est valablement conclu.

12 Cf. à ce propos, Kuonen (n. 10), N 261 ss, 301 ss, 329 ss, 373 ss, 420ss.

13 Jhering (n. 8), 38 (43); cf. aussi F. Regelsberger, *Die Vorverhandlungen bei Verträgen (Angebot, Annahme, Traktate, Punktation nebst der Lehre von der Versteigerung und von der Auslobung)*, Eine gemeinrechtliche Untersuchung unter Berücksichtigung der neuern deutschen Gesetzgebungen insbesondere des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, Weimar 1868, 549; selon H. Dernburg, *Pandekten*, vol. II, *Obligationenrecht*, 7^e éd., Berlin 1903, 27 s. note 10, il n'y a pas non plus lieu à responsabilité en cas de rupture, même arbitraire, des pourparlers.

2. La nature et les conditions de la responsabilité pour *culpa in contrahendo*

Nous commencerons par décrire les arguments qui président à la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle (2.1.) avant d'en examiner les conditions, la faute en particulier (2.2.) et le régime (2.3.). Nous terminerons par quelques remarques sur l'influence de la théorie de Jhering sur la doctrine française du début du XX^e siècle (2.4.).

2.1. La nature contractuelle de la *culpa in contrahendo*

La nécessité d'élaborer une véritable théorie de la responsabilité précontractuelle repose sur des arguments de deux sortes. L'un est *négatif* et tient à la redéfinition limitative par les Pandectistes de la responsabilité délictuelle qui a forcé à chercher à lui donner une solution contractuelle à la responsabilité précontractuelle (2.1.1.). L'autre est *positif* et repose sur la nature particulière de la relation qui unit les parties à des pourparlers (2.1.2.).

2.1.1. L'argument négatif: le champ d'application limité de la responsabilité délictuelle

Nous avons vu le rôle et l'objectif que donne la science pandectiste au droit romain et la rupture qu'elle entame avec l'ancien *ius commune*. Cette approche est manifeste en matière de responsabilité délictuelle: l'*actio legis Aquiliae* retrouve son interprétation romaine au détriment des évolutions entreprises par les juristes ultérieurs qui avaient abouti chez Grotius notamment et dans certaines codifications à lui donner la portée d'une clause générale. Seul le dommage causé à la propriété ou à l'intégrité corporelle d'une personne est dès lors susceptible d'être réparé. Or, le dommage précontractuel est généralement de nature purement économique. Les juristes pandectistes ont dès lors eux-mêmes fermé la voie délictuelle à la responsabilité précontractuelle. D'où la nécessité de se tourner vers d'autres solutions. Dans ce contexte, Jhering cherche à lui donner un caractère contractuel, puisque la responsabilité contractuelle poursuit précisément l'objectif de réparer des dommages purement économiques. Selon Dernburg toutefois, la science pandectiste est allée trop loin en abandonnant les assouplissements déjà apportés aux conditions de la *lex Aquilia* par les juristes du *ius commune*¹⁴.

On retrouve les traces de ces préoccupations dans l'analyse que donne Jhering de l'*actio empti* qu'accorde Modestin à l'acheteur d'une *res extra commercium* et de l'*actio in factum* qu'admet Ulpien dans la même situation:

Mod. D. 18,1,62,1 (*libro 5 regularum*): *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur*

14 Dernburg (n. 13), 27 s. note 10.

quod interfuit eius, ne deciperetur.

Celui qui, sans le savoir, a acheté pour privés des lieux sacrés, religieux ou publics peut néanmoins, quoique la vente ne soit pas valable, utiliser l'action de la vente contre le vendeur pour obtenir l'intérêt qu'il avait à ne pas être trompé.

Ulp. D. 11,7,8,1 (*libro 25 ad edictum*): *Si locus religiosus pro puro*¹⁵ *venisse dicitur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.*

Si l'on prétend qu'un bien religieux a été vendu pour un profane, le préteur 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 de la vente.

Selon Jhering, s'il fallait donner un fondement extracontractuel à la responsabilité qu'admettent ces deux textes, on devrait recourir soit à l'*actio de dolo*, soit à l'*actio legis Aquiliae*. Or la première protège le patrimoine en tant que tel, mais exige le dol¹⁶, alors que la seconde n'exige qu'une faute, mais est limitée à la réparation du préjudice qui résulte d'une atteinte à la propriété. Jhering trouve même dans cette dernière limitation un principe ancré dans la nature des choses¹⁷.

Une autre raison, à notre sens secondaire, contraint Jhering à abandonner la solution délictuelle. En matière extracontractuelle, le droit romain n'admettait la réparation du préjudice purement économique qu'en cas de dol par la voie de l'*actio doli*. La plupart des auteurs lui assimile pourtant la faute grave (*culpa lata*)¹⁸. C'est précisément ce que Jhering n'admet pas. D'une part, cette assimilation n'aurait existé qu'en matière contractuelle. D'autre part, elle conduirait à donner à la responsabilité délictuelle un champ d'application beaucoup trop large¹⁹.

La voie délictuelle écartée, il ne reste à Jhering que la voie contractuelle, laquelle offre certes l'avantage de ne pas poser de difficultés du point de vue de la nature du préjudice,

15 Il faut comprendre qu'est *purus*, le *locus* qui n'est ni sacré, ni saint, ni religieux, cf. Ulp. D. 11,7,2,4.

16 Or, on le sait, c'est bien une *culpa* que recherche Jhering dans les textes romains, non un dol.

17 Pour l'ensemble du raisonnement, Jhering (n. 8), 23 s. (23 s.).

18 De cet avis, B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, T. I, 9^e éd. par Th. Kipp, 2^e réimpr. Aalen 1984 (éd. Francfort-sur-le-Main 1906), § 101 note 10 (522 s.); Dernburg (n. 13), 101 et avant tout, F. Mommsen, *Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen*, in: *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, Braunschweig 1859-1879, réimpr. Aalen 1997, (Anhang II:Über die Gleichstellung der *lata culpa* mit dem *dolus*), 175 ss.

19 Jhering (n. 8), 15 (12 s.): "Wohin würde es führen, wenn Jemand in aussercontractlichen Verhältnissen schlechthin, wie wegen *dolus*, auch wegen *culpa lata* in Anspruch genommen werden könnte! Eine unvorsichtige Äusserung, die Mittheilung eines Gerüchts, einer falschen Nachricht, ein schlechter Rath, ein unbesonnenes Urtheil, die Empfehlung eines derselben nicht würdigen Dienstmädchens von Seiten der frühern Dienstherrschaft, die von einem Vorübergehenden gebetene Auskunft über den Weg, die Zeit u.s.w., kurz, alles und jedes würde bei vorhandener *culpa lata* trotz aller *bona fides* zum Ersatz des dadurch veranlassten Schadens verpflichten [...]"

mais se heurte pourtant à l'obstacle que représente la nullité du contrat. C'est naturellement à partir de D. 18,1,62,1 que Jhering cherche à le surmonter puisque dans ce texte Modestin accorde à l'acheteur l'action contractuelle (*actio empti*) quand bien même la vente est nulle ("*licet emptio non teneat*"). Le raisonnement de Jhering repose alors sur deux considérations successives:

Le fondement matériel de l'action contractuelle. Selon Jhering, l'action en droit romain aurait un fondement matériel et non seulement procédural. Elle serait toujours le reflet d'un *rapport de droit matériel*. On devrait dès lors inférer du fait que l'action contractuelle est admise l'existence une *relation contractuelle*²⁰, malgré la nullité du contrat. Cette approche, dont on trouve déjà la trace chez des juristes tels que Donellus²¹ et Domat²², doit beaucoup à la compréhension pandectiste du droit romain et s'accorde en réalité mal à la pensée juridique romaine qui voyait dans l'admission d'une action la reconnaissance qu'une situation de fait était digne de protection, sans qu'elle reflète une situation de droit matériel préexistante ("*aktionsrechtliches Denken*")²³, la justification procédurale de l'action l'emportant souvent sur sa justification matérielle. La seule dénomination de l'action ne permet pas encore de conclusions péremptoires sur la qualification juridique de la situation de fait qui y donne lieu²⁴.

La reconnaissance d'effets aux contrats nuls. S'il existe une relation contractuelle, c'est que la nullité d'un contrat ne l'empêche pas de sortir certains effets. La nullité doit alors être comprise dans un sens restrictif: elle n'est pas un obstacle à tous les effets du contrat, mais à *certain*s seulement²⁵. Plus précisément, seules sont nulles les obligations qui tendent à l'*exécution du contrat*, savoir les obligations principales, non les obligations subsidiaires. Dans le cas de la vente d'une *res extra commercium*, l'*actio empti* ne permet pas de poursuivre l'exécution du contrat, mais a exceptionnellement la fonction d'une *action en dommages-intérêts*. Jhering reconnaît que ce raisonnement pourrait bien être trop pointu pour

20 Jhering (n. 8), 27 (28 s.).

21 Hugo Donellus, *Commentarii de iure civili*, XII, 20, § 16 [col. 600]: "*Hoc qui dicit, satis declarat hactenus saltem emptionem valere. Neque enim potuit esse ex empto actio, nisi ex utili emptione*" : "Celui qui dit ceci [i.e. que l'*actio ex empto* est possible], admet suffisamment que la vente est valable, au moins dans cette mesure. En effet, il ne pouvait y avoir d'action de la vente en dehors d'une vente valable".

22 Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, Titre I, section 5, § XIV [31]: "Les conventions qui se trouvent nulles par quelque cause dont un des contractants doit répondre, comme s'il a aliéné une chose sacrée ou publique, ont cet effet, quoique nulles, d'obliger aux dommages-intérêts celui qui y donne lieu".

23 Pichonnaz, *La compensation, Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, th. habil. Fribourg 2001, N 954; M. Krichbaum, *Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts*, Ebelsbach 1996, 194 ss; S. Schipani, *Osservazioni sulle categorie sistematiche di Actio e processo dal punto di vista delle istituzioni di Giustiniano (rileggendo alcuni contributi di Giuseppe Provera)*, in: *Diritto e Processo nella esperienza Romana, atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di G. Provera*, Naples 1994, 133 ss, 138.

24 Du même avis, Mommsen (n. 18), 6 ss.

25 Jhering (n. 8), 27 (29).

avoir été l'œuvre de juristes romains, mais lui trouve des analogies à l'*actio venditi* du vendeur lorsqu'une vente est résolue parce qu'elle contenait une *lex commissoria*, et à la *reivindicatio* intentée contre le *fictus possessor*²⁶.

Cette analyse trahit les **limites de la construction et de la méthode** de Jhering. Ce qui doit déterminer la nature de la responsabilité, c'est *la nature des devoirs qu'elle sanctionne*. Or ceux-ci sont *précontractuels*, donc préexistants au contrat. Il ne suffit dès lors pas d'établir que les conventions quoique nulles, produisent certains effets, à tout le moins l'obligation aux dommages-intérêts suite à la violation de ces devoirs précontractuels. Dans ce cas en effet, au moment où le comportement dommageable a lieu, il ne viole encore aucun devoir puisque c'est **sur le contrat** qu'est fondée l'action en dommages-intérêts. La conception de Jhering revient à tenir *rétroactivement* certains comportements pour contraires à un devoir imposé par l'ordre juridique. Enfin, si l'on suit cette conception, la rupture fautive des pourparlers ne donne jamais lieu à responsabilité puisque l'action en responsabilité ne naît qu'avec la conclusion du contrat. Jhering corrige – mais très partiellement – ces incohérences à l'aide d'un second argument.

2.1.2. *L'argument positif: la nature contractuelle de la relation précontractuelle*

Fonder la responsabilité précontractuelle sur la responsabilité contractuelle suppose donc de démontrer que les devoirs précontractuels sont eux-mêmes de nature contractuelle. Jhering affirme alors *la nature contractuelle de la relation précontractuelle*. Il prétend en effet que les parties qui envisagent de conclure un contrat sont tenues d'observer entre elles la **diligence contractuelle**:

Jhering, Culpa in contrahendo (n. 8), 37 (41 s.): "Wer contrahiert, tritt damit aus dem rein negativen Pflichtenkreis des aussercontractlichen Verkehrs in den positiven der Contractssphäre, von dem Gebiete der blossen *culpa in faciendo* auf das der *culpa in non faciendo*, der positiven *diligentia*, und die erste und allgemeinste Verpflichtung, die er damit übernimmt, ist die: beim Contrahieren selbst bereits die nöthige *diligentia* aufzuwenden."

Selon Jhering, la nature contractuelle de la phase précontractuelle découle de la nature particulière des devoirs qu'elle impose. Les comportements qui y contreviennent ne consis-

26 Jhering (n. 8), 28 s. (30 ss); Dans ces situations, les deux actions mentionnées ne poursuivent en effet pas leur but traditionnel, soit le paiement du prix pour la première et la récupération de la chose pour la seconde, mais ont le caractère d'actions en dommages-intérêts. Notons toutefois que l'exemple de la *reivindicatio* est boiteux: cette action a en effet toujours le caractère d'une action en dommages-intérêts, puisque sa sanction est toujours de nature pécuniaire, le possesseur ne bénéficiant que de la faculté alternative de rendre la chose.

tent pas seulement dans des actions, mais dans des omissions également. Les devoirs précontractuels peuvent dès lors présenter un caractère *positif* en ce qu'ils peuvent prendre la forme d'un **devoir d'agir**; Jhering y voit une caractéristique du domaine contractuel, la responsabilité délictuelle sanctionnant la violation de devoirs négatifs. Les parties aux pourparlers se trouvent ainsi dans une **relation particulière**, plus étroite que celle des hommes entre eux²⁷, qui justifie des devoirs de caractère positif, de nature contractuelle.

Mommsen réfute le bien-fondé de cet argument et suggère que Jhering lui-même n'a probablement pas voulu justifier la nature contractuelle de la responsabilité en se fondant sur le caractère actif ou non de la faute²⁸. Selon lui, ce n'est jamais une omission seule qui fonde la responsabilité; le dol négatif lui-même doit en effet être qualifié de *dolus in faciendo*²⁹. Il n'y a dès lors aucune raison de fonder la nature contractuelle de la responsabilité sur ce critère.

D'autres auteurs s'opposent aussi à cette conception. Sans remettre en cause le principe de la *culpa in contrahendo*, Dernburg considère qu'elle est étrangère au droit romain, mais surtout que sa nature ne peut être qu'*extracontractuelle*, puisqu'aucun contrat valable ne lie les parties; à son sens, la responsabilité s'applique dès lors aussi aux auxiliaires (p. ex. au messenger)³⁰, ce que Jhering n'admet pas³¹.

2.2. La condition de la faute (*culpa in contrahendo*)

Outre les conditions traditionnelles de l'existence d'un préjudice et du lien de causalité avec le comportement dommageable, Jhering soumet la responsabilité précontractuelle à la condition de la faute. Son origine romaine est contestable et si Jhering s'acharne à en démontrer le bien-fondé, c'est pour deux raisons apparentées qui doivent beaucoup à la méthode sous-jacente à sa théorie (*supra* A.) et qu'il mentionne expressément:

- 1) La faute est nécessaire à la **justification juridique de la responsabilité**. Seule la faute permet l'intégration de la responsabilité précontractuelle à la théorie générale des con-

27 Cf. déjà H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, Lyon 1939, réimpr. Aalen 1993, 2,12,9,1.

28 Mommsen (n. 18), 9 note 6.

29 Mommsen (n. 18), 8 s.; Même lorsque le dol est commis de façon négative, savoir lorsqu'un contractant tait des informations qu'il connaît, il s'agit encore, en droit romain, d'un *dolus in faciendo*: l'omission s'intègre dans ce cas à un comportement plus global qui présente en définitive un caractère actif, en l'espèce la conclusion dolosive d'un contrat.

30 Dernburg (n. 13), 27 s. note 10.

31 Selon Jhering (n. 8), 46 s. (53 ss), c'est celui qui recourt aux auxiliaires qui porte la responsabilité de leur comportement; ne répond pas non plus pour *culpa in contrahendo* le *représentant* dans la mesure où l'on considère qu'il ne contracte pas lui-même, mais se borne à exprimer la volonté du représenté.

trats; s'il fallait y renoncer, la responsabilité ferait figure de disposition positive complètement isolée ("*völlig isolierte positive Bestimmung*"³²). On évite ainsi de donner à la responsabilité précontractuelle un caractère singulier par rapport aux autres genres de responsabilité. Il est vrai par ailleurs qu'une responsabilité qui permettrait la réparation d'un préjudice purement économique sans exiger la faute serait pour le moins incongrue³³, ce d'autant qu'elle aurait pour conséquence que l'on répondrait plus sévèrement avant la conclusion du contrat qu'après, puisque la responsabilité contractuelle est régulièrement soumise à la condition de la faute³⁴.

- 2) La faute est nécessaire à la **généralisation de la responsabilité**. Seule la faute permet d'étendre le principe de la responsabilité à d'autres hypothèses que celles que traitent les sources romaines³⁵. Ainsi la condition de la *culpa* est-elle nécessaire à la justification juridique d'une responsabilité précontractuelle en cas d'erreur, par exemple.

De nombreux auteurs ont contesté le fondement romain de la condition de la faute que Jhering estime sous-entendue par les textes de Modestin (D. 18,1,62,1) et d'Ulpien (D. 11,7,8,1). Ainsi, selon Mommsen – qui représente l'opinion majoritaire – c'est le *dol* (ou la faute grave) qui conditionne la responsabilité: certes les textes ne le mentionne pas plus que la faute, mais on ne saurait en tirer de conclusion négative; c'est bien plus les principes généraux qu'il s'agit d'appliquer³⁶. Cette interprétation lui permet de considérer la responsabilité comme **extracontractuelle**. De même, selon Savigny, la faute ne saurait constituer de manière générale le fondement de la responsabilité, seul le *dolus in contrahendo* est à même d'entraîner une telle conséquence, en l'absence d'un contrat valable³⁷. Selon Windscheid en

32 Jhering (n. 8), 36 (40).

33 Conduite à son extrémité, une telle solution impose à chaque partie d'indemniser l'autre en cas d'échec des négociations et favorise un surinvestissement précontractuel (cf. Kuonen [n. 10], N 732 s.).

34 Dans le même sens, Medicus (n. 9), 173 s.

35 Jhering (n. 8), 36 (40 s.) qui considère que sans la *culpa*, "es fehlt hier an der Brücke, um von den zwei Fällen der Quellen zu den vielen andern zu gelangen, in denen das Bedürfnis einer Schadenersatzklage in nicht geringerem Masse vorhanden ist."

36 F. Mommsen, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig 1853, réimpr. Aalen 1997, 123; Idem (n. 18), *Die Haftung der Contrahenten*, 36 ss et 87 ss; cf. aussi C.F.F. Sintenis (*Das practische gemeine Civilrecht*, vol. II, *Das Obligationenrecht*, 2^e éd., Leipzig 1861) qui d'une part conteste le caractère généralisable des solutions données par les textes romains qu'il analyse Jhering (§ 96 note 18a [251 ss]), d'autre part ne voit de place pour une responsabilité précontractuelle que là où il y a *dol*, les parties étant tenues d'observer *prudence et attention* lorsqu'elles s'engagent dans des pourparlers (§ 96 [250 s.]).

37 F.C. v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 8 vol., Berlin 1840-1851, vol. III, 294 s. à propos de l'erreur et la note d (295) dans laquelle il précise notamment que: "Nur wo ein wirklicher Vertrag vorhanden ist (der hier fehlt), da ist dieser eine *causa obligationis*, und die daraus entspringende Obligation kann durch *Culpa*, wie durch *Betrug*, modificirt und erhöht werden."

revanche, admettre l'exigence d'un dol dans ces hypothèses est arbitraire³⁸, et le fondement de la responsabilité sur la faute n'est pas plus convaincant. A son sens, l'obligation aux dommages-intérêts n'est pas fondée sur la volonté du promettant, mais c'est le droit qui la lui impose même sans sa volonté³⁹. Il reconnaît ainsi une *responsabilité objective* fondée sur une garantie implicite⁴⁰ qui cherche à assurer une *pleine protection de la confiance* qu'a eu une partie dans la conclusion d'un contrat valable.

La responsabilité doit dès lors être liée à l'existence d'une faute. Mais en quoi consiste-t-elle? Selon Jhering, il s'agit de la **faute contractuelle** véritable pierre d'angle de sa théorie, ce que rappelle sa célèbre définition de la *culpa in contrahendo*:

Jhering, Culpa in contrahendo (n. 8), 45 (52): "Das Gebot der contractlichen diligentia gilt wie für gewordene, so auch für werdende Contractsverhältnisse, eine Verletzung desselben begründet hier, wie dort die Contractsklage auf Schadenersatz."

La *culpa in contrahendo* n'est alors rien d'autre que la faute contractuelle comprise dans une direction particulière⁴¹. Cette approche a pour conséquence que le degré de la faute requis est déterminé par *le régime de la responsabilité contractuelle du contrat en cause*.

Le fait de soumettre la responsabilité à la condition de la faute pose toutefois à Jhering certaines **difficultés**. Dans certains cas en effet, l'exigence d'une faute contrevient à l'objectif même de la construction de Jhering: elle se révèle en effet un *obstacle à la pleine protection de la confiance* de l'une des parties dans la validité du contrat. Ainsi avant tout en cas d'anéantissement d'une offre:

- *Par son retrait*. En droit romain déjà, le contrat ne se forme que par la rencontre des volontés, et c'est une approche subjective qui prévaut: c'est l'accord des volontés internes qui crée le *consensus* davantage que celui des déclarations qui les expriment⁴². Une modification de la volonté de l'une des parties empêche dès lors la formation du contrat. Lorsque le contrat est conclu entre absents, une telle modification de la volonté, qui se manifeste par le retrait de l'offre, peut néanmoins causer

38 Cette affirmation suppose néanmoins quelque tempérament: Windscheid dit lui-même avoir adhéré, dans les éditions précédentes de son ouvrage, à l'opinion selon laquelle c'est le dol qui fonde la responsabilité en cas d'impossibilité (Lehrbuch [n. 18] II, § 315 note 7 [291]).

39 Windscheid, Lehrbuch (n. 18) II, § 307 note 5 (251).

40 Windscheid recourt également à cette construction pour justifier la responsabilité précontractuelle du représentant qui a conclu avec un tiers pour le compte d'un représenté sans en avoir les pouvoirs. Dans cette hypothèse le tiers de bonne foi peut obtenir que le pseudo-représentant exécute lui-même le contrat, cf. Windscheid, Lehrbuch (n. 18) I, § 74 en particulier les notes 7a et 8 (369 s.).

41 Jhering (n. 8), 45 (52).

42 Cf. pour plus de détails, R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Le Cap 1990, 563 ss et les références citées.

un préjudice à la partie qui a accepté l'offre alors qu'elle n'avait pas encore connaissance de son retrait^{43/44}. Jhering y voit un cas d'application de la *culpa in contrahendo*⁴⁵ dont la plupart des conditions sont remplies: la bonne foi de celui qui a accepté l'offre, la nullité du contrat (en fait sa conclusion apparente) par le fait de l'offrant. La condition de la faute soulève néanmoins un problème particulier: si le retrait est licite, peut-il encore constituer une faute? En d'autres termes, *peut-il y avoir faute à exercer son droit?* Jhering y répond par l'affirmative⁴⁶: ce principe existe aussi dans le contrat de mandat dont la révocation, quoique licite, peut obliger à des dommages-intérêts et il en va de même de la dénonciation du contrat de société⁴⁷.

- *Par la mort de l'offrant.* La mort de l'offrant anéantit l'offre et rend la conclusion d'un contrat impossible puisque sa formation exige la rencontre des volontés⁴⁸. Selon Jhering, l'équité impose cependant que celui qui accepte une offre dans l'ignorance de la mort de l'offrant et croit dès lors à la conclusion du contrat puisse obtenir la réparation du préjudice qu'il subit. Or, mourir n'est pas une faute. Jhering admet qu'il touche ici aux limites de sa théorie et tranche en faveur de l'équité au détriment de l'exigence d'une faute⁴⁹. Il ne renonce toutefois pas à une construction de la faute dans cette hypothèse caractérisée par le fait que le contrat est conclu *entre absents*. Si l'offrant n'avait pas privilégié son confort personnel, il aurait choisi de conclure

43 La responsabilité en cas de retrait de l'offre est très controversée; cela tient à ce que la formation du contrat elle-même, la question du *moment* à partir duquel une manifestation de volonté produit des effets (le retrait et l'acceptation en particulier), est traitée de façon très différente d'un auteur à l'autre, ce qui amène les uns à admettre, les autres à refuser la responsabilité dans cette hypothèse; comme le relève très justement Sintenis, § 96 note 14 (247), seule une décision législative peut résoudre ces controverses.

44 Ce problème se pose essentiellement dans les systèmes juridiques qui autorisent le retrait de l'offre, mais il peut aussi se poser dans les systèmes qui obligent au maintien de l'offre pendant un certain délai.

45 L'admission de la responsabilité dépend de la conception que l'on se fait de la formation du contrat; ainsi pour Sintenis, § 96 (246 s.) la responsabilité n'a-t-elle aucune place dans cette hypothèse: dès le moment où l'acceptation a été émise, et même si elle ne parvient pas à l'offrant avant qu'il retire l'offre, *le contrat est conclu*; au contraire, tout retrait qui parvient à connaissance de l'autre partie avant qu'elle ait accepté est valable.

46 Cette question se pose aussi dans le Code Napoléon: la retrait de l'offre est un droit, mais peut néanmoins entraîner la responsabilité selon l'art. 1382 CN.

47 Sur l'ensemble, Jhering (n. 8), 71 ss (86 ss), en particulier 73 (88). Regelsberger (n. 13), 555 construit la responsabilité de façon un peu différente: les risques liés à l'offre, à son retrait et à l'acceptation sont à la charge de leur expéditeur; ainsi, si l'acceptation parvient tardivement à l'offrant, celui-ci peut considérer que le contrat n'est pas conclu, mais il doit alors en *informer* l'acceptant; la *négligence de ce devoir* fonde la responsabilité de l'offrant.

48 De l'avis minoritaire contraire, Regelsberger (n. 13), 551 et la note 18 qui limite l'extinction de l'offre par la mort aux cas où le contrat devait être conclu *intuitu personae*.

49 Jhering (n. 8), 76 (92): "Ich muss einräumen, dass meine Theorie hier an einen Stein des Anstosses gerathen ist, über den ich sie nicht ohne die gewaltsamste Anstrengung nicht hinwegbringen kann. Die Schadensersatzklage in diesem Verhältnis zu versagen, dagegen lehnt sich mein Rechtsgefühl in entschiedenster Weise auf, und lieber will ich glauben, dass ich bei der Construction meiner Theorie irgend einen mir selbst nicht bekannter Fehler begangen habe, als die Klage hier auszuschliessen."

le contrat entre présents et se serait déplacé auprès de son partenaire. Il a donc privilégié un mode de contracter peu sûr aux risques de son partenaire, et c'est en cela que consiste sa faute⁵⁰. Le raisonnement, qui étend la notion de faute à l'acceptation du risque, relève ici de l'artifice.

2.3. Le régime de la *culpa in contrahendo*

Etant donné sa nature, la *culpa in contrahendo* suit le régime de la responsabilité contractuelle:

- 1) Lorsqu'une action en responsabilité contractuelle *ne serait pas ouverte* ou si la faute ne suffirait pas à l'engager, une action pour *culpa in contrahendo* n'est pas possible⁵¹.
- 2) Le *degré de la faute* nécessaire à la naissance de la responsabilité pour *culpa in contrahendo* est celui que retient la responsabilité contractuelle du contrat en cause⁵².
- 3) Seules les parties contractantes doivent répondre pour *culpa in contrahendo*, non les tiers⁵³.
- 4) L'action en responsabilité est *transmissible* aux héritiers, du point de vue actif comme du point de vue passif⁵⁴.
- 5) La *prescription* est celle de l'action contractuelle⁵⁵.

2.4. L'influence de la *culpa in contrahendo* de Jhering en France

La théorie de la *culpa in contrahendo* a connu un immense retentissement qui s'est traduit et a influencé de nombreux systèmes juridiques. Si nous nous limitons ici à la France, c'est que contre toute attente, certaines opinions doctrinales s'en sont fait l'écho entre la fin du XIX^e et le début XX^e siècles. Précisons qu'elles n'ont eu qu'un caractère éphémère (à tout le moins les plus radicales d'entre elles) et que la jurisprudence ne les a à notre connaissance

50 Jhering (n. 8), 77 (93).

51 Jhering (n. 8), 47 (55), qui pense avant tout aux actes juridiques qui ne sont pas des contrats (la tradition en tant que telle, la constitution de servitudes, les donations et legs, même s'ils donnent lieu à une action personnelle), et aux contrats qui, en droit romain, excluent la possibilité d'une *culpa* (le prêt ou les contrats qui n'obligent qu'une seule partie, comme la *stipulatio*)

52 Jhering (n. 8), 45 (52 s.).

53 Jhering (n. 8), 46 (53).

54 Jhering (n. 8), 48 (55).

55 Jhering (n. 8), 48 (55).

jamais retenues.

Si l'adhésion soudaine de certains juristes français à la théorie de Jhering est curieuse, c'est que l'art. 1382 CCfr. donnait jusque-là amplement satisfaction, en particulier parce qu'il permettait la réparation du préjudice purement économique. Il est significatif d'ailleurs que Jhering lui-même ait discuté un jugement rendu à Cologne relatif à une erreur dans la transmission de la volonté par télégramme, qui, appliquant le droit français, admettait une responsabilité fondée sur l'art. 1382 CCfr.⁵⁶. Certes, comme, selon Jhering, l'*actio legis Aquiliae* ne pouvait entrer en ligne de compte, il lui fallait chercher une autre solution. Mais quel besoin pour les juristes français de la reprendre?

Baudry-Lacantinerie et Barde estiment par exemple que la théorie de la *culpa in contrahendo* "a le grand avantage de légitimer des solutions réclamées par l'équité et que la jurisprudence a quelquefois de la peine à motiver"⁵⁷. Selon ces auteurs, elle ne repose pas sur une conception particulière à une certaine législation, mais est "fondée sur la réalité des choses"⁵⁸: celui qui propose un contrat garantit qu'il est en situation de le conclure sans risque de dommage pour l'autre partie. Ces auteurs admettent l'existence d'une **convention tacite** sur ce point entre le pollicitant et l'acceptant, laquelle résulte de la nature même des choses. Si l'on suppose que le destinataire de l'offre dise au promettant: "Vous me proposez de contracter; mais vous engagez-vous d'abord à faire tout ce qui sera en votre pouvoir pour que le contrat se forme et qu'il ne soit pas annulable?", le pollicitant répondra forcément: "Oui, évidemment ! Cela va de soi !"⁵⁹.

Planiol et Ripert estiment que le fait d'entrer en pourparlers impose aux parties des obligations réciproques⁶⁰, mais que l'application de l'art. 1382 CCfr. à leur violation n'est pas satisfaisante. Cette solution a en effet pour conséquence de rendre responsable les incapables pour leurs actes précontractuels alors même qu'ils ne sont pas tenus par leurs engagements contractuels une fois le contrat conclu⁶¹. Ces auteurs suivent alors dans son principe la solution de Jhering et considèrent que la responsabilité doit être **contractuelle**. Ils n'acceptent toutefois pas la suggestion de Jhering "tendant à rendre celui qui fait annuler le contrat, en l'absence de toute faute de sa part, responsable envers l'autre partie du préjudice qui en résulte pour elle, en vertu de l'idée que celui qui fait annuler le contrat est tenu contractuellement de s'abstenir de toute négligence dans cette conclusion et qu'en matière contractuelle normalement le débiteur est garant de l'exécution de son engagement ou présumé en faute en cas d'inexécution"⁶². A vrai dire, nous comprenons mal la conception que se font ces

56 Cf. Jhering (n. 8), 10 s. (6 s.) et 87 ss (107 ss).

57 G. Baudry-Lacantinerie/L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des Obligations*, T. I, 2^e éd., Paris 1900, n. 362 (361).

58 Baudry-Lacantinerie/Barde (n. 57), n. 362 (363).

59 Baudry-Lacantinerie/Barde (n. 57), n. 362 (363 s.).

60 Planiol/Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. VI: *Obligations* (1^{ère} partie), Paris 1930, n. 131 (172).

61 Planiol/Ripert (n. 60), n. 131 (173) à propos du retrait indu de l'offre et n. 189 (252) à propos de l'annulation du contrat pour cause d'erreur.

62 Planiol/Ripert (n. 60), n. 189 (252).

auteurs de la théorie de Jhering, laquelle est évidemment fondée sur la faute, contrairement à ce que la description qu'ils en donnent laisse à penser. Il semble toutefois que *ce qu'ils refusent, c'est la présomption de faute*; il est vrai que, de leur avis, celle-ci ne s'applique, même en matière contractuelle qu'aux **obligations de résultat**⁶³. Or les obligations précontractuelles sont des obligations de moyens.

3. L'obligation de réparer le préjudice

La responsabilité pour *culpa in contrahendo* entraîne une obligation de réparer le préjudice causé. Afin d'en préciser l'étendue, Jhering recourt à la distinction entre l'intérêt *positif* et l'intérêt *néгатif* au contrat que l'on attribue souvent à Savigny, mais qui existe déjà chez Donellus. C'est la validité ou non du contrat qui détermine la nature de l'intérêt qui doit être réparé⁶⁴. Comme le régime de la *culpa in contrahendo* ne s'applique que lorsque le contrat n'est pas valable, le préjudice réparable est déterminé par l'**intérêt négatif**. Ce raisonnement s'accorde avec la nature contractuelle de l'action en responsabilité. En effet, nous l'avons vu (*supra* 2.1.1.), selon Jhering, la nullité du contrat empêche toute prétention en *exécution* du contrat; l'action contractuelle ne poursuit dès lors pas son but traditionnel, savoir la protection de l'intérêt positif au contrat. Pour le reste, l'intérêt négatif comprend:

- 1) **la perte éprouvée (*damnum emergens*)**. Celle-ci consiste dans les frais engagés par la partie lésée en vue de la conclusion et de l'exécution du contrat et qui se sont révélés inutiles. Sont notamment réparables les frais de timbres, de notaire, d'emballage et d'envoi de marchandises, les dépenses effectuées par le mandataire aux fins d'exécution du mandat, ainsi que les dommages-intérêts versés au titre de la garantie contre l'éviction par l'acheteur à un tiers auquel il avait revendu la chose, laquelle a été ensuite revendiquée par le vendeur parce que le contrat de vente était entaché d'une erreur sur l'objet⁶⁵.
- 2) **le gain manqué (*lucrum cessans*)**. Celui-ci consiste dans la perte de gain que subit la partie lésée parce qu'elle n'a pas conclu ou refusé de conclure avec des tiers, partant du principe qu'elle avait conclu un contrat valable avec la partie responsable. Jhering donne notamment l'exemple de l'hôtelier auprès duquel une chambre a été réservée par erreur et qui a dès lors refusé d'autres clients parce qu'il croyait à la validité du contrat⁶⁶.

63 Planiol/Ripert (n. 60), n. 189 (253) et n. 131 (173) note 2.

64 Jhering (n. 8), 18 (16 s.).

65 Jhering (n. 8), 20 s. (20).

66 Jhering (n. 8), 21 (21).

Jhering concède que l'intérêt négatif peut dans certaines circonstances être équivalent à l'intérêt positif⁶⁷. Il n'empêche qu'il repose sur un tout autre fondement.

La restriction de l'obligation de réparer le préjudice à l'intérêt négatif est largement admise par la plupart des Pandectistes. Ainsi, Mommsen reconnaît-il qu'en cas d'invalidité du contrat le créancier peut obtenir l'intérêt qu'il avait à ne pas être trompé sur l'existence de la prestation⁶⁸. C'est aussi l'avis de Windscheid⁶⁹.

D'autres auteurs se sont pourtant opposés à cette conception et ont défendu le droit à l'intérêt positif au contrat, pour des raisons variables. Savigny adopte une position différenciée selon la nature du vice dont souffre le contrat. Lorsque le contrat est nul pour cause de dol de l'une des parties, l'autre partie a droit à l'intérêt négatif⁷⁰. Dans le cas de la vente d'une *res extra commercium* par contre, Savigny considère que c'est à l'*intérêt positif* que peut prétendre l'acheteur; cette solution paraît justifiée puisqu'il admet la validité du contrat dans cette hypothèse⁷¹. Cette position est suivie par Dernburg⁷². Il reste qu'en ce qui concerne strictement la réparation du préjudice, l'opinion de ces auteurs repose sur les mêmes principes que celle de Jhering. Selon Bähr en revanche, le concept d'intérêt négatif est peu praticable et étranger au droit romain; il serait, d'une part, dans la plupart des cas impossible de prouver ce qui se serait passé si le contrat n'avait pas été conclu, l'intérêt négatif pourrait, d'autre part, dépasser dans certaines circonstances l'intérêt positif; or on ne peut demander plus aux contractants que ce à quoi ils avaient l'intention de s'engager⁷³.

67 C'est le cas notamment dans l'exemple donné de l'hôtelier qui obtient exactement ce à quoi il pourrait prétendre s'il agissait en exécution du contrat, cf. Jhering (n. 8), 21 s. (21).

68 Mommsen, Unmöglichkeit (n. 36), 107: "das Interesse , welches der Gläubiger daran hatte, *über die wahre Beschaffenheit der Leistung nicht getäuscht zu sein*"; cf. aussi Idem, (n. 18), 52 ss; Rappelons toutefois qu'il considère qu'en matière de responsabilité précontractuelle, cette prétention est de nature extracontractuelle.

69 Windscheid, Lehrbuch (n. 18) II, § 307 (250) et § 315 note 7 (291).

70 Savigny (n. 37), III, 294 note d à propos de la vente d'un vase que le vendeur a déclaré en or alors qu'il n'en était rien: "Wegen des Betrugs muss der Verkäufer den Käufer in die Lage setzen, wie wenn von diesem Geschäft nie die Rede gewesen wäre. Hat also der Käufer Kosten gehabt [...] oder [...] einen andern vortheilhaften Kauf versäumt, so kann er Ersatz fordern. Allein für den Gewinn, den er bey einem wirklich goldnen Gefäss, durch den gültigen Vertrag gemacht hätte, kann er keinen Ersatz fordern."

71 F.C. v. Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, vol. II, Berlin 1853, §81, 288 ss; selon Savigny (n. 37), V, 136 ss, 138, seuls les principes applicables aux *bonae fidei actiones* devraient être repris dans le droit allemand, or la règle "*impossibilia nulla obligatio est*" ne vaut que pour la stipulation (Savigny, OR [n. 71], 288 ss), de l'avis contraire, Mommsen, Unmöglichkeit (n. 36), 105 s.

72 Dernburg (n. 13), 46 s. et la note 13.

73 O. Bähr, Über Irrungen im Kontrahiren, in: Gesammelte Aufsätze, vol. I: Juristische Abhandlungen, Leipzig 1895, 19.

C. La *culpa in contrahendo* aujourd'hui

La théorie de la *culpa in contrahendo* a connu un retentissement extraordinaire, sans doute moins par son fond que dans sa forme. La théorie de la *culpa in contrahendo* est devenue "la *culpa in contrahendo*", un concept dont le contenu continue cependant de varier selon les systèmes juridiques. Elle est devenue un slogan, qui dans l'esprit de beaucoup remplace l'expression moins incisive et plus générale de "responsabilité précontractuelle" comme ses équivalents dans les autres langues (p.ex. "*vorvertragliche Haftung*" ou "*pre-contractual liability*"). La construction matérielle même de la *culpa in contrahendo* n'a pas survécu:

- 1) Dans les systèmes qui ont admis des **clauses générales de responsabilité délictuelle** – à partir de Grotius – le préjudice purement économique non lié à l'inexécution d'un contrat, tel que le préjudice précontractuel, devient réparable sur un fondement délictuel. Ces clauses générales permettent en effet de sanctionner tous les comportements dommageables fautifs (et *a fortiori* dolosifs) qui ont un caractère extracontractuel. La timide percée de la théorie de la *culpa in contrahendo* dans ces systèmes, en France en particulier (*supra* 2.4.) a fait long feu, faute de besoin réel de recourir à une construction juridique complexe pour pallier les limitations imposées à la responsabilité aquilienne.
- 2) Dans les systèmes qui se sont inspirés du **régime romain de la responsabilité aquilienne**, et ont conféré à la responsabilité délictuelle un champ d'application restreint par une conception stricte du préjudice réparable, d'autres solutions "contractualistes" sont apparues pour éviter le raccrochement artificiel des devoirs précontractuels au régime du contrat à conclure. En Allemagne, c'est la conception d'un rapport légal entre les parties aux négociations indépendant du contrat à conclure, mais soumis à un régime d'inspiration contractuelle qui a supplanté la théorie de Jhering. Là où Jhering était contraint de procéder à un élargissement du domaine contractuel par un *assouplissement des conséquences de la nullité* du contrat (*supra* 2.1.1.), ces systèmes ont vu fleurir, avec quelques variantes, la thèse d'une voie médiane, ni délictuelle, ni strictement contractuelle, où les devoirs précontractuels et la protection du patrimoine pendant la période précontractuelle sont directement fondés sur la loi – ce qui ne signifie pas encore grand' chose puisque les devoirs que l'on rattache au contrat ou dont la violation constitue un délit découlent également de la loi –. Par "loi", on renvoie souvent, à peine plus précisément au principe creux et inutile de la bonne foi (p.ex. art. 2 CCS)⁷⁴; on a vu ainsi apparaître des dispositions légales spécifiques, savoir des clauses générales de

⁷⁴ Pour un développement de cette critique, cf. Kuonen (n. 10), N 1469 ss.

responsabilité précontractuelle qui établissent un lien direct entre la responsabilité et le principe de la bonne foi⁷⁵.

Malgré cela, il est vraisemblablement resté de la *culpa in contrahendo* l'idée que les cas de responsabilité précontractuelle puissent être compris d'une manière globale et systématisée et laisser émerger une figure de la responsabilité précontractuelle, conçue comme un *Rechtskörper*, une institution. En tant que telle, la fille n'aura pas survécu longtemps à son père, mais tous deux seront pourtant passés ensemble à la postérité, pour acquérir un rayonnement certes édulcoré mais quasi-universel et un rang légendaire.

N. Kuonen⁷⁶

Genève

75 P.ex. art. 1337 Code civil italien ("[Trattative e responsabilità precontrattuale] Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede"); art. 422 Code civil brésilien ("Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé").

76 Nicolas Kuonen est avocat chez Tavernier Tschanz. Il est auteur du thèse La responsabilité précontractuelle (Fribourg, Zurich, 2007).