



**Master 2 Droits français et italien**

**Promotion 2021/2022**

**La nature de la responsabilité précontractuelle  
entre le droit français et le droit italien**

**Tommaso DEL NINNO**  
**Sous la direction de**  
**M. le Professeur Thomas GENICON**

Université Paris Panthéon-Assas

*L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*



## **REMERCIEMENTS**

Je tiens à remercier toutes les personnes qui m'ont aidé à compléter le programme de double diplôme de Droits français et italien entre l'Université de Padoue et l'Université Paris-Panthéon-Assas.

Tout d'abord, je tiens à remercier mon directeur de mémoire, Monsieur le Professeur Thomas Genicon, pour sa confiance, sa disponibilité et ses enseignements.

Je remercie également les directeurs du double diplôme de Droits français et italien, Monsieur le Professeur Carlo Santulli, Monsieur le Professeur Guillaume Leyte, Monsieur le Professeur Andrea Gattini et Madame la Professeure Matilde Girolami, pour m'avoir donné l'opportunité de participer à ce projet.

Je remercie tous les professeurs que j'ai rencontré tout au long de mes études.

Je remercie tous mes « compagnons de voyage » du double diplôme, pour leur soutien constant.



*Ai miei genitori,  
A mia sorella, Anna,  
A mia nonna Laura e mia nonna Lucia,  
La cui lontananza mai è stata assenza*



## Table des abréviations

<b>art.</b>	Article
<b>Ass. Plén.</b>	Assemblée Plénière de la Cour de Cassation
<b>Bull. Civ.</b>	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation : Chambres civiles
<b>Bull. Joly</b>	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
<b>Cass. Civ.</b>	Corte di Cassazione civile
<b>c.c. fr.</b>	Code civil français
<b>c.c. it.</b>	Code civil italien
<b>Civ.</b>	Chambre civile de la Cour de cassation
<b>Com.</b>	Chambre commerciale de la Cour de cassation
<b>D.</b>	Recueil Dalloz
<b>D.H.</b>	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
<b>Dr. et patr.</b>	Droit et patrimoine
<b>Éd.</b>	Édition
<b>Enc. Dir.</b>	Enciclopedia del diritto
<b>Foro it.</b>	Foro italiano
<b>Giur it.</b>	Rivista Giurisprudenza italiana
<b>in</b>	Dans
<b>JCP</b>	Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)
<b>JCP G</b>	Juris-Classeur périodique, édition Générale
<b>LGDJ</b>	Librairie Générale de droit et de Jurisprudence
<b>obs.</b>	Observations
<b>op. cit.</b>	Ouvrage cité
<b>p.</b>	Page
<b>P.U.F.</b>	Presses Universitaires de France
<b>r.d.</b>	Regio Decreto
<b>Resp. civ. e prev.</b>	Responsabilità civile e previdenza
<b>RDC</b>	Revue des contrats
<b>RID comp.</b>	Revue internationale de droit comparé
<b>Riv.</b>	Rivista
<b>Riv.Tri.Dir.Proc.Civ</b>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<b>RTD civ.</b>	Revue trimestrielle de droit civil
<b>RTD comm.</b>	Revue trimestrielle de droit commercial
<b>S.</b>	Sirey
<b>s.</b>	Suivants
<b>Sez.</b>	Sezione della Corte di Cassazione
<b>spéc.</b>	Spécialement
<b>t.</b>	Tome
<b>trad.</b>	Traduction
<b>V.</b>	Voire
<b>Vol.</b>	Volume



# TABLE DES MATIÈRES

<b>Introduction</b> .....	11
<b>Première Partie – La nature incertaine de la responsabilité précontractuelle</b> .....	21
<b>Titre I – Les différentes hypothèses donnant lieu à responsabilité précontractuelle</b> .....	21
<b>Chapitre I : La responsabilité en cas d'échec de la négociation</b> .....	21
<b>Chapitre II : La responsabilité en cas de conclusion du contrat</b> .....	27
<b>Titre II – La nature controversée de la responsabilité précontractuelle</b> .....	32
<b>Chapitre I : Les termes du débat</b> .....	33
<b>Chapitre II : Les enjeux du débat</b> .....	39
<b>Seconde partie – La nature de la responsabilité précontractuelle et des précisions sur les contours de l'obligation</b> .....	50
<b>Titre I – Les faiblesses de la thèse délictuelle</b> .....	50
<b>Chapitre I : « Pas de contrat, pas de responsabilité contractuelle »</b> .....	50
<b>Chapitre II : Une conception erronée de l'obligation au soutien de la thèse délictuelle</b> ...	54
<b>Titre II – Les honneurs de la thèse contractuelle</b> .....	60
<b>Chapitre I : Une consécration prudente de la thèse contractuelle en droit italien</b> .....	60
<b>Chapitre II : La souhaitable confirmation en droit italien</b> .....	64
<b>Conclusion</b> .....	69
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	71



## Introduction

### §1 - Définition de la notion de « pourparlers précontractuels »

Le contrat, en tant qu'accord de volontés, peut se former par la rencontre « *coup de foudre* » d'une offre et d'une acceptation, comme si celles-ci étaient deux entités définies une fois pour toutes<sup>1</sup>. Cette image correspond bien à une partie de la vie contractuelle (contrats de la vie courante, contrats d'adhésion), mais elle ne représente pas l'autre partie, où l'importance des intérêts en jeu fait que la maturation des volontés concordantes est un processus laborieux et que de la « *conception instantanéiste* » de la formation du consentement<sup>2</sup> on passe à une conception où le consentement résulterait d'un dialogue entre les partenaires pendant une phase antérieure.

Pourparlers précontractuels, période précontractuelle, négociations, processus de formation du contrat : ce sont tous des termes utilisés indifféremment pour indiquer la même chose, notamment la période d'exploration, des tâtonnements, des propositions et des contrepropositions, qui précède la conclusion du contrat projeté par les négociateurs. Mais ce serait réducteur de caractériser les pourparlers précontractuels juste sur le plan chronologique ; comme tout ce qui y est fait tend vers le contrat, les pourparlers ne sont pas seulement ce qui est « *avant-le-contrat* », mais aussi « *le contrat en train de se faire* ».<sup>3</sup>

Ce processus d'élaboration de la volonté contractuelle, suivant l'une des premières expositions en la matière<sup>4</sup>, se déroule en trois phases : la première est celle des négociations préliminaires, caractérisées par des offres et acceptations successives et des accords multiples portant sur des éléments du projet d'ensemble visé par les parties ; la deuxième est la phase d'expectative, pendant laquelle, les points principaux du contrat projeté étant fixés, les négociations s'arrêtent et l'une d'entre elles se charge de formuler et d'adresser à l'autre une proposition définitive, c'est-à-dire l'offre, dont l'émission caractérise la troisième phase. Ainsi dégagées, les pourparlers précontractuels peuvent présenter une physionomie différente selon que ce soient instaurées des relations purement informelles ou des relations formalisées par le recours à des « formes contractuelles de pourparlers »<sup>5</sup>, qui, à leur tour, selon la systématisation de Ghestin, se distinguent entre avant-contrats (pacte de préférence et

---

<sup>1</sup> J.-M. Mousseron, « La durée dans la formation du contrat » in Études A. Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p.509 et s., spéc. 509 ; A. Rieg, « La punctuation, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », in Études A. Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p.593 et s., spéc. p. 593

<sup>2</sup> J.-M. Mousseron, *op. cit.*, spéc. p.509

<sup>3</sup> O. Deshayes, « Avant-propos », in L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats, Collection CEPRISCA, Puf, 2007, p.7 et s., spéc. p.9

<sup>4</sup> R. Saleilles, « De la responsabilité précontractuelle, A propos d'une étude nouvelle sur la matière », RTD Civ., 1907, p.697 et s., où l'étude fait par Faggella est présenté.

<sup>5</sup> J.-M. Mousseron, *op. cit.*

promesses de contrat) et accords de négociations, et au sein de ces derniers, entre accords relatifs aux modalités de négociation (les contrats de négociation ou accords préparatoires ou contrats temporaires) et accords relatifs au contenu de la négociation (les accords de principe, la *punctation*)<sup>6</sup>, qui viennent jaloner la route des négociations en montrant comment celles-ci « supposent un projet en préparation et qui est en perpétuel devenir »<sup>7</sup>.

L'engagement de pourparlers n'est donc pas indifférent et étranger au droit : les négociations en vue de la conclusion d'un contrat sont représentatives d'un rapport de caractère juridique qui existe dans le domaine du droit et qui est établi par les parties à partir du moment où celles-ci ont envisagé la possibilité de se lier contractuellement par une manifestation de volonté définitive et, dès lors, le droit doit s'en occuper<sup>8</sup>. Dans quelle mesure et sous quelle forme est la question qui a intéressé d'abord la doctrine, aussi bien que la jurisprudence et le législateur, qui, au fil du temps, ont consacré de plus en plus d'attention à cette période antérieure à la conclusion du contrat.

## §2 - L'évolution historique du régime des pourparlers en droit positif français et italien

### a. L'élaboration de la théorie

C'est en 1860 qu'un éminent auteur allemand, Rudolf von Jhering, consacra un travail exclusivement à ce qu'il appela *culpa in contrahendo*, un sujet entièrement nouveau qu'il aborda à partir de la présentation du problème : quelle est la valeur juridique du comportement fautif engagé pendant les négociations d'un contrat ? Plus spécifiquement, nonobstant le contrat soit vicié et donc nul, est-ce que la partie à l'origine du vice doit réparer, à cause de sa *culpa*, le dommage subi par l'autre partie, ayant fait confiance dans la validité du contrat ?<sup>9</sup>

Les situations dans lesquelles se présenteraient ces questions, auxquelles Jhering dédia les pages de son ouvrage, sont les suivantes : la première hypothèse, celle à l'origine de la réflexion, est celle où le contrat serait nul à cause de l'erreur viciant la volonté de la partie qui, ensuite, exerce l'action en

---

<sup>6</sup> J. Ghestin, G. Loiseau, Y. -M. Serinet, « Traité de droit civil, La formation du contrat », t.1, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2013, p.495 et s.

<sup>7</sup> R. Saleilles, *op. cit.*, spéc. p.707

<sup>8</sup> *Ibidem*, spéc. p.712

<sup>9</sup> R. von Jhering, « De la *culpa in contrahendo* ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », 1860, in Œuvres choisies, trad. O. de Meulenaere, t. II, Paris, 1893, spéc. p.4

nullité<sup>10</sup> ; la deuxième est celle où le contrat serait nul à cause de l'incapacité du sujet<sup>11</sup> ; la troisième, finalement, serait celle de la nullité du contrat à cause de l'incapacité de l'objet<sup>12</sup>.

Dans tous ces cas, Jhering reconnut l'existence d'un intérêt digne de protection juridique, parce que s'il est juste que le contrat soit nul, il est tout aussi nécessaire de permettre l'exercice d'une action en dommages-intérêts pour que la partie innocente, celle qui n'a pas commis la *culpa*, ne supporte pas les couts de l'imprudence, de l'inattention et de la négligence de l'adversaire. Or, exclues l'*actio legis Aquiliae* (ancêtre de l'action en responsabilité délictuelle), en l'absence du *damnum corpore corporis*, ainsi que l'*actio doli*, en l'absence du dol<sup>13</sup>, Jhering envisagea une action de nature contractuelle en dommages-intérêts pour faire valoir l'intérêt négatif<sup>14</sup>, c'est-à-dire l'intérêt à la non conclusion du contrat, afin d'obtenir la réparation du dommage conséquent à la conclusion d'un contrat ensuite déclaré nul à cause de la « *culpa commise à l'occasion d'un rapport contractuel projeté* », autrement dit, la *culpa in contrahendo*<sup>15</sup>. Mais comment justifia-t-il une telle action de nature contractuelle ? Pourquoi, donc, la responsabilité pour *culpa in contrahendo* serait une responsabilité de nature contractuelle ?

Effectivement, on devrait l'exclure dès lors que le contrat est nul, mais Jhering affirma que le contrat ne produit pas seulement l'obligation d'exécuter une prestation, effet dont la production est exclue par la nullité, mais aussi des effets accessoires, notamment l'obligation de restitution de la chose donnée et, il ajouta, l'obligation de réparer le dommage lorsque l'exécution du contrat a été empêchée par la nullité<sup>16</sup>. Au moment de la conclusion du contrat, les parties s'engageraient tacitement à en garantir la validité, de sorte que leur accord n'a pas seulement pour objet le contrat proprement dit, mais également un pacte tacite qui rend chaque partie responsable pour la nullité conséquente au vice existant dans sa personne (erreur ou incapacité) ou dans l'objet et qui lui a échappé<sup>17</sup>. Par conséquent, sans la conclusion, au moins apparente, d'un contrat, cette obligation de garantir la validité de ce dernier ne pourrait pas naître et, dès lors, même l'action en responsabilité pour *culpa in contrahendo* ne serait pas admise ; en effet, une autre situation prise en considération par Jhering est celle de la révocation de l'offre : seulement si l'offre a été rétractée après que l'acceptation ait été donnée, mais avant qu'elle soit reçue par l'auteur de l'offre, l'acceptant aura droit aux dommages-intérêts sur le

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, spéc. p.1,6,7, 64 et s.

<sup>11</sup> *Ibidem*, spéc. p.51 et s.

<sup>12</sup> *Ibidem*, spéc. p.57 et s.

<sup>13</sup> *Ibidem*, spéc. p.6, 23

<sup>14</sup> *Ibidem*, spéc. p.16 et s.

<sup>15</sup> *Ibidem*, spéc. p.8

<sup>16</sup> *Ibidem*, spéc. p.27 et s.

<sup>17</sup> *Ibidem*, spéc. p.40

fondement de la *culpa in contrahendo*, mais avant ce moment, tout dommage qu'il aurait subi doit s'imputer à lui-même<sup>18</sup> et aucune faute ne pourra être reprochée à l'autre partie.

Jhering, donc, n'envisagea cette responsabilité qu'en cas de conclusion d'un contrat, alors que tout ce qui se passe antérieurement et toute lésion de la confiance légitime engendrée par l'entrée en pourparlers ne relèveraient que du domaine extracontractuel. C'est un auteur italien, Faggella, qui, au début du XX siècle, a consacré une première étude à propos de la rupture des pourparlers qu'il définissait arbitraire, en attirant l'attention de la doctrine française, notamment de Saleilles, qui en a repris le travail et proposé en France. Selon Faggella, si la liberté demeure un *postulat juridique essentiel* pendant les négociations<sup>19</sup> et les parties, avant la conclusion du contrat, étant libres de le conclure ou de ne pas le conclure et étant le retrait des négociations un exercice légitime de cette liberté, cela ne vaut pas dire qu'il n'y ait pas de limite à l'exercice de celle-ci<sup>20</sup>. En effet, par le seul fait qu'il y ait eu l'acquiescement tacite ou exprès à l'élaboration contractuelle, il y a la nécessité pour chacune des parties d'agir conformément à ce que l'équité commerciale et la bonne foi exigent ; dès lors, si le retrait des négociations est pur et simple, autrement dit n'est pas justifié par un motif légitime, tel qu'une divergence des intérêts économiques, il contrevient à la bonne foi nécessaire aux relations contractuelles et entraîne l'engagement de la responsabilité précontractuelle<sup>21</sup>. Cette responsabilité, dont la gravité sera d'autant plus élevée que le stade des négociations sera plus avancé, ne trouve pas son fondement sur une faute ou sur l'inexécution d'une obligation contractuelle, cependant, Faggella vise une construction scientifique d'une responsabilité précontractuelle qui serait fondée sur l'idée d'une garantie qui suppose un encadrement dans la loi d'un « risque pour adhésion précontractuelle »<sup>22</sup>.

En poursuivant la démarche historique de l'appréhension de la responsabilité précontractuelle, il sera constaté que le législateur a donné suite, après un silence initial, et même si dans des termes différents, à Faggella.

#### b. Le silence du Code civil français de 1804 et du Code civil italien de 1865

L'idée d'une responsabilité à laquelle on peut s'exposer lors de la période de pourparlers précontractuels avait totalement été ignorée par le Code civil français de 1804 ; d'ailleurs, ce mutisme

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, spéc. p.40

<sup>19</sup> R. Saleilles, *op. cit.*, spéc. p.715, 716

<sup>20</sup> G. Varanese, « Leonardo Coviello, Gabriele Faggella e la *culpa in contrahendo* », *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – Studi* – n.10/2021, p.1 et s., spéc. p.10 et s.

<sup>21</sup> R. Saleilles, *op. cit.*, spéc. p.718 et s.

<sup>22</sup> R. Saleilles, *op. cit.*, spéc. p.726

du législateur était la consécration du mythe de la liberté et de l'égalité contractuelle<sup>23</sup>, ainsi que de l'idée selon laquelle, étant le contrat formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation, si vous « *supprimez l'un de ces termes, vous n'auriez absolument rien* »<sup>24</sup>. En effet, Pothier disait clairement que « *un simple pourparler n'oblige point et laisse la liberté de changer de volonté* »<sup>25</sup> et l'opinion traditionnelle suivait cette indication : avant l'acceptation il n'y a pas d'obligations, avant que le consentement se forme, le contractant n'existant pas encore, « *les parties sont, de part et d'autre, toujours libres* »<sup>26</sup> ; et même si une offre a été faite et ensuite rétractée, la doctrine (du moins en partie) excluait la possibilité que la responsabilité du pollicitant pût être engagée<sup>27</sup>.

Un tel contexte montre pourquoi le « *no man's land juridique* »<sup>28</sup> de la période précontractuelle ne méritait pas l'attention du droit positif.

De même, le Code civil italien de 1865 ne dédiait spécifiquement aucun texte à des comportements pouvant causer des dommages lors de la période précontractuelle, et, en effet, l'idée prééminente était celle suivant laquelle pendant les pourparlers aucun lien de droit ne surgit entre les parties envisageant la conclusion d'un contrat, qui ne demeure qu'une possibilité relevant du libre choix de chacune d'elles. Dès lors, nonobstant l'étude de Jhering avait commencé à attirer l'attention de la doctrine italienne, aucune reconnaissance ou protection particulière était donnée par le code civil à la confiance légitime qu'un négociateur pouvait avoir dans la future conclusion d'un contrat, parce que, comme disait Coviello, il ne faut pas faire dire au code ce que le législateur n'a jamais imaginé de dire, et sous l'empire du Code civil de 1865, si on engageait des négociations, on le faisait à nos risques et périls<sup>29</sup>.

Toutefois, sous l'influence des contributions de la doctrine du début du XXe siècle, nonobstant le silence normatif, la jurisprudence soit française soit italienne a commencé à envisager des hypothèses de responsabilité pour des fautes commises antérieurement à l'existence de tout contrat. Si pour un premier arrêt de la Cour de cassation il a fallu attendre jusqu'en 1972, cela ne vaut pas dire que les juges du fond n'étaient pas déjà en train de préparer le terrain pour la reconnaissance d'une responsabilité pour violation de la bonne foi lors des pourparlers. En effet, en matière de

---

<sup>23</sup> D. Mazeaud, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in Mélanges J. Ghestin, LGDJ 2001, p.637 et s.

<sup>24</sup> L. Larombière, « Théorie et pratique des obligations », t. I, Paris, 1857, spéc. p.6

<sup>25</sup> R.-J. Pothier, « Traité du contrat de vente », in Œuvres complètes de Pothier, t. III, Paris, 1821, spéc. p.25

<sup>26</sup> C. Demolombe, « Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général », t. I, Paris, 1868, spéc. p.57

<sup>27</sup> F. Laurent, « Principes de droit civil français », t. XV, Bruxelles-Paris, 1878, spéc. p. 553 et s. ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, « Traité théorique et pratique de droit civil, 7. Des obligations », t. I, Paris, 1897, spéc. p.37

<sup>28</sup> D. Mazeaud, « La genèse du contrat, un régime de liberté surveillée », Revue Droit et Patrimoine, 1996, p.44 et s.

<sup>29</sup> E. Calzolaio, « La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Profili comparatistici », Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., fasc.4, 2017, p.1301 et s. ; G. Varanese, « Leonardo Coviello, Gabriele Faggella e la *culpa in contrahendo* », Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – Studi – n.10/2021, à propos de l'ouvrage de L. Coviello, « Della cosiddetta *culpa in contrahendo* », in Filangieri, XXV, 1900, p. 721 et s.

rétractation d'une offre, si la Cour d'appel de Pau avait dit que l'offre de vente n'emportait pas la formation d'un lien de droit entre les parties puisqu'on était en simples pourparlers préliminaires d'un contrat<sup>30</sup>, la Cour d'appel de Rennes a ensuite admis que des dommages-intérêts pour le préjudice acquis sont dus si l'intention de négocier a été manifestée par une partie sans y donner suite vraiment, en faisant « *miroiter aux yeux de l'autre l'espérance d'une convention* » et, ensuite, en se refusant de la réaliser « *par caprice* »<sup>31</sup>.

En Italie, la Corte di Cassazione, en anticipant l'introduction dans le nouveau Code civil de 1942 de l'obligation de bonne foi précontractuelle, ainsi que l'arrêt du 20 mars 1972 de la Cour de cassation française sur la rupture fautive des pourparlers, déjà en 1925 affirmait qu'une telle rupture, non justifiée par un motif légitime, emporte l'obligation de rembourser les dépenses effectuées par l'autre partie dès lors que, même si l'auteur de la rupture ne s'était pas engagé à la conclusion d'un contrat, en décidant de négocier, il s'était engagé à tout le moins à mener des négociations jusqu'au moment où un motif légitime aurait empêché de parvenir à un accord<sup>32</sup>. La Corte di Cassazione, de manière générale, avait commencé à reconnaître que les parties s'engagent à mener les négociations suivant l'*ordinaria diligenza*, à spécifier selon la nature de l'affaire, les parties et la pratique usuelle, et que si ce n'était pas le cas, cette violation aurait emporté l'obligation de rembourser les pertes subies par la partie diligente à cause de la rupture des pourparlers<sup>33</sup>. En tout état de cause, la jurisprudence de la Corte di Cassazione ne laissait entrevoir aucune doute sur la nature extracontractuelle de cette responsabilité, ce qui était réaffirmé par la doctrine de l'époque.

### c. La consécration de la responsabilité précontractuelle

En suivant l'ordre chronologique de l'appréhension de la responsabilité précontractuelle dans les deux pays, c'est le Code civil italien de 1942 qui, en premier, a consacré des textes exclusivement afin d'aménager un régime (malgré partiel) encadrant la relation entre les parties pendant le processus de formation du contrat. En particulier, le législateur, avec l'art. 1337 c.c. it., a entendu prévoir de

---

<sup>30</sup> Pau, 16 janvier 1901, D.H. 1901, p.136, note M. Planiol

<sup>31</sup> Rennes, 8 juillet 1929, D.H. 1929, p.548.

<sup>32</sup> G. Varanese, « Leonardo Coviello, Gabriele Faggella e la *culpa in contrahendo* », Ann. della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – Studi – n.10/2021, à propos de l'arrêt Cass. 6 febbraio 1925 : « *la parte che, senza giustificato motivo, receda dalle trattative precontrattuali deve risarcire l'altra parte delle spese incontrate, dovendosi intendere che il consenso a trattare per la conclusione di un contratto comporti l'impegno, se non a concludere il contratto definitivo, certo a non recedere senza giustificato motivo* ».

<sup>33</sup> Cass. 10 luglio 1936, n.2441, Foro it., 1936, I, p. 1262 : « [...] *non è meno vero che nelle fasi preparatorie le parti debbano comportarsi con l'ordinaria diligenza, quale è quella che va esplicita in rapporto alla natura particolare dell'affare, alle persone ed alla pratica usuale; onde, ove questa non venisse prestata, risponderebbero dei danni, i quali non sono quelli dipendenti dall'inadempimento (cioè gli utili che sarebbero derivati dal contratto), perché in tal caso sarebbero danni contrattuali, ma le perdite che la parte che non è in colpa ha sofferto per le assicurazioni avute che il contratto si sarebbe concluso* ».

manière générale l'obligation de bonne foi<sup>34</sup>, qui doit servir de base de comportement pendant les pourparlers et pendant la formation du contrat, et, avec l'art.1338 c.c. it., imposer de manière spécifique une obligation d'information précontractuelle à la partie connaissant ou devant connaître une cause d'invalidité du contrat<sup>35</sup>, qui, si violée, débouche sur une responsabilité *in contrahendo*<sup>36</sup>. Ce deuxième texte, dès lors, trouvera application lorsqu'un contrat a été conclu, mais en présence d'un vice en affectant la validité. Toutefois, en tant que simple déclinaison de l'art.1337 c.c. it., il en partage la *ratio* : la protection de la confiance légitime placée, d'une part, dans la loyauté du comportement tenu par l'autre partie pendant les négociations et, d'autre part, dans la validité du contrat conclu. Comme il a été expliqué par Mengoni, il s'agit de protéger chaque partie envers l'autre parce que, à cause de la relation instaurée par les négociations, chacune d'entre elles peut subir une ingérence dommageable dans sa propre sphère juridique qu'autrement elles ne pourraient pas subir<sup>37</sup>. Toutefois, malgré la consécration dans la loi de la responsabilité précontractuelle et l'encadrement de la relation instaurée avec les négociations dans un rapport obligatoire<sup>38</sup>, la question demeure quant à la nature de cette responsabilité, pouvant être reconduite soit à l'art.2043 c.c. it. en tant que *species* du *genus* de la responsabilité délictuelle, soit à l'art.1218 c.c. it. en tant que responsabilité contractuelle<sup>39</sup>.

Pendant cette période de codification en Italie, c'est à l'esprit d'imagination de la Cour de cassation française qu'est revenue la charge d'élaborer un régime en la matière, afin de passer « *d'un état de léthargie à un état de construction aboutie* »<sup>40</sup>. Dans un arrêt de 1969, la Cour d'appel de Pau avait écarté la responsabilité pour ne pas avoir donné suite à des pourparlers et pour avoir contracté avec un tiers, dès lors que pour qu'il y ait responsabilité, il faut une faute patente, indiscutable<sup>41</sup>. La porte était donc ouverte pour la reconnaissance d'une responsabilité pour faute *in contrahendo*, et, en effet, l'affirmation, pour une première fois, par la Cour de cassation n'a pas tardé à arriver : avec un arrêt du 20 mars 1972 a été admis, sur le fondement délictuel, la responsabilité d'une société pour

---

<sup>34</sup> La bonne foi de l'art.1337 c.c. doit s'entendre de bonne foi « objective » en tant que règle de conduite et de comportement et non pas de bonne foi « subjective », en tant qu'ignorance de léser le droit d'autrui.

<sup>35</sup> Nonobstant le texte fasse exclusivement référence aux « causes d'invalidité du contrat », la jurisprudence a adopté une interprétation extensive de la notion pour y comprendre également les causes d'inefficacité du contrat.

<sup>36</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, n.612

<sup>37</sup> L. Mengoni, « Sulla natura della responsabilità precontrattuale », in Riv. dir. comm. 1956, II, p.360 et s., aujourd'hui in C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Scritti. II. Obbligazioni e negozio, Milano, 2011, p.267 et s., spéc. p.272

<sup>38</sup> *Ibidem*, spéc. p. 272 : selon l'Auteur, lorsqu'une norme juridique assujettit le déroulement d'une relation sociale à l'impératif de la bonne foi, cela vaut dire que cette relation s'est transformée en un rapport obligatoire dont le contenu devra être spécifié en fonction de la bonne foi.

<sup>39</sup> Sur le terme nous y reviendront : il s'agit, en effet, d'une synecdoque, dès lors qu'il serait plus approprié de parler de responsabilité pour manquement à une obligation.

<sup>40</sup> O. Deshayes, « La rupture des pourparlers », Petites affiches, 2008, n.203, p.4

<sup>41</sup> Pau, 14 janv. 1969, D. 1969.716 : « *on ne saurait, en conséquence, sans porter gravement atteinte à la liberté individuelle et à la sécurité commerciale, admettre à la légère qu'un commerçant puisse être responsable, pour avoir traité avec un concurrent : que la faute in contrahendo, en d'autres termes, doit être une faute patente, indiscutable* ».

avoir rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement les pourparlers avancés qu'elle entretenait avec son partenaire<sup>42</sup>. À partir de là, la jurisprudence a dégagé une certaine éthique précontractuelle servant de contrepoids à la liberté de contracter ou de ne pas contracter, afin de protéger la confiance légitime faite naître chez les partenaires, alliée de la sécurité juridique<sup>43</sup>.

Dans cet état, malgré l'absence de doute de la jurisprudence sur la nature délictuelle de la responsabilité, la période précontractuelle, affligée par cette dualité liberté-sécurité, demeurait une période de « mystères et paradoxes »<sup>44</sup>.

#### d. L'évolution récente dans le droit positif

En 2016, deux importants événements ont donné une impulsion à l'appréhension de la responsabilité précontractuelle dans le droit français ainsi que dans le droit italien.

D'abord, l'ordonnance du 10 février 2016, en consacrant ou infirmant les solutions dégagées par la jurisprudence, a introduit dans le Code civil une réglementation de la phase de négociation du contrat, qui aujourd'hui relève des articles 1112 et suivants du Code civil. En particulier, l'art. 1112 c.c. fr. pose le principe et la limite qui doivent régir les pourparlers : respectivement, la liberté dans l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations, et la bonne foi, qui, visant de la même manière les trois dimensions de la négociation, impose aux parties de négocier loyalement<sup>45</sup>. Une hypothèse de déloyauté est expressément visée par l'art. 1112-2 c.c. fr. : il s'agit de la violation de la double obligation de « réserve et de discrétion » à protection des informations confidentielles échangées lors des pourparlers<sup>46</sup>. En tout état de cause, il ne faut pas croire que les hypothèses de comportement déloyal soient épuisées par ce dernier texte<sup>47</sup> ; ainsi, sur le fondement de l'obligation de contracter de bonne foi, l'art. 1112-1 c.c. fr. a généralisé l'obligation d'information en imposant à celui qui connaît une information déterminante du consentement de l'autre de la lui révéler<sup>48</sup>.

Dès lors, dans le cas où le comportement de l'un des aspirants cocontractants serait contraire à la bonne foi, dont l'illustration principale est le cas de rupture abusive des pourparlers, dans le cas de manquement à l'obligation d'information ou à l'obligation de confidentialité, et voici la responsabilité

---

<sup>42</sup> Com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, JCP G 1973, II, 17543, note J. Schmidt

<sup>43</sup> D. Mazeaud, « L'éthique précontractuelle », obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1998, n.95-19199, Defrénois, n.11, p.741 et s.

<sup>44</sup> D. Mazeaud, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », Mélanges J. Ghestin, LGDJ 2001, p.637 et s.

<sup>45</sup> Riom, 10 juin 1992, où il a été affirmé que : « Si la liberté est de principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment les pourparlers, il n'en est pas moins vrai que, lorsque ces derniers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure et, partant, pour l'inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive, cause un préjudice et donne lieu à réparation »

<sup>46</sup> P. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats », œuvre collective sous la direction de P. Le Tourneau, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2021, p.1193, où est citée la formule utilisée in Paris, 1 févr. 1989 RG n°87/4703

<sup>47</sup> S. Pellet, « Négociations et avant-contrat », in La réforme du droit des contrats en pratique, Dalloz, 2017, p.25 et s., spéc. p.27

<sup>48</sup> G. Cattalano-Cloarec, « Obligation d'information et réticence dolosive », in La réforme du droit des contrats en pratique, Dalloz, 2017, p.38 et s.

précontractuelle, des dommages-intérêts paramétrés sur l'intérêt négatif seront dus (art. 1112, al.2 c.c. fr.) et, le cas échéant, l'annulation du contrat pourra s'ajouter lorsque la violation de l'obligation d'information caractérise le dol, vice du consentement (art. 1112-1, al.6 c.c. fr.).

En Italie, dans la même année de la réforme française, la Corte di Cassazione, en suivant la thèse contractualiste défendue par une éminente partie de la doctrine<sup>49</sup>, a qualifié comme contractuelle la responsabilité précontractuelle, contrairement au courant jusque-là majoritairement suivi par la jurisprudence : lorsque des négociations sont engagées, les partenaires constituent un *contact social qualificato* (dont les pourparlers représentent la principale concrétisation) caractérisé par une structure obligatoire de nature légale, à la différence des différentes hypothèses donnant lieu à responsabilité délictuelle, et dont la violation entraîne une responsabilité pour manquement à une obligation, autrement dit, selon l'appellation que lui est classiquement donnée, une responsabilité contractuelle<sup>50</sup>.

Le parcours évolutif de la responsabilité précontractuelle dans le droit italien et dans le droit français ayant suivi les mêmes étapes (configuration de la part de la doctrine, élaboration jurisprudentielle d'un régime, consécration par le législateur et définition de la nature par la jurisprudence), il est intéressant de s'interroger sur la possibilité que la Cour de cassation française suive la thèse contractuelle ainsi définie par la doctrine italienne et par les arrêts récents de la Corte di Cassazione, étant donné que non seulement les textes du Code civil italien et du Code civil français sont aujourd'hui tout à fait similaires, mais aussi que la thèse sur la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle était, de la même manière qu'elle l'a toujours été en France, absolument majoritaire.

### §3 – Un rapport entre la faute délictuelle et le contrat : la délimitation du sujet

« Il y a une *zone de turbulence* à la frontière entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, dans laquelle des hypothèses diverses de dommage confluent »<sup>51</sup>. Avec cette phrase Castronovo encadrerait la problématique de l'obligation sans prestation, et, avec elle, de la responsabilité précontractuelle. Cette forme de responsabilité n'est pas aisément qualifiable à cause du rapport dans lequel elle trouve origine, c'est-à-dire le rapport qui est créé entre deux personnes lors de la période précontractuelle : il n'y a pas encore de lien contractuel, mais on ne peut pas nier qu'une relation existe et que cette relation soit qualifiée, notamment, par l'existence d'une obligation

---

<sup>49</sup> Notamment, L. Mengoni « Sulla natura della responsabilità precontrattuale », *op. cit.*

<sup>50</sup> Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188 : « [...] il proprio della responsabilità contrattuale non sia più costituito dalla violazione di una pretesa di adempimento, bensì dalla lesione arrecata ad una relazione qualificata tra soggetti ».

<sup>51</sup> C. Castronovo, « Tra contratto e torto. L'obbligazione senza prestazione », in *La nuova responsabilità civile*, 3<sup>ème</sup> éd., 2006, Giuffrè, p.443 et s.

de contracter de bonne foi, laquelle trouve sa *ratio* dans l'exigence d'assurer une protection aux parties en train de négocier et, en particulier, à leur confiance dans le comportement loyal du partenaire. Ainsi, la responsabilité qui serait engagée à la suite de la violation de cette obligation de bonne foi précontractuelle, présente le problème de son correct encadrement dogmatique, autrement dit, le problème de sa nature : d'un côté, l'attribution de la nature contractuelle pourrait sembler une exagération, mais de l'autre côté, la reconnaissance de la nature délictuelle pourrait paraître un appauvrissement<sup>52</sup>.

Lesdites incertitudes relatives à la nature de la responsabilité précontractuelle amènent à une réflexion sur les arguments invoqués pour soutenir l'une et l'autre thèse, celle contractuelle et celle délictuelle. Dès lors, à partir de la constatation du similaire développement historique de la période précontractuelle dans le droit français et dans le droit italien, ainsi qu'à partir d'une présentation des différentes hypothèses dans lesquels les deux droits admettent l'engagement de la responsabilité précontractuelle, la question se pose de savoir si, à la lumière de la récente affirmation de la nature contractuelle par la Corte di Cassazione italienne, le droit français pourrait accueillir et suivre la même élaboration théorique, surtout maintenant que, à la suite de la réforme du Code civil de 2016, l'obligation de contracter de bonne foi a été consacrée, en donnant un nouvel fondement à cette responsabilité.

#### §4 - Présentation du plan d'étude

La question portant sur la nature douteuse de la responsabilité précontractuelle exige d'être traitée dans deux parties : en particulier, dans une première partie il conviendra d'envisager les différentes hypothèses pouvant donner lieu à responsabilité précontractuelle et d'exposer les thèses soutenues par la doctrine et adoptées par la jurisprudence, afin de montrer la variété d'interprétations possible de la période précontractuelle et de la responsabilité qui peut être engagée en cas de violation de la règle de comportement qui la domine, dès lors que, selon la thèse suivie, différentes seront les règles qui devront être appliquées (Première Partie). Successivement, notre objectif sera de présenter les arguments utilisés pour soutenir l'une et l'autre thèse majoritaire, à savoir, celle contractuelle et celle extracontractuelle, afin d'arriver à donner des précisions sur les caractères qui, nous croyons, doivent être adoptés pour qualifier l'obligation d'un côté et le devoir générique de *neminem laedere* de l'autre (Seconde Partie).

---

<sup>52</sup> C. Castronovo, *op. cit.*, spéc. p.444

## **Première Partie – La nature incertaine de la responsabilité précontractuelle**

Dans cette première partie, il convient d'envisager d'abord les différentes hypothèses qui peuvent donner lieu à responsabilité précontractuelle (Titre I), et ensuite les différences de régimes entre les deux responsabilités, contractuelle et délictuelle, afin de dégager des enjeux du débat (Titre II).

### **Titre I – Les différentes hypothèses donnant lieu à responsabilité précontractuelle**

Selon le conseiller Faggella, la période précontractuelle se diviserait en trois phases : les négociations préliminaires, l'élaboration d'une offre sur la base des résultats de la première phase, et l'émission de l'offre proprement dite jusqu'à la conclusion du contrat. En précisant cette répartition des négociations, Saleilles soutient qu'en réalité la deuxième phase se confondrait avec la première et la troisième<sup>53</sup>, de sorte qu'il n'en resteraient que deux séparées par la proposition de l'offre et c'est cette structure qui sera adoptée en tant que référence : dans un premier temps, nous aborderons la responsabilité précontractuelle qui peut être engagée pour ce qui s'est passé avant la proposition de l'offre conclusive (Chapitre I) ; dans un second temps, en revanche, pour ce qui s'est passé après (Chapitre II).

#### **Chapitre I : La responsabilité en cas d'échec de la négociation**

Si la violation de la règle de bonne foi permet d'engager la responsabilité précontractuelle, il n'en demeure pas moins que cette responsabilité aura une nature différente selon que les parties aient formalisé les négociations (Section 2) ou qu'elles ne l'aient pas fait (Section 1).

##### **Section 1 : En l'absence de formes contractuelles de négociation**

Le droit français et le droit italien consacrent, le premier explicitement, le deuxième implicitement, le principe de la liberté contractuelle : le seul fait d'engager des pourparlers n'engage pas aussi à aboutir. Mais ce n'est pas pour autant une liberté absolue. Ainsi, entamer et poursuivre des négociations sans communiquer la nécessité de recourir à un prêt et la non-obtention de ceci<sup>54</sup> ;

---

<sup>53</sup> R. Saleilles, *op. cit.*, spéc. p.708

<sup>54</sup> D. Mazeaud, « L'éthique précontractuelle », obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1998, n.95-19199, *op. cit.*

prolonger au-delà d'une limite raisonnable les pourparlers pour un intérêt personnel et donner trop de chance de conclure l'acte envisagé alors que l'on connaît l'incapacité financière du partenaire de faire face à cet engagement, en contribuant ainsi à aggraver sa situation<sup>55</sup> ; mener des pourparlers sur la base d'un prix exagéré par rapport à celui jusqu'à la envisagé et parallèlement négocier avec d'autres pour la même chose mais à un prix nettement inférieur<sup>56</sup> ; rompre sans raison légitime, brutalement et unilatéralement des pourparlers avancés<sup>57</sup>. Dans tous ces cas, la responsabilité précontractuelle a été caractérisée par la Cour de cassation dès lors que l'un des partenaires avait agi de mauvaise foi, en commettant une faute *in contrahendo* patente, indiscutable<sup>58</sup> et en causant un dommage à l'autre.

En plaçant la période précontractuelle sous le double signe de la liberté et de la bonne foi, étant la mauvaise foi et la déloyauté l'archétype de la faute précontractuelle<sup>59</sup>, la réforme du droit des obligations de 2016 a consacré dans le Code civil l'état de droit antérieurement défini par la jurisprudence. En effet, l'art.1104 c.c. fr. et l'art.1112 c.c. fr., prévoient l'obligation d'exécuter mais aussi de négocier et de conclure le contrat en respectant la bonne foi : il s'agit d'une clause générale, une notion à contenu plastique, autrement dit, une notion adaptée au cas par cas<sup>60</sup>, permettant aux juges d'intervenir *a posteriori* au nom de l'éthique précontractuelle pour sanctionner les comportements qui, en tant que contraires à la bonne foi, ont trompé la croyance légitime du partenaire en la conclusion du contrat projeté pendant les pourparlers<sup>61</sup>.

La variété de cas à l'origine de cette responsabilité constatée, sans prétention d'exhaustivité, dans la jurisprudence de la Cour de cassation française est bien résumée par ce qui est dit par la Corte di Cassazione italienne qui, sur le fondement de la même clause générale de bonne foi que celle française, prévue par l'art.1337 c.c. it., selon lequel « les parties, dans le déroulement des pourparlers et dans la formation du contrat, doivent se comporter de bonne foi »<sup>62</sup>, affirme que le contenu de cette règle ne peut pas être déterminé *a priori* de manière précise et qu'elle implique que les parties doivent

---

<sup>55</sup> J. Mestre, « D'une prolongation fautive des pourparlers », obs. sous Com. 22 févr. 1994, Bull. Civ. IV, n°72, RTD civ. 1994.850

<sup>56</sup> J. Mestre, « Rupture des pourparlers : un défaut de réponse à conclusions qui conduit à s'interroger », obs. sous Civ. 2ème, 4 juin 1997, n°95-10.574, RTD Civ. 1997.921 : en tout état de cause, il est précisé que mener des pourparlers parallèles ne constitue pas, de manière générale, une faute précontractuelle, v. Versailles, 5 mars 1992, Bull. Joly 1992.636, note J. Schmidt

<sup>57</sup> Com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, JCP G 1973, II, 17543, note J. Schmidt

<sup>58</sup> Pau, 14 janvier 1969, D. 1969.716

<sup>59</sup> J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français » ; RID comp., Vol.42, n°2, 1990, p.545 et s., spéc. p.550

<sup>60</sup> A. Benabent, « Droit des obligations », Précis Domat, 19ème éd., 2021

<sup>61</sup> E. Juen, « La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle », Thèse, LGDJ, 2016, spéc. p.283

<sup>62</sup> Art. 1337 c.c. it. : « *Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buon fede* ».

négocier loyalement en s'abstenant de tout comportement trompeur de la confiance légitime du partenaire dans la conclusion du contrat<sup>63</sup>.

Traditionnellement, en France comme en Italie (sauf pour la récente prise de position contraire de la Corte di Cassazione), ces hypothèses de responsabilité précontractuelle ont été qualifiées de délictuelle, mais cette qualification diffère lorsque les parties ont décidé de faire recours à des formes contractuelles de pourparlers.

## Section 2 : En présence de formes contractuelles de pourparlers

Lorsque les parties ont jalonné le processus de formation du contrat avec des « formes contractuelles de pourparlers », la responsabilité qui peut être engagée en cas de mauvaise foi et notamment, en cas de rupture abusive des pourparlers, a toujours le même fondement, c'est-à-dire l'art.1337 c.c. it. et l'art.1112 c.c. fr. Toutefois, sa nature devient contractuelle dès lors que le comportement de mauvaise foi intègre la violation d'un accord relatif à la négociation en droit français (A) ou des « *puntuazioni vincolanti* » (punctations contraignantes) en droit italien (B).

### A) La contractualisation des pourparlers en droit français

Les parties peuvent décider de formaliser les négociations par des « formes contractuelles de pourparlers » ou « contrats préalables »<sup>64</sup>, à distinguer des avant-contrats, tels que les promesses unilatérales ou synallagmatiques de contracter et les pactes de préférence, qui, contrairement aux premiers, sont des figures juridiques aux contours bien définis par la loi qui font naître pour le bénéficiaire un droit potestatif à la conclusion du contrat définitif<sup>65</sup>, raison pour laquelle ils sortent du domaine de la responsabilité précontractuelle. En revanche, les parties peuvent faire recours à des accords de négociations (1) ou à des accords de principe (2), dont la violation ne permet que d'engager la responsabilité de l'auteur de celle-ci.

---

<sup>63</sup> Récemment, Cass. Civ., Sez. II, 21 luglio 2020, n.15488 : « *La regola posta dall'art.1337 [...] ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica – nella prospettiva del raggiungimento dell'accordo finale – il dovere delle parti di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti fuorvianti e fornendosi [...]* » ; Cass. Civ., Sez. III, 26 feb. 2013, n.4802 : « *Affinché possa configurarsi responsabilità precontrattuale è necessario che tra le parti siano in corso trattative che [...] siano giunte ad uno stato idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto* ».

<sup>64</sup> J.-M. Mousseron, « La durée dans la formation du contrat », in Études A. Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p.509 et s.

<sup>65</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, « Droit civil, Les obligations », Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2019, p.282 et s. ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y. -M. Serinet, « Traité de droit civil, La formation du contrat », t.1, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2013, p.495 et s. ; S. Pellet, « Négociations et avant-contrat », in La réforme du droit des contrats en pratique, Dalloz, 2017, p.25 et s., spéc. 26

Si les pourparlers peuvent être conçus comme un moyen de parvenir dans des bonnes conditions à la conclusion du contrat définitif, il est encouragé de passer des accords préliminaires encadrant la négociation afin de régler, par avance, des questions qu'elle pourrait poser<sup>66</sup> et pour pouvoir, ainsi, augmenter les chances de parvenir à la conclusion du contrat<sup>67</sup>. Il s'agit de ce que Ghestin appelle « accords de négociation », auxquels le code ne fait pas allusion, ayant pour objet de définir les droits et les obligations des parties au cours des négociations ainsi qu'en cas de leur échec<sup>68</sup>. Par exemple, en vertu de la liberté contractuelle, les parties peuvent décider de régler les délais, les formes et les lieux de la négociation, de stipuler une clause d'exclusivité<sup>69</sup>, de prévoir qui doit se charger du coût des études<sup>70</sup> ainsi que des clauses limitant la responsabilité en cas de rupture des pourparlers au bénéfice de l'une des parties et la prise en charge financière pour l'autre<sup>71</sup>. Lorsque les négociations ne devraient pas aboutir, suite à la rupture injustifiée ou à la violation des obligations naissant de l'accord de négociation, si ce dernier ne règle pas les conséquences de l'échec, la responsabilité que l'on peut engager est de nature contractuelle<sup>72</sup>.

Il en va de même lorsque, au début des négociations ou avant que tous les éléments essentiels du contrat envisagé soient définis<sup>73</sup>, les parties ont stipulé un accord de principe. Cette « forme contractuelle de pourparlers », sans impliquer le succès des négociations, « matérialise avec une rassurante confiance la volonté des parties de parvenir à la conclusion d'un contrat »<sup>74</sup>. Il s'agit de l'engagement contractuel d'entamer une négociation ou de poursuivre celle en cours de bonne foi, afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat, dont l'objet n'est déterminé que de façon partielle : les parties seront liées par deux obligations : une obligation de résultat, qui est celle d'engager les négociations suivant l'objet indiqué dans l'accord, et une obligation de moyens, qui est celle de mener ces négociations de bonne foi<sup>75</sup>. En outre, si les parties sont déjà d'accord sur des points du futur contrat, elles s'engagent à ne pas les remettre en cause pour que les négociations concerne

---

<sup>66</sup> J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français », *op. cit.*, spéc. p.560

<sup>67</sup> S. Pellet, « Négociations et avant-contrat », *op. cit.*, spéc. p.28

<sup>68</sup> J. Ghestin, « La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers », in Mélanges G. Viney, LGDJ, Lextenso éd., 2008, p.455 et s., spéc. p. 462 ; J.-M. Mousseron, *op. cit.*, qui les appelle « *contrats temporaires* ».

<sup>69</sup> Versailles, 5 mars 1992, Bull. Joly 1992.636, note J. Schmidt ; RTD civ. 1992.752, obs. J. Mestre : « Des négociations parallèles au projet commun ».

<sup>70</sup> En principe, sauf en cas de rupture abusive, en l'absence de clause à cet égard, le coût des études est supporté par la partie qui les a effectués ; toutefois, il y a des décisions estimant que l'échec des négociations emporte le partage égalitaire des frais engagés, v. Paris 24 sept. 1991, RTD civ. 1992.752 obs. J. Mestre

<sup>71</sup> J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français », *op. cit.*, spéc. p.562 ; J. Ghestin, « La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers », *op. cit.*, spéc. p.463

<sup>72</sup> *Ibidem*

<sup>73</sup> J. Mestre, « Mais, même si l'accord ne se fait pas, gare à une rupture déloyale des pourparlers », obs. sous Versailles, 21 sept. 1995, RTD civ. 1996.145

<sup>74</sup> J. Mestre et B. Fages, « Deux accords de principe », obs. sous Com. 2 juillet 2012, n°00-13-459 et Paris, 7 nov. 2002, RTD civ. 2003.76 : « *Il s'agit d'un engagement de négocier sans obligation d'aboutir* »

<sup>75</sup> J. Ghestin, *op. cit.*, spéc. p.458 ; J. Schmidt, *op. cit.*, spéc. p.560

exclusivement les points qui, en revanche, n'ont pas encore fait l'objet d'un accord. Dans ce cas, l'accord de principe peut être également qualifié d'accord partiel ou de *punctuation*<sup>76</sup>.

Les accords de principe, dès lors, donnent un fondement contractuel (sans toutefois être encore le contrat définitif) à la responsabilité qui peut être engagée en cas de violation des obligations naissant de cette forme contractuelle de pourparlers et donc en cas de refus de poursuivre les négociations, en cas de mauvaise foi et de déloyauté, ainsi qu'en cas d'invocation d'un prétendu désaccord sur un point qui pourtant fait l'objet d'une *punctuation*. Toutefois, le fait que la responsabilité précontractuelle ait un fondement contractuel dans ces circonstances ne vaut pas dire que l'on puisse prétendre l'exécution forcée d'une obligation à conclure le contrat définitif, ni à une réparation de l'intérêt positif, dès lors que les dommages-intérêts auxquels on a droit seront toujours calculés en fonction de l'intérêt négatif afin de réparer le dommage conséquent au déboursement de frais inutiles et à la perte de chance de conclure le contrat avec des tiers<sup>77</sup> (art.1112 c.c. fr.).

## **B) La « *puntuazione* » en droit italien**

L'extrême variété de « formes contractuelles de négociation » qui, en droit français, ont fait l'objet de diverses tentatives de systématisation, en droit italien se réduit principalement à deux catégories : les « *mere puntuazioni* » et les « *puntuazioni vincolanti* ». Ces actes appelés *punctations*, les premières simples, les deuxièmes contraignantes, ont fait l'objet d'un arrêt des Sezioni Unite de la Corte di Cassazione<sup>78</sup> qui les a identifiées et qualifiées en tant qu'actes auxquels les parties peuvent faire recours dans la formation progressive du contrat<sup>79</sup>, jusqu'à ce que tous les éléments essentiels (ou ceux considérés comme tels par les parties) du contrat projeté n'ont pas fait l'objet d'un accord<sup>80</sup>. En effet, à la différence de l'offre ou du contrat préliminaire, la *punctuation* ne contient pas les éléments essentiels du contrat projeté par les parties, ayant seulement un caractère interlocutoire et préparatoire de la stipulation conclusive<sup>81</sup>. En particulier, au début des pourparlers, les parties, qui ont simplement commencé à négocier un possible accord, peuvent faire recours aux « *mere puntuazioni* » afin de fixer

---

<sup>76</sup> A. Rieg, « La *punctuation*, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », *op. cit.*

<sup>77</sup> J. Ghestin, *op. cit.*, p.460 et s.

<sup>78</sup> Cass. Civ. Sez. Unite, 6 marzo 2015, n.4628

<sup>79</sup> L'arrêt avait pour objet principal la reconnaissance de la validité du « contrat préliminaire du préliminaire », qui toutefois, tout comme le « contrat préliminaire », ne concernent pas la véritable période précontractuelle : ils sont déjà des contrats dès lors que tous les éléments essentiels du contrat définitif ont déjà fait l'objet d'un accord. Le contrat préliminaire (« fort » ou « fermé ») est le contrat qui fait naître l'obligation de conclure le contrat définitif suivant les formalités nécessaires à sa transcription. Lorsqu'un intérêt concret justifie la conclusion d'un contrat préliminaire du préliminaire, les parties peuvent s'engager à conclure un contrat préliminaire dans un second moment, sinon il est un préliminaire fort et l'autre est nul ; exécution en forme spécifique de l'obligation de conclure le contrat ex art.2932 et/ou dommages-intérêts en réparation de l'intérêt positif, autrement dit, l'intérêt à la conclusion d'un contrat valable.

<sup>80</sup> Cass. Civ. Sez. I, 4 febbraio 2009, n.2720 ; Cass. Civ. Sez. I, 22 settembre 2008, n.23949

<sup>81</sup> Cass. Civ. Sez. II, 13 aprile 1995, n.4265

une trace pour les négociations à venir<sup>82</sup> en déterminant l'objet de celles-ci et les points qui devront faire l'objet d'une discussion afin de parvenir à la conclusion du contrat définitif, sans pour autant se lier formellement. Dans ces cas, le comportement contraire à la volonté exprimée dans ce genre de punctations, et donc l'échec des négociations causé sans justification par l'une des parties après avoir créé la confiance dans la poursuite de celles-ci, peut entraîner l'engagement de sa responsabilité précontractuelle sur le fondement de l'art.1337 c.c. it..

La question qui se pose est donc la suivante : est-ce que cette responsabilité a nature délictuelle, comme il est soutenu par l'opinion majoritaire, ou contractuelle ? L'incertitude, en effet, ne vient pas exclusivement de la récente qualification contractuelle attribuée à la responsabilité précontractuelle par la Corte di Cassazione<sup>83</sup>, mais également de ce qui a été dit à propos de la violation des « *puntuazioni vincolanti* », dont la différence par rapport aux « *mere puntuazioni* » est difficile à cerner<sup>84</sup>. Cette autre catégorie de *punctations* répond à l'exigence des parties de fixer les points sur lesquels elles sont déjà tombées d'accord, en les obligeant à poursuivre de bonne foi les négociations sans pouvoir remettre en cause les points du contrat projeté faisant déjà l'objet de ce qui est un accord irrévocable, créant ainsi une confiance légitime dans la convergence des leurs volontés sur lesdits points<sup>85</sup>.

La violation des obligations naissant de cette forme de punctation contraignante, selon les Sezioni Unite, donne lieu à une responsabilité précontractuelle de nature contractuelle, en tant que responsabilité pour manquement à une obligation née pendant le processus de formation du contrat : il ne s'agit pas, dès lors, d'une obligation contractuelle, mais d'une obligation résultant de la troisième source des obligations visées par l'art.1173 c.c., c'est-à-dire, « tout acte ou fait apte à les produire conformément à l'ordonnancement juridique »<sup>86</sup>. L'incertitude, dès lors, est liée au fait que la Corte di Cassazione semble attribuer une différente nature à la responsabilité précontractuelle selon le degré de confiance légitime (*affidamento*) des parties dans la poursuite des négociations et, le cas échéant, dans la conclusion du contrat : si on est en présence d'une « *puntuazione vincolante* » le degré de confiance légitime et le rapprochement au contrat définitif est tel que la responsabilité en cas de violation de cet accord partiel aurait nature contractuelle, alors que si on est en présence d'une « *mera*

---

<sup>82</sup> Cass. Sez. Unite, 6 marzo 2015, n.4628 : « [...] *mere puntuazioni in cui le parti hanno solo iniziato a discutere di un possibile affare e senza alcun vincolo fissano una possibile traccia di trattative* ».

<sup>83</sup> Cass. Civ. Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188

<sup>84</sup> G. Villa, « Mera puntuazione e puntuazione vincolante ? », *Giustizia civile*, n.2, 2015, p.297 et s., spéc. p.307, « *Quindi non appare opportuno cristallizzare la trattativa in una molteplicità di figure che, non avendo confini facilmente riconoscibili e un fondamento solido, rischiano di creare distinzioni dal sapore artificioso [...]* ».

<sup>85</sup> Cass. Sez. Unite., 6 marzo 2015, n.4628 : « [...] *non è ancora un vero preliminare, ma una puntuazione vincolante sui profili in ordine ai quali l'accordo è irrevocabilmente raggiunto, restando da concordare secondo buona fede ulteriori punti* »

<sup>86</sup> L'art.1173 c.c. italien prévoit trois catégories de sources des obligations : le contrat, le fait illicite et tout autre acte ou fait apte à les produire conformément à l'ordonnancement juridique.

*puntuazione* » la responsabilité aurait nature délictuelle. Toutefois, comme on peut juste présumer et non pas établir avec certitude que le degré de confiance légitime soit plus élevé en présence de punctations contraignantes plutôt qu'en leur absence, et comme la différence entre ces formes de punctations ne se fonde pas sur des bases solides<sup>87</sup>, étant la qualification remise à l'appréciation casuistique des juges du fond, la nature de la responsabilité précontractuelle, au mépris de la sécurité juridique, varierait selon les cas.

## **Chapitre II : La responsabilité en cas de conclusion du contrat**

Avec l'émission de l'offre, on rentre dans la phase la plus avancée des pourparlers où le degré de confiance dans la conclusion du contrat est le plus élevé<sup>88</sup>, raison pour laquelle cette étape est gouvernée soit par des « règles de comportement » que par des « règles de validité ».

La non-interférence des deux catégories de règles permet de rencontrer deux situations : la première, où la violation des règles de comportement, n'ayant pas d'incidence sur la validité du contrat, est sanctionnée par l'allocation de dommages-intérêts (Section 1) ; la deuxième, où la violation des règles de validité, pouvant s'ajouter à la violation des premières, permet de demander également le remède de l'invalidité du contrat (Section 2).

### Section 1 : Les doutes sur la rencontre des volontés

Dans cette phase des pourparlers, on se pose la question relative à « l'incertitude de la volonté de contracter »<sup>89</sup> et à ses conséquences préjudiciables, résultant de comportements ayant trait à la période précontractuelle et en violation de l'obligation de bonne foi précontractuelle qui la gouverne. En particulier, nous visons deux hypothèses où la rencontre des volontés des parties serait douteuse : la première, lorsque la conclusion du contrat ne serait qu'apparente à cause de la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai (A) ; la deuxième, lorsque, en revanche, le contrat a été conclu et il est valable, mais le consentement de l'une des parties a été affecté par un dol incident (B).

---

<sup>87</sup> G. Villa, *op. cit.*, spéc. p.307, selon lequel, étant les négociations un phénomène variable et complexe, le degré de confiance légitime ne dépend pas de la présence ou de l'absence, ainsi que de la complexité des punctations, mais des comportements des parties ; dès lors, la distinction entre « *mere puntuazioni* » et « *puntuazioni vincolanti* » aurait une « saveur artificielle ».

<sup>88</sup> R. Saleilles, *op. cit.*, spéc. p.729 et s.

<sup>89</sup> R. von Jhering, *op. cit.*, spéc. p.64 et s.

## A) La responsabilité pour rétractation de l'offre

Dans son ouvrage à propos de la *culpa in contrahendo*, Jhering avait admis la possibilité d'exercer l'action en dommages-intérêts de nature contractuelle fondée sur ladite *culpa* lorsque le destinataire de l'offre, avant la rétractation de celle-ci par son auteur, avait déjà commencé à exécuter le contrat ou avait décliné d'autres offres, en subissant ainsi un préjudice<sup>90</sup>. Dans ces circonstances, les hésitations sur la nature de la responsabilité qui peut être engagée ont été dissipées en droit français (1), alors qu'en droit italien elles demeurent présentes (2).

### 1. Le droit français

Si l'offre est librement révocable tant qu'elle n'est pas parvenue au destinataire (art.1115 c.c.), après ce moment, en raison de la confiance dans le maintien de l'offre pendant le délai expressément indiqué par le pollicitant, légale ou raisonnable, la rétractation avant l'échéance du délai doit être sanctionnée, mais comment ? Avant la réforme du droit des obligations de 2016, le débat dans la doctrine était assez vivace et plusieurs thèses étaient défendues : la thèse de la convention tacite, selon laquelle l'obligation de maintien de l'offre a nature contractuelle, avec pour conséquence que tant que le délai n'est pas expiré le contrat peut être conclu par l'acceptation, étant toute rétractation inopérante à l'égard de l'acceptant<sup>91</sup> ; la thèse selon laquelle le fondement de l'obligation de maintien est un engagement unilatéral de volonté et, de la même manière, la rétractation dans le délai étant inopérante à l'égard du destinataire, ce dernier peut accepter l'offre et contraindre le pollicitant à s'exécuter<sup>92</sup> ; la thèse de la responsabilité délictuelle, en vertu de laquelle, en revanche, la seule sanction possible, étant la rétractation de l'offre dans le délai une faute extracontractuelle, est l'allocation de dommages-intérêts<sup>93</sup> ; la thèse dualiste selon laquelle il faut distinguer l'offre selon le degré de précision, pouvant conduire soit à l'engagement de la responsabilité délictuelle soit à la conclusion forcée du contrat lorsqu'elle présente un délai et un destinataire déterminé<sup>94</sup>.

Le débat a été définitivement tranché avec la consécration dans l'art.1116 de la thèse de la responsabilité délictuelle : le législateur, inspiré par le pragmatisme commerciale et l'exigence de

---

<sup>90</sup> R. von Jhering, *op. cit.*, spéc. p.77 et s.

<sup>91</sup> C. Demolombe, « Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général », t. I, Paris, 1868, spéc. p.61 et s.

<sup>92</sup> E. Gaudemet, « Théorie générale des obligations » (1937), publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, Dalloz, 2004, p.34 et s.

<sup>93</sup> R.-J. Pothier, « Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur », t. I, Paris, 1762, spéc. p.29 et s.; L. Larombière « Théorie et pratique des obligations », t. I, Paris, 1857, spéc. p.11 et s.; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, « Traité théorique et pratique de droit civil, 7. Des obligations », t. I, Paris, 1897, spéc. p.39-40

<sup>94</sup> J.-L. Aubert, « Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat », Thèse, Paris, LGDJ, 1970, p.123 s.

protection de la confiance légitime d'autrui<sup>95</sup>, a opté pour l'allocation des dommages-intérêts en tant que sanction du comportement fautif ayant trompé la confiance dans la conclusion du contrat, par sa simple acceptation,<sup>96</sup> du destinataire de l'offre. Par conséquent la faute réside dans la violation du devoir général du *neminem laedere*, ce qui semblerait spécifier la nature de la responsabilité consécutive au manquement à l'obligation de contracter de bonne foi qui, en vertu de sa consécration aux articles 1104 et 1112 c.c., peut être invoquée pour qualifier le fondement de l'obligation de maintien de l'offre<sup>97</sup>.

## 2. Le droit italien

Le droit italien, de sa part, suit la thèse dualiste en distinguant la révocation de l'offre simple de la révocation de l'offre ferme (*proposta ferma*)<sup>98</sup> ; par cette dernière, en effet, le pollicitant s'engage à maintenir l'offre pendant le délai qu'il a indiqué et, dès lors, la révocation antérieure à l'expiration du délai est inopérante à l'égard du destinataire, qui, avec l'acceptation peut conclure le contrat et contraindre son partenaire à l'exécution (art.1329 c.c.); en revanche, lorsqu'aucun délai n'a été déterminé par le pollicitant<sup>99</sup>, celui-ci est libre de révoquer l'offre simple avant que le contrat ait été conclu<sup>100</sup>. Toutefois, l'art.1328 c.c. précise que si le destinataire a déjà commencé à donner exécution de bonne foi au contrat envisagé, il a droit à la réparation du dommage subi : la responsabilité précontractuelle pourra être engagée lorsque l'auteur de l'offre la révoque, étant un comportement contraire à la règle de bonne foi imposée par l'art. 1337 c.c. dans la période précontractuelle<sup>101</sup>.

A la différence de ce qui est fait par le code civil français par rapport à la nature de la responsabilité qui peut être engagée dans ces cas, le code civil italien ne spécifie pas la nature de cette responsabilité et, dès lors, les hésitations quant au régime applicable demeurent.

---

<sup>95</sup> T. Genicon, « Obligation de maintenir l'offre assortie d'un délai déterminé », note sous Cass. Civ. 3ème, 7 mai 2008, n°07-11690, RDC, n.4, p.1109 et s.

<sup>96</sup> J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », RTD civ., 1974, p.46 et s.

<sup>97</sup> J. Antippas, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », RTD civ., 2013, p.27 et s., qui, toutefois, analyse cette violation en termes de responsabilité contractuelle.

<sup>98</sup> A. Torrente – P. Schlesinger, « Manuale di diritto privato », Giuffrè, Milano, 25ème éd., 2021, p. 541 et s.

<sup>99</sup> Cass. Civ., Sez. II, 2 oct. 2014, n. 20853

<sup>100</sup> En vertu de l'art.1326 c.c., le contrat est réputé formé à partir du moment où l'acceptation, en tant qu'acte réceptice, serait parvenue au pollicitant.

<sup>101</sup> A. Musy, « La responsabilità precontrattuale (*culpa in contrahendo*) », Digesto, vol. XVII, 1998, p.391 et s. ; F. Messineo, « Contratto (dir. priv. - teoria generale) », Enc. Dir., IX, 1961, p.784 et s.

## B) La responsabilité précontractuelle en présence d'un contrat valide et efficace

Nonobstant le contrat ait été conclu et qu'il soit valide, cela ne vaut pas dire que la responsabilité précontractuelle ne puisse pas être engagée pour des comportements contraires à la bonne foi précontractuelle, comme en cas, notamment, de défaut de renseignements suffisants sur les éléments de la convention, empêchant au partenaire d'obtenir les avantages espérés<sup>102</sup>.

La première situation où un tel défaut est caractérisé se présente lorsque des comportements propres au dol, notamment des manœuvres, des mensonges ou une dissimulation intentionnelle (réticence dolosive), n'ont pas pour effet de provoquer chez la victime une erreur qui la détermine à conclure le contrat<sup>103</sup> et donc d'en « déterminer le consentement dans son principe », mais « simplement de l'infléchir dans sa portée »<sup>104</sup> : c'est l'hypothèse du dol incident. Suivant une doctrine classique<sup>105</sup>, il doit être sanctionné non pas avec l'annulation du contrat, mais avec la condamnation à des dommages-intérêts en compensation du mineur avantage tiré du contrat conclu à des « conditions non substantiellement différentes » par rapport à celles auxquelles il aurait été conclu en l'absence du dol. C'est donc en interprétant *a contrario* l'art.1130 c.c. fr. que l'on peut affirmer que le dol incident n'a pas été condamné par la réforme de 2016<sup>106</sup>, ainsi qu'en vertu de l'interprétation de l'art.1112-1 c.c. fr., selon lequel « *outré la responsabilité de celui qu'en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat* » et dès lors, il est admis qu'une réticence dolosive puisse ne pas conduire à la nullité mais engager seulement la responsabilité de son auteur, ce qui est le cas du dol incident. L'allocation des dommages-intérêts dans ces circonstances, en l'absence de texte spécifique à la figure du dol incident, devrait être fondée sur le terrain de la responsabilité précontractuelle, dès lors que, non seulement le comportement actif (art.1112 c.c. fr.) ou le plus probable comportement réticent (art.1112-1 c.c. fr.) le caractérisant ont trait à la période précontractuelle, mais constituent une évidente violation de la règle de bonne foi qui l'informe. En outre, cette reconduction à la responsabilité pour dol incident aux textes sur les obligations de bonne foi et d'information précontractuelles peut s'appuyer sur un argument de droit comparé : en fait, prévoyant expressément la figure du dol incident à l'art. 1440 c.c. it., la doctrine<sup>107</sup>

---

<sup>102</sup> J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », RTD civ. 1974, p. 46 et s.

<sup>103</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, « Droit civil, Les obligations », *op. cit.*, p.344 et s. ; A. Torrente – P. Schlesinger, « Manuale di diritto privato », *op. cit.*, p.547

<sup>104</sup> T. Genicon, « Le dol incident a-t-il vraiment disparu du droit français ? », *Revue des contrats*, 4, 2016, p.652 et s., spéc. p.653

<sup>105</sup> G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, « Traité théorique et pratique de droit civil, 7. Des obligations », *op. cit.*, p.133

<sup>106</sup> T. Genicon, *op. cit.*, spéc. p.653

<sup>107</sup> A. Torrente – P. Schlesinger, *op. cit.*, p.547 ; E. Calzolaio, « La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civile francese. Profili comparatistici », *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, fasc.4, 2017, p.1301, spéc.1310

et la jurisprudence<sup>108</sup> italiennes ont affirmé que l'application de l'art.1337 c.c. it. et l'engagement de la responsabilité précontractuelle, n'étant pas limités aux hypothèses de rupture injustifiée des négociations et de contrat nul ou annulable, peut avoir lieu également en présence d'un contrat valable lorsqu'il est préjudiciable pour la victime du comportement déloyal, exactement comme en cas de dol incident.

L'autre hypothèse de responsabilité précontractuelle est toujours visée par l'art.1112-1 c.c. fr. qui prévoit l'obligation d'information précontractuelle : en effet, celle-ci n'est pas violée seulement en cas de réticence dolosive, mais également lorsque le silence gardé par la partie, laquelle connaît une information dont l'importance est déterminante pour l'autre, provient de l'oubli ou de la négligence<sup>109</sup>. Si le Code civil français a prévu une disposition spécifique, le cas du défaut de communication d'une information déterminante est appréhendé par le droit italien sous l'angle, en revanche, de l'art.1337 c.c. it. consacrant la règle de bonne foi<sup>110</sup>.

En présence d'un contrat valide, les doutes sur la nature de la responsabilité qui peut être engagée augmentent, dès lors que cela montre combien l'obligation de bonne foi précontractuelle, et sa déclinaison dans l'obligation d'information, s'intègrent dans une dimension qui n'est pas celle du non-rapport délictuel, mais qui est celle d'un rapport particulier antécédent à la conclusion du contrat, mais avec lequel ce dernier entretient des liens spécifiques.

## Section 2 : Les incertitudes relatives à la production d'effets secondaires par le contrat vicié

Jhering, en élaborant sa théorie de la *culpa in contrahendo*, qui trouve son exacte configuration dans l'hypothèse de conclusion d'un contrat nul à cause de ladite *culpa* de l'une des parties, soutenait que le contrat ne produit pas exclusivement l'effet principal de faire naître une obligation d'exécuter<sup>111</sup>, mais également un effet secondaire consistant, si le contrat s'avérerait nul, dans l'obligation de réparer le dommage à la charge de la partie à l'origine de cette nullité. De cette manière, l'Auteur allemand avait trouvé le fondement pour l'action de nature contractuelle en dommages-intérêts qu'il envisageait. Toutefois, cette idée d'un effet secondaire qui serait produit par le contrat est clairement fictive, parce que si le contrat disparaît, en tant que nul, il est censé n'avoir jamais produit d'effet.

L'article 1112-1, al.6 c.c. fr. prévoit que le manquement à l'obligation d'information qu'il consacre ne permet pas seulement d'engager la responsabilité de la partie qui en était tenue, mais

<sup>108</sup> Cass. Civ. Sez. I, 29 sett. 2015, n.19024, Foro it., 2006, 4, I, c.1105, note E. Scoditti

<sup>109</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, « Droit civil, Les obligations », *op. cit.*, p.339

<sup>110</sup> Cass. Civ. Sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762, Foro it. 2016, 5, I, c.1703, note P. Pardolesi

<sup>111</sup> R. Von Jhering, « De la *culpa in contrahendo* ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », 1860, dans Œuvres choisies, trad. O. de Meulenaere, t. II, 1893, p.27 et s.

aussi de demander l'annulation du contrat si les conditions des articles 1130 c.c. fr. et suivants. Dès lors, dans ces cas, si le contrat est annulable, la victime du vice du consentement lors de la conclusion du contrat pourra opter, en raison de leur autonomie, soit pour le cumul des deux demandes, soit pour l'exercice de la seule action en dommages-intérêts<sup>112</sup>. La question de la nature de la responsabilité précontractuelle se pose dès lors que, comme dans le cas précédemment traité de conclusion d'un contrat valide, un contrat a été conclu et, nonobstant le vice qui l'affecte, il est possible que son annulation ne soit pas demandée. Si la position traditionnelle serait de dire que, comme la faute est commise dans la période précontractuelle, elle a nature délictuelle tout comme l'action en responsabilité exercée<sup>113</sup>, il n'en demeure pas moins que des décisions de la Cour de cassation vont dans le sens inverse, soit parce que « *le devoir de conseil constitue une obligation contractuelle* »<sup>114</sup>, soit en sanctionnant la réticence dolosive, en tant que manquement à l'obligation de contracter de bonne foi, au visa des anciens articles 1134 et 1147 c.c. fr.<sup>115</sup>, ainsi comme une partie de la doctrine<sup>116</sup>.

En outre, c'est exactement à propos d'un cas de manquement à l'obligation d'information prévue par l'art. 1338 c.c. it. que la Corte di Cassazione s'est prononcée en faveur de la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle, en tant qu'obligation s'encadrant dans le rapport particulier qu'elle appelle « contact social qualifié » en tant que qualifié, avec la règle de bonne foi, par la loi : c'est un tel rapport préexistant à la lésion et entre deux parties déterminées qui fait que la violation de cette obligation ne puisse pas être qualifiée de faute délictuelle<sup>117</sup>.

## **Titre II – La nature controversée de la responsabilité précontractuelle**

En présence d'un nombre suffisant de prévisions normatives permettant de dégager une certaine « éthique précontractuelle » et d'assurer un minimum de sécurité juridique, celle-ci est loin d'être totalement acquise, en l'absence d'indications précises de la part du législateur sur la nature de la responsabilité précontractuelle. Différentes, en effet, sont les thèses en la matière qui ont été

---

<sup>112</sup> P. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats », *op. cit.*, n. 3112.17, p.1185

<sup>113</sup> *Ibidem*, n. 3111.33, p.1179

<sup>114</sup> Cass. Com. 25 juin 1980, n.78-12532, Bull. civ. IV, n.276

<sup>115</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 10 mai 1989, n. 87-14.294, Bull. civ. I, n.187 : « *Attendu cependant que manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager* »

<sup>116</sup> V. en ce sens, J. Huet, « Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité », Thèse, Paris, 1978, p.180 et s. ; E. Gaudemet, « Théorie générale des obligations », *op. cit.*, p. 199

<sup>117</sup> Cass. Civ., Sez. I, 20 dic. 2011, n.27648 : « *la responsabilità precontrattuale, nella quale v'è certamente un contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede* », constitue « *una fattispecie ben distinta della responsabilità aquiliana ex art.2043, in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti* ».

défendues en alimentant le débat (Chapitre I), qui, ne se réduisant pas en débat purement théorique, porte avec soi des implications pratiques non négligeables (Chapitre II).

## Chapitre I : Les termes du débat

Si le cœur du débat sur la nature de la responsabilité en analyse se place dans l'alternative contractuelle-délictuelle (Section 1), il n'en demeure pas moins que des thèses, qui, à cause de leur faible succès, peuvent se définir minoritaires, ont également été proposées dans la tentative de résoudre la controverse (Section 2).

### Section 1 : Les thèses majoritaires

Depuis son élaboration originale, il y a plus de cent cinquante ans, la responsabilité précontractuelle s'est dirigée vers un épilogue paradoxal<sup>118</sup> : tous ceux qui se sont penchés sur son aspect théorique, de Jhering à Faggella, de Saleilles à Mengoni, même si sur la base de raisonnements différents, en ont affirmé la nature contractuelle, et pourtant la thèse absolument majoritaire en France et d'une partie de la doctrine italienne est celle de la nature délictuelle (A). Toutefois, la thèse de la nature contractuelle est défendue fortement par l'autre partie de la doctrine italienne, preuve en est le récent revirement de la Corte di Cassazione (B).

#### A) La responsabilité précontractuelle en tant que *species* de la responsabilité délictuelle

La frontière entre les deux types de responsabilité étant traditionnellement placée sur le contrat, lorsqu'une faute cause un préjudice, la présence ou l'absence dudit contrat est ce qui permet de qualifier la responsabilité<sup>119</sup> ; dès lors, il ne peut pas y avoir de responsabilité contractuelle lorsque le dommage a été causé dans la période qui précède le contrat, parce que, par force des choses, il n'y a pas de contrat<sup>120</sup>. En d'autres termes, la distinction classique entre les deux responsabilités se fonde sur la distinction entre l'inexécution d'une obligation contractuelle et la violation du générique devoir de *neminem laedere*<sup>121</sup>. Dès lors, la responsabilité précontractuelle n'est qu'une *species* de

---

<sup>118</sup> C. Castronovo, « La responsabilità precontrattuale », in Castronovo-Mazzamuto, Manuale di diritto privato europeo, II, Milano, 2007, p.334

<sup>119</sup> E. Juen, « La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle », *op. cit.*, p.279

<sup>120</sup> P. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats », *op. cit.*, n.3112.04, p.1181

<sup>121</sup> M. Barcellona, « Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale : dalle dogmatiche alle *rationes* dei rispettivi regimi », Riv. Critica del diritto privato, 2015, n.3, p. 335 et s., disponible sur [https://www.academia.edu/12064733/Responsabilità\\_contrattuale](https://www.academia.edu/12064733/Responsabilità_contrattuale), p.1 et s., spéc. p.1

responsabilité délictuelle à laquelle le législateur, soit italien, soit français, a dédié des dispositions spécifiques dans le Code civil, et en effet, comme une éminente doctrine a noté<sup>122</sup>, s'il n'y avait pas les articles 1337, 1338 c.c. it. ou les articles 1112 et s. c.c. fr., la violation de la bonne foi précontractuelle serait sanctionnée sur le fondement des articles 2043 c.c. it et 1240 c.c. fr., ce qui est exactement ce qui était fait par la jurisprudence française<sup>123</sup> avant la consécration de la responsabilité précontractuelle dans le Code civil. Il faut déjà souligner que, pour autant, c'est peut-être cette introduction dans la loi de l'obligation de bonne foi et de ses déclinaisons qui peut être l'élément permettant une différente analyse du rapport précontractuel.

## B) La responsabilité précontractuelle en tant que responsabilité contractuelle

Souvent, dans la doctrine française, lorsqu'on traite de la question de la nature de la responsabilité précontractuelle, à la thèse soutenant la nature délictuelle on oppose la thèse affirmant, au contraire, la nature contractuelle telle qu'elle avait été exprimée par Jhering<sup>124</sup>. Abandonné l'idée de la convention tacite de garantie de la validité du contrat de l'Auteur allemand, cela ne vaut pas dire que la thèse reconduisant les hypothèses de responsabilité précontractuelle à la matière contractuelle serait également à condamner<sup>125</sup>. Et en fait, en réponse à l'assertion « pas de contrat, pas de responsabilité précontractuelle », Huet affirmait la nature contractuelle de la responsabilité engagée pour des fautes commises lors des négociations si un contrat a ensuite été conclu, dès lors que « le contrat constitue, en même temps qu'un projet vers l'avenir, une synthèse du passé » en raison des interférences réciproques entre les deux périodes, précontractuelle et contractuelle<sup>126</sup>. Il mettait bien en évidence le caractère particulier de la relation entre les parties au moment de la conclusion du contrat, parce qu'à partir de ce moment on a passé l'heure des rencontres de hasard et les parties ne sont plus des tiers. De même, la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle a été affirmée en présence d'accords conclus afin d'encadrer les négociations ou les soumettre à la règle de bonne foi<sup>127</sup>.

---

<sup>122</sup> Sacco, in R. Sacco - G. De Nova, « Il Contratto », IV, éd.2, Torino, 2016, p.1183 et s.

<sup>123</sup> V. à titre d'exemple : Cass. Com., 20 mars 1972, n°70-14154, Bull. civ. IV, n°93, JCP G 1973, II, 17543, note J. Schmidt

<sup>124</sup> V. à titre d'exemple : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, « Droit civil, Les obligations », *op. cit.*, p.275 ; J. Ghestin, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », JCP, 2007, I, 155 ; Cass. Com., 20 mars 1972, *cit.*, note J. Schmidt ; P. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats », *op. cit.*, n.3112.32, p.1187

<sup>125</sup> L. Mengoni, « Sulla natura della responsabilità precontrattuale », *op. cit.*, p.267 et s.

<sup>126</sup> J. Huet, « Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilités », *op. cit.*, n.292

<sup>127</sup> J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français », *op. cit.*, spéc. p.547, où l'Auteure affirme que « le régime délictuel de la responsabilité précontractuelle se trouve, dans une certaine mesure, concurrencé par l'admission de la responsabilité précontractuelle de nature contractuelle » ; dans le même sens, J. Ghestin, « La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers », *op. cit.*

Mais c'est une qualification partiellement contractuelle, parce qu'en l'absence de contrat, la responsabilité demeure délictuelle. Le passage successif doit être recherché dans la doctrine italienne qui, à la suite de l'adoption du nouveau Code civil en 1942, affirme la nécessaire transformation de la relation précontractuelle en rapport obligatoire en raison de la soumission de celle-ci à la règle de bonne foi, parce qu'une telle règle ne peut exister autrement : seulement l'existence d'un lien obligatoire justifierait un tel impératif<sup>128</sup>. Par conséquent, la violation d'une obligation préexistante ne peut pas être sanctionnée sur le fondement délictuel, dès lors que la valeur de la règle du *neminem laedere* est nul, n'étant pas celle-ci une obligation préexistante mais le simple reflexe des droits subjectifs dont chaque personne est titulaire et qui peuvent être fait valoir à l'encontre de n'importe qui<sup>129</sup>. Sur la base de ces considérations la théorie a évolué jusqu'à la consécration, par la jurisprudence<sup>130</sup>, de la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle, quelle que soit la situation dans laquelle elle serait engagée : l'obligation de bonne foi est une « obligation sans prestation », et en particulier une « obligation de protection » qui existe indépendamment de tout contrat, dès lors qu'elle trouve sa source dans la loi<sup>131</sup> afin d'assurer la protection de la confiance légitime des parties dans le déroulement des négociations de bonne foi et, le cas échéant, dans la conclusion d'un contrat valide, engendrée par l'instauration d'un contact social<sup>132</sup> qui fait que l'on sort du domaine du non-rapport, relevant de la matière délictuelle, pour entrer dans le domaine du rapport, relevant de la matière contractuelle.

---

<sup>128</sup> L. Mengoni, *op. cit.*, spéc. p.272 : « *Quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio [...]. L'applicazione del principio di buona fede (oggettiva) presuppone dunque uno specifico vincolo obbligatorio* ».

<sup>129</sup> L. Mengoni, *op. cit.*, spéc. p.269

<sup>130</sup> Cass. Civ., Sez. I, 21 nov. 2011, n.24438 ; Cass. Civ., Sez. I, 20 dic. 2011, n.27648 ; Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188

<sup>131</sup> V. en ce sens, C. Castronovo, « La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale », note sous Cass. Civ., Sez. I, 20 dic. 2011, n. 27648, *Europa e dir. privato*, 2012, 1227, p.1233 et s. ; A. di Majo, « Il contatto sociale - La *culpa in contrahendo* tra contratto e torto », note sous Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188, *Giur. It.*, 2016, p.2565 et s. ; F. Piraino, « La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale », note sous Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188, *Contratti*, 2017, I, p.35 et s. ; A. Albanese, « La lunga marcia della responsabilità precontrattuale : dalla *culpa in contrahendo* alla violazione di obblighi di protezione », note sous Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188, *Europa e dir. privato*, 2017, p.1129 et s.

<sup>132</sup> Mais certains considèrent que la source de l'obligation sans prestation qui est représentée par la bonne foi ce soit le « contact social qualifié » qui a été créé entre les parties par l'entrée en pourparlers et par la confiance légitime que ce contact fait naître chez les partenaires, notamment v. en ce sens C. Scognamiglio, « Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale », note sous Cass. Civ., Sez. I, 21 nov. 2011, n.24438 et Cass. Civ., Sez. I, 20 dic. 2011, n.27648, *Resp. civ. e prev.*, 2012, p.1949 et s.

## Section 2 : Les thèses minoritaires

Au-delà des thèses classiques majoritaires reconduisant la responsabilité précontractuelle aux deux types de responsabilité connus par les droits italien et français, des théories minoritaires ont quand même été développés par des auteurs italiens, auxquelles, dans un souci d'exhaustivité, il convient de rendre compte. Si à cause de la difficile collocation de la responsabilité précontractuelle dans le champ contractuel ou délictuel, certains lui ont attribué une nature autonome (B), d'autres, au contraire, lui ont reconnu une nature hybride, qui varie selon les circonstances dans lesquelles elle se trouverait engagée (A).

### A) La nature hybride de la responsabilité précontractuelle

Suivant la modalité dont la bonne foi est violée pendant les négociations, la responsabilité précontractuelle aurait nature différente : c'est l'idée derrière la théorie de la nature bipartite, selon laquelle, dès lors, la responsabilité engageable pour des faits commis pendant la phase des négociations pourrait se qualifier de contractuelle ou de délictuelle selon les spécificités de l'espèce<sup>133</sup>. Si, en effet, la doctrine et la jurisprudence s'interrogent d'abord sur la nature de la responsabilité précontractuelle afin d'identifier les règles applicables quant à la charge de la preuve, la prescription, le dommage réparable, etc., il faudrait en revanche réfléchir à partir de l'espèce et de la violation spécifique qui serait à l'origine, parce que c'est cela qui fait varier la physionomie de la responsabilité et donc, sa nature.

Dès lors, face à un conflit jurisprudentiel irrésolu, conséquent au revirement de la Corte di Cassazione de 2016<sup>134</sup> (qui, toutefois, n'est pas définitif), Mme Visintini<sup>135</sup> propose une théorie reconstructive à partir de l'analyse des cas de responsabilité précontractuelle décidés par la haute juridiction. En particulier, elle propose d'opérer la distinction suivante : d'un côté, les hypothèses de *culpa in contrahendo*, dont la première configuration avait été pensée par Jhering et qui aujourd'hui se reconduisent aux cas de défaut de communication d'une information dont la connaissance était déterminante pour le consentement du cocontractant, qui n'aurait donc pas conclu le contrat ou l'aurait conclu à des conditions différentes<sup>136</sup>, rentrant dans le champ d'application des articles 1338

---

<sup>133</sup> A. Luminoso, "La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile", *Contratto e impresa*, 1988, cité in F. Galgano, "Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto", *Relazione svolta all'incontro di studio a Tivoli dal 6 al 10 giugno 1994*, p.27

<sup>134</sup> Cass. Civ. Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188

<sup>135</sup> G. Visintini, « Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica », *Contratto e impresa*, 2/2017, p. 335 et s., spéc. p.352

<sup>136</sup> Cass. Civ., Sez. III, 17 settembre 2013, n.21255, CIR c/ Fininvest

et 1440 c.c. it. et de l'art. 1112-1 c.c. fr.<sup>137</sup> ; de l'autre côté, les hypothèses de comportement déloyal contraire à la bonne foi consistant spécifiquement dans la rupture injustifiée des négociations, visées pour la première fois par Faggella et Saleilles et qui aujourd'hui rentrent dans le champ d'application de l'art. 1337 c.c. it. et de l'art. 1112 c.c. fr..

Cette distinction trouve son fondement dans les décisions de la Corte di Cassazione qui, pour la première catégorie d'hypothèses a retenu la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle en raison du manquement aux obligations de bonne foi et d'information qui trouvent leur source dans les sources atypiques d'obligations<sup>138</sup>, alors que pour la deuxième catégorie elle a retenu la nature délictuelle<sup>139</sup>.

Toutefois une telle reconstruction peut être critiquée de deux façons, raison pour laquelle elle n'est pas suivie : d'abord, cette thèse est critiquable en vertu du fait que si le comportement sanctionné est atypique, n'étant pas un comportement concrètement défini celui sanctionné par la loi, cela ne justifie pas qu'au même concept juridique puisse être attribué une pluralité de qualification<sup>140</sup> ; finalement, cette thèse ne consiste que dans la prise en compte de l'évaluation au cas par cas effectué par la jurisprudence et de sa systématisation *a posteriori*, ce qui ne résout pas la question de la nature incertaine de la responsabilité précontractuelle et ne fait que réaffirmer le débat.

## B) La responsabilité en tant que *tertium genus* de responsabilité

Cette dernière thèse, absolument minoritaire, se développe à partir de l'impossibilité de reconduire la responsabilité précontractuelle dans le champ d'application soit de la responsabilité contractuelle que délictuelle, tant qu'elle représenterait un troisième type de responsabilité (*tertium genus*). Selon l'auteur qui a défendu cette thèse<sup>141</sup>, les règles prévues par les articles 1337 et 1338 c.c. italien (et le même discours pourrait donc être transposé aux articles 1112 et 1112-1 c.c. français) ont

---

<sup>137</sup> En effet, si l'art. 1112-1 c.c. français fait référence aux « *informations dont l'importante est déterminante pour le consentement de l'autre* » et on peut y reconduire soit les cas où le manquement à ce devoir d'information « *peut entraîner* » l'annulation du contrat, soit, *a fortiori*, les cas où ce manquement n'entraîne pas l'annulation du contrat, qui toutefois aurait été conclu à des conditions différentes (ce sont les cas de dol incident), l'art. 1337 c.c. italien fait exclusivement référence aux causes d'invalidité (et d'efficacité, selon l'interprétation jurisprudentielle) du contrat, raison pour laquelle il est cité également l'art. 1440 concernant les cas où le contrat n'est pas annulable mais, à cause du dol incident, celui qui l'a subi peut demander des dommages-intérêts.

<sup>138</sup> Cass. 21 nov. 2011, n.24438 ; Cass. 20 dic. 2011, n.27648 ; Cass. Civ. Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188: la Corte di Cassazione affirme que la source de l'obligation de bonne foi, et de ses spécifications, est la troisième catégorie des sources des obligations visée par l'art. 1173, notamment les *variae causarum figurae*.

<sup>139</sup> V. à titre d'exemple : Cass. Civ., Sez. I, 30 agosto 1995, n.9157 : « *La violazione del precetto ex art.1337 [...] costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale che si riconnette alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto* ».

<sup>140</sup> S. Alberti, « Responsabilità precontrattuale – Trattative e responsabilità precontrattuale in generale », in E. Navarretta, Codice della responsabilità civile, Giuffrè, 2021, p.661

<sup>141</sup> V. Cuffaro, « Responsabilità precontrattuale », Enc. Dir., vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1265 et s.

un potentiel normatif qui ne s'épuise pas dans la seule finalité d'indemnisation de la responsabilité extracontractuelle et, au même temps, les obligations encadrant le comportement pendant la phase de négociation ne peuvent pas être assimilées aux obligations naissant d'un contrat. Dès lors, la responsabilité précontractuelle aurait une nature autonome et un régime à spécifier en vertu de sa *ratio*, notamment la protection de la confiance légitime (*affidamento*) de chaque partie qui a été engendrée par l'entrée en pourparlers. En particulier, l'auteur construit le régime de cette responsabilité en lui appliquant en partie le régime de la responsabilité contractuelle (en matière de prescription et de charge de la preuve) et en partie celui de la responsabilité délictuelle (en ce qui concerne le dommage réparable, soutenant qu'il n'y a pas de raison pour le limiter au seul intérêt négatif et que, dans certains cas, il serait possible d'obtenir l'exécution forcée)<sup>142</sup>.

Le caractère minoritaire de la thèse du *tertium genus* s'explique par lui-même : lorsque le législateur, soit italien que français, a consacré à la responsabilité précontractuelle des textes dans le Code civil, ne l'a pas fait en ayant pour objectif d'introduire un troisième type de responsabilité, sinon il aurait prévu une discipline complète et exhaustive<sup>143</sup>, ce qui ne peut pas être déduite à partir des articles 1337 et 1338 c.c. it. et des articles 1112, 1112-1 et 1112-2 c.c. fr.

En outre, la Corte di Cassazione a indubitablement écarté la thèse du *tertium genus* en raison du fait que les seuls genres de responsabilité existants sont celle contractuelle et celle extracontractuelle<sup>144</sup>.

Ayant exposé les diverses thèses de qualification de la responsabilité précontractuelle, les enjeux du débats seront à limiter entre les différences de régime entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, dès lors que, s'agissant des deux thèses minoritaires, la première ne résout pas le problème en disant que l'on pourra retenir la qualification délictuelle ou contractuelle selon les circonstances de l'espèce, alors que la dernière souffre de l'absence de textes suffisants pour bâtir un troisième régime de responsabilité, raison pour laquelle il est nécessaire de recourir aux régimes déjà existants<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> *Ibidem*, p.1273-1274

<sup>143</sup> G. Visintini, *op. cit.*, spéc. p.336

<sup>144</sup> Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 1972, n.199, Foro it., I, p.2091

<sup>145</sup> S. Alberti, *op. cit.*, p.661: l'auteur met en évidence le caractère contradictoire de la thèse du *tertium genus* dès lors que pour définir le régime de celui-ci on fait quand même appel au régime ou de la responsabilité contractuelle ou de la responsabilité délictuelle.

## Chapitre II : Les enjeux du débat

Le débat portant sur la nature de la responsabilité précontractuelle n'est pas sans conséquences sur le plan pratique. En effet, la qualification de cette responsabilité de contractuelle ou de délictuelle entraîne l'application du régime prévu pour l'un ou pour l'autre type de responsabilité.

S'il est vrai qu'en Italie les différences demeurent plutôt significatives entre les deux régimes (Section 1), en France les différences ont été réduites (Section 2).

### Section 1 : Les principales différences de régime en droit italien

#### Paragraphe 1 : Le délai de prescription

La première différence majeure entre les régimes des deux types de responsabilité concerne le délai de prescription, dès lors que le droit italien prévoit un délai différent selon que le droit à la réparation du dommage soit fait valoir sur le fondement contractuel ou sur le fondement délictuel.

Le créancier, face à l'inexécution de l'obligation par son débiteur, dispose d'une action en responsabilité contractuelle<sup>146</sup>, dont l'exercice, en vertu de l'art.2946 c.c. it., est assujéti au respect du délai de prescription ordinaire décennal. En revanche, l'action en dommages-intérêts sur le fondement délictuel<sup>147</sup> peut s'exercer dans le délai de prescription qui, en tant qu'exception au délai ordinaire, est un délai bref de cinq ans (art. 2947 c.c. it.), qui commence à courir à partir du moment où le fait illicite et le dommage lui-même deviennent objectivement perceptibles et reconnaissables de l'extérieur<sup>148</sup>.

Qualifier de manière correcte la responsabilité précontractuelle est donc fondamentale afin de savoir dans quel délai le droit à la réparation du dommage subi lors des négociations peut être fait valoir. C'était l'enjeu fondamental de l'affaire à l'origine de l'un des arrêts par lesquels la Corte di Cassazione a attribué la nature contractuelle à la responsabilité précontractuelle<sup>149</sup> : la cour d'appel, en qualifiant de délictuelle la responsabilité, avait débouté le demandeur dès lors que son droit s'était déjà prescrit, mais l'action a pu prospérer devant la Corte di Cassazione grâce à la différence

---

<sup>146</sup> Art.1218 c.c. it. : « *Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile* ».

<sup>147</sup> Art.2043 c.c. it. : « *Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno* »

<sup>148</sup> A. Torrente – P. Schlesinger, « *Manuale di diritto privato* », Giuffrè, Milano, 23ème éd., 2017, p.969 ; Cass. Civ., Sez. III, 18 luglio 2016, n.14662; Cass. Civ., 14 marzo 2016, n.4899

<sup>149</sup> Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188

qualification donnée à la responsabilité précontractuelle et au différent délai de prescription qui donc devait s'appliquer.

## Paragraphe 2 : La charge de la preuve

La répartition de la charge de la preuve est régie par l'art.2697 c.c. it., qui prévoit que celui qui fait valoir un droit doit rapporter la preuve du fait qui en constitue le fondement, alors que c'est au défendeur de prouver les faits sur lesquels s'appuient ses exceptions. Cette règle de principe, sans évoquer aucune action en justice particulière, se décline de manière différente selon que l'on engage la responsabilité contractuelle (A) ou délictuelle (B).

### A) En matière contractuelle

Face à la simplicité apparente de l'art.2697 c.c. it., un débat, affligeant soit la doctrine que la jurisprudence, portait sur deux questions : la première, consistait à se demander quel était le fait constitutif (*fatto costitutivo*) du droit fait valoir par le créancier lorsqu'il demande la résolution pour inexécution, l'exécution forcée en nature et/ou les dommages et intérêts, en tant que remèdes auxquels il est possible faire recours en cas d'inexécution de l'obligation (art.1453 c.c. it.) ; la seconde, conséquente à la première, consistait à se demander si c'était le créancier à devoir prouver l'inexécution du débiteur ou si c'était ce dernier à devoir rapporter la preuve d'avoir exactement exécuté la prestation due. Selon la thèse majoritaire, le créancier serait tenu de rapporter la seule preuve de l'existence du titre à l'origine de sa créance lorsqu'il demande la condamnation du débiteur à l'exécution de l'obligation, alors que, s'il agit en responsabilité ou en résolution du contrat pour inexécution, il devrait même prouver le manquement à l'obligation, et cela parce que dans ces deux dernières actions le droit actionné par le créancier trouvait son fait constitutif exactement dans l'inexécution<sup>150</sup> ; en revanche, selon la thèse minoritaire, rien ne justifierait une distribution de la charge de la preuve selon que la partie fidèle au contrat ait demandé la résolution, l'exécution forcée ou la réparation du dommage : dans tous les cas, le fait constitutif de son droit n'est pas l'inexécution de l'obligation, mais la source de celle-ci, légale ou conventionnelle, alors que l'exécution de la

---

<sup>150</sup> Cass. Civ., Sez. I, 9 gennaio 1997, n.124, Foro it., Rep. 1997 ; Cass. Civ., Sez. II, 19 luglio 1995, n. 7863, Foro it., Rep.1995 ; Cass. Civ., Sez. Lavoro, 24 sett. 1996, n.8435, Foro it., Rep. 1996.

prestation est le fait extinctif (*fatto estintivo*) du droit fait valoir par le créancier qui doit être prouvé par le débiteur<sup>151</sup>.

Ce sont les Sezioni Unite de la Corte di Cassazione qui ont tranché le débat entre ces deux positions sur la répartition de la charge de la preuve dans les actions en matière contractuelle : dans l'arrêt du 30 octobre 2001, n.13533, les Sezioni Unite ont affirmé que le créancier, quelle que soit l'action, devra seulement rapporter la preuve de la source légale ou conventionnelle de sa créance et qu'il lui suffira d'alléguer, et non pas de prouver, le manquement total ou partiel à l'obligation de son cocontractant, qui, en revanche pourra se libérer en prouvant d'avoir exactement accompli la prestation due ou que l'inexécution ou le retard a été du par une cause ne pas lui imputable. Une seule exception est citée par la Cour, notamment le cas d'inexécution d'une obligation négative, parce que dans ce cas sera le demandeur qui devra la prouver<sup>152</sup>.

Cette décision se fonde sur le principe de présomption de la persistance du droit<sup>153</sup>, le principe de la proximité de la preuve<sup>154</sup>, et sur des considérations de cohérence, d'homogénéité et, dès lors, de sécurité pour les praticiens. Nonobstant les critiques soulevées par la doctrine<sup>155</sup>, la jurisprudence continue à suivre la position exprimée par les Sezioni Unite en 2001<sup>156</sup>, qui donc demeure la règle pour la répartition de la charge de la preuve en matière d'action en responsabilité contractuelle (ainsi que d'action en résolution pour inexécution et en exécution forcée).

Le créancier, en outre, devra rapporter la preuve du dommage pour lequel il demande la réparation et du lien de causalité entre l'inexécution de l'obligation et le dommage subi<sup>157</sup>.

## B) En matière délictuelle

Nonobstant le texte de référence soit le même (art.2697 c.c. it.), la charge de la preuve est distribuée de manière différente qu'en matière de responsabilité contractuelle : la victime du

---

<sup>151</sup> Cass. Civ. Sez. III, 23 maggio 2001, n.7027 ; L. Mengoni, « Responsabilità contrattuale (dir. vig.) », Enc. Dir., vol. XXXIX, 1988, p.1003 et s.

<sup>152</sup> Cass. Civ. Sez. Unite, 30 ott. 2001, n. 13533, Foro it., Rep. 2001, note de P. Laghezza.

<sup>153</sup> L. Mengoni, *op. cit.*, selon lequel : « *Le créancier, ayant démontré le fait constitutif de son droit, est réputé être encore titulaire de celui-ci au moment de la demande en justice [...]* »

<sup>154</sup> Cass. Civ. Sezioni Unite, 30 ott. 2001, n. 13533, cité : « *En vertu dudit principe, qui s'explique à partir de la considération du fait que le créancier rencontrerait des difficultés, souvent insurmontables, s'il devait démontrer de ne pas avoir reçu la prestation, la charge de la preuve est distribuée compte rendu, in concreto, de la possibilité pour l'un ou pour l'autre sujet de prouver faits et circonstances rentrant dans les respectives sphères d'actions. Il est cohérent à la règle de l'article 2697 du Code civil [...] retenir que la preuve de l'exécution, fait extinctif du droit fait valoir par le créancier, incombe sur le débiteur défendeur [...] en tant que fait rentrant dans sa sphère d'action* ».

<sup>155</sup> G. Anzani, "Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile", Riv. Trim. Dir. Proc. civ., Fasc.1, 2017, p. 228 et s.

<sup>156</sup> V. en ce sens : Cass. Civ., Sez. II, 4 gennaio 2022, n.127 ; Cass. Civ., Sez. III, 8 ott. 2021, n.27419 ; Cass. Civ., Sez. I, 26 ott. 2020, n.23450.

<sup>157</sup> A. Torrente – P. Schlesinger, « Manuale di diritto privato », Giuffrè, Milano, 23ème éd., 2017, p.465

dommage devra prouver non seulement le dommage subi et le lien de causalité, mais également l'élément subjectif, c'est-à-dire le dol ou la faute, ayant animé l'auteur du dommage, ainsi que le même fait illicite, en tant que source de l'obligation de réparer le dommage (art.1173 et 2043 c.c. it.) et, dès lors, de son droit au versement des dommages et intérêts<sup>158</sup>.

### Paragraphe 3 : L'étendue du dommage réparable

A la base de la discipline sur la responsabilité, que ce soit contractuelle ou délictuelle, il y a le principe de la réparation intégrale du dommage : la victime a droit aux dommages-intérêts correspondant aux pertes subies (*danno emergente*) et au gain manqué (*lucro cessante*) qui soient des conséquences immédiates et directes du manquement à une obligation en matière de responsabilité contractuelle (art.1223 c.c. it.) ou de l'accomplissement d'un fait illicite en matière de responsabilité délictuelle (art. 2056 c.c. it., qui renvoi à l'art.1223 c.c. it.). Ledit principe est précisé par les règles sur la causalité juridique qui permettent d'identifier, au sein de la séquence potentiellement infinie des conséquences du fait préjudiciable, celles qui peuvent être reconduites au responsable et, dès lors, être réparées intégralement<sup>159</sup>. Toutefois, le régime de la responsabilité contractuelle diverge de celui de la responsabilité délictuelle en ce qu'il prévoit une limite quant à l'étendue des dommages-intérêts : cette différence fondamentale tient à la prévisibilité du dommage.

L'article 1225 c.c. it. prévoit, en matière de responsabilité contractuelle, que des dommages-intérêts sont dus exclusivement pour le dommage que le débiteur, au moment de la naissance de l'obligation, pouvait prévoir comme conséquence de l'inexécution fautive de celle-ci<sup>160</sup>. Autrement dit, le débiteur sera tenu de réparer seulement le dommage prévisible au moment de la naissance de l'obligation lorsque l'inexécution lui est imputée à titre de faute, alors que, si elle l'est à titre de dol, c'est-à-dire, si elle a été la conséquence de son choix délibéré, il devra réparer également le dommage imprévisible. Nonobstant la clarté apparente, ce texte requiert des précisions, étant la notion de « prévisibilité » interprétable de plusieurs manières. D'abord, la lecture de type subjectif de l'article en analyse a été exclue en faveur d'une lecture de type objectif : la limite de la prévisibilité ne découle pas de la volonté des parties en l'espèce particulière, le dommage prévisible n'étant pas celui dont le risque les parties ont décidé, au moment de la naissance de l'obligation, de mettre à la charge du débiteur, sur la base d'un accord tacite ou exprimé. Au contraire, la prévisibilité doit faire l'objet d'une appréciation *in abstracto* de la part des juges du fond, en tenant compte de la prévisibilité

---

<sup>158</sup> *Ibidem*, p.980

<sup>159</sup> C. Salvi, « Risarcimento del danno », Enc. Dir., vol. XL, 1989, p.1084 et s.

<sup>160</sup> G. Anzani, «La prevedibilità del danno: un dibattito aperto», Resp. civ. e prev., n.2, 2017, p. 606

abstraite inhérente à la relation spécifique instaurée par les parties<sup>161</sup>. Dès lors, le créancier, qui n'a pas été désintéressé, pourra demander la réparation du dommage, conséquence immédiate et directe de l'inexécution (art. 1223 c.c. it.), que le débiteur abstrait peut prévoir comme conséquence probable de sa défaillance dans la relation obligatoire spécifique qu'il entretient avec son créancier<sup>162</sup>

Tout cela ne suffit pas, dès lors qu'il faut expliquer le rapport entre l'art. 1223 c.c. it. et l'art. 1225 c.c. it.. En effet, lorsqu'on parle de dommage prévisible, fait-on référence à la cause du dommage ou à la quotité du dommage ? Autrement dit, est-ce que la prévisibilité doit se rapporter à l'*an* ou au *quantum* du dommage ? La thèse qui aujourd'hui est prééminente, au sein de la doctrine et de la jurisprudence, est celle suivant laquelle le critère de la prévisibilité est autonome par rapport à celui de la causalité : le critère de la causalité de l'art. 1223 c.c. it., selon lequel est réparable le dommage conséquence immédiate et directe de l'inexécution de l'obligation, se rapporte à l'*an* des dommages-intérêts, nous permettant d'identifier les causes du dommages ; le critère de la prévisibilité de l'art. 1225 c.c. it., en revanche, se rapporte au *quantum* du dommage, nous imposant une limite à l'étendue des dommages-intérêts dus par le débiteur<sup>163</sup>. Dès lors, les deux règles ne se confondent pas, le critère de la prévisibilité ne se reconduisant pas à la causalité, mais elles relèvent de deux phases chronologiquement distinctes dans l'appréciation des juges : une fois établi le lien de causalité entre l'inexécution et le dommage, il faut limiter les dommages-intérêts au dommage prévisible, l'imprévisibilité ne constituant « *pas une limite à l'existence du dommage, mais à la mesure de son montant* »<sup>164</sup>.

Cette limite, ainsi dégagée, à la réparation intégrale du préjudice en matière de responsabilité contractuelle consistant dans l'exclusion des dommages-intérêts pour les dommages imprévisibles, correspond à un choix politico-juridique effectué par le législateur : afin de ne pas décourager l'instauration de relations contractuelles, l'activité des entreprises et des activités professionnels, le législateur proportionne les dommages-intérêts au *negotium* envisagé par les parties, source du rapport obligatoire primaire dont la violation produit l'obligation de réparation et paramètre en fonction duquel déterminer, *ex ante*, ce qui est prévisible.

En matière de responsabilité délictuelle, l'art. 2056 c.c. it., consacré à l'évaluation du dommage, ne renvoie pas à l'art. 1225 c.c. it. ; dès lors, en principe, le dommage réparable au titre de l'art. 2043 c.c. it. est soit celui prévisible que celui imprévisible. Toutefois, une partie de la doctrine, affirme qu'en réalité il n'y aurait aucune différence de régime sur ce point entre la responsabilité contractuelle

---

<sup>161</sup> Cass. Civ. Sez. II, ord., 14 novembre 2019, n.29566 ; Cass. Civ. Sez. Lav., 31 luglio 2014, n.17460 ; Cass. Civ. Sez. II, 29 luglio 2011, n.16763

<sup>162</sup> G. Anzani, *op. cit.*, p. 615; A. D'Adda, « Prevedibilità del danno », in E. Navarretta, Codice della responsabilità civile, Giuffrè, 2021, p. 482 et s.

<sup>163</sup> A. D'Adda, *op. cit.*, spéc. p.484 ; G. Valcavi, « Sulla prevedibilità del danno da inadempienza colposa contrattuale », note sous Cass. Civ. Sez. II, 26 maggio 1989, n.2555, Foro it., 1990, I, 1946

<sup>164</sup> A. D'Adda, *op. cit.*, spéc. p. 484 ; Cass. Civ. Sez. Lav. 31 luglio 2014, n.17460; Cass. Civ. Sez. II, 29 luglio 2011, n.16763

et délictuelle, dès lors que le texte fait référence au « *moment de la naissance de l'obligation* » et non pas à celui de la conclusion du contrat<sup>165</sup>, ce qui voudrait dire que la limite de l'art. 1225 c.c. it. s'appliquerait également à la réparation du dommage causé par un fait illicite.<sup>166</sup> Cependant, cet argument de nature textuelle ne semble pas partageable, puisqu'on peut y répondre par un autre argument textuel. L'article en question parle expressément d'inexécution et de retard, impliquant nécessairement une relation obligatoire préexistante entre les parties en fonction de laquelle ce qui est prévisible et ce qui ne l'est pas puisse être déterminé *ex ante* : l'art. 1225 c.c. it. n'est pas la réponse de la part de l'ordonnancement juridique à un fait illicite, parce que si c'était le cas, le texte aurait juste fait référence au moment de la commission de celui-ci, et non pas à un moment antérieur<sup>167</sup>.

En outre, l'inapplicabilité de l'article à la responsabilité délictuelle, comme il est bien affirmé par la jurisprudence<sup>168</sup>, représente ce que le législateur a voulu : il a choisi de ne pas mesurer les dommages-intérêts selon le degré de la faute de l'auteur du fait illicite, qui, soit en cas de faute soit en cas de dol, sera tenu à la réparation intégrale du dommage<sup>169</sup>.

## Section 2 : Les principales différences de régime en droit français

### Paragraphe 1 – Le délai de prescription

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, le délai de droit commun, prévu par l'article 2224 du Code civil, est de cinq ans. Dès lors, tant en matière contractuelle qu'en matière délictuelle, sauf les exceptions particulières consacrées dans la loi, le droit à la réparation du dommage subi et l'action en responsabilité que l'on peut exercer en faisant valoir un tel droit se prescrivent dans le même délai, qui, comme affirmé par ledit texte, court « *à compter du jour où le titulaire d'un droit à connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* », ce qui veut dire finalement qu'il appartient à l'appréciation souveraine des juges de fond déterminer, en raison de cette dimension subjective, le point de départ du délai, sauf, évidemment, lorsque c'est la loi elle-même à le fixer précisément<sup>170</sup>.

---

<sup>165</sup> Comme, en revanche, il était prévu par l'art. 1228 du Code civil de 1865 et par l'art. 1231-3 du Code civil français.

<sup>166</sup> P. Lambrini, "Strutture giuridiche romane e diritto privato europeo", Jovene editore, 2019, p.153

<sup>167</sup> Di Gravio, "Prevedibilità del danno e inadempimento doloso", Milano, 1999, p.95 et s.

<sup>168</sup> Cass. 30 marzo 2005, n.6725 ; Cass. 3 settembre 2010, n.19045 ; Cass. 30 novembre 2010, n.24256

<sup>169</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, n.801: "*L'art. 2056 regola la valutazione dei danni con gli stessi criteri stabiliti nel caso di inadempimento di un'obbligazione preesistente. Il mancato richiamo all'art.1225 crea però una differenza ed è questa: se l'inadempimento è colposo, non debbono essere risarciti i danni non prevedibili; invece, se il fatto illecito extracontrattuale è doloso o colposo, il danno, prevedibile o no, deve essere risarcito per intero, sempre che tra fatto e danno corra il nesso di causalità. Non si è accolto così il principio di commisurare il risarcimento al grado della colpa. [...]*".

<sup>170</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénédy, « Droit civil, Les obligations », *op. cit.*, p. 1839 et s.

## Paragraphe 2 – La charge de la preuve

S'agissant de la répartition de la charge de la preuve en droit français, la règle de référence est l'article 1353 c.c. fr. (anc. art. 1315 c.c. fr.), qui prévoit deux règles apparemment d'une grande simplicité, mais qui en réalité posent plusieurs questions. En premier lieu, il faut préciser que nonobstant les mots utilisés par le législateur, qui pourraient faire penser que ce texte soit applicable seulement en cas d'action en exécution d'une obligation contractuelle, en réalité, ledit article concerne aussi la preuve de l'obligation de réparation du dommage au titre de la responsabilité délictuelle <sup>171</sup>. Dans son premier alinéa, il prévoit que « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* », autrement dit, il incombe à celui qui soutient que son droit a été méconnu de le prouver ; dans son deuxième alinéa, en revanche, il prévoit que « *réciroquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* », et c'est ainsi qu'il incombe au débiteur de fournir la preuve lui permettant d'être exonéré de toute responsabilité, en devenant, de défendeur à l'instance, demandeur du point de vue probatoire (« *reus in excipiendo fit actor* ») <sup>172</sup>.

La différence de régime entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle la plus importante, comme écrivait Demogue dans son « *Traité des obligations en général* », tient à la charge de la preuve. En particulier, les deux régimes se différencieraient en ce qui concerne la faute : dans la responsabilité extracontractuelle la faute doit être prouvée par le demandeur, c'est-à-dire la victime, qui devra donc prouver l'existence d'un fait dommageable présentant les caractères nécessaires pour fonder le droit à la réparation, alors que dans le contrat la faute se présumerait et c'est au défendeur, le débiteur prétendument défaillant, de prouver sa libération, dès lors que la responsabilité découle de la simple inexécution de l'obligation <sup>173</sup>.

Toutefois, des nuances doivent être apportées selon le type d'obligations n'ayant pas été exécutée (A), ce qui conduit à constater une ressemblance de régime avec la preuve en matière de responsabilité délictuelle (B).

---

<sup>171</sup> P. Le Tourneau, « *Droit de la responsabilité et des contrats* », *op. cit.*, p. 2294

<sup>172</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, « *Droit civil, Les obligations* », *op. cit.*, p.1978

<sup>173</sup> E. Gaudemet, « *Théorie générale des obligations* », *op. cit.* ; R. Demogue, « *Traité des obligations en général* », t. V, Paris, 1925, p.537 ; H. Mazeaud et L. Mazeaud, « *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile* », t. I, 4<sup>ème</sup> éd., Montchrestien

## A) En matière contractuelle

Le fardeau de la preuve dépend de la nature de l'obligation n'ayant pas été exécutée : un résultat déterminé ou la mise en œuvre de moyens. C'est la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat qui a été affirmée pour la première fois par Demogue<sup>174</sup> ; en particulier, il affirmait que le système de la preuve est le même si on engage la responsabilité contractuelle ou délictuelle dès lors que dans les deux cas il y a une obligation préexistante entre les parties qui aurait été violée, et par conséquent, le demandeur doit rapporter la preuve de l'existence d'une telle obligation, de l'inexécution de celle-ci, du dommage subi et du lien causal entre ce dernier et l'inexécution. Toutefois, il admet que la preuve à fournir n'est pas toujours la même, et cela en raison du contenu de l'obligation, qui peut différer ; notamment, dans les obligations de résultat on est obligé d'atteindre un résultat déterminé, alors que dans les obligations de moyens on est obligé de « *prendre certaines mesures qui normalement sont de nature à amener un résultat* »<sup>175</sup>, sans que ce résultat soit garanti par le débiteur.

Si la preuve de l'existence de l'obligation, du dommage subi et du lien causal entre ce dernier et l'inexécution ne posent pas de problème particulier, devant être prouvés par le créancier qui agit en responsabilité, des opinions divergentes répondent à la question de savoir si c'est le créancier qui doit prouver l'inexécution du débiteur ou si c'est ce dernier à devoir prouver d'avoir bien exécuté la prestation ou que l'impossibilité de le faire a été due à une cause étrangère.

Selon la thèse majoritaire<sup>176</sup>, l'inexécution de l'obligation doit toujours être prouvée par le créancier, et selon que ce soit une obligation de moyens ou de résultat à ne pas avoir été exécutée, la nature de l'objet de la preuve sera différente : dans le premier cas, le créancier devra prouver que le débiteur n'a pas agi comme la « personne raisonnable » l'aurait fait, autrement dit, que le débiteur n'a pas eu la diligence et la prudence qu'il avait promis dans le déploiement de la prestation ; dans le second cas, la faute étant établie, le créancier devra prouver que le résultat déterminé qui avait été promis n'a pas été atteint. La faute contractuelle ayant été établie par le créancier, c'est au débiteur de prouver d'avoir exécuté son obligation ou l'existence d'un cas de force majeure l'exonérant de sa responsabilité (art. 1231-1 du Code civil). Néanmoins, il y a un tempérament en cas d'inexécution totale d'une obligation de moyens, puisque la défaillance est tellement grave que la faute est présumée et c'est le débiteur qui devra la justifier.

---

<sup>174</sup> R. Demogue, « Traité des obligations en général », *op. cit.*, p.538 : « *L'obligation qui peut peser sur un débiteur n'est pas toujours de même nature. Ce peut-être une obligation de résultat ou une obligation de moyen* ».

<sup>175</sup> *Ibidem*, p.539

<sup>176</sup> H. Mazeaud et L. Mazeaud, « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile », t. I, 4<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, p. 646-647 ; Demogue, *op. cité* ; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, « Droit des obligations », 11<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2020 p.534 et s.

Toutefois, il existe des opinions qui se fondent sur d'autres considérations pour mettre en évidence une différence dans la répartition de la charge de la preuve qui, suivant la thèse dominante, n'émerge pas. En particulier, Planiol affirme qu'il faudrait distinguer selon que l'objet de l'obligation est positif ou négatif, parce que dans ce dernier cas il appartient au créancier qui engage la responsabilité du débiteur défaillant (soit sur le terrain contractuel que délictuel) de prouver non seulement l'existence de l'obligation, mais aussi son inexécution, alors qu'en cas d'obligation positive, le demandeur n'a qu'à prouver l'existence de l'obligation et c'est au défendeur de démontrer qu'il l'a exécuté ou que l'exécution a été rendue impossible par une cause étrangère<sup>177</sup>.

Avec un point de départ contraire, mais avec les mêmes conclusions pratiques, E. Gaudemet affirme de manière générale qu'en cas de défaillance contractuelle le créancier doit simplement prouver l'existence de l'obligation, n'ayant pas, en revanche, à prouver « *le fait ou la faute du débiteur* ». <sup>178</sup> Ensuite, une autre thèse intéressante, ressemblante à l'état du droit italien actuel, et se fondant sur le principe d'aptitude à la preuve, est celle de Tunc : en cas de violation d'une obligation de résultat (qu'il appelle *obligation déterminée*), en raison de la meilleure aptitude à la preuve, c'est au débiteur de prouver sa libération, étant l'inexécution présumée ; en effet, « *il ne faut pas exiger d'un plaideur plus qu'il ne peut pratiquement faire, alors surtout que l'autre partie peut le supplier sans être surchargée* » <sup>179</sup>, et cela se justifie d'autant plus que l'inexécution serait totale : le créancier se trouverait face à l'absence totale de la prestation, comment pourrait-il établir un fait négatif ? En revanche, en cas d'une obligation de moyens (qu'il appelle *obligation générale de diligence*), les considérations en termes de meilleure aptitude à la preuve conduisent à retenir que c'est le créancier à devoir prouver la faute contractuelle du débiteur <sup>180</sup>.

## **B) En matière délictuelle**

En matière de responsabilité civile, en termes généraux, Carbonnier faisait référence à des « constantes », c'est-à-dire des conditions communes à tous les cas de responsabilité civile : pour que la responsabilité civile puisse être engagée, il faut un fait dommageable, le préjudice subi par la

---

<sup>177</sup> M. Planiol, « Traité élémentaire de droit civil, Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats privilèges et hypothèques », t. II, 11<sup>ème</sup> éd., Paris, 1928, n. 889, p.327 et s. ; P. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats », *op. cit.*, p.1322 et s.

<sup>178</sup> E. Gaudemet, « Théorie générale des obligations », *op. cit.*, p.392 : la différence avec Planiol c'est que selon ce dernier il y a toujours une obligation qui serait violée, alors que selon Gaudemet : « *dans le cas de responsabilité du fait dommageable, il n'y a pas de lien de droit antérieur au fait dommageable* ».

<sup>179</sup> P. Esmein, « Le fondement de la responsabilité contractuelle », RTD civ., 1933, spéc. p. 644.

<sup>180</sup> H. et L. Mazeaud, A. Tunc, « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile », Tome I, 6<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 1965, p.779 et s.

victime et le lien de causalité entre ces deux éléments<sup>181</sup>. Dès lors, en vertu de l'art. 1353 c.c. fr., celui qui réclame l'indemnisation du dommage subi sur le fondement de l'art. 1240 c.c. fr., sera tenu de prouver ces éléments constants de la responsabilité, étant en particulier la preuve du préjudice la clé en matière délictuelle, dès lors que sans préjudice, aucune responsabilité ne pourra être engagée.

La question, par conséquent, se pose de savoir s'il y a une différence en termes de charge de la preuve en matière de faute délictuelle et de défaillance contractuelle ; effectivement, une différence de régime existe seulement en cas d'inexécution d'une obligation de résultat, parce que dans ce cas le créancier qui agit en responsabilité devra prouver l'absence du résultat promis, ne devant pas rechercher une faute imputable au débiteur à travers la comparaison entre le comportement du débiteur défaillant et celui de la personne raisonnable, ce qui, en revanche, devra être fait pour démontrer l'inexécution d'une obligation de moyens et, de la même manière, la faute délictuelle<sup>182</sup>.

Dès lors, les différences de régime sont réduites dès lors que, soit en matière délictuelle, soit en matière contractuelle, il y a la simple application des principes du droit commun relatifs à la répartition de la charge de la preuve<sup>183</sup>.

### Paragraphe 3 : Le dommage réparable

En France comme en Italie, le principe de la réparation intégrale du dommage connaît une exception en matière de responsabilité contractuelle, dans la mesure où l'art. 1231-3 prévoit que seulement les dommages-intérêts prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat seront dus par le débiteur, sauf si l'inexécution lui est imputable à titre de dol ou de faute grave. En revanche, en matière délictuelle, cette limite de la prévisibilité n'a pas été prévue expressément par le législateur, ce qui en fait la différence majeure entre les deux branches de responsabilité en l'état actuel du droit, exception faite pour la répartition de la charge de la preuve en cas d'inexécution d'une obligation de résultat.

Les deux questions que l'on a déjà analysées à propos des textes italiens, se sont présentées également à propos de la discipline française ; il s'agit donc de préciser si la prévisibilité doit s'apprécier *in abstracto* ou *in concreto* et si celle-ci doit se rapporter aux causes du dommage ou à la quotité du dommage. S'agissant de la première question, l'imprévisibilité étant définie comme l'existence d'un « *facteur d'accroissement des risques normaux du contrat, inconnu du débiteur* »<sup>184</sup> au moment de la naissance de l'obligation, afin d'apprécier le caractère prévisible ou pas du dommage

---

<sup>181</sup> J. Carbonnier, « Les obligations », 22<sup>ème</sup> éd., Themis, Puf, 2000, p.377

<sup>182</sup> P. Le Tourneau, *op. cit.*, p.2294 et s.

<sup>183</sup> H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *op. cit.*, p. 796

<sup>184</sup> G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, « Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité », LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2017, p.707

les juges du fond devront adopter une méthode *in abstracto*, afin de déterminer les risques qu'un débiteur moyen peut et doit envisager dans une telle circonstance<sup>185</sup>. Sur la deuxième question, la Cour de Cassation a consacré l'autonomie de l'art. 1231-3 par rapport à l'art. 1231-4, parce que le caractère de prévisible ou d'imprévisible ne se rapporte pas à la cause du dommage, mais à sa quotité<sup>186</sup>; dès lors, afin de ne pas mettre à la charge du débiteur des dommages-intérêts dont l'étendue n'était pas prévisible au moment de la conclusion du contrat<sup>187</sup>, cette jurisprudence a été fondée sur la *ratio* du texte, c'est-à-dire de permettre au débiteur de mesurer l'étendue de sa responsabilité éventuelle en cas de son inexécution et évaluer, dès lors, s'il convient de s'engager en vertu du contrat en question ou pas<sup>188</sup>. En outre, le maintien de cette spécificité en matière de responsabilité contractuelle répond à une exigence résultant d'une analyse économique du droit : la prévisibilité jouerait le rôle de « *outil de gestion du risque contractuel* » dans la mesure où elle évite au débiteur d'avoir à sa charge une obligation de réparation du dommage trop importante par rapport à celle qu'il pouvait prévoir au moment de la conclusion du contrat, ce qui pourrait le faire douter de la convenance de l'affaire. Donc, l'art.1231-3 a une fonction d'encouragement des opérations économiques<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> Cass. Com., 4 juillet 2006, Bull. civ. 2006, IV, n° 164

<sup>186</sup> Nonobstant une éminente doctrine contraire, v. parmi d'autres : G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, F. Laurent, T. Huc

<sup>187</sup> Cass. civ., 27 juillet 1924, S. 1925, 1 ; mais c'est notamment dans l'affaire SNCF que la Cour de Cassation, avec un arrêt Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 avril 2011, n.10-15056, a confirmé que ce n'est pas la cause du dommage qui doit être prévisible, mais la quotité du dommage : la Cour exclut totalement la responsabilité de la SNCF pour les dommages découlant de la perte de la correspondance par avion de ses passagers qui, à cause du retard du train, l'ont perdue, aussi bien que leur voyage, dès lors que il n'avait pas été expliqué en quoi c'était prévisible pour la SNCF lors de la conclusion du contrat que le terme du voyage en train n'était pas la destination finale.

<sup>188</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, « Droit civil, Les obligations », *op. cit.*, p. 891

<sup>189</sup> C. Moille, « De la réparation des seuls dommages prévisibles en matière contractuelle », *Revue Lamy Droit civil*, n. 112, 2014

## **Seconde partie – La nature de la responsabilité précontractuelle et des précisions sur les contours de l’obligation**

Si dans un premier temps nous essayerons de démontrer les faiblesses des arguments au soutien de la thèse délictuelle (Titre I), ensuite il s’agira de reconnaître les honneurs de la thèse contractuelle (Titre II).

### **Titre I – Les faiblesses de la thèse délictuelle**

#### **Chapitre I : « Pas de contrat, pas de responsabilité contractuelle »**

À la base du refus à ériger la responsabilité précontractuelle à responsabilité de nature contractuelle, il y a l’idée suivant laquelle s’il n’y a pas de contrat, il ne peut pas y avoir de responsabilité contractuelle. Or, ce syllogisme apparemment simple et incontestable, n’a plus de fondement si la notion de responsabilité contractuelle est inappropriée et juste employée par tradition (Section 1), alors qu’il garde sa valeur lorsque la responsabilité contractuelle est vraiment conçue comme une responsabilité pour manquement à une obligation qui trouve sa source dans le contrat (Section 2).

#### **Section 1 : Responsabilité contractuelle : une notion mal comprise en droit italien**

Traditionnellement, le problème de la nature de la responsabilité précontractuelle a été défini sur la base d’un « pseudo-syllogisme » selon lequel s’il n’y a pas de contrat, il ne peut pas y avoir de responsabilité précontractuelle ; effectivement, compte tenu du fait que cette forme de responsabilité intervient à la suite d’un comportement dommageable antérieure à la conclusion du contrat, on ne devrait pas pouvoir l’attirer au domaine du contrat : pas de contrat, pas de responsabilité contractuelle; or, comme le système juridique italien connaît une seule autre qualification, la responsabilité précontractuelle doit avoir nature extracontractuelle. Et pourtant, le syllogisme qui grâce à sa simplicité devrait pouvoir représenter la frontière entre les deux branches de responsabilité, il n’est qu’un « pseudo-syllogisme », dès lors qu’il ne tient pas compte d’une des sources des obligations visées par l’art. 1173 c.c. it.<sup>190</sup> les *variae causarum figurae*<sup>191</sup>, dont la violation ne saurait pas être sanctionnée si on se tenait à la formule dont il est ici question.

---

<sup>190</sup> C. Scognamiglio, « La responsabilità precontrattuale », *lectio magistralis*, 27 mars 2014, Uni Trento Giurisprudenza, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=jSkzyrOK76s>

<sup>191</sup> Art. 1173 c.c. it.: « *Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da ogni altro o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico* »

D'un point de vue systématique, en effet, l'art.1218 c.c. it., consacrant ce que l'on appelle responsabilité contractuelle, ne se trouve pas sous le titre « *Dei contratti in generale* », mais sous le titre « *Delle obbligazioni in generale* », ce qui manifeste son caractère de principe régulateur unitaire de la responsabilité du débiteur défaillant<sup>192</sup>. Dès lors, l'appellation « responsabilité contractuelle » est inexacte, parce que lorsque l'art.1218 c.c. it. utilise le terme « *inadempimento* », ne fait pas exclusivement référence à l'inexécution d'une obligation contractuelle, mais de toute obligation, quelle qu'en soit la source<sup>193</sup>. Comme il a été précisé par Mengoni, dans l'expression « responsabilité contractuelle », l'adjectif « contractuelle » est utilisé dans l'acception plus large que le terme *contractus* avait originairement dans le droit romain classique, indicatif de toutes les obligations différentes de la responsabilité *ex delicto*<sup>194</sup>, et, en fait, la théorie de la *culpa in contrahendo* de Jhering se greffe sur les sources romaines prévoyant une *actio ex contractu* nonobstant l'invalidité de celui-ci<sup>195</sup>. Par conséquent, l'expression, rapportée au sens actuel plus étroit du mot « contrat », est une synecdoque qui indique le tout avec une partie : la responsabilité, donc, est contractuelle en tant que sanction du manquement à une obligation préexistante, qu'elle qu'en soit la source<sup>196</sup>. D'ailleurs, afin de dissiper tous les doutes sur la validité de la définition (ayant cité Mengoni, l'un des plus grands partisans de la thèse contractuelle de la responsabilité précontractuelle), les mêmes Sezioni Unite de la Corte di Cassazione l'ont accueillie<sup>197</sup>.

On parvient donc à la conclusion, afin de réfuter l'argument critique de la thèse contractuelle de la responsabilité précontractuelle, que « *la qualification de « contractuelle » concerne le rapport et non pas l'acte* »<sup>198</sup> et qu'il est plus correcte de parler de responsabilité pour manquement à une obligation préexistante (« *responsabilità per inadempimento di un'obbligazione preesistente* »). Sur la base de cette prémisse, il sera possible de soumettre la responsabilité précontractuelle au régime

<sup>192</sup> L. Mengoni, « Sulla natura della responsabilità precontrattuale », in Riv. dir. comm., 1956, II, p.360 et s., aujourd'hui in Scritti, II. Obbligazioni e negozio, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, spéc. p.267

<sup>193</sup> A. Torrente – P. Schlesinger, « Manuale di diritto privato », Giuffrè, Milano, 25ème éd., 2021, p.458

<sup>194</sup> L. Mengoni, « Responsabilità contrattuale (dir. vig.) », Enc. Dir., vol. XXXIX, 1988, spéc. p.1072

<sup>195</sup> R. Von Jhering, « De la *culpa in contrahendo* ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », 1860, dans Œuvres choisies, trad. O. de Meulenaere, t. II, 1893, spéc. p.10 et s.

<sup>196</sup> L. Mengoni, *op. cit.*, spéc. p.1072

<sup>197</sup> Cass. Civ., Sez. Unite, 26 giugno 2007, n.14712 : « è opinione ormai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta" (art.1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art.1321 c.c., ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte. In tale contesto la qualificazione "contrattuale" è stata definita da autorevole dottrina come una *sinceddoche* (quella figura retorica che consiste nell'indicare una parte per il tutto), giustificata dal fatto che questo tipo di responsabilità più frequentemente ricorre in presenza di vincoli contrattuali inadempiti, ma senza che ciò valga a circoscriverne la portata entro i limiti che il significato letterale di detta espressione potrebbe altrimenti suggerire ».

<sup>198</sup> C. Amato, « Observaciones sobre la *culpa in contrahendo* en el ordinamiento italiano », in Nuevo derecho : creare scientia in ius, 2017, p.5

de la responsabilité contractuelle, alors que, si cette prémisse fait défaut dans le droit national, il n'est pas possible d'enraciner la thèse contractuelle.

## Section 2 : Le champ d'application limité de la responsabilité contractuelle en droit français

L'intérêt derrière l'exposition de l'élaboration théorique de la thèse contractuelle en droit italien réside dans le fait qu'elle a reçu une consécration jurisprudentielle après 70 ans d'application du régime extracontractuel pour tous les cas sanctionnés au visa des articles 1337 et 1338 c.c. it.. La question, donc, se pose de savoir s'il y a le risque (ou l'opportunité) que la Cour de cassation de France réalise un revirement, tel que celui fait par la Corte di Cassazione en 2011, ensuite confirmé en 2016, en faveur de la nature contractuelle de la responsabilité prévue aux articles 1112 et suivants c.c. fr.

La thèse italienne suivant laquelle la responsabilité précontractuelle aurait nature contractuelle repose sur un présupposé qui, toutefois, ne se reflète pas dans le Code civil français. En droit italien, la notion de responsabilité contractuelle est une synecdoque dès lors qu'elle ne désigne pas exclusivement la responsabilité consécutive à l'inexécution d'une obligation contractuelle, mais, plus généralement, celle qui peut être engagée à la suite du manquement à toute obligation, qu'elle qu'en soit la source, y comprise la loi<sup>199</sup>. Pour le juriste français, une telle articulation surprend, étant la source de l'obligation, pour lui, la clé fondamentale pour qualifier la responsabilité : s'il y a un contrat elle est contractuelle, et si cette condition n'est pas remplie, alors elle est nécessairement délictuelle<sup>200</sup>. La différence entre la localisation, au sein du Code civil, des textes italiens (articles 1218 et s. c.c.it.) et des textes français (articles 1231 et s. c.c.fr.) en matière de responsabilité contractuelle est révélatrice : les premiers se trouvent sous le titre « *Delle obbligazioni in generale* » et aucune référence n'est faite au contrat, alors que les seconds se trouvent sous une Sous-section intitulée « *La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat* ».

Dès lors, même en reconnaissant l'existence d'une obligation entre deux parties déterminées qui ont engagées des négociations en vue de la conclusion d'un contrat, la violation de cette obligation ne pourrait pas être source d'une responsabilité de nature contractuelle à cause de l'absence d'un appui normatif en ce sens. Cette conclusion est de surcroît supportée par une tendance normative contraire consistant dans la précision, de manière expresse, que la responsabilité qui peut être engagée contre les auteurs des divers comportements contraires à la bonne foi précontractuelle est

---

<sup>199</sup> L. Mengoni, « Sulla natura della responsabilità precontrattuale », *op. cit.* ; A. Torrente – P. Schlesinger, « Manuale di diritto privato », Giuffrè, Milano, 25ème éd., 2021

<sup>200</sup> L. Nau, « Responsabilité pré- ou près contractuelle ? Variations sur un thème en droit comparé franco-allemand », in Mélanges B. Gross, Presses universitaires de Nancy, 2009, p.117 et s., spéc. p.119

extracontractuelle. Si, l'absence de toute précision apportée définitivement dans l'art. 1112 c.c.fr pourrait faire croire qu'une marge d'appréciation subsiste et que la responsabilité précontractuelle puisse, dès lors, faire l'objet d'un changement de qualification, le Projet de loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats<sup>201</sup>, à propos de l'art. 1112 c.c.fr., précise que la responsabilité qui découle de la violation dudit article aura, en principe, fondement extracontractuel, sauf si les parties ont aménagés conventionnellement la négociation ; il en va de même dans le Rapport au Président de la République, où il est également affirmé que « *cette responsabilité sera en principe de nature extracontractuelle, sauf aménagement conventionnel de cette phase de négociation et de sa rupture* »<sup>202</sup>. Quelle qu'en soit la valeur<sup>203</sup>, le Rapport permet de toute façon d'éclairer l'intention du législateur et montrer comment la responsabilité précontractuelle est appréhendée par le droit actuel : nonobstant ce soit la responsabilité qui serait engagée pour les mêmes faits, dans les mêmes circonstances et sur le même fondement normatif elle aura une nature différente selon, comme toujours, qu'il y ait ou non de contrat entre les parties.

Cette volonté du législateur de reconduire la responsabilité pour faute précontractuelle<sup>204</sup> à la responsabilité extracontractuelle résulte également d'autres précisions sur la question résultant des textes ; en particulier, en matière de rétractation de l'offre, l'art.1116, al.3 c.c.fr. prévoit que si elle a lieu avant l'expiration du délai « *elle engage la responsabilité extracontractuelle* » du pollicitant. La même qualification est retenue pour la responsabilité que l'on peut engager en cas de conclusion d'un contrat vicié : en raison de l'*eadem ratio* entre l'art. 1112-1, al.6 c.c.fr. et l'art. 1178, al.4 c.c.fr., on peut considérer que la nature extracontractuelle de la responsabilité que l'on peut engager indépendamment de la demande en annulation du contrat soit à retenir même lorsque l'annulation serait possible en raison du manquement à l'obligation d'information précontractuelle prévue par l'art. 1112-1 c.c. fr.

De manière plus générale, nous constatons un autre élément qui tend cette fois-ci non pas vers la qualification précise de la nature de la responsabilité, mais à rendre superflue la question<sup>205</sup>. En effet, à la différence du droit italien où les différences de régime demeurent considérables en ce qui

---

<sup>201</sup> Projet de loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats : « *Le fondement de la responsabilité sera en principe extracontractuel, sauf en présence d'aménagements conventionnels prévus entre les parties* ».

<sup>202</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, en particulier, Chapitre II « La formation du contrat », Sous-section 1 « Les négociations »

<sup>203</sup> V. sur ce point P. Puig, « L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances », RTD Civ. 2017, p. 84 et s.

<sup>204</sup> L'expression a été utilisée par R. Saleilles, « De la responsabilité précontractuelle, A propos d'une étude nouvelle sur la matière », RTD Civ., 1907

<sup>205</sup> M. Barcellona, « Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale : dalle dogmatiche alle *rationes* dei rispettivi regimi », *op. cit.*, selon lequel la première condition pour que l'on ait à s'interroger sur la différence entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle est qu'il y ait des différences entre les deux régimes.

concerne le délai de prescription, la limite du dommage prévisible et surtout la répartition de la charge de la preuve, en droit français elles ne concernent que le caractère prévisible du dommage réparable et, pour ce qui concerne les obligations de résultat<sup>206</sup>, la charge de la preuve, à propos de laquelle, c'est le même législateur qui a donné une réponse : la seule hypothèse qui aurait présenté un intérêt en raison de la différence entre les régimes des deux branches de responsabilité est celle du manquement à l'obligation d'information précontractuelle, pour laquelle l'art.1112-1, al.5 c.c. fr. prévoit que c'est la partie qui devait donner l'information qui sera tenue de prouver de l'avoir fait.

## **Chapitre II : Une conception erronée de l'obligation au soutien de la thèse délictuelle**

La prémisse étant faite sur l'existence, ou non, de l'appui normatif nécessaire à permettre l'application du régime contractuel à la responsabilité précontractuelle, maintenant la question se pose de savoir si les critiques opposées à une telle qualification, conduisant à retenir la nature contraire, ont un fondement solide. En particulier, la responsabilité précontractuelle en tant que *species* de la responsabilité délictuelle, amène à une dévalorisation de la bonne foi à une simple spécification du devoir de *neminem laedere* exprimé par les articles 2043 c.c. it. et 1240 c.c. fr. Non seulement cette conception de la règle de bonne foi à la base de la thèse délictuelle est erronée, mais aussi les parcours argumentatifs pour y arriver présentent une certaine criticité (Section 1), ainsi qu'à une certaine incompatibilité entre l'emploi qui en résulterait et sa réelle fonction (Section 2).

### Section 1 : Le recours nécessaire à la ratio de la responsabilité ?

#### **A) L'analyse à partir de l'objet de l'obligation : un faux procédé**

Nonobstant ce que nous avons exposé à propos de la vraie signification de l'art. 1218 c.c. it., la différence qui en résulte entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle a été critiquée sur la base du fait qu'elle serait fondée sur une interprétation trop étroite de l'art. 2043 c.c. it. (et le même discours pourrait s'étendre à l'art.1240 c.c. fr.) à laquelle suit une limitation excessive du champ d'application de la responsabilité délictuelle<sup>207</sup>. Selon l'auteur de cette critique, M.

---

<sup>206</sup> Com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, JCP G 1973, II, 17543, note J. Schmidt, où l'Auteure remarque l'inutilité au niveau pratique de la qualification contractuelle de la responsabilité pour rupture fautive des pourparlers dès lors qu'il s'agirait d'une obligation de moyens devant être prouvée de la même manière qu'une faute délictuelle.

<sup>207</sup> M. Barcellona, « Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale : dalle dogmatiche alle *rationes* dei rispettivi regimi », *op. cit.*

Barcelona, la différence entre les deux types de responsabilité doit se dégager à partir d'une analyse rationnelle-fonctionnelle de celles-ci ; en particulier, cette approche consiste dans la prise en compte des problèmes abordés par la discipline de l'une et de l'autre responsabilité (en particulier, la répartition de la charge de la preuve, la réparation du dommage prévisible et/ou imprévisible, la prescription<sup>208</sup>) et de la manière dont ces problèmes sont résolus ; à partir de là, il serait possible, sur la base des raisons qui justifient les différences de régime, de dégager les fonctions exercées par les deux types de responsabilité<sup>209</sup>.

Et voici le résultat auquel parvient l'Auteur cité : si la responsabilité contractuelle exerce une fonction attributive, dès lors que les dommages-intérêts sur ce fondement ont vocation à « se substituer au résultat modificatif ou enrichissant de la sphère personnelle ou patrimoniale du créancier qui était programmé sur la base d'un acte de circulation de richesse » (autrement dit, un contrat), la responsabilité extracontractuelle, en revanche, « exerce une fonction conservative dans la mesure où elle a vocation à rétablir le *status quo ante* dans lequel se trouvait la victime, afin que sa sphère personnelle et patrimoniale soit reconstituée »<sup>210</sup>. Si la différence de fonction entre les deux responsabilités définit la frontière entre elles, c'est parce qu'à la base il y a une conception d'obligation fondée sur l'objet : l'engagement de la responsabilité contractuelle serait possible exclusivement lorsque l'obligation a pour objet une prestation, autrement dit, lorsque l'obligation a pour objet un *facere*, un *non facere* ou un *dare*, et qui par définition et par imposition légale doit être économiquement appréciable (art. 1174 c.c. it.)<sup>211</sup> ; en revanche, l'engagement de la responsabilité délictuelle est envisageable dans tout autre cas où la « prestation » aurait caractère extrapatrimonial. Dès lors, d'un côté il y aurait la véritable obligation, qui a un caractère pécuniaire dans la mesure où elle permet l'enrichissement du bénéficiaire de la prestation, et de l'autre côté il y aurait le devoir ou obligation extrapatrimonial en raison de son caractère non pécuniaire, ne répondant qu'à un simple intérêt moral<sup>212</sup>. Ce critère, toutefois, résulte erroné, soit en droit italien, soit en droit français, en raison de la conception erronée de l'obligation sur laquelle il se fonde. En effet, le caractère

---

<sup>208</sup> M. Barcellona, *op. cit.*, p.3 : la prémisse de cette analyse et du raisonnement sur lequel elle s'appuie est qu'il y ait des différences entre les deux régimes de responsabilité, en l'absence desquelles il n'y aurait pas de sens de se poser la question de tracer la frontière entre les deux responsabilités, et qu'il y aient des cas particuliers qui ne sont ni l'inexécution d'un contrat ni la commission d'une faute délictuelle « pure ».

<sup>209</sup> *Ibidem*

<sup>210</sup> *Ibidem*

<sup>211</sup> M. Barcellona, *op. cit.*, p.7

<sup>212</sup> N. Hage-Chahine, « La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé », Thèse, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p.111 et s.

patrimonial ou extrapatrimonial n'est qu'une particularité de l'obligation<sup>213</sup>, non pas un élément constitutif de celle-ci<sup>214</sup>, qui donc devra être cherché ailleurs.

## B) La responsabilité précontractuelle en tant que « conflit modal »

Non seulement l'approche rationnel-fonctionnel a un mauvais point de départ (le critère de l'objet de l'obligation), mais aussi la conclusion pour ce qui concerne la responsabilité précontractuelle dès lors qu'elle ne serait pas justifiée ; Barcellona, en effet, soutient que cette responsabilité répond à la même *ratio* qui soutient la responsabilité délictuelle, et par conséquent, doit être régie par la discipline de cette dernière. Cette conclusion est totalement contredite en utilisant l'exacte même méthodologie utilisée par l'Auteur : à partir, donc, de l'analyse des problèmes auxquels la discipline des deux branches de responsabilité essaye de répondre, nous essayerons de montrer comment, en réalité, les problèmes pratiques posés par les cas d'espèces qui relèvent de la matière précontractuelle trouve réponse dans le régime de la responsabilité contractuelle et non pas dans celui de la responsabilité délictuelle. Et ainsi, conscient des particularités de la situation dans laquelle la responsabilité précontractuelle peut trouver naissance et de sa non-assimilation à la figure classique de faute délictuelle commise au moment de la rencontre de hasard entre tiers, le même auteur doit faire recours à des tournures particuliers pour expliquer sa thèse : il définit « conflit occasionnel » ceux qui résultent de la rencontre de hasard entre tiers, alors que les hypothèses visées par l'art. 1337 c.c. it., il les qualifie de « conflits modaux », entendus comme des faits illicites en tant qu'abus d'un droit dont on est titulaire, caractérisés par le type de contexte dans lequel la conduite dommageable a été réalisée et par ses modalités. Le problème de ce résultat n'est pas seulement l'argumentaire utilisé, mais le résultat dans sa forme : cette analyse a été faite afin d'éviter que la responsabilité contractuelle puisse être engagée, non seulement en cas de violation d'une obligation de prestation, mais aussi en cas de violation d'une obligation sans prestation qui serait née à l'occasion d'un contact social (qualifié), et cela, afin d'éviter l'excessive catégorisation au sein de la responsabilité contractuelle ; et pourtant, c'est exactement ce résultat qu'il atteint, seulement que ce n'est pas au sein de la responsabilité contractuelle, mais au sein de la responsabilité extracontractuelle, ce qui démontre l'inadaptation de l'approche en question dans toutes ses composantes à répondre à la question de la nature de la responsabilité engagée à la suite de la violation d'une obligation ne présentant pas les caractères typiquement contractuels<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> L'art. 1174 c.c. it. semble toutefois contredire l'affirmation, mais v. C. Amato, *op. cit.*, p.12 et s. ; L. Mengoni, « Sulla natura della responsabilità precontrattuale », *op. cit.*

<sup>214</sup> N. Hage-Chahine, « La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé », *op. cit.*, p.117

<sup>215</sup> M. Barcellona, *op. cit.*, spéc. p.13

## Section 2 : La nécessaire qualification délictuelle en cas de silence normatif ?

### A) La faiblesse de l'argument contrefactuel en droit italien

La responsabilité précontractuelle, selon une autre réflexion, aurait nature délictuelle dès lors que s'il n'y avait pas les articles 1337 et 1338 c.c. it., la mauvaise foi précontractuelle serait sanctionnée sur le fondement de l'art. 2043 c.c. it. ; dès lors, les textes introduit dans le Code civil en 1942 sur la responsabilité précontractuelle ne sauraient être que des cas typiques (dans le sens de « *tipizzati* », spécifiés) de responsabilité extracontractuelle<sup>216</sup>. Pour parvenir à cette conclusion, Sacco développe un argument contrefactuel : s'il n'y avait pas les articles 1337 et 1338 c.c. it., la mauvaise foi précontractuelle comment serait-elle sanctionnée ? Le dommage causé par la mauvaise foi serait un dommage injuste réparable sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

Cet argument présente deux problèmes. En premier lieu, l'art. 2043 c.c. it. sur la responsabilité délictuelle, requiert, pour que ce soit réparable, que le dommage soit « injuste », notion que la Corte di Cassazione a définie de la manière suivante : est injuste le dommage causé *contra ius*, consistant dans la lésion non seulement d'un droit subjectif, mais de tout intérêt qui est protégé par l'ordonnancement juridique<sup>217</sup>. Or, s'il n'y avait pas de texte assurant la protection de la confiance légitime précontractuelle, s'il n'y avait pas de texte sanctionnant la mauvaise foi et imposant une limite à la (sinon) totale liberté contractuelle, en cas d'échec des négociations ou si le contrat conclu n'était pas valide à cause d'une rupture injustifiée des négociations, d'un défaut d'information ou, de manière générale, de toute mauvaise foi, celui qui subit ce comportement ne pourrait invoquer aucune réparation dès lors qu'il n'y aurait pas d'intérêt protégé par l'ordonnancement juridique<sup>218</sup>. Dès lors, en l'absence d'obligation préexistante, aujourd'hui consacrée aux articles 1337 et 1338 c.c. it., il ne pourrait pas y avoir de dommage injuste sanctionnée en vertu de l'art. 2043 c.c. it. tel qu'il a été défini par la jurisprudence ; pourtant, cela ne vaut pas dire qu'aujourd'hui, comme cette obligation préexistante est expressément prévue, il y aurait un tel dommage injuste, dès lors que la violation d'une obligation préexistante rentre dans le champ d'application de l'art. 1218 c.c. it., et donc de la responsabilité (improprement dite) contractuelle.

L'efficacité d'un tel argument dans le droit français serait, au contraire, certainement majeure : à la différence de ce qui se passait en Italie avant l'introduction du Code civil de 1942, en France,

---

<sup>216</sup> R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, « Il contratto », IV, éd.2, Torino, 2016, p.1210 et s.

<sup>217</sup> Cass. Civ., Sez. Unite, 15 gennaio 2009, n.794

<sup>218</sup> C. Amato, *op. cit.*, p.20 ; en réalité, nous avons vu qu'une petite protection avait commencée à être reconnue même avant l'entrée en vigueur du Code civil italien du 1942, mais exclusivement dans les espèces qui aujourd'hui tombent dans le champ d'application du seul art. 1337 et non pas de l'art.1338 (Cass. 10 luglio 1936, n.2441, Foro it., 1936, I, p. 1262).

avant la codification de la responsabilité précontractuelle, la jurisprudence assurait déjà l'allocation de dommages-intérêts au nom de la bonne foi (à l'époque, contractuelle).

En deuxième lieu, l'argument contrefactuel en question est faible : d'abord, parce que c'est une opération purement discrétionnaire celle d'imaginer une hypothétique sanction de la mauvaise foi précontractuelle s'il n'y avait pas eu de texte, c'est, autrement dit, un argument axé sur un cadre normatif tout à fait hypothétique, mais surtout parce que, « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* » et, *a contrario*, si le législateur a voulu distinguer, c'est parce qu'il ne voulait pas que la responsabilité précontractuelle soit qualifiée d'extracontractuelle, autrement dit, si le dommage précontractuel était réparable même en l'absence des art. 1337 et 1338 c.c. it., pourquoi le législateur aurait-il voulu les introduire dans le code ? C'est exactement parce que le législateur a voulu détacher le rapport particulier, fonctionnel à la conclusion d'un contrat, entre ceux qui sont entrés en pourparlers de la généralité indistincte de ceux qui, seulement de manière occasionnelle, peuvent se causer un dommage qu'il est plus cohérent de reconstruire la responsabilité précontractuelle comme responsabilité naissant de la violation d'un rapport obligatoire et non pas de la réalisation d'un fait illicite<sup>219</sup> : seulement la dimension du rapport et de l'obligation de bonne foi qui la gouverne donne une explication logique à la réparation du dommage subi dans la période précontractuelle, et la responsabilité qui en découle ne peut qu'être contractuelle<sup>220</sup>.

## B) Un effet pervers résultant de l'attribution de la nature délictuelle

À la base de l'argument développé par Sacco, il y a l'idée suivant laquelle l'art. 1337 c.c. it. ne prévoit pas une obligation<sup>221</sup> : la bonne foi n'est qu'une règle de comportement qui s'analyse en un devoir, qui spécifie notamment le *neminem laedere*, dont la violation emporte la responsabilité délictuelle. Il s'agit du critère que Hage-Chahine définit du degré de précision de la prestation<sup>222</sup> : l'obligation a toujours pour objet une prestation précise, alors que le devoir consiste en une règle de comportement qui n'est pas du tout précise, mais au contraire requiert d'être spécifiée selon les circonstances de l'espèce. Dès lors, ce serait une obligation seulement celle qui a pour objectif de réaliser l'opération économique voulue par les parties. Cette conception aurait pour conséquence celle d'empêcher la contractualisation des règles de conduite, telle que la bonne foi précontractuelle, et

---

<sup>219</sup> C. Scognamiglio, « Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale », in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p.1949 et s., note sous Cass. Civ., Sez. I, 21 nov. 2011 et Cass. Civ., sez. I, 20 dic. 2011

<sup>220</sup> C. Castronovo, « La responsabilità precontrattuale », in Castronovo-Mazzamuto, « Manuale di diritto privato europeo », Milano, 2007, II, p.337 et s.

<sup>221</sup> R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, « Il contratto », *op. cit.*, p.1211

<sup>222</sup> N. Hage-Chahine, « La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé », *op. cit.*, p.120 et s.

donc d'exclure la possibilité d'engager une responsabilité de nature contractuelle dans le cas de leur violation<sup>223</sup>. Cette conception doit être contestée : d'une part parce qu'il n'y a aucun lien entre l'existence d'une règle de comportement en dehors du contrat (comme dans la période précontractuelle) et l'interdiction de qualifier cette règle d'obligation contractuelle<sup>224</sup>. Effectivement, cette règle de comportement s'impose à des sujets déterminés qui ont engagé une relation particulière, qui, autrement dit, ont abandonné le monde du non-rapport pour entrer dans celui du rapport, qui est juridique en tant que la loi s'en occupe (en prévoyant la règle de bonne foi) et qui est obligatoire en raison du fait qu'il s'agit d'un *vinculum iuris* entre des sujets déterminés. Tout cela préfigure les arrêts de la Corte di Cassazione italienne à propos de la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle.

Cette exclusion de la qualification d'obligation à la règle comportementale qu'est la bonne foi précontractuelle, entraîne nécessairement la qualification délictuelle de la responsabilité qui peut venir engager en cas de sa violation. Selon Mengoni, cela aurait un effet déformant du sens et de la fonction que la loi donne à la bonne foi précontractuelle, qui est objective, en tant que règle imposant la loyauté et la probité aux négociateurs, et non pas subjective, en tant qu'ignorance de léser le droit d'autrui. La prétendue nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle, aurait pour conséquence que l'appréciation du comportement préjudiciable devrait se faire non pas sur la base de la loyauté et de la probité que la bonne foi exige dans les circonstances de l'espèce, indépendamment du critère subjectif d'imputation de la conduite dommageable à son auteur, mais, au contraire on devrait apprécier le « fait illicite », par exemple la rupture injustifiée des négociations, sur la base soit de la mauvaise foi, soit du critère subjectif d'imputation dudit fait, ce qui se résout dans le dol, en faisant devenir la bonne foi précontractuelle une bonne foi subjective. Ce résultat, toutefois, serait incompatible avec la discipline de l'art.1338 c.c.it., qui permet d'engager la responsabilité en cas de défaut de communication des causes d'invalidité et d'inefficacité du contrat que l'on connaissait ou que l'on aurait dû connaître, ce qui montre que le comportement est réputé déloyal, et donc de mauvaise foi (objective), indépendamment de l'intentionnalité ou de la négligence<sup>225</sup> ; et la même chose peut être dite à propos de l'art.1112-1 c.c. fr., dès lors que l'on peut imaginer une situation où l'information importante pour le consentement de l'autre partie ne soit pas donnée, nonobstant fût connue, à cause de l'oubli ou de la négligence, sans qu'aucun dol (critère d'imputation subjective de la conduite) ne soit caractérisé<sup>226</sup>.

---

<sup>223</sup> N. Hage-Chahine, *op. cit.*, p.123 et s.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p.127; l'Auteur cite T. Genicon qui avoue « *ne pas bien comprendre pourquoi une prescription valable pour la vie en société en général devrait se voir refuser pour cette raison et par principe, le titre réservé d'obligation contractuelle* », in « La résolution du contrat pour inexécution », Thèse, Paris, LGDJ, 2007

<sup>225</sup> L. Mengoni, « Sulla natura della responsabilità precontrattuale », *op. cit.*, spéc. p.269

<sup>226</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, « Droit civil, Les obligations », *op. cit.*, p.339

## Titre II – Les honneurs de la thèse contractuelle

Après s'être toujours prononcée en faveur de la qualification délictuelle, en considération du fait qu'au moment de la réalisation de la conduite préjudiciable aucun lien contractuel n'avait pas encore été formé<sup>227</sup>, la Corte di Cassazione, à partir de 2011<sup>228</sup>, a entamé un mouvement de requalification de la responsabilité précontractuelle, culminé dans l'arrêt Cass. Civ., Sez. I, 12 juillet 2016, n.14188<sup>229</sup>, en affirmant la nature contractuelle, d'où l'application du régime correspondant. Le revirement étant loin d'être définitif<sup>230</sup>, le débat demeure actuel et vivace à cause de l'insécurité et de l'imprévisibilité dans les décisions jurisprudentielles, ce qui nous conduit à en souhaiter la confirmation : la thèse contractuelle n'est pas seulement une solution justifiable en théorie (Chapitre I), mais elle est également une solution opportune en pratique (Chapitre II).

### Chapitre I : Une consécration prudente de la thèse contractuelle en droit italien

#### Section 1 : La justification dogmatique de la thèse contractuelle

Accusée par la doctrine soit de répéter de manière simpliste le slogan sur la nature extracontractuelle, soit d'être sourde à toute sollicitation contraire<sup>231</sup>, avec deux arrêts de 2011, la Corte di Cassazione a ouvert la discussion même au sein de la jurisprudence, quoique prudemment, sur la nature de la responsabilité prévue aux articles 1337 et 1338 c.c. it. (A) ; toutefois, la figure du contact social qualifié s'exposant à une critique et ne rendant pas compte de la base articulée au soutien de la thèse contractualiste<sup>232</sup>, il s'agit d'en préciser la portée (B).

---

<sup>227</sup> V. à titre d'exemple : Cass. Civ. Sez. I, 30 agosto 1995, n.9157 ; Cass. Civ., Sez. III, 29 luglio 2011, n.16735 ; Cass. Civ., Sez. II, 3ott. 2019, n.24738

<sup>228</sup> Cass. Civ., 21 nov. 2011, n.24438 ; Cass. Civ., 20 dic. 2011, n.27648

<sup>229</sup> Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188

<sup>230</sup> Cass. Civ., sez. II, 3 ott. 2019, n.2478 : la Corte di Cassazione revient à faire application de l'ancien principe selon lequel « *La responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta posta dall'art.1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extra-contrattuale* ».

<sup>231</sup> L. Rovelli, « La responsabilità precontrattuale », in Bessone, Trattato di diritto privato, vol. XII, t. II, « Il contratto in generale », Torino, 2000, p.347 et s., où l'Auteur, en accusant la jurisprudence de sa position traditionnelle, emploie ces termes : « *un orientamento della giurisprudenza, specie di legittimità, tanto granitico, quanto sordo ad ogni contraria sollecitazione, nel ripetere tralaticciamente lo slogan sulla natura extra-contrattuale della responsabilità* ».

<sup>232</sup> C. Castronovo, « La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale », in Europa e dir. privato, 2012, p.1233 et s.

## A) L'abandon prudent du courant jurisprudentiel granitique antérieur

En 1956, Luigi Mengoni plaidait en faveur de la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle sur la base de la considération que, lorsque le législateur décide de soumettre le déroulement d'une relation social à l'impératif de la bonne foi, cela indique que cette relation s'est transformée, sur le plan juridique, en rapport obligatoire, dont le contenu sera spécifié selon les circonstances. D'ailleurs, la bonne foi (objective), en tant que règle de comportement qui requiert la loyauté et la probité des parties, ne peut se concevoir que dans des rapports obligatoires. Si le législateur a décidé d'assujettir la période précontractuelle à l'exigence de la bonne foi, en imposant d'avoir un comportement loyal à l'égard du partenaire, c'est parce qu'avec les négociations on instaure une relation dans laquelle deux sujets déterminés sont en mesure de se causer réciproquement un dommage, ce qu'ils ne pourraient pas faire en dehors d'une telle relation avec un comportement de mauvaise foi (parce que, comme déjà dit, il ne peut se concevoir que dans ces rapports)<sup>233</sup>.

Plus de cinquante ans après, la Corte di Cassazione, accréditant le raisonnement de cette (très) éminente doctrine, arrive à affirmer, bien que de manière prudente, dans un premier arrêt<sup>234</sup>, que la responsabilité qui peut être engagée pour la lésion de la confiance légitime du cocontractant dans la validité du contrat, ne pouvant être qualifiée ni de délictuelle ni de contractuelle, se rapproche beaucoup plus à cette dernière en raison du contact social crée pendant les négociations et trouve son origine dans la violation du devoir de bonne foi qui gouverne cette période antérieure à la conclusion formelle du contrat<sup>235</sup>.

De manière nettement plus claire, les juges de la Cassazione se sont prononcés dans un autre arrêt, juste un mois plus tard : le rapport particulier entre les parties en pourparlers représente un contact social qui est qualifié par l'obligation légale de bonne foi, dont la violation permet d'engager la responsabilité précontractuelle du partenaire déloyal ; or, comme dans les hypothèses donnant lieu à responsabilité délictuelle la lésion précède l'instauration de tout rapport particulier entre les parties, on ne peut pas qualifier de délictuelle la responsabilité précontractuelle dès lors qu'elle découle de la violation d'une obligation particulière préexistante à la lésion<sup>236</sup>, ce qui constitue un cas de

---

<sup>233</sup> L. Mengoni, « Sulla natura della responsabilità precontrattuale », *op. cit.*, spéc. p. 272

<sup>234</sup> Cass. Civ., Sez. I, 21 nov. 2011, n.24438

<sup>235</sup> Cass. Civ., Sez. I, 21 nov. 2011, n.24438 : « *tale responsabilità non è qualificabile né come aquiliana, né come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poiché consegue al "contatto" tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto* ».

<sup>236</sup> Cass. Civ., Sez. I, 20 dic. 2011, n.27648 : « *La citata disposizione (art.1337 c.c.), delinea completamente la fattispecie sostanziale tutelata, costituita dal rapporto particolare che con la trattativa s'istituisce tra le parti, alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento di buona fede; una fattispecie, pertanto, ben distinta della responsabilità aquiliana ex art.2043 c.c., in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti* ». « [...] *la responsabilità precontrattuale, nella quale v'è certamente un contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede [...]* ».

responsabilité visée à l'art. 1173 c.c. it.<sup>237</sup>. Le fait que ce soit cité ledit article pourrait sembler bizarre ; le texte prévoit les sources des obligations, il ne concerne pas directement la responsabilité. Néanmoins, cela montre comment, d'un côté, il était encore trop tôt pour qualifier expressément de contractuelle cette responsabilité, mais au même temps, de l'autre côté, que le contact social qualifié entre les parties pendant les négociations est une source d'obligations, selon l'avis de la Corte di Cassazione, appartenant à la catégorie des *variae causarum figurae* (« *gli altri atti o fatti idonei a produrle* (les obligations) *in conformità dell'ordinamento giuridico* »). L'obligation de bonne foi précontractuelle c'est bien une obligation, et sa violation engage une responsabilité ayant nature (improprement dite) contractuelle.

Les arrêts cités soulèvent d'autres questions. En effet, les deux affaires trouvaient leur origine dans un contrat conclu entre un particulier et l'Administration Publique à la suite d'une procédure d'appel d'offres : dans l'affaire décidée en novembre 2011, le contrat avait été annulé par le juge administratif à cause de son illégitimité, alors que, dans celle décidée en décembre 2011, le contrat était resté dépourvu d'effet, nonobstant sa stipulation, à cause du non accomplissement de ce que les juges ont qualifié de « condition suspensive prévue par la loi ».

La première question est donc de savoir si ces décisions ne seraient-elles pas limitées aux cas où c'est la responsabilité de l'Administration Publique à être engagée. La réponse est négative, la portée de ces arrêts (ainsi que de l'arrêt du 12 juillet 2016) n'est pas limitée pour cette raison : en effet, ce qui était contesté n'était pas l'exercice illégitime du pouvoir de la part de l'Administration, mais son comportement déloyal dans la période précontractuelle ayant consisté dans la lésion de la confiance légitime du privé dans la validité ou l'efficacité du contrat conclu, et, comme il a été affirmé par la Corte di Cassazione elle-même, cette confiance présente la même valeur que ce soit un contrat entre personnes de droit privé ou un contrat conclu à la suite d'une procédure d'offres publiques<sup>238</sup>.

La deuxième question qui se pose concerne spécifiquement l'arrêt du 20 décembre 2011 : en vertu d'un arrêté royal de 1932 (r.d. 18 nov. 1932), les contrats résultant d'une procédure d'appel d'offres doivent faire l'objet d'une approbation de la part du Ministère compétent et celle-ci doit être ensuite enregistrée par la Corte dei Conti ; en l'absence de l'une des deux conditions le contrat est destiné à demeurer inefficace. Avant l'accomplissement de ces conditions, les « obligations de prestation » ne sont pas encore nées parce que la convention n'a pas encore produit ses effets ; toutefois, les parties doivent se comporter de manière loyale et transparente, et si cela n'est pas fait,

---

<sup>237</sup> *Ibidem* : « *La violazione di quest'obbligo particolare, dunque, costituisce un caso di responsabilità compreso tra quelli indicati dall'art. 1173* ».

<sup>238</sup> Cass. Civ., Sez. I, 21 nov. 2011, n.24438 : « *L'affidamento reciproco dei contraenti nella correttezza dei comportamenti della controparte nella fase preliminare o prodromica del contratto ritenuto valido e efficace da chi ne ha iniziato l'esecuzione, rileva in tutti i contratti, sia privati che ad evidenza pubblica, vincolando le parti future dell'atto a una condotta secondo buona fede* ».

la responsabilité précontractuelle peut être engagée, comme dans le cas d'espèce. Le problème est évident, et il résulte de l'anachronisme de la qualification : la responsabilité de l'Administration Publique a été qualifiée de précontractuelle et sanctionnée sur le fondement de l'art.1337 c.c. it. alors qu'elle se fonde sur ce qui a eu lieu après la conclusion du contrat. Malgré cela, la portée de l'arrêt n'est pas compromise : elle réside dans la reconnaissance du prototype des « obligations sans prestation », c'est-à-dire l'obligation de bonne foi précontractuelle et ses déclinaisons, en tant qu'« obligations de protection » qui peuvent exister même en l'absence d'une « obligation de prestation » de laquelle être l'accessoire. Si on peut critiquer l'arrêt pour avoir qualifié de précontractuelle la responsabilité dès lors que le contrat avait déjà été conclu, ce dernier, n'ayant pas fait naître l'obligation d'accomplir la prestation prévue, imposait néanmoins une « obligation de protection » des intérêts du cocontractant autonome et non pas accessoire à une obligation (classique) de prestation<sup>239</sup>.

C'est cette reconnaissance qui caractérise la portée de l'arrêt ; l'étape successive sera de lier, donc, cette catégorie d'obligations à la période précontractuelle sur la base d'une qualification qui ne soit pas anachronique, ce qui a été fait par la Corte di Cassazione dans l'arrêt Cass. Civ., Sez. I, 12 juillet 2016, n.14188.

## **B) Les risques liés à la généralité de la notion de « contact social »**

Les arguments au soutien de la nature délictuelle et critiques de la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle n'étant pas persuasifs tout comme la doctrine que les emploie souhaiterait, autres ont manifesté leur désapprobation à la construction dogmatique réalisée par les partisans de la thèse contractuelle sur un point plus spécifique de celle-ci

La construction dogmatique en analyse fait recours à la notion de « contact social qualifié »<sup>240</sup>, et c'est exactement l'idée de ce contact entre les parties qui est critiquée : d'une part, parce qu'il y a un « contact social » également et nécessairement au moment de l'accomplissement d'un fait illicite ; d'autre part, parce que l'on risque de faire recours de manière excessive à cette notion pour sanctionner des situations typiquement délictuelles<sup>241</sup>. Or, deux réponses peuvent être rapportées. D'abord, au moment de l'instauration des négociations, on n'est pas en présence d'un contact social quelconque, mais d'un « contact social qualifié », notamment, par l'objectif visé (la conclusion d'un

---

<sup>239</sup> C. Castronovo, « La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale », in *Europa e dir. privato*, 2012, p.1233 et s.

<sup>240</sup> Cass. Civ., Sez. I, 21 nov. 2011, n.24438 ; Cass. Civ., Sez. I, 20 dic. 2011, n.27648 ; Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188

<sup>241</sup> M. Barcellona, « Responsabilità contrattuale et responsabilità extra-contrattuale : dalle dogmatiche alle *rationes* dei rispettivi regimi », *op. cit.*

contrat non désavantageux sans que des préjudices soient subis dans le processus de formation de ceci<sup>242</sup>) et par la manière d'aboutir à cet objectif, c'est-à-dire la bonne foi devant régir le comportement des partenaires<sup>243</sup>. Seulement ce contact social peut être source de l'obligation dont la violation entraîne la responsabilité ; de toute façon, une réponse différente est donnée par une autre partie de la doctrine<sup>244</sup>, selon laquelle il n'est pas nécessaire de faire recours à la notion de contact social qualifié, dès lors que c'est la loi qui, en imposant l'obligation de bonne foi lors des pourparlers, et en qualifiant de relation juridique, si faisant, le rapport entre les parties, est source d'une obligation ; donc, on n'a pas besoin de recourir au contact social en tant que source d'obligations rentrant dans la troisième catégorie de sources prévue à l'art.1173 c.c. it., ce qui peut donner origine à la critique ci-dessus. Donc, comme la règle de bonne foi est une obligation *ex lege*, il n'est pas nécessaire d'avoir recours aux *variae causarum figurae* : le « contact social qualifié » n'est que la justification de l'existence d'une protection assurée par la loi, il n'en est que « le fondement éloigné et/ou la raison politique »<sup>245</sup>.

## Chapitre II : La souhaitable confirmation en droit italien

### Section 1 : Les avantages pratiques de la thèse contractuelle

#### A) Un régime plus adapté aux circonstances

Le débat sur la nature de la responsabilité précontractuelle n'est pas simplement une question de goût ou un problème superflu, il a, au contraire, un fort impact sur la discipline applicable. En effet, le régime de la responsabilité contractuelle, appliqué aux hypothèses de responsabilité précontractuelle, permettrait non seulement une majeure protection en vertu du délai de prescription décennal (art.2946 c.c. it.), mais aussi une répartition de la charge de la preuve plus favorable à celui qui subit la mauvaise foi de l'autre partie.

Nous avons souligné, dans la Première Partie, que les Sezioni Unite de la Corte di Cassazione<sup>246</sup> ont défini comment la charge de la preuve est répartie en matière contractuelle et en matière

---

<sup>242</sup> Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188 : « *In virtù di tale relazione qualificata, una persona – al fine di conseguire un obiettivo determinato (stipulare un contratto non svantaggioso, evitare eventi pregiudizievoli alla persona o al patrimonio [...])* ».

<sup>243</sup> C. Scognamiglio, « La responsabilità precontrattuale », *lectio magistralis*, 27 mars 2014, *cité*

<sup>244</sup> F. Piraino, « La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità) », in *Contratti*, 1/2017, p.35 et s. ; A. di Majo, « Il contatto sociale - La *culpa in contrahendo* tra contratto e torto », in *Giur. It.*, 2016, p.2565 et s. note sous Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188

<sup>245</sup> A. di Majo, *op. cit.*, p.2566 : « *il ricorso ad un "contatto" intervenuto tra i soggetti può costituire il fondamento remoto e/o la ragione politica della tutela ma non già certo il suo diretto fondamento* ».

<sup>246</sup> Cass. Civ., Sez. Unite, 30 ott. 2001, n.13533

délictuelle. En fait, sur la base du principe de la proximité de la preuve, dans le premier cas il suffira au demandeur de prouver le titre de sa prétention, sans être nécessaire de prouver l'inexécution de l'obligation par le débiteur, qui, en revanche, devra apporter la preuve libératoire (exécution ou impossibilité due à une cause qui ne lui est pas imputable) ; en matière délictuelle la charge est majeure, dès lors que la victime devra prouver le caractère illicite du comportement du prétendu auteur du dommage ainsi que le critère subjectif d'imputation, notamment le dol ou la faute. Ce rappel rapide afin de voir comment se présente la question dans deux cas typiques de responsabilité précontractuelle.

Le premier cas est celui de la rupture injustifiée des pourparlers, sanctionnée par l'art.1337 c.c. it.<sup>247</sup> : si la responsabilité précontractuelle avait nature délictuelle, celui qui subit la rupture serait tenu de prouver que le comportement de son partenaire était contraire à la bonne foi, et donc, que la rupture n'était pas justifiée, ainsi que l'état avancé des négociations justifiant l'exigence de réparation du dommage conséquent à la lésion de la confiance légitime. Or, on comprend bien que la qualification contractuelle de la responsabilité serait plus opportune et conforme au principe qui informe la différence de régime : comment peut-on prétendre de la part de celui qui subit la rupture qu'il soit à connaissance de l'inexistence de la cause légitime qui justifierait l'abandon des négociations et qu'il puisse apporter la preuve de cette inexistence ? Cela équivaudrait à demander de sa part la preuve d'un fait négatif, qui est traditionnellement réputée impossible. L'application du régime de la responsabilité contractuelle permet, en revanche, de se limiter à prouver le titre de l'obligation dont on reproche l'inexécution, et donc, l'existence de pourparlers et de la confiance légitime qui en découle, l'auteur de la rupture ayant à prouver l'existence d'un motif légitimant la rupture<sup>248</sup>.

Le deuxième cas est celui du manquement à l'obligation, prévue par l'art.1338 c.c. it., de communiquer les causes d'invalidité ou d'inefficacité du contrat desquelles on a connaissance ou que l'on devrait connaître : ici, le régime de la responsabilité contractuelle est également plus adapté aux caractéristiques de l'espèce, dès lors qu'il faudra prouver que le cocontractant connaissait ou qu'il aurait dû connaître la cause d'invalidité ou d'inefficacité du contrat, sans devoir prouver l'inexécution de l'obligation d'information<sup>249</sup>. Du reste, comment peut-on exiger de la part du demandeur de

---

<sup>247</sup> Le même discours pourrait être fait valoir à propos de l'art.1112 c.c. fr., mais les règles en matière de répartition de la charge de la preuve sont différentes de celles du droit italien. Cela montre, de toute façon, un aspect problématique du droit français.

<sup>248</sup> C. Cicero - A. Tronci « Responsabilità precontrattuale : una natura giuridica ancora incerta », Riv. del notariato, 3/2020, p.528-535, note sous Cass. Civ., Sez. II, 3 ott. 2019, n.24738, p.528 et s. : les Auteurs ont critiqué la qualification de délictuelle de la responsabilité précontractuelle, parce que cela vaudrait dire que le demandeur, qui avait subi la rupture des négociations, devait prouver l'inexistence d'un pacte de préférence, qui avait légitimé la rupture, ainsi que ledit pacte n'était pas connu par les vendeurs au début et pendant le déroulement des négociations.

<sup>249</sup> A. Albanese, « Responsabilità precontrattuale », in *Le parole del diritto – Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Milano, 2018, p.1695 et s., spéc. p.1711

prouver qu'une information ne lui avait pas été donnée ? Et pourtant, en retenant la qualification délictuelle de la responsabilité précontractuelle, on serait tenu d'apporter une telle preuve pour caractériser le fait illicite.

#### B) La cohérence aboutie entre le régime des pourparlers formalisés et non formalisés

L'une des raisons qui rendent la période et la responsabilité précontractuelle mystérieuses et paradoxales<sup>250</sup> est la différence que la Corte di Cassazione<sup>251</sup> a consacrée entre les « *mere puntazioni* » et les « *puntuazioni vincolanti* ». En fait, il a été précisé que la violation de ces dernières entraîne que la responsabilité précontractuelle ait nature contractuelle, alors qu'à propos de l'hypothèse de violation des premières, rien n'a été précisé, et pourtant, la question aurait exigé une réponse. Si on se tient à la qualification délictuelle de la responsabilité précontractuelle, en cas de rupture des pourparlers, il faudrait pouvoir déterminer de manière claire quelle est une punctuation de l'un ou de l'autre type, parce que de cela dépende l'application du régime de la responsabilité délictuelle ou de la responsabilité contractuelle, et pourtant ce n'est pas comme ça, d'autant plus si on considère que si la *ratio* derrière cette distinction était celle de protéger de manière plus incisive selon le degré de confiance légitime qui aurait été bafouée, la distinction est purement artificielle, dès lors que les négociations sont un phénomène variable et complexe où ce n'est pas la présence ou l'absence d'un accord partiel ou de négociation<sup>252</sup> à déterminer le degré de confiance légitime, mais c'est le comportement des parties<sup>253</sup>. Ce qui change, en revanche, lorsqu'une *puntuazione vincolante* a été faite au cours des négociations, ce sont les raisons qui peuvent être invoquées par chacune des parties afin de légitimer l'abandon des négociations, dès lors que, si le désaccord sur des éléments de l'affaire le justifie, ce désaccord ne pourra plus porter sur ceux qui font déjà l'objet d'accord<sup>254</sup>.

Finalement, la consécration et la confirmation de la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle permettrait de mettre fin à cette différence artificielle dans le régime applicable selon que les parties aient formalisé ou pas leurs négociations.

---

<sup>250</sup> Expression employée par D. Mazeaud, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in Mélanges J. Ghestin, LGDJ 2001, p.637 et s.

<sup>251</sup> Cass. Sez. Unite, 6 marzo 2015, n. 4628

<sup>252</sup> Suivant la distinction faite en droit français par J. Ghestin « La responsabilité contractuelle pour rupture abusive des pourparlers » ; en effet, les « *mere puntazioni* » sont tout à fait similaire à la figure de l'accord des négociations, alors que les « *puntuazioni vincolanti* » sont exactement des accords partiels, lorsque les parties ont déjà fixé les points sur lesquels elles sont d'accord.

<sup>253</sup> G. Villa, « Mera puntuazione e puntuazione vincolante ? », Giustizia civile, n.2, 2015, p.297 et s., spéc. p.307

<sup>254</sup> *Ibidem*

Section 2 : La consécration de l'autonomie des « obligations de protection » avec l'arrêt Cass. Civ., Sez. I, 12 juillet 2016, n.14188

Le fameux arrêt du 12 juillet 2016, n.14188 n'est que le résultant de tout ce que nous avons exposé jusqu'ici. La Corte di Cassazione ne fait que reprendre, point après point, les étapes de notre exposition. D'abord, la question de la notion de responsabilité contractuelle, qui, contrairement au nom que traditionnellement lui est attribué, indique la responsabilité qui peut être engagée lorsqu'il y a un manquement à une obligation préexistante, quelle qu'en soit la source. Il faut préciser, en effet, que l'obligation est préexistante, dès lors qu'également le fait illicite, c'est-à-dire la faute délictuelle est source d'obligations, mais avant son accomplissement, rien n'existait entre les parties. Dans le cas d'espèce, comme dans les arrêts de 2011, un contrat avait été conclu entre l'Administration Publique et un privé à la suite d'une procédure d'offres publiques, mais ce contrat était demeuré inefficace à cause du défaut d'approbation de la part du Ministère compétent. Nonobstant la critiquable qualification de cette approbation d'élément essentiel du contrat<sup>255</sup>, sans lequel, dès lors, il n'y a pas de contrat, la Corte di Cassazione manifeste ainsi sa volonté de trancher la question sur la nature de la responsabilité précontractuelle. Cela dit, en raison du contact social qualifié qui a été instauré entre les parties, un contact qui est qualifié en raison de la présence de l'obligation de bonne foi prévue par l'art. 1337 c.c. it. et par la confiance légitime dans un déroulement loyal et respectueux des négociations, nonobstant l'absence d'une prestation strictement entendue, cela n'empêche que chaque partie soit tenue d'une « obligation sans prestation », notamment, une obligation qui est de « protection ». D'ailleurs, un commentateur<sup>256</sup> de l'arrêt considère que lorsqu'une obligation imposant une conduite respectueuse et loyale à l'égard du partenaire s'introduit dans un tel contact social qui est qualifié également par l'objectif visé par les négociateurs, cette obligation de comportement se transforme en prestation, ou, pour le dire autrement, en expectative à ce que l'autre tienne une conduite conforme à la bonne foi.

Que ce soit ou non une obligation de prestation, ce qui vraiment ressort de l'arrêt ce n'est pas seulement la reconnaissance de la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle, mais ses implications : si la responsabilité précontractuelle se place sur la frontière entre le contrat et le fait illicite, la différence entre l'un et l'autre peut être spécifiée exactement à partir de la question sur la nature de cette responsabilité, dès lors que, en tant que résultat du parcours argumentatif que nous

---

<sup>255</sup> V. pour la critique F. Piraino, « La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità) », in *Contratti*, 1/2017, p.35 et s

<sup>256</sup> A. di Majo, « Il contatto sociale – La culpa in contrahendo tra contratto e torto », n *Giur. It.*, 2016, p.2565 et s. note sous Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188

avons tracé jusqu'ici, ce qui les distingue est la prévision *ex ante* d'un comportement vertueux qu'il faut adopter à la suite de l'instauration d'un contact « contractuellement orienté ». <sup>257</sup>

---

<sup>257</sup> A. di Majo, « Il contatto sociale – La culpa in contrahendo tra contratto e torto », *op. cit.*

## Conclusion

L'histoire de la responsabilité précontractuelle est ambiguë, complexe, mystérieuse et paradoxale : elle a été conçue par Jhering en tant que responsabilité de nature contractuelle et développée ensuite par des Auteurs comme Faggella et Saleilles : tous lui en ont reconnu la nature contractuelle ou similaire, même si sur la base de considérations différentes. Lorsqu'elle a fait son entrée dans les salles des tribunaux, toutefois, a fait l'objet d'une appréciation différente et elle a reçu la qualification de délictuelle : absence de contrat oblige. Et pourtant, quelque chose a changé dans l'esprit de la jurisprudence italienne, certainement la pensée de Luigi Mengoni et son travail dédié à la nature de la responsabilité précontractuelle a joué son rôle, 60 ans après ; même s'il ne s'agit pas d'une prise de position définitive destinée à changer les paradigmes classiques de la frontière entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, les décisions de la Corte di Cassazione, qu'en 2011 et ensuite en 2016 ont opté pour la reconnaissance de la nature contractuelle, sont représentatives d'un changement, nous croyons, dans l'idée et dans le concept même d'obligation contractuelle. Ce n'est pas l'objet, ce n'est pas son caractère patrimonial, ce n'est pas le concept de « prestation », mais c'est la structure, autrement dit, le caractère déterminé de la relation que l'obligation qualifie à définir ce qui relève du domaine contractuel et ce qui relève du domaine extracontractuel : Luigi Mengoni disait que pour que la relation précontractuelle puisse être sanctionnée sur le fondement délictuel il faut démontrer que l'art. 1337 c.c. it. (et le même discours aujourd'hui on pourrait le faire à propos de l'art. 1112 c.c. fr.) n'est pas constitutif d'un rapport obligatoire. Un vrai rapport obligatoire, celui qui lie deux parties qui sont sorties du « non-juridique » de la responsabilité délictuelle et du *neminem laedere*, qui rien n'est qu'un devoir dépourvu de toute spécificité et détermination, pour entrer dans le « juridique » des relations « près-contractuelles ».

La question de départ qui a animé le raisonnement jusqu'ici était de savoir, dans une approche de droit comparé entre la France et l'Italie, si le revirement opéré par la Corte di Cassazione en matière de nature de la responsabilité précontractuelle pourrait devenir une réalité également en France à la suite de la consécration dans le Code civil de l'obligation de bonne foi précontractuelle. La réponse à l'état actuel, avec la frontière entre la responsabilité contractuelle et celle délictuelle placée sur le contrat, est non, parce que le syllogisme « pas de contrat, pas de responsabilité contractuelle » demeure toujours applicable, mais cela n'empêche que dans l'optique d'une réforme de la responsabilité civile, la prise en compte des développements récents du droit italien en matière de responsabilité précontractuelle et d'obligations ne soit pas possible.



# **BIBLIOGRAPHIE**

## **I. TRAITES, OUVRAGES GENERAUX, COURS, MANUELS**

### **France**

- G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, « Traité théorique et pratique de droit civil, 7. Des obligations », t. I, Paris, 1897
- A. Benabent, « Droit des obligations », Précis Domat, 19<sup>ème</sup> éd., 2021
- C. Demolombe, « Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général », t. I, Paris, 1868
- R. Demogue, « Traité des obligations en général », t. V, Paris, 1925
- E. Gaudemet, « Théorie générale des obligations » (1937), publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, Dalloz, 2004
- J. Ghestin, G. Loiseau, Y. -M. Serinet, « Traité de droit civil, La formation du contrat », t.1, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2013
- L. Larombière, « Théorie et pratique des obligations », t. I, Paris, 1857
- F. Laurent, « Principes de droit civil français », t. XV, Bruxelles-Paris, 1878
- P. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats », œuvre collective sous la direction de P. Le Tourneau, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2021
- P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, « Droit des obligations », 11<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2020
- H. et L. Mazeaud, A. Tunc, « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile », Tome I, 6<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 1965
- M. Planiol, « Traité élémentaire de droit civil, Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats privilèges et hypothèques », t. II, 11<sup>ème</sup> éd., Paris, 1928
- R.-J. Pothier, « Traité du contrat de vente », in Œuvres complètes de Pothier, t. III, Paris, 1821
- R.-J. Pothier, « Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur », t. I, Paris, 1762
- F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, « Droit civil, Les obligations », Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2019
- G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, « Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité », LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2017

## **Italie**

- S. Alberti, « Responsabilité précontractuelle – Trattative e responsabilità precontrattuale in generale », in E. Navarretta, Codice della responsabilità civile, Giuffré, 2021
- C. Castronovo, « La responsabilità precontrattuale », in Castronovo-Mazzamuto, Manuale di diritto privato europeo, II Milano, 2007
- A. D’Adda, « Prevedibilità del danno », in E. Navarretta, Codice della responsabilità civile, Giuffré, 2021
- L. Rovelli, « La responsabilità precontrattuale », in Bessone, Trattato di diritto privato, vol. XII, t. II, « Il contratto in generale », Torino, 2000
- R. Sacco – G. De Nova, « Il Contratto », IV, éd.2, Torino, 2016
- A. Torrente – P. Schlesinger, « Manuale di diritto privato », Giuffré, Milano, 23ème éd., 2017
- A. Torrente – P. Schlesinger, « Manuale di diritto privato », Giuffré, Milano, 25ème éd., 2021

## **II. OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, THESES**

### **France**

- J.-L. Aubert, « Notion et rôles de l’offre et de l’acceptation dans la formation du contrat », Thèse, Paris, LGDJ, 1970
- N. Hage-Chahine, « La distinction de l’obligation et du devoir en droit privé », Thèse, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017
- J. Huet, « Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité », Thèse, Paris, 1978
- E. Juen, « La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle », Thèse, LGDJ, 2016

## Italie

- P. Lambrini, « Structures juridiques romanes et droit privé européen », Jovene editore, 2019
- V. Di Gravio, « Prevedibilità del danno e inadempimento doloso », Giuffrè, Milano, 1999

### **III. ARTICLES, CHRONIQUES, ETUDES, COLLOQUES, RAPPORTS**

## France

- J. Antippas, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », RTD civ., 2013, p.27 et s.
- G. Cattalano-Cloarec, « Obligation d'information et réticence dolosive », in La réforme du droit des contrats en pratique, Dalloz, 2017, p.38 et s.
- O. Deshayes, « Avant-propos », in L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats, Collection CEPRISCA, Puf, 2007, p.7 et s.
- O. Deshayes, « La rupture des pourparlers », Petites affiches, 2008, n.203, p.4 et s.
- P. Esmein, « Le fondement de la responsabilité contractuelle », RTD civ., 1933
- T. Genicon, « Le dol incident a-t-il vraiment disparu du droit français ? », Revue des contrats, 4, 2016, p.652 et s.
- J. Ghestin, « La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers », in Mélanges G. Viney, LGDJ, Lextenso éd., 2008, p. 455 et s.
- J. Ghestin, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », JCP, 2007, I, 155
- R. von Jhering, « De la *culpa in contrahendo* ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », 1860, in Œuvres choisies, trad. O. de Meulenaere, t. II, Paris, 1893, p.1 et s.
- D. Mazeaud, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in Mélanges J. Ghestin, LGDJ 2001, p.637 et s.
- D. Mazeaud, « La genèse du contrat, un régime de liberté surveillée », Revue Droit et Patrimoine, 1996, p.44 et s.
- C. Moille, « De la réparation des seuls dommages prévisibles en matière contractuelle », Revue Lamy Droit civil, n. 112, 2014
- J.-M. Mousseron, « La durée dans la formation du contrat » in Études A. Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p.509 et s.

- L. Nau, « Responsabilité pré- ou près contractuelle ? Variations sur un thème en droit comparé franco-allemand », in Mélanges B. Gross, Presses universitaires de Nancy, 2009, p.117 et s.
- S. Pellet, « Négociations et avant-contrat », in La réforme du droit des contrats en pratique, Dalloz, 2017, p.27 et s.
- P. Puig, « L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances », RTD Civ. 2017, p.84 et s.
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations
- A. Rieg, « La punctuation, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », in Études A. Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p.593 et s.
- R. Saleilles, « De la responsabilité précontractuelle, A propos d'une étude nouvelle sur la matière », RTD Civ., 1907, p.697 et s.
- J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », RTD civ., 1974, p.46 et s.
- J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français » ; RID comp., Vol.42, n°2, 1990, p.545 et s.

### Italie

- A. Albanese, « Responsabilità precontrattuale », in Le parole del diritto – Scritti in onore di Carlo Castronovo, III, Milano, 2018, p.1695 et s.
- C. Amato, « Observaciones sobre la *culpa in contrahendo* en el ordinamiento italiano », in Nuevo derecho : creare scientia in ius, 2017
- G. Anzani, « Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile », Riv. Trim. Dir. Proc. civ., Fasc.1, 2017, p. 228 et s.
- G. Anzani, « La prevedibilità del danno : un dibattito aperto », Resp. civ. e prev., n.2, 2017, p. 606 et s.
- M. Barcellona, « Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale : dalle dogmatiche alle *rationes* dei rispettivi regimi », Riv. Critica del diritto privato, 2015, n.3, p. 335 et s., disponible sur [https://www.academia.edu/12064733/Responsabilità\\_contrattuale](https://www.academia.edu/12064733/Responsabilità_contrattuale), p.1 et s.
- E. Calzolaio, “La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Profili comparatistici”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., fasc.4, 2017, p.1301 et s.
- C. Castronovo, « Tra contratto e torto. L'obbligazione senza prestazione », in La nuova responsabilità civile, 3<sup>ème</sup> éd., 2006, Giuffrè, p.443 et s.

- V. Cuffaro, “Responsabilità precontrattuale”, Enc. Dir., vol. XXXIX, Milano, 1988, p.1265 et s.
- F. Galgano, “Il dovere di buona fede e l’abuso del diritto”, Relazione svolta all’incontro di studio a Tivoli dal 6 al 10 giugno 1994, p.27 et s.
- L. Mengoni, “Sulla natura della responsabilità precontrattuale”, in Riv. dir. comm. 1956, II, p.360 et s., aujourd’hui in C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Scritti. II. Obbligazioni e negozio, Milano, 2011, p.267 et s.
- L. Mengoni, « Responsabilità contrattuale (dir. vig.) », Enc. Dir., vol. XXXIX, 1988, p.1003 et s.
- A. Musy, « La responsabilità precontrattuale (*culpa in contrahendo*) », Digesto, vol. XVII, 1998
- Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942
- C. Salvi, « Risarcimento del danno », Enc. Dir., vol. XL, 1989, p.1084 et s.
- C. Scognamiglio, « La responsabilità precontrattuale », *lectio magistralis*, 27 mars 2014, Uni Trento Giurisprudenza, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=jSkzyrOK76s>
- G. Varanese, « Leonardo Coviello, Gabriele Faggella e la *culpa in contrahendo* », Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino – Studi – n.10/2021, p.1 et s.
- G. Villa, « Mera punteggiatura e punteggiatura vincolante ? », Giustizia civile, n.2, 2015, p.297 et s.
- G. Visintini, “Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica”, Contratto e impresa, 2/2017, p. 335 et s.

#### IV. NOTES ET OBSERVATIONS

##### France

- T. Genicon, « Obligation de maintenir l’offre assortie d’un délai déterminé », note sous Cass. Civ. 3ème, 7 mai 2008, n°07-11690, RDC, n.4, p.1109 et s.
- D. Mazeaud, « L’éthique précontractuelle », obs. sous Civ. 1ère, 6 janvier 1998, n.95-19199, Defrénois, n.11, p.741 et s.
- J. Mestre, « Des négociations parallèles au projet commun », obs. sous Versailles, 5 mars 1992, RTD civ. 1992.752
- J. Mestre, « D’une prolongation fautive des pourparlers », obs. sous Com. 22 févr. 1994, Bull. Civ. IV, n°72, RTD civ. 1994.850

- J. Mestre, « Mais, même si l'accord ne se fait pas, gare à une rupture déloyale des pourparlers », obs. sous Versailles, 21 sept. 1995, RTD civ. 1996.145
- J. Mestre, « Rupture des pourparlers : un défaut de réponse à conclusions qui conduit à s'interroger », obs. sous Civ. 2ème, 4 juin 1997, n°95-10.574, RTD Civ. 1997.921
- J. Mestre et B. Fages, « Deux accords de principe », obs. sous Com. 2 juillet 2012, n°00-13-459 et Paris, 7 nov. 2002, RTD civ. 2003.76
- M. Planiol, note sous Pau, 16 janvier 1901, D.H. 1901, p.136
- J. Schmidt, note sous Com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, JCP G 1973, II, 17543
- J. Schmidt, note sous Versailles, 5 mars 1992, Bull. Joly 1992.636

### Italie

- A. Albanese, « La lunga marcia della responsabilità precontrattuale : dalla *culpa in contrahendo* alla violazione di obblighi di protezione », note sous Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188, Europa e dir. privato, 2017, p.1129 et s.
- C. Castronovo, « La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale », note sous Cass. Civ., Sez. I, 20 dic. 2011, n. 27648, Europa e dir. privato, 2012, 1227, p.1233 et s.
- C. Cicero - A. Tronci, « Responsabilità precontrattuale : una natura giuridica ancora incerta », Riv. del notariato, 3/2020, note sous Cass. Civ., Sez. II, 3 ott. 2019, n.24738, p.528 et s.
- A. di Majo, « Il contatto sociale - La *culpa in contrahendo* tra contratto e torto », note sous Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188, Giur. It., 2016, p.2565 et s.
- P. Laghezza, note sous Cass. Civ. Sez. Unite, 30 ott. 2001, n. 13533, Foro it., Rep. 2001
- P. Pardolesi, note sous Cass. Civ. Sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762, Foro it. 2016, 5, I, c.1703
- F. Piraino, « La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale », note sous Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188, Contratti, 2017, I, p.35 et s.
- E. Scoditti, note sous Cass. Civ. Sez. I, 29 sett. 2015, n.19024, Foro it., 2006, 4, I, c.1105
- C. Scognamiglio, « Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale », note sous Cass. Civ., Sez. I, 21 nov. 2011, n.24438 et Cass. Civ., Sez. I, 20 dic. 2011, n.27648, Resp. civ. e prev., 2012, p.1949 et s.
- G. Valcavi, « Sulla prevedibilità del danno da inadempienza colposa contrattuale », note sous Cass. Civ. Sez. II, 26 maggio 1989, n.2555, Foro it., 1990, I, 1946

## V. JURISPRUDENCE

### France

#### Cour de cassation

- Cass. civ., 27 juillet 1924, S. 1925, 1
- Cass. Com. 25 juin 1980, n.78-12532, Bull. civ. IV, n.276
- Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 10 mai 1989, n. 87-14.294, Bull. civ. I, n.187
- Cass. Com., 4 juillet 2006, Bull. civ. 2006, IV, n° 164
- Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 28 avril 2011, n.10-15056

#### Juges du fond

- Rennes, 8 juillet 1929, D.H. 1929, p.548
- Pau, 14 janv. 1969, D. 1969.716
- Riom, 10 juin 1992

### Italie

#### Corte di Cassazione

- Cass. 10 luglio 1936, n.2441, Foro it., 1936, I, p. 1262
- Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 1972, n.199, Foro it., I, p.2091
- Cass. Civ. Sez. II, 13 aprile 1995, n.4265
- Cass. Civ., Sez. II, 19 luglio 1995, n. 7863, Foro it., Rep.1995
- Cass. Civ., Sez. Lavoro, 24 sett. 1996, n.8435, Foro it., Rep. 1996
- Cass. Civ., Sez. I, 9 gennaio 1997, n.124, Foro it., Rep. 1997
- Cass. Civ. Sez. III, 23 maggio 2001, n.7027
- Cass. Civ. Sez. Unite, 30 ott. 2001, n. 13533, Foro it., Rep. 2001
- Cass. Civ., Sez. Unite, 26 giugno 2007, n.14712
- Cass. Civ. Sez. I, 22 settembre 2008, n.23949
- Cass. Civ., Sez. Unite, 15 gennaio 2009, n.794
- Cass. Civ. Sez. I, 4 febbraio 2009, n.2720

- Cass. Civ. Sez. II, 29 luglio 2011, n.16763
- Cass. Civ., Sez. I, 21 nov. 2011, n.24438
- Cass. Civ., Sez. I, 20 dicembre 2011, n.27648
- Cass. Civ., Sez. III, 26 febbraio 2013, n.4802
- Cass. Civ., Sez. III, 17 settembre 2013, n.21255, CIR c/ Fininvest
- Cass. Civ., Sez. II, 2 ott. 2014, n. 20853
- Cass. Civ., Sez. Unite, 6 marzo 2015, n.4628
- Cass. Civ., 14 marzo 2016, n.4899
- Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n.14188
- Cass. Civ., Sez. III, 18 luglio 2016, n.14662
- Cass. Civ., Sez. II, 3 ott. 2019, n.2478
- Cass. Civ. Sez. II, ord., 14 novembre 2019, n.29566
- Cass. Civ., Sez. II, 21 luglio 2020, n.15488
- Cass. Civ., Sez. I, 26 ott. 2020, n.23450
- Cass. Civ., Sez. III, 8 ott. 2021, n.27419
- Cass. Civ., Sez. II, 4 gennaio 2022, n.127