

Université Panthéon-Assas

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 17 avril 2013

Thèse de Doctorat / 17 avril 2013

**LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE,
Étude comparative des régimes colombien et français**



Université Panthéon-Assas

Betty Mercedes MARTINEZ-CARDENAS

Sous la direction de M le Professeur Denis MAZEAUD
Fonction - du directeur de thèse

Rapporteur :

Membres du jury :

M le Professeur Yves PICOD

M le Professeur Thomas GENICON

M le Professeur Yves-Marie LAITHIER

A mes parents et mes soeurs,

A Hernando

A mes étudiants



Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je remercie Monsieur le Professeur Denis Mazeaud qui a dirigé avec tant d'affection et de rigueur les recherches ayant conduit à cette thèse.

Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma profonde admiration.

Je remercie également aux Messieurs Yves Picod, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier pour avoir accepté avec autant d'enthousiasme et de plaisir de faire partie de mon jury de thèse.

J'adresse ma profonde et sincère gratitude à Monsieur Alain Bunge, qui en relisant les différentes parties de ce travail, a largement contribué à en améliorer la forme.

A Monsieur Alain Ghozi, pour nos discussions sur le droit français, aux professeurs Francisca Barrientos Camus et Juan Ignacio Contardo, pour ses apports sur le droit chilien, et à mon compagnon, le professeur Hernando Tapias Rocha, pour partager avec moi sa profonde connaissance du droit colombien.

A ma famille et mes amis, pour leur soutien et les encouragements qui m'ont permis d'achever cette recherche.

Je remercie, enfin, toutes les personnes qui ont contribué, de près ou de loin, à la réalisation de cette étude. Parmi eux, Maud Colassin, Anne-Sophie Pillot, Sophie Haushalter, Anne-Marie Patrimonio, Fernanda Sabrinni...

Résumé :

La responsabilité précontractuelle dérive de la transposition du devoir d'agir de bonne foi qui pèse sur les contractants au stade de l'exécution du contrat à celle de sa formation. En Colombie, cette transposition s'est faite en 1971 par voie législative dans le Code du commerce alors qu'en France elle s'est produite grâce à la jurisprudence.

Toutefois, le caractère répressif de la responsabilité au stade de la formation du contrat est encore conçu, au mieux, comme une simple réminiscence de la responsabilité délictuelle et, au pire, comme une sanction marginale à la responsabilité contractuelle. L'intérêt qui existe dans cette recherche en droit comparé consiste, en effet, à trouver le critère qui donne à la responsabilité précontractuelle son autonomie, sa spécificité.

Ainsi, une observation attentive nous a permis de découvrir que ceux qui persistent à nier l'existence de la responsabilité précontractuelle en la rattachant à la délictuelle se sont penchés sur un critère chronologique emprunté à l'ancienne notion du contrat : le moment de sa conclusion. En effet, d'après eux, l'absence de contrat justifie que l'on applique le principe général de responsabilité délictuelle. Pourtant, la comparaison des régimes colombien et français montre la fragilité de ce raisonnement face aux nombreuses victimes des vices du consentement qui, de plus en plus, préfèrent l'indemnisation du dommage à la nullité du contrat. Une fragilité qui se révèle d'autant plus évidente face aux dommages-intérêts qui sont accordés par les juges dans des contrats bel et bien formés, mais qui ne correspondent pas aux fautes dans l'exécution des obligations qui en découlent, mais aux fautes au stade de sa formation.

En essence, l'identification des points de convergence ou de divergence de ces droits au stade de la formation du contrat, et leur comparaison par rapport aux mutations du régime de la bonne foi semblent, en effet, contribuer au renforcement de la responsabilité précontractuelle en tant qu'institution autonome.

Descripteurs (mots-clés) :

Bonne foi, dol, dol incident, erreur, formation du contrat, faute, faute intentionnelle, liberté contractuelle, obligation d'information, obligation de discrétion, obligation de cohérence, perte d'une chance, intérêt négatif, intérêt positif, rupture des pourparlers, responsabilité précontractuelle, violence, vices du consentement, cause, déséquilibre significatif du contrat.

Abstract:

PRE-CONTRACTUAL LIABILITY

Study in comparative law between the Colombian and French law systems

Pre-contractual liability is derived from the transfer of the duty of the contracting parties to act in good faith from the contract performance phase to the contract formation phase. This transfer was carried out in Colombia by legislative action through the 1971 Commerce Code and in France, by jurisprudence.

Nevertheless, the repressive nature of liability during contract formation is still interpreted as simply a reminiscence of delictual liability, at best, and as a marginal sanction for contractual liability, at worst. The goal of this study in comparative law is to find a criterion that confers autonomy and specificity to pre-contractual liability.

Therefore, careful analysis by the author led to the discovery that those who insist on denying the existence of pre-contractual liability by linking it to delictual liability have based their argument on a chronological perspective taken from the old notion of contract, i.e., the time of execution. Furthermore, in their view, the absence of a contract justifies the application of the non-contractual liability regime. However, a comparison of the Colombian and French systems on this matter shows the fragility of the argument when faced with the large number of victims of defects of consent who, day after day, prefer indemnification of damages instead of a ruling of nullity of contract. This fragility is much more evident when judges order the indemnification of damages in well-formed contracts, due not to faults related to failure to meet any of the obligations that are derived from them, but to faults originating in the contract formation phase.

In essence, finding common ground and discrepancies between the Colombian and French law systems regarding the contract formation phase and comparing them with the mutations of the good faith regime seem to actually contribute to consolidating pre-contractual liability as an autonomous institution.

Keywords :

break-off of negotiations, contract formation, contractual freedom, defects of consent, duty of coherence, duty of discretion, duty of information, error, fault, good faith, incidental misconduct, intentional fault, loss of opportunity, negative interest, positive interest, pre-contractual liability, violence, willful misconduct.

Principales abréviations

APD	Archives de philosophie du droit
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation française
Banque	Revue Banque
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation française
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation française
C. assur.	Code des assurances français
C. civ.	Code civil français
C. civ. col.	Code civil colombien
C. consom.	Code de la consommation français
C. const. col.	Cour Constitutionnelle colombienne
C. com.	Code de commerce français
C. de Co.	Code de commerce colombien
Cas. civ.	Salle de cassation civile de la Cour Suprême de Justice colombienne.
CCC	Contrats, Concurrence, Consommation
CE	Conseil d'État français
CE col.	Conseil d'État colombien
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation française
Ch. réun.	Chambres réunies de la Cour de cassation française
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation française.

CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation française
Cons. const.	Conseil constitutionnel français
Conv. EDH.	Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation française
CSJ	Cour suprême de justice colombienne
D.	Recueil Dalloz
D. affaires	Dalloz Affaires (de 1995 à 1999)
Décr.-L.	Décret-loi
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DH	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (années antérieures à 1941)
Dr. Et patr.	Droit et patrimoine
G.J.	« <i>Gaceta Judicial</i> » de Colombie.
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence française en droit civil
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP	Juris-Classeur périodique (Semaine Juridique), édition générale
JCP E.	Juris-Classeur périodique (Semaine Juridique), édition entreprise
L.	Loi
LPA	Les Petites Affiches
Ord.	Ordonnance
RCA	Responsabilité civile et assurance
RD bancaire et bourse	Revue de droit bancaire et de la bourse (jusqu'en 1999)
RDC	Revue des contrats
RID comp.	Revue internationale de droit comparé

RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RTD. <i>civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil (Dalloz)
RTD. com.	Revue trimestrielle de droit commercial (Dalloz)
S.	Recueil Sirey
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation française
Somm.	Sommaires

Sommaire

Introduction	21
PREMIERE PARTIE	41
LE FAIT GENERATEUR DE RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE EN CAS DE VICE DU CONSENTEMENT	41
TITRE I	43
LES CONDITIONS D’IMPUTABILITE DE L’ERREUR ET LA CONFIGURATION DE LA FAUTE PRECONTRACTUELLE	43
Section I	45
L’ERREUR SUITE A LA NON-VERIFICATION DE L’INFORMATION TRANSMISE : LA NON ANTICIPATION DES CONSEQUENCES DOMMAGEABLES POUR AUTRUI.....	45
Section II	53
L’ERREUR NEGLIGENCE SUITE A L’UTILISATION DE L’INFORMATION TRANSMISE EN CROYANT QU’ELLE NE SERA PAS DOMMAGEABLE POUR AUTRUI.	53
Section I	59
NEGLIGENCE PRECONTRACTUELLE : MANQUE DE RENSEIGNEMENTS SUR L’OBJET DU CONTRAT	59
§ I.- Les origines de la « culpa in contrahendo » de l’article 1512 du Code civil colombien	76
A présent, il est temps d’étudier comment fut appréhendée la nature juridique de la <i>restitutio in integrum</i> après la réception du Code civil chilien en Colombie depuis 1887.	79
§ II. La position du droit positif français.....	83
TITRE II	89
LE DOL DETERMINANT DU CONSENTEMENT : LE PRELUDE DE L’OBLIGATION D’INFORMATION	89
§ II. Le détournement de la force obligatoire du contrat au profit de la logique de la responsabilité civile	105
SECTION II.....	107
LA TRANSMISSION D’UNE INFORMATION INEXACTE	107
§ I. La nature du préjudice réparable en cas de la provocation intentionnelle d’une erreur d’après la jurisprudence	107

Pour bien saisir la nature de préjudice réparable en cas de dol, d'après la jurisprudence, il importe de voir le rapport entre les manœuvres et le lien contractuel (A), d'une part, et les manœuvres et la spécificité de la responsabilité précontractuelle (B), de l'autre.	107
§ II. La nature du préjudice réparable en cas de la provocation intentionnelle d'une erreur d'après la technique législative des systèmes comparés	117
<i>TITRE III</i>	139
<i>LE CARACTERE DELICTUEL DE LA VIOLENCE</i>	139
CHAPITRE I.....	141
LA GRAVITE DE LA MENACE	141
Section I	141
LA CREATION D'UNE CRAINTE D'UN MAL CONSIDERABLE AU STADE DE LA FORMATION DU CONTRAT CHEZ LE CONTRACTANT	141
Section II	147
LE SENTIMENT DE CRAINTE CONCERNANT L'ENTOURAGE DU COCONTRACTANT	147
§ II. L'illégitimité de la menace	150
CHAPITRE II	159
LA BONNE FOI PRECONTRACTUELLE ET L'ORIGINE DE LA VIOLENCE	159
Section II	174
La violence et la responsabilité précontractuelle	174
<i>SECONDE PARTIE</i>	185
<i>LE FAIT GENERATEUR DE RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE</i>	185
<i>EN L'ABSENCE DE VICE DU CONSENTEMENT</i>	185
<i>TITRE I</i>	187
<i>LA SPECIFICITE DU COMPORTEMENT DES NEGOCIATEURS AU CONTRAT ET LA REGLE D'AGIR DE BONNE FOI DANS LES POURPARLERS INFORMELS</i>	187
§ II. L'obligation précontractuelle d'information dans les droits spéciaux	204
Section II	217
L'INFLUENCE DU JUGE DANS LA DECOUVERTE DES OBLIGATIONS PRECONTRACTUELLES DE BONNE FOI SUR L'ADOPTION D'UN PRINCIPE GENERAL DE RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE	217
§ II. La valeur et la portée de l'influence du juge dans la découverte des obligations précontractuelles de bonne foi sur l'adoption d'un principe général de responsabilité précontractuelle.....	234

CHAPITRE II	241
MANQUEMENT A L'OBLIGATION DE DISCRETION ET DE COHERENCE	241
§ I. L'information réputée par la loi ou par la nature du contrat comme confidentielle	243
§ II. Le champ d'application du devoir de confidentialité	249
Section II	254
LA COHERENCE	254
§ I. La constance du comportement	256
§ II. La continuité du comportement	262
TITRE II	265
LA FAUTE ET L'ABUS DANS LA RUPTURE DES NEGOCIATIONS	265
CHAPITRE I	267
L'EXERCICE DE LIBERTE CONTRACTUELLE : LE PRINCIPE	267
Section I	268
BONNE FOI PRECONTRACTUELLE ET LIBERTE DE CONTRACTER	268
§ I. La bonne foi et l'établissement de l'autonomie de la volonté dans la période précontractuelle.....	269
§ II. La bonne foi et l'expression libre de la volonté des parties lors de la conclusion du contrat	271
Section II	278
BONNE FOI PRECONTRACTUELLE ET LIBERTE DE NE PAS CONTRACTER	278
§ I. L'avertissement dès le début de la conduction des pourparlers parallèles	278
§ II. La capacité de prévoir la rupture	282
CHAPITRE II	287
LA RUPTURE ABUSIVE DES POURPARLERS : L'EXCEPTION	287
Section I	288
LES POURPARLERS ENGAGES SANS REELLE INTENTION DE CONTRACTER	288
§ I. La création d'une confiance légitime.	289
§ II. Les critères de rupture abusive ou dolosive des pourparlers.....	293
Section II	299
LA RUPTURE BRUTALE DES POURPARLERS	299
§ I. La gravité du dol dans la rupture des pourparlers	299
§ II. Le degré de responsabilité par rapport à la gravité de la rupture	309
CONCLUSION GENERALE	319
Bibliographie	323

Introduction

« *Les choses ne sont pas comme nous les voyons mais comme nous nous en souvenons* »¹. Dans le cas de la responsabilité précontractuelle peut-on continuer à la rapprocher des fondements de la responsabilité délictuelle ? On peut légitimement avancer d'autres critères.

Dès lors, la responsabilité précontractuelle trouve sa source dans la transposition du devoir d'agir de bonne foi qui pèse sur les contractants au stade de l'exécution du contrat à celle de sa formation.

Cette transposition s'est faite en France grâce à la jurisprudence ; en Colombie elle s'est produite par voie législative avec l'introduction dans le Code de commerce en 1971 d'un article d'inspiration italienne, l'article 863, d'après lequel « *Les parties devront agir de bonne foi exempte de faute dans la période précontractuelle, sous peine d'indemniser les préjudices que l'on cause* »².

Ainsi en est-on progressivement venu à comparer le régime de la responsabilité précontractuelle, par une analyse transversale, sur l'origine et l'évolution de cette institution dans les systèmes colombien et français.

Une réflexion commandée par le souci de découvrir le modèle pour mieux prévenir ou résoudre les problèmes de tous ceux qui s'appêtent à conclure un contrat.

De cette façon, l'origine de la responsabilité précontractuelle s'explique dans le droit colombien, tout d'abord, par l'étendue de la bonne foi contractuelle au stade

¹ Ramón María del Valle-Inclán.

² ART. 871.—*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.*

de la formation due à l'article 863 du Code de commerce. C'est donc la loi qui confère un pouvoir créateur d'obligations à la bonne foi.

Renforcée ainsi par son pouvoir obligeant et, dite « exempte de faute »³, la bonne foi, a donc, une vertu provisoire. Celle-ci ne serait plus une simple règle d'interprétation dans le contrat⁴, mais une règle de comportement au stade de sa formation⁵.

Introduite comme sanction, la responsabilité a été envisagée comme une façon de dissuader les futurs contractants de ne pas agir de bonne foi à ce stade. A cette étape, la loi limite la totale liberté des négociateurs par la voie de l'indemnisation des dommages causés par cette conduite.

C'est-à-dire que l'étendue de la bonne foi au stade de la formation du contrat aurait pour effet, non seulement de régler cette étape, mais encore de fonder une troisième espèce de responsabilité civile : la responsabilité précontractuelle.

Ensuite, en droit colombien, cette mutation de la bonne foi est liée au changement de la notion du contrat.

³ « *Buena fe exenta de culpa* », il n'y a pas de traduction exacte en français.

⁴ Une conséquence directe de l'acception romaine de la bonne foi : AUBRY Charles, RAU Charles-Frédéric. *Cours de droit civil français d'après la méthode de M. Carl Salomon Zachariae*, par BARTIN, t. IV, 6ème éd., 1942, n° 346, p. 479 ; PLANIOL Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3ème éd. L.G.D.J, 1905, n° 1171, p. 391 ; CARBONNIER Jean. *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*. 22^e éd. Paris : P.U.F., 2000, n° 113, p. 226 ; ANCEL Pascal. *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*. *RTD Civ.*, 1999, p. 771 .

⁵ TISSEYRE Sandrine. *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen. Thèse. Préf. Muriel FABRE-MAGNAN. Collection de l'Institut de Droit des Affaires. Presses Universitaires d'Aix-Marseille-PUAM, Aix-en-Provence, 2012 ; BEIGNIER Bernard. *La conduite des négociations*. *RTD Com.*, juillet-septembre 1998, n°3, p. 463 ; FAGES Bertrand. *L'importance des pourparlers*. *Droit et Patrimoine*, juin 1999, n° 72, p.60 ; CASEY Jérôme. *De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat*. *D.* 1998, p. 208.

A l'origine, la définition du contrat faite par l'article 1495 du Code civil ne permettait pas à ses interprètes d'y trouver une source d'obligations, mais la définition de l'obligation même⁶.

Une nouvelle définition du contrat a été adoptée en 1971, suite aux travaux de la Commission de révision de l'avant-projet du Code de Commerce de 1958⁷, dans le souci de mettre à jour le droit privé colombien, y compris le droit civil. Sous l'influence conjuguée par les règles de droit des autres pays appartenant au système de droit continental, notamment dans le droit français, italien et allemand, cette Commission a aligné le droit privé colombien aux les plus récents changements produits en la matière à l'époque.

Ainsi, la nouvelle notion du contrat a été introduite dans l'article 864 de ce Code, qui dispose « *Le contrat est un accord de deux parties, ou davantage, pour constituer, réguler ou éteindre entre elles une relation juridique patrimoniale, et sauf précision contraire, il sera célébré au domicile de celui qui propose et au moment où celui-ci recevra l'acceptation de la proposition* ».

Le lien entre la bonne foi et la nouvelle notion du contrat au stade de sa formation a donc été confirmé par l'impératif de l'article 871 du Code de commerce, d'après lequel « *Tous les contrats devront être conclus et exécutés de bonne foi et par conséquent, ils obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à*

⁶ Art. 1495 C. civ. col : « *Un contrat ou une convention est un acte par lequel une partie s'oblige envers une autre à donner, faire ou ne pas faire une certaine chose. Chaque partie peut être d'une ou de plusieurs personnes.* »

⁷ La Loi 16 de 1968 donna la faculté à M. le Président Carlos Lleras Restrepo de réunir une commission d'experts afin de réviser l'avant-projet du Code du Commerce qui date de 1958. Ont intégré cette Commission les professeurs et praticiens Emilio Robledo Uribe, José Ignacio Narvaez, Gabriel Escobar Sanin, Alvaro Pérez Vives, Samuel Finkelstein et Hernando Tapias Rocha. La commission a travaillé entre 1968 et 1971. Dans l'étape finale elle a également compté sur la collaboration de José Gabino Pinzon, Leon Posse, Luis Carlos Neira et Humberto Mesa. Les résultats du travail de la Commission ont été consignés dans le Décret Extraordinaire 410 de 1971, actuel Code du Commerce colombien.

toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

Sans doute, la démarche vers l'actualisation du droit privé colombien s'est bien achevée : le législateur l'a transformé au bout de trois ans. Toutefois, le caractère répressif de la responsabilité au stade de la formation du contrat est encore méconnu dans la pratique. Après avoir fêté les 40 ans du Code de commerce on constate encore que la responsabilité précontractuelle est conçue par les juges colombiens, au mieux, comme une simple réminiscence de la responsabilité délictuelle et, au pire, comme une sanction marginale de la responsabilité contractuelle⁸.

Pris aussi par un souci de mise à jour et d'harmonisation du droit des contrats envers l'Europe⁹, le système français a connu une longue évolution avant d'admettre la responsabilité précontractuelle. Cette évolution s'est produite non pas par voie législative, mais par jurisprudence.

⁸ Voir par exemple: CSJ. Civ. 28 Junio 1989. En: "*Jurisprudencia y Doctrina*", t. XVIII, No. 213, Legis, Septiembre de 1989, p. 597; CSJ. Cas. Civ. 23 Noviembre 1989. En: "*Jurisprudencia y Doctrina*", t. XIX, No. 217, Legis, Enero de 1990, p. 75; CSJ. Cas. Civ. 27 Junio 1990. En: "*Jurisprudencia y Doctrina*", t. XIX, No. 225, Legis, Septiembre de 1990, p. 597; C.E., Nulidad y restablecimiento del derecho, 4 Marzo 1991. En: "*Jurisprudencia y Doctrina*", t. XX, No. 233, Legis, Mayo de 1991, p.400; C.E., Nulidad, 10 Octubre 1994. En: "*Jurisprudencia y Doctrina*", t. XXIII, No. 276, Legis, Diciembre de 1994, p.1550; CSJ. Cas. Civ. 8 Marzo 1995. En: "*Jurisprudencia y Doctrina*", t. XXIV, No. 281, Legis, Mayo de 1995, p. 493; CSJ. Civ. 4 Abril 2001, Expediente 5716, consultable en www.ramajudicial.gov.co, www.notinet.com.co, www.bibliotecajurídica.com.co

⁹ Sur ce point, voir : FAGES Bertrand. Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando. *D.* 2003, p. 2386 et s ; FAGES Bertrand. Autour de l'objet et de la cause. *R.D.C.O.*, janvier 2006 n° 1, p. 37 et s. PUJOL-REVERSAT Marie-Christine. *La bonne foi, principe général du droit dans la jurisprudence communautaire. Revue trimestrielle de droit européen* 2009, p. 201.

Ainsi, en droit positif français, on admet la responsabilité à l'étape précontractuelle sur le fondement des critères plus objectifs de la bonne foi¹⁰.

Une faute, durant cette période, pouvait être caractérisée par la rupture des pourparlers qui s'étaient déroulés sur une très longue période¹¹, ou qui avaient abouti à un degré d'avancement important en vue de la formation du contrat¹², ou lors de l'introduction d'exigences nouvelles en fin de négociation¹³, au manquement de motivation dans la rupture¹⁴, ou encore à la brutalité de celle-ci¹⁵. Par conséquent, la bonne foi s'est transformée, comme c'est le cas en droit colombien, en une règle de comportement au stade de la formation du contrat¹⁶.

En outre, la responsabilité précontractuelle s'intègre harmonieusement aussi à la nouvelle conception du lien contractuel édifié par le droit positif français. En effet,

¹⁰ VINEY, Introduction à la responsabilité civile, L.G.D.J. p. 551, n° 197-1. V, note n° 643. Or, pour certains il est impérative de déterminer mieux la portée de cette notion : MESTRE Jaques. *Pour un principe de bonne foi mieux précisé*, RLDC, mars 2009, n°58, p. 9.

¹¹ Com., 20 mars 1972, Bull. Civ., IV, n° 93; JCP 1973.II.17543, note SCHMIDT.

¹² Com. 22 avril 1997, D. 1998, p. 45, 2^{ème} espèce ; Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, JCP 1998. II. 10066, note B. PAGES, notés aussi par M. VINEY, ibidem, note 645. Voir aussi : FAGES Bertrand. Plus les pourparlers sont courts, plus ils sont avancés ! *JCP E.*, 24 septembre 1998, n°39, p. 1499 et s.

¹³ Com; 22 février 1994, Bull. Civ. IV, n° 79.

¹⁴ Com. 20 mars 1972, J.C.P. 1973.II.17543, note Schmidt, Rev. trim. dr. civ. 1972.779, obs. Durry ; Com. 22 février 1994, Rev. jur. com. 1995.105, note Karimi ; Civ. 1^{ère} 14 juin 2000, R.J.D.A. 2000, No. 949, « arrêt selon lequel est fautive la rupture d'une négociation de plusieurs mois pour une cession d'actions, le prix ayant été déterminé ainsi que les conditions de la cession, l'auteur de la rupture ne s'étant pas présentée le jour prévu pour la signature et ayant vendu les actions à un tiers ; Com. 18 juin 2002, R.J.D.A. 2002, No. 1111, Rev. trim. dr. civ. 1984.97, obs. Mestre, l'arrêt écartant toute faute dans la rupture des pourparlers en raison de ce que l'auteur de la rupture n'a jamais laissé croire qu'il donnerait son accord définitif. V. aussi Riom 10 juin 1992, R.J.D.A. 1992, No. 893 ; Rennes 29 avril 1992, JCP. 1993.II.1520 ; Com. 22 février 1994, Bull. civ. 4, No. 79, R.J.D.A., 1994, No. 765 ; Rev. trim. dr. civ. 1994.849, obs. Mestre ; Paris 18 janvier 1996, D.A. 1996.292 ; Com. 22 avril 1997, R.J.D.A. 1997, No. 995, Rev. trim. dr. civ. 1997.649, obs. Mestre, D. 1998.45, note Chauvel ; Com. 20 juin 2000, R.J.D.A. 2000, No. 1068 ; Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, D.A. 1998.242, J.C.P. 1998.II.10066, note Fages, Rep. not. 1998.741, obs. Mazeaud, arrêt selon lequel une partie a commis une faute en ayant laissé poursuivre des pourparlers sans révéler à l'autre partie que l'acquisition envisagée était subordonnée à l'obtention d'un prêt qui n'a pas été accordé et alors qu'elle avait laissé entendre qu'elle serait en mesure de payer le prix.

¹⁵ Com. 11 juillet 2000, Contrats, conc. consomm. 2000, No. 174, obs. Leveneur, Petites Affiches, 21 mars 2001, note Dagorme-Labbé, R.J.D.A. 2001, No. 26, « qui précise que la rupture doit être dépourvue de motifs légitimes, même s'il n'y a pas d'intention de nuire. Voir aussi Paris 19 janvier 2001, D. 2001.IR.677, ce qui serait susceptible de constituer une faute à l'encontre de l'auteur de la rupture, qui, par là même, serait tenu de réparer le préjudice subi par l'autre partie à la négociation.

¹⁶ MAZEAUD, Denis.-« *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : Comparaisons* », En : « *L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats* », sous la direction d'Olivier Deshayes, Puf, Paris, 2008, pp. 13 et s.

tout au long du XX^e siècle, le contrat a changé, d'abord conçu comme un instrument de prévisibilité, fermé et hermétique¹⁷, pour apparaître ensuite plutôt comme un lien qui s'adapte aux changements du milieu et « *qui ne peut se réduire à la seule volonté de contracter mais inclut également celle de maintenir le lien contractuel, de l'exécuter, de bonne foi, dans une convergence minimum d'intérêts avec l'autre, au service d'une œuvre.* »¹⁸.

Cela justifie la sanction des abus des comportements déloyaux avant et pendant l'exécution du contrat¹⁹. Or, prise par une orientation chronologique de la formation du lien contractuel, la jurisprudence française a hésité à reconnaître l'existence de la responsabilité précontractuelle comme une institution autonome.

Qu'on le veuille ou non, la comparaison des régimes colombien et français autour du régime de la responsabilité précontractuelle semble, en effet, contribuer à son renforcement en tant qu'une troisième espèce de responsabilité civile. Mais à un niveau plus large de comparaison, on perçoit aussi dans ces systèmes un sentiment de crainte à se détacher de l'ancien. Ce sentiment explique le vertige qui saisit les juges lorsqu'ils doivent accorder le montant des dommages-intérêts comme conséquence d'une faute et un dommage au stade de la formation du contrat.

¹⁷ Il était d'usage considérer que le droit français avait une conception « volontariste » du contrat : LAITHIER, Yves-Marie, *Droit Comparé*, collection Cours de Dalloz, Paris, p. 95.

¹⁸ THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine. *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*. *RTD Civ.*, 1997, p. 358. Dans le même sens, voir : MAZEAUD Denis. *Regards positifs et prospectifs sur "le nouveau monde contractuel"*. *Les Petites Affiches*, 07 mai 2004, n° 92, p. 47 ; MAZEAUD Denis. *Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique*. *Répertoire du Notariat Defrénois*, 1998, n° 19, p. 1137 ; MAZEAUD Denis. *Le nouvel ordre contractuel*. *Revue des contrats*, 1^{er} décembre 2003, n° 1, p. 295 ; JAMIN Christophe. *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil*. *D.* 2002, p. 901.

¹⁹ Sur la nature délictuelle du dommage précontractuel, voir par exemple : BRUN Philippe. *Responsabilité civile extracontractuelle*. Paris : Litec, 2009, n° 116, p. 73 ; DESHAYES Olivier. *Le dommage précontractuel*. *RTD Com.*, 2004, p. 187 ; CHAUVEL Patrick. *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*. *Droit et patrimoine*, novembre 1996, p. 45.

Dans ces conditions, entreprendre une recherche relative à la responsabilité précontractuelle se révèle comme franchir le col du Grand-Saint-Bernard pour fondre sur le rattachement aux souvenirs artificiels du passé dans l'analyse comparée des régimes de responsabilité civile existant dans les systèmes colombien et français au stade de la formation du contrat.

L'intérêt qui existe dans cette recherche consiste, en effet, à trouver le critère qui donne à la responsabilité précontractuelle son autonomie, sa spécificité.

Une observation attentive permet de découvrir que ceux qui persistent à nier l'existence de la responsabilité précontractuelle en la rattachant à la délictuelle se sont penchés sur un critère chronologique ou « historique » emprunté à l'ancienne notion du contrat : le moment de sa conclusion. En effet, d'après eux, l'absence de contrat justifie que l'on applique le principe général de responsabilité délictuelle²⁰.

Pourtant, la comparaison des régimes colombien et français montre la fragilité de ce raisonnement dès lors que l'on considère les nombreuses victimes de vices du consentement qui, de plus en plus souvent, préfèrent l'indemnisation du dommage à la nullité du contrat. Les victimes conserveraient ainsi « *le bénéfice d'un contrat dont l'équilibre économique se trouve rétabli par l'allocation de dommages et intérêts* »²¹.

Un raisonnement qui devienne d'autant plus faible dès lors que l'on considère de nature contractuelle les dommages-intérêts accordés par les juges dans ces contrats bel et bien formés, mais qui ne correspondent pas aux fautes dans l'exécution des

²⁰ Dans ce sens, voir par exemple : BRUN Philippe. *Op. cit.*. Paris : Litec, 2009, n° 116, p. 73 ; LAITHIER, Yves-Maire, *La rupture des pourparlers*. Revue Lamy Droit des Affaires, n° 51, juillet – août 2010, pp. 117 et s. ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean Luc, SAVAUX Eric. *Les obligations*, tome 1, *L'acte juridique*. 15^e éd. Paris : Armand Colin, 2012, n° 148, p. 127.

²¹ LE GAC-PECH Sophie, *L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ?* Revue Lamy Droit Civil, n° 97, octobre 2012, p. 88.

obligations qui en découlent, mais aux fautes au stade de sa formation. En effet, dans cette hypothèse « *le préjudice réparable consiste [plutôt] en la conclusion du contrat à des conditions désavantageuses, plus onéreuses que celles qui auraient été acceptées en l'absence de faute ... une sorte de réfaction judiciaire du contrat* »²².

Le déclin de ce critère chronologique est ainsi annoncé par *Unidroit*²³, les Principes européens de droit des contrats²⁴, et, encore, par les premiers travaux préparatoires des Principes latino-américains des contrats²⁵ qui prônent tous à la fois pour une responsabilité précontractuelle fondé sur un mandat général d'agir de bonne au stade de la formation du contrat.

La nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle fondée sur la simple absence de contrat dans cette étape, était sans doute un critère qui se justifiait par la seule hypothèse de responsabilité précontractuelle reconnue par la doctrine au début du XXème siècle : la rétractation de l'offrant²⁶. Pourtant, l'offre en droit colombien est source d'obligations, et notamment de celle de la maintenir une foi elle a été communiquée²⁷. C'est la raison pour laquelle sa rétractation ne constitue pas une

²² LE GAC-PECH Sophie, Op. cit., p. 89 ; dans le même sens, v. GUELFUCCI-THIBIERGE-Catherine, *Nullité, restitutions et responsabilité. Préf. Jacques Ghestin*. Collection : Bibliothèque de droit privé Tome 218, LGDJ, Paris, 1992, n° 188.

²³ Article 1.7, 1 ; Unidroit, *Principes relatifs aux contrats de commerce international*, 1994, p. 16.

²⁴ Les principes du droit européen du contrat, 1997, art. 1-106, p. 50 et s.

²⁵ V. Travaux préparatoires des Principes Latino-Américains des contrats la bonne foi devienne un principe général du droit. http://www.fundacionfueyo.cl/Catedra_Fueyo_2012.php

²⁶ V. COHÉRIER, André, *Des obligations naissantes des pourparlers préalables à la formation du contrat*, 206 p. Thèse pour le doctorat en droit : Université de Paris, Faculté de Droit, Imprimerie les Presses Modernes, Paris, 1939, p.8.

²⁷ Articles 845 et 846 du C. de Co. En effet, une étude de droit comparé avec les systèmes allemand et italien a permis aux mandatés du premier projet de révision du Code de commerce en 1958 de déterminer que la position du Code de 1887 était « *contradictoire et insoutenable, étant donné que si le principe de révocabilité de l'offre est exact, il ne doit pas y avoir d'indemnisation de préjudice* » (Commission pour la Révision du Code de commerce, Proyecto de Código de Comercio, Tomo II, Ministère de la Justice, Bogotá, 1958, pp. 77 et s.). Pour cela, cette commission a compris que le régime antérieur tendait vers l'irrévocabilité de l'offre, ce pour quoi il convenait d'accueillir, dans le nouveau code, la thèse de la doctrine moderne proposée par le Code civil allemand. Ce fut cette même motivation qui mena le Comité de 1968 à changer la nature de l'offre pour son retrait :

inexécution de l'obligation d'agir de bonne foi dans l'étape précontractuelle, mais l'inexécution d'une obligation qui trouve sa source dans l'offre en soi-même. En effet, celle-ci est reconnue par le système comme une véritable déclaration unilatérale de volonté²⁸. Ce faisant, la rétractation de l'offrant ne constitue pas le cœur de cette étude. Nous le démontrerons, « *L'évolution récente du droit français [et le droit colombien] est marquée par un essor du contentieux de la rupture des pourparlers.* »²⁹

En effet, il a fallu attendre l'intervention du législateur pour introduire la bonne foi exempte de faute dans le Code du commerce colombien et l'obligation précontractuelle d'information dans le Code de la consommation français pour que la jurisprudence commence à faire fleurir d'autres hypothèses de responsabilité civile au stade de la formation du contrat à partir de l'inexécution du mandat d'agir de bonne foi³⁰.

Commission pour la Révision du Code de commerce, 1968 - 1971, p. 1, Acte N° 37. Et pour une explication approfondie de l'étendue de ces dispositions, voir : ESCOBAR SANIN, Gabriel. *Contratos civiles y comerciales*. Volúmen 2, Editorial Biblioteca Jurídica Dike, 1^a edición, Bogotá, 1994, p. 442 y 443.

²⁸ En effet, une lecture attentive de l'article 1494 du Code civil colombien, dont la rédaction est très différente de celle de l'article 1370 du Code civil français, permet de soutenir que la déclaration unilatérale de volonté est source d'obligations. D'après cet article, les obligations naissent « *d'un fait volontaire de la personne qui s'oblige, comme dans le cas de l'acceptation d'un héritage ou legs et dans tous les quasi-contrats* ». Ainsi, s'agissant de l'offre, une foi connue par le destinataire, elle devienne irrévocable (article 846). Ce caractère d'irrévocabilité fut l'un des points de plus grand consensus entre les membres de la Commission qui a rédigé l'actuel Code de Commerce colombien (1968-1971). En effet, la certitude, pour eux tous, que la volonté unilatérale créait des obligations était suffisante pour expliquer un régime obligatoire de l'offre qui changerait complètement le régime éclectique du Code du commerce précédent : Commission pour la Révision du Code de commerce, 1968 - 1971, p. 3 et suiv.. Actes N° 37 et 38, disponibles à la bibliothèque du Ministère de la Justice, Bogota, Colombie.

²⁹ LAITHIER, Yves-Maire, *La rupture des pourparlers*. p. 117.

³⁰ Pour l'évolution de la notion de bonne foi en droit français, V. TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 10e éd. Paris : Précis Dalloz, 2009, n° 439, pp. 454 et s.; PICOD Yves. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. Gérard Couturier. Thèse : Droit : Lyon 3 :1989, n° 56, p. 73 ; JOURDAIN Patrice. *La bonne foi dans la formation du contrat, rapport français*. In "*La bonne foi dans la formation du contrat*". Travaux Association Henry Capitant, 1992, p. 121 ; CASEY Jérôme. De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat. *D.* 1998, p. 208 ; VINEY Geneviève. *Traité de Droit Civil : Introduction à la responsabilité*. 2^e éd. Paris : L.G.D.J., 1995, p. 551, n° 197-1. V, note n° 643 ; MAZEAUD, Denis.-« *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : Comparaisons* », In : « *L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats* », sous la direction d'Olivier Deshayes, Puf, Paris, 2008, pp. 13 et s ; du même auteur MAZEAUD Denis. *L'attraction du droit de la consommation*. In *Droit du marché et droit commun des obligations*. *RTD Com.* 1998. 95, spéc. n° 16 et *Le nouvel ordre contractuel*. *Revue des contrats*, 1^{er} décembre 2003, n° 1, p. 295 ; MESTRE Jaques. Pour un principe de bonne foi mieux précisé, *RLDC*, mars 2009, n°58, p. 9.

Or, ces développements ont rouvert le débat sur la nature contractuelle de cette responsabilité. Cette idée introduite en France par René Saleilles³¹ a été bien accueillie en droit allemand sous l'influence de Ihering³² et figure désormais dans les § 241 et 311 du BGB ; elle a eu des développements récents en Amérique latine³³ et dans une thèse de doctorat en Espagne, soutenue avec succès par un professeur colombien, qui ont prôné pour ce régime³⁴.

Ainsi, la nature de la responsabilité précontractuelle est devenue un point sensible dans les cours de droit des obligations et dans les tribunaux. Il est, en effet, certain que l'on s'interroge sur la comparaison de régimes de responsabilité précontractuelle dans l'espoir d'harmoniser les décisions des juges de fond et de donner aux futurs contractants les moyens d'assurer l'exercice de leur liberté contractuelle.

Par conséquent, il s'agissait, en premier lieu, de déterminer le fondement pour les déclarations judiciaires en responsabilité précontractuelle. Les approches faites en la matière jusqu'à aujourd'hui en droit colombien ont pris la forme d'une « *greffe juridique* »³⁵, en raison d'une absence de méthode juridique dans la culture. Tout

³¹ SALEILLES Raymond. De la Responsabilité précontractuelle, à propos d'une nouvelle étude sur la matière. *RTD Civ.* 1907, p. 697.

³² V. IHERING, De la *culpa in contrahendo*, trad. MEULENAERE, Œuvres choisies, t.II, p.1 et s. 1893. Voir aussi : WITZ Claude. La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations. *D.*, 2002, p. 3156 et s.

³³ En ce sens, v. SOZZO Gonzalo. *Antes del contrato: los cambios en la regulación jurídica del periodo contractual*. 1^a ed. Buenos Aires: Lexis-Nexis Argentina, 2005, pp. 24 et s.

³⁴ V. MONSALVE CABALLERO Vladimir. *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*. 441 p. : Tesis : Derecho : Salamanca : 2010

³⁵ En droit comparé, une « *greffe juridique* » est « *toute nouvelle règle énoncée par un juge au soutien de ses conclusions à un litige, peu importe la provenance ou le contenu de la règle en question, est de ce fait même automatiquement enchâssée dans le droit local* » : VALCKE Catherine, *La greffe juridique en droit comparé*. Actes du 3^e congrès AHJUCAF, Internationalisation du droit, internationalisation de la justice, 21-23 juin 2010, Cour Suprême du Canada Ottawa, pp. 86 et s.

autant les juges que les interprètes préfèrent recourir à des règles, des institutions, des concepts de droit étranger dans le cadre de la résolution de litiges domestiques, plutôt que d'élaborer un raisonnement judiciaire autochtone sur leurs propres règles de droit.

Ce phénomène s'explique peut-être par la survivance en Colombie d'une idée colonialiste que considère que la diversité des systèmes de droit dans le monde se réduit à une seule mesure Euro-Américaine. Ce droit dit « *moderne* » serait ainsi considéré comme un « cadeau » pour les juges et juristes colombiens³⁶.

Toutefois, au-delà de ces greffes qui ont éveillé l'intérêt pour la comparaison des régimes de la responsabilité précontractuelle, l'essentiel, pour nous, est de constater que cette espèce de responsabilité civile avait déjà été prévue dès la rédaction du Code civil colombien, bien avant l'entrée en vigueur du Code de commerce de 1971.

En fait, l'un des problèmes posés par l'article 863 de ce Code est l'impossibilité de le comprendre par soi-même. En revanche, si cet article est lu en tenant compte des règles sur les vices du consentement du Code civil, tous les obstacles d'interprétation sont facilement surmontés et l'on arrive à une meilleure appréhension du concept.

De toute évidence, l'intérêt théorique porté à la responsabilité précontractuelle est croissant. Il semblerait qu'il en soit ainsi à cause de son utilité pratique. Le moment est venu de relativiser l'opinion de Ihering suivant laquelle la *culpa in*

Disponible sur http://www.ahjucaf.org/IMG/pdf/Internationalisation_du_droit.pdf, consulté le 22 février 2013.

³⁶ Dans ce sens, v. LEGRAND Pierre et RODERICK Munday, *Comparative legal studies : Traditions and Transitions. Chapter 3 : The colonialist heritage*. Cambridge University Press. United Kingdom, 2003, p. 49.

contrahendo possède une nature contractuelle³⁷. Certes, cette affirmation découle de la solidité du lien entre la bonne foi et la création d'une confiance légitime en droit allemand³⁸ qui reflète correctement la mutation du droit des contrats vers une bonne foi créatrice d'obligations³⁹. Toutefois, il reste encore une grande différence entre ceux qui sont parties d'un contrat, et ceux qui ne le sont pas. Ainsi, les effets du contrat restent vivaces en matière de responsabilité contractuelle.

En outre, la théorie de Ihering était uniquement rattachée aux hypothèses de responsabilité pour des actes annulés pour vice de consentement, une théorie qui laisse hors sujet les autres hypothèses de responsabilité, telles celles concernant les contrats valides dans lesquels l'une des parties avait souffert les conséquences de l'inexécution du devoir d'agir de bonne foi par son cocontractant au stade de la formation du contrat, ainsi que la portée de la rupture des pourparlers qui évitaient la conclusion du contrat⁴⁰.

Dans cette perspective, la théorie de Ihering ne répond pas aux besoins de l'évolution de la responsabilité civile. Dès lors, on mesure l'intérêt de la responsabilité précontractuelle qui fortifie l'idée de prévention et de répression envers les futures parties du contrat en cas d'inexécution d'une obligation de bonne foi et qui, du même coup, protège la valeur patrimoniale en jeu avec la conclusion de ce contrat.

³⁷ IHERING, *De la culpa in contrahendo*, trad. MEULENAERE, Œuvres choisies, t. II, 1893, pp.1 et s.

³⁸ Dans ce sens, v. LARENZ Karl. *Derecho Civil: Parte General*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea Munich. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, T. I, 1978, pp. 118 et s, BETTI, Emilio, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, traducción y notas de Derecho Español de José Luis de los Mozos, Madrid, 1969, p. 99 y ss; MELICH-ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 352 y ss.

³⁹ LYON-CAEN Gérard. *De l'évolution de la notion de bonne foi*. *RTD Civ.* 1946, p. 83; MESTRE Jacques. Une bonne foi décidément très exigeante. *RTD Civ.*, 1992, p. 760 ; GODON Laurent. Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés, note sous Cass. com. 12 mai 2004, Beley c/ SA Former. *Revue des sociétés*, 2005, p. 140.

⁴⁰ SOZZO Gonzalo. *Antes del contrato: los cambios en la regulación jurídica del periodo contractual*. 1^a ed. Buenos Aires : Lexis-Nexis Argentina, 2005, p.19.

Ainsi, on constate que la théorie de la *culpa in contrahendo* n'est pas universelle ; elle s'inscrit plutôt dans la théorie de l'apparence : « *la théorie de Ihering sur la 'culpa in contrahendo' doit être comprise, selon nous, dans le contexte de l'époque (elle a été écrite au milieu du XIX^e siècle, en 1860) et plus concrètement dans le contexte de la querelle entre les théories de la volonté et les théories de la déclaration, querelle qui consistait à décider si en présence d'une déclaration de volonté, et lorsqu'il existait une divergence entre ce qui était réellement voulu et ce qui était réellement déclaré, laquelle des deux (volonté réelle ou apparente) devait prévaloir* »⁴¹.

En fait, le nombre de raisons d'ordre théorique et pratique exposées, justifient une étude consacrée à la comparaison des régimes colombien et français de la responsabilité précontractuelle. Toutefois, les difficultés rencontrées pour construire cette comparaison ont été nombreuses.

D'abord, entamer une comparaison des régimes, c'est prendre en considération les différents conflits que les méthodes législatives suscitent, ainsi que toutes les conséquences politiques et culturelles qu'implique leur critique comme leur évaluation.

Ce qui fait d'emblée la particularité du droit comparé, c'est sans doute son importance : nul ne peut contester en effet qu'à travers la comparaison on comprenne mieux son propre régime⁴².

⁴¹ MANZANARES SECADES, Alberto. *La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares*. Anuario de derecho español, 1985, Madrid, p. 687.

⁴² ZWEIGERT, Konrad and KÖTZ, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, translated by Tony Weir, Oxford University Press, third edition, Oxford, New York, 1998, p. 21.

Dans le même ordre d'idées, nous avons été confrontés à la comparaison d'une institution issue de sources divergentes. Ainsi, alors qu'en droit colombien, la responsabilité précontractuelle trouve sa source dans la loi, dans le droit français, elle a été peu à peu construite par la jurisprudence et la doctrine.

En amont de ces sources, la question relative à la comparaison de régimes de cette responsabilité se traduit par des conséquences pratiques différentes. Bien qu'en droit colombien il existe un article de loi qui la consacre, ni la jurisprudence, ni la doctrine ne s'y sont vraiment intéressées.

Cette méconnaissance de l'institution se reflète dans le faible nombre d'arrêts et d'articles de doctrine consacrés à la question. Cette absence de débat, loin de constituer une vertu, nous semble être le présage des difficultés d'application de la règle qui se posent actuellement aux juges. Une insuffisance de réflexion qui est, en effet, suspecte et il ne semble pas étrange que face à une multitude d'hypothèses, c'est de façon abusive ou en dehors du droit que les pourparlers s'entament en Colombie.

Or, le droit français demeure beaucoup plus actif. Grâce à ses développements il rend possible l'existence en ce système d'une bonne foi créatrice d'obligations au stade de la formation du contrat. On discute de la liberté contractuelle, voire, de la liberté de ne pas contracter. Certains accusent les contempteurs de cette liberté de saper les bases du droit des contrats ; d'autres y voient le reflet de l'évolution de celui-ci. Autant d'objections et d'approbations sont la démonstration d'un système de droit dont les solutions sont souvent appliquées et connues par les principaux destinataires.

Certes, au niveau de la comparaison on peut donc trouver la difficulté de convergence de sources, mais en même temps cette divergence donne un trait passionnant à la comparaison : la formulation de la règle de droit à l'égard de la responsabilité précontractuelle dans le droit colombien et son rattachement aux anciennes méthodes du droit romain vont se conjuguer avec la dynamique du droit positif français afin de voir la responsabilité précontractuelle dans son domaine et sa portée. Dès lors, il importe de surmonter ces obstacles afin d'arriver à une appréhension fidèle de la responsabilité précontractuelle. Nous allons donc exposer les principaux enjeux liés à la reconnaissance de cette institution.

L'enjeu du régime de la responsabilité précontractuelle réside d'abord dans la valeur que l'on donne dans ces systèmes à la théorie des vices du consentement. « *Le contrat est suivi par son passé* », disait le doyen Carbonnier⁴³. Ainsi, si la responsabilité qui en dérive est précontractuelle, les conséquences du dommage pourront être prévues par les contractants : les dépenses à la conclusion et exécution du contrat vicié, d'une part, la modulation du gain manqué et la perte d'une chance, d'autre part.

Renforcée par l'idée de prévention, la responsabilité précontractuelle permet, ensuite, aux négociateurs de diriger leur activité contractuelle pour éviter le manque de crédibilité et de légitimité. Au contraire, s'il ne s'agit pas d'une responsabilité précontractuelle, mais délictuelle, l'indemnisation du dommage ne pourra jamais accepter de reconnaître le gain manqué, et moins encore la perte d'une chance. Mais,

⁴³ CARBONNIER Jean. *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*. 22^e éd. Paris : P.U.F., 2000, n° 24, p. 71.

s'il est considéré comme contractuel, il n'y aura pas de différence entre annuler le contrat et ne pas le faire.

De même, de très nombreux textes d'ordre public, en matière de droit des assurances, de droit du crédit et droit de la consommation, imposant des obligations d'information, nous ont montré l'importance de rechercher si l'inexécution de ces obligations d'origine légale permettent d'être tenues comme fait générateur de responsabilité précontractuelle.

Enfin, le dernier enjeu attaché à la comparaison des régimes colombien et français de la responsabilité précontractuelle, concerne la rupture des pourparlers et le rôle créateur de la bonne foi au stade de la formation du contrat. Une analyse de l'une quelconque des obligations dérivées de la bonne foi dans cette étape renforce l'intérêt de dépasser le problème de lier la qualification de cette responsabilité à l'une des autres espèces de responsabilité civile. En effet, une étude doctrinale en droit français a profondément remis en cause cette distinction. Mme Muriel Favre-Magnan avait énoncé dans sa thèse de doctorat combien il était artificiel de rattacher les conséquences du manquement à l'obligation précontractuelle d'information à l'un de ces régimes, et elle a dénoncé à plusieurs reprises les ambiguïtés et les échecs de la jurisprudence dans cet effort⁴⁴.

Selon elle, à propos de l'inexécution de l'obligation de renseignement avant la conclusion du contrat, il « *paraît un peu artificiel de distinguer les dommages-intérêts selon qu'ils sont fondés sur la responsabilité contractuelle ou sur la*

⁴⁴ Dans une étude récente, un auteur a justement relevé qu'en raison de son caractère impératif, le devoir d'agir de bonne foi « *s'impose aux parties, bien qu'elles ne l'aient pas souhaité* », sans que pour autant la bonne foi devienne un devoir délictuel : TISSEYRE Sandrine. *Op.cit.* n° 79, p. 87.

responsabilité délictuelle même s'il est vrai que le régime n'est pas exactement identique : les juges ne précisent d'ailleurs souvent pas sur quel fondement exact ils accordent des dommages-intérêts »⁴⁵.

Pour le démontrer, Mme Favre-Magan essaie de construire la théorie de l'effet obligatoire de l'obligation d'information⁴⁶, mais la solution n'a pas été suivie par l'ensemble de la doctrine⁴⁷. Or, la formulation de cette théorie relève que malgré l'absence de texte légal sur l'obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat et la consécration expresse de la responsabilité précontractuelle qui en découle, il est possible d'envisager une solution différente en droit français.

En Amérique Latine, la thèse du professeur chilien Iñigo de la Maza Gazmundi a aussi constaté la difficulté de déterminer *a priori* la nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité qui découle de l'inexécution d'un devoir précontractuel de bonne foi. D'après cet auteur, la prise en compte d'une conception objective d'inexécution de ces devoirs, conduit les juges vers l'application du régime de responsabilité contractuelle, alors que les parties ne sont tenues par aucun contrat⁴⁸. Ces solutions conservent un intérêt essentiel en ce qui concerne la formulation d'une troisième espèce de responsabilité civile.

Il est évident que les enjeux liés à la comparaison des régimes colombien et français de la responsabilité précontractuelle sont considérables. Il nous reste alors à déterminer la méthode susceptible de la présenter. A notre avis, la démarche la plus pertinente consiste à raisonner à partir du fait générateur de cette responsabilité. Dès

⁴⁵ FAVRE-MAGAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*. Préf. Jaques Ghestin. Bibliothèque de droit privé, T. 221, LGDJ, Paris, 1992, n° 586, p. 465.

⁴⁶ FAVRE-MAGAN Muriel, *Op. cit.* n° 696, p. 525.

⁴⁷ BRUN Philippe. *Op. cit.*, n° 118, p. 75.

⁴⁸ DE LA MAZA GAZMUNDI Iñigo. *Los límites del deber precontractual de información*. 628 p. Thèse: Droit: Universidad Autónoma de Madrid: 2009. p. 407 et s.

lors, le fait générateur de responsabilité précontractuelle implique, en effet, de la part des négociateurs pour un contrat un comportement qui ne se confond pas avec celui qui donne naissance à la responsabilité extracontractuelle, non plus qu'à la responsabilité contractuelle.

Les négociateurs, au stade de la formation du contrat, et parfois même après la conclusion du contrat, sont tenus d'indemniser certains dommages. Cette responsabilité se concrétise par un dol ou une négligence qui sont commis au stade de la formation du contrat, que celui-ci ait été conclu ou non. Destinée, donc, à assurer la réalisation de la liberté contractuelle au moment de la conclusion du contrat, la responsabilité précontractuelle est dérivée des aspects délictuels des vices du consentement.

Ces aspects sauraient montrer l'origine particulière de la réparation. Elle est en effet la conséquence d'une erreur chez le cocontractant ou du fait qu'on ait voulu le contraindre à contracter, distinct du dol ou de la faute, nettement délictuels. Mais elle est aussi le fruit d'un manquement à une obligation de bonne foi, en l'absence de vices du consentement.

Par conséquent, la comparaison des régimes colombien et français sur l'étude de l'origine du fait générateur de responsabilité précontractuelle, l'analyse du fait générateur de responsabilité précontractuelle à travers son origine et sa fonction nous conduira à démontrer son autonomie. Cette autonomie est concrétisée, d'abord, par rapport à l'aspect délictuel des vices du consentement (Partie I) et, ensuite, à l'inexécution d'une obligation de bonne foi (Partie II).

PREMIERE PARTIE :

LE FAIT GENERATEUR DE RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE
EN CAS DE VICE DE CONSENTEMENT

SECONDE PARTIE :

LE FAIT GENERATEUR DE RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE
EN ABSENCE DE VICE DE CONSENTEMENT

PREMIERE PARTIE

LE FAIT GENERATEUR DE RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE EN CAS DE VICE DU CONSENTEMENT

1-. Parce qu'elle résulte d'un dol ou d'une négligence commise au stade de la formation du contrat, la responsabilité précontractuelle peut prétendre à une certaine relation vis-à-vis de la théorie des vices du consentement. Mais prétendre que cette responsabilité n'ait des effets qu'avant la conclusion du contrat, alors que la plupart des contentieux de réparation des dommages causés par une négligence *in contrahendo* a lieu au stade de l'exécution du contrat, notamment, en corollaire d'une action de nullité, n'équivaut pas à une véritable détermination du champ d'application de la responsabilité précontractuelle.

Le domaine de la responsabilité précontractuelle est, lui, au contraire, plus élargi et nous constaterons que, dans les deux systèmes comparés, la déclaration d'une telle responsabilité est tout à fait indépendante du moment de la conclusion du contrat.

2- Tout le paradoxe du domaine de la responsabilité précontractuelle apparaît, alors, par certains dommages qui ne peuvent être perçus qu'après la conclusion du contrat, soit parce que l'une des parties, au stade de sa formation, a donné une information ayant déterminé le consentement du cocontractant, par erreur (Titre I), par dol (Titre II), ou parce qu'il l'a obtenu par la force (Titre III).

TITRE I

LES CONDITIONS D'IMPUTABILITE DE L'ERREUR ET LA CONFIGURATION DE LA FAUTE PRECONTRACTUELLE

3.- La responsabilité précontractuelle trouve son fondement dans une négligence commise au stade de la formation du contrat. L'erreur subie par l'un des contractants est causée par un défaut d'information nécessaire pour conclure le contrat. Le fait générateur de responsabilité précontractuelle peut donc consister en la création d'une erreur chez le cocontractant le conduisant à la conclusion d'un contrat déséquilibré.

Source d'une obligation de réparation du dommage, l'aspect fautif de l'erreur joue un rôle indiscutable dont il convient d'étudier le sens et la portée dans les deux systèmes comparés, tant en ce qui concerne les conditions de l'imputation (Chapitre I) que de ses modalités Chapitre II).

CHAPITRE I

Les conditions d'imputabilité de l'erreur et la configuration de la faute précontractuelle

4.- Pour qu'elle constitue une condition de responsabilité précontractuelle, l'erreur doit être imputable à son auteur, ce qui suppose une volonté capable de prévoir les conséquences dommageables du défaut d'information au stade de la formation du contrat. Sur cette base, le contractant engage sa responsabilité précontractuelle soit parce qu'il n'a pas vérifié l'information transmise (Section I), soit parce qu'en sachant qu'il était possible de commettre une erreur, il a cru imprudemment pouvoir l'éviter (Section II).

Section I

L'ERREUR SUITE A LA NON-VERIFICATION DE L'INFORMATION TRANSMISE : LA NON ANTICIPATION DES CONSEQUENCES DOMMAGEABLES POUR AUTRUI

5.- Avant la conclusion du contrat, une négligence peut être constituée par « l'évocation d'un principe de prévisibilité variant en fonction des situations données »⁴⁹. C'est le cas, par exemple de la non vérification de l'information transmise par l'un des contractants (§ I), ou par le même *errans* (§ II).

§ I.- La non vérification de l'information transmise par le cocontractant

⁴⁹ DESCAMPS, Olivier. *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Préf. Anne Lefebvre-Teillard, L.G.D.J, 2005, p. 67.

6.- L'origine d'un fait générateur de responsabilité précontractuelle, dans les systèmes comparés, peut consister en la non vérification de l'information transmise par le cocontractant. Même si elle n'apparaît pas comme une hypothèse récurrente en jurisprudence, certaines décisions montrent qu'elle constitue un comportement imprudent, voire, négligent et, par conséquent, fondement de responsabilité précontractuelle. Ainsi, dans le cadre de notre étude, seule la question du rapport entre l'erreur et l'imputation de responsabilité précontractuelle se doit d'être approfondie car c'est au travers de son étude que l'on pourra s'interroger sur l'origine du fait générateur de responsabilité précontractuelle.

7.- Le rapport entre l'erreur et la *culpa in contrahendo* a été vérifié récemment par la Cour Suprême Colombienne dans un arrêt du 13 décembre 2001⁵⁰. Or, si on lit attentivement cette décision, on peut être surpris de l'incohérence de la solution retenue. L'absence de technique du Conseiller laisse en effet perplexe tant sa décision est, sur ce point, contradictoire.

1) Dans les faits, une banque qui financé la construction d'un centre commercial a induit en erreur le cocontractant par la voie d'une publicité dont l'information de l'offre n'avait pas été vérifiée avant de la faire connaître à son client. Cette information concernait notamment la capacité du parking dudit centre commercial.

Ayant été libérée de toute responsabilité pour des motifs procéduriers en première instance, la banque est à nouveau exonérée de responsabilité en seconde instance pour trois raisons : d'abord, les juges considéraient que la publicité ne produisait pas d'effets d'obligation envers celui qui l'avait mise en place ; ensuite,

⁵⁰ CSJ. Civ., 13 de diciembre de 2001, Expediente No. 6775, MP Manuel Ardila Velásquez.

que dans cette publicité on avait inclus une clause selon laquelle « *le projet était soumis aux changements imprévus* » ; enfin ; que cela n'avait pas fait obstacle aux parties afin de conclure le contrat.

Le pourvoi fait donc grief au juge de seconde instance (Tribunal) de n'avoir pas appliqué l'article 863 du Code du Commerce, qui visait à ce que les parties agissent de bonne foi à l'étape précontractuelle.

2) Face à ce pourvoi, la Cour Suprême de Justice ne casse pas l'arrêt du juge de seconde instance (Tribunal) en raison des défauts de sa formulation et, en particulier, pour l'absence de démonstration des erreurs de faits dans le raisonnement de ce juge⁵¹. Pourtant, la Cour souligne que les erreurs de raisonnement étaient évidentes parce que le mandat de l'article 863 du Code du Commerce impliquait pour les parties d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat, voire, de se conduire de manière sérieuse et transparente au moment de mettre en place la publicité du contrat, afin de ne pas trahir la confiance du consommateur.

L'enjeu de cette décision nous semble être, au fond, la reconnaissance de la responsabilité précontractuelle de la banque qui avait induit en erreur le cocontractant par la voie d'une publicité mensongère, bien que pour les parties concernées aucune indemnisation n'ait été octroyée.

8.- De même, en droit positif français, un arrêt de la cour d'appel d'Agen a décidé qu'un professionnel de la vente de voitures engagea sa responsabilité précontractuelle parce qu'il n'avait pas vérifié que le numéro de série de la voiture vendue ne correspondait pas à celui figurant sur la carte grise du propriétaire⁵². Cet

⁵¹ En droit colombien, les erreurs de fait sont admises afin de démontrer l'incohérence du raisonnement du juge de seconde instance dans l'application ou l'absence d'application d'une règle spécifique de droit à l'hypothèse démontrée dans le procès. Celle-ci constitue une voie indirecte de cassation et elle est prévue par l'article 368-1 du Code de Procédure Civile Colombien.

⁵² CA Agen, Ch. Civile, 25 mars 2008 N° 07/00574

arrêt présente un intérêt considérable non seulement parce qu'il constate le rapport entre la négligence du cocontractant et l'erreur, mais encore et surtout parce qu'il précise qu'il s'agit d'une hypothèse de responsabilité précontractuelle.

La Cour d'Agen ajoute que pour réussir à se faire exonérer de responsabilité, le professionnel doit fournir « *à l'acquéreur les éléments nécessaires lui permettant de connaître les caractéristiques essentielles du véhicule vendu et particulièrement, que son usage nécessitait un permis de conduire* » ce qui n'a pas été le cas dans cette affaire. Partant, elle en déduit le rapport entre l'erreur et la négligence du professionnel au stade de la formation du contrat non seulement à l'imputation d'une négligence précontractuelle mais encore à son régime.

1) La Cour décide, de ce fait, que la non vérification du numéro de série de la voiture et de la livraison de la facture correspondante à la vente, constituent une faute qui a induit l'acheteur en erreur. Elle déduit que cette faute est suffisante pour engager la responsabilité du vendeur.

2) Outre la négligence dérivée de l'erreur, la preuve d'exonération de responsabilité doit être apportée par le professionnel, libérant la victime de la charge de prouver ladite négligence.

Une telle décision qui conduit à présumer la faute du professionnel du seul fait de l'erreur peut, pour cette raison, être intéressante et certains proposent que, sur ce point, « *l'erreur devient ainsi –en tant que telle- une faute* »⁵³.

⁵³ BAILLET BOUIN, Frédéric. *Le commissaire-priseur, responsable de plein droit envers l'adjudicataire d'une œuvre d'art ? Recueil Dalloz*, 2007, p.2.

Le rapport entre l'erreur et la négligence précontractuelle du cocontractant étant désormais étudiée, il convient dorénavant d'examiner les conséquences de l'absence de vérification de l'information transmise par l'*errans*.

§ II.- La non vérification de l'information transmise par l'*errans*

9.- La responsabilité précontractuelle peut aussi être imputée à l'*errans*. L'article 1512 du Code civil colombien, à propos de l'hypothèse de l'erreur sur la personne du cocontractant, dispose que *la personne avec laquelle le contrat a été établi de manière erronée aura droit à une indemnisation des préjudices, si l'erreur de bonne foi a occasionné la nullité du contrat* »⁵⁴.

Ce texte n'a pas sa correspondance dans le Code civil français. Toutefois, la doctrine colombienne fait appel aux arguments de la doctrine française pour expliquer la nature de la responsabilité qui en découle (A) et sa portée (B).

A. La nature de la responsabilité de l'*errans*

10.- Cette hypothèse de responsabilité provient des modifications spéciales faites par Andrés Bello aux articles respectifs du Code civil français au moment de rédiger le Code chilien de 1855⁵⁵. Certes, Andrés Bello a suivi de très près les règles

⁵⁴ L'article 1512 de ce Code civil colombien dispose que « *L'erreur sur la personne avec laquelle on a l'intention de passer un contrat, ne vicie pas le consentement, à moins que la considération de cette personne soit la cause principale du contrat. ... Mais dans ce cas, la personne avec laquelle le contrat a été établi de manière erronée aura droit à une indemnisation des préjudices, si l'erreur de bonne foi a occasionné la nullité du contrat* ».

⁵⁵ En ce sens, v. MARTÍNEZ BAEZA, Sergio. *El derecho castellano-indiano en el Código Civil de Bello*. Revista Chilena de Historia del Derecho, Norteamérica, 04 10 2010, p. 368. Consulté le 20

françaises et leur systématisation dans le Code Napoléon. Mais le Code civil français n'a pas été la seule source législative du droit civil chilien. En effet, pour rédiger le Code, Bello s'était également inspiré du droit romain, des Sept Parties du roi Alphonse le Sage, du Code civil d'Autriche (ABGB), du Code civil de la Louisiane, du Code civil des Deux Siciles, du Code civil prussien, de la jurisprudence de la chambre civile de la Cour de cassation civile française et de l'autorité des auteurs reconnus, tels que Domat, Pothier, Savigny, et les premiers exégètes comme Troplong, Duranton, Demolombe, Toullier et Delvincourt⁵⁶.

Par conséquent, ces modifications témoignent d'une différence dans la conception et l'utilisation de la liberté contractuelle qui s'éloignent du système du code civil français mais qui ressemblent beaucoup à celles qui ont inspiré Rudolf von Ihering pour proposer la théorie de la *culpa in contrahendo* en 1861, ainsi que le Code civil allemand (BGB)⁵⁷, le Code suisse des obligations⁵⁸ et le Code italien de 1942⁵⁹.

Dans ces codes, le caractère excusable de l'erreur n'est pas exigé pour annuler le contrat. Dans ces régimes, l'inexécution de l'erreur n'empêche pas l'anéantissement du contrat en raison d'un impératif contractuel qui est mis en prévalence de la liberté contractuelle : la confiance. La façon de protéger la confiance créée par l'apparence est, donc, l'indemnisation de dommages-intérêts à la suite de l'annulation du contrat.

nov. 2012, sur <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewArticle/5366/5251>

⁵⁶ HINESTROSA Fernando, CORTÉS Edgar et NAVIA Felipe, *Culture et droit civil en Colombie*. In : *Droit et Culture*. Travaux Association Henri Capitant, Tome LVIII, 2008. Bruylant, 2010, p. 101 ; CASEY Jérôme. De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat.

⁵⁷ § 241 et § 311 du BGB.

⁵⁸ Articles 26, 31 et 39 du Code suisse des obligations.

⁵⁹ Articles 1337 et 1338 du Code civil italien.

11.- Pourtant, le principe qui préside cette hypothèse de responsabilité, d'après la doctrine colombienne, est celui d'une responsabilité sans faute⁶⁰, étant donné que, malgré l'absence d'un texte de loi dans le même sens, elle reprend la doctrine française de l'erreur inexcusable⁶¹.

Pour la majorité de la doctrine française, l'erreur inexcusable est la seule qui entraîne la nullité du contrat⁶² parce que la victime de l'erreur n'a pas été négligente ; bien que la faute de l'*errans* empêche la nullité du contrat, parce que l'erreur est excusable, sa faute est sanctionnée par le maintien du contrat⁶³.

Or, cette solution ne semble pas être toujours retenue par la jurisprudence française. Il est donc essentiel de s'intéresser à la portée de cette jurisprudence.

B. La portée de la responsabilité de l'errans : une responsabilité précontractuelle

12.- L'analyse des arrêts de la Cour de cassation française révèle que le caractère inexcusable de l'erreur ne fait pas toujours obstacle à la nullité du contrat⁶⁴.

Prenons ainsi l'hypothèse d'une erreur-obstacle et la conséquente nullité d'une vente immobilière, où le vendeur, en sachant qu'il ne voulait pas transférer l'un des lots offerts, l'a malgré tout vendu.

La Cour d'appel avait déclaré nulle la vente, et la troisième Chambre Civile de la Cour de Cassation approuva cette décision au motif que : « *cette inexactitude et cette*

⁶⁰ Sur ce point, voir PEREZ VIVES, *de las fuentes de las obligaciones* (continuación), p. 7.

⁶¹ Alvaro Pérez Vives considère en effet que « *la nullité présuppose l'absence de faute de la victime de l'erreur, de telle sorte que si malgré cela, elle est obligée à indemniser l'autre co-contractant, sa responsabilité n'est pas fondée sur la faute* » : Ibidem.

⁶² En ce sens voir FABRE-MAGNAN Muriel. *Les obligations*. 1^{er} éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2004, n° 112, p. 286.

⁶³ En ce sens voir BENABENT, Alain, *Droit Civil, Les obligations*, Montchrestien, Paris, 9^{ème} éd. 2003, n°83, p. 63 ; RIHM n°284, p. 236.

⁶⁴ Cass. civ. 3^e, 21 mai 2008, 07-10772

omission avaient des conséquences importantes sur la définition des biens vendus ... a pu en déduire, sans être tenue de procéder à une recherche sur le caractère inexcusable de l'erreur que ses constatations rendaient inopérante, que l'erreur de Mme B sur l'objet même de la vente, laquelle faisait obstacle à la rencontre des consentements, devait entraîner l'annulation de la vente »⁶⁵ .

Néanmoins, s'agissant de l'imputation d'une responsabilité subsidiaire à la nullité, on constate que même si le caractère inexcusable de l'erreur du propriétaire sur l'objet du contrat ne fait pas obstacle à l'annulation de la vente, il est pourtant évident que cette erreur provient d'une négligence due au manque de vérification de l'*errans* sur l'information transmise.

Ainsi, actuellement, une autre partie de la doctrine française estime qu'elle devrait entraîner la responsabilité civile⁶⁶, dans la mesure où, entre la faute de l'*errans* et la faute de l'autre cocontractant, il n'y a pas de distinction.

Il s'agit de la même négligence, laquelle doit être appréciée de façon abstraite, parce que l'*errans* aurait dû pouvoir éviter l'erreur.

13.- Une telle opinion est confortée par l'étude du droit colombien lorsque le troisième alinéa de l'article 1870 du Code civil dispose que : « *Celui qui a vendu en sachant ce qui dans le tout ou dans une partie considérable n'existait pas, devra payer les dommages-intérêts à l'acheteur de bonne foi* ».

En somme, dans les systèmes comparés, on trouve le besoin d'envisager la négligence d'une seule manière. En effet, le fait générateur de responsabilité précontractuelle peut provenir de n'importe quel contractant, même de l'*errans*.

⁶⁵ Cass. civ. 3e, 21 mai 2008, 07-10772

⁶⁶ RIHM Isabelle. *L'erreur dans la déclaration de volonté. Contributions à l'étude du régime de l'erreur en droit français*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 284, p. 236.

L'étude de la seconde condition d'imputation de l'erreur dans la configuration de la faute précontractuelle nous permettra de compléter l'analyse du comportement des négociateurs au contrat.

Section II

L'ERREUR NEGLIGENCE SUITE A L'UTILISATION DE L'INFORMATION TRANSMISE EN CROYANT QU'ELLE NE SERA PAS DOMMAGEABLE POUR AUTRUI.

14.- Au stade de la formation du contrat, le second comportement constitutif d'une négligence est l'impéritie : « *un défaut d'habileté dans l'art qu'une personne exerce ou encore la méconnaissance des règles de la profession pratiquée* »⁶⁷. Ainsi, l'impéritie résulte soit du fait que l'un des cocontractants peut profiter de l'erreur en croyant pouvoir échapper aux résultats nocifs connus, soit du fait qu'il profite de l'erreur provenant de la négligence d'un tiers, pensant également pouvoir échapper à sa responsabilité.

§ I.- l'erreur et l'impéritie des cocontractants

15.- Dans le souci de prévenir un contractant des conséquences qui résulteraient pour lui d'une impéritie au stade de la formation du contrat de bail, le législateur colombien dans l'article 1983 du Code civil dispose l'obligation

⁶⁷ DESCAMPS Olivier. *Op. cit.*, 2005, p. 67.

d'indemniser le locataire qui a cru erronément que le bailleur pouvait louer la chose, alors qu'il a été mis dans l'impossibilité de la délivrer⁶⁸.

Cette responsabilité, pour certains, concerne l'inexécution de l'obligation de délivrer la chose née du contrat de location. Ainsi, elle est considérée comme une obligation de résultat « *Par conséquent, pour que le débiteur puisse être exonéré de sa responsabilité, il doit prouver que l'inexécution provient d'une force majeure. C'est précisément ce qu'exige cette disposition* »⁶⁹.

Il est, pourtant, évident que l'article mentionne aussi comme une autre cause d'exonération la connaissance de l'« *impossibilité* » par le locataire. Une connaissance qui a dû avoir lieu au stade de la formation du contrat.

1) Ainsi, l'article 1983 du Code civil colombien, qui régit le contrat de bail, oblige le bailleur à indemniser le locataire lorsque dans l'offre préalable du contrat il n'informe pas le locataire de l'impossibilité de délivrer la chose.

2) Ce manque d'information dérive d'un comportement particulier : le bailleur qui, au stade de la formation du contrat, connaissait l'impossibilité de délivrer la chose avait cru erronément, dit le texte, pouvoir le faire. Une telle disposition concerne notamment l'impéritie, et l'indemnisation cherche à sanctionner le comportement fautif du bailleur, après avoir conclu le contrat.

3) Par conséquent, cela ne concerne pas l'inexécution d'une obligation de résultat qui naîtrait du contrat de bail, mais d'une *culpa in*

⁶⁸ « *Si le bailleur, par un fait de sa négligence ou de l'un de ses agents, s'est mis dans l'impossibilité de délivrer la chose, le locataire aura le droit à désister du contrat, avec le paiement de dommages-et-intérêts.... Il y a lieu à indemnisation même lorsque le bailleur a cru erronément et de bonne foi qu'il aurait pu louer la chose ; sauf si l'impossibilité avait été connue du locataire, ou provient d'une force majeure ou d'un cas fortuit* »

⁶⁹ *Ibidem.*

contrahendo, due à l'impéritie du bailleur qui, tout en sachant l'impossibilité de délivrer la chose, a mis en erreur le locataire afin de conclure le contrat.

16.- L'examen de ce texte qui prescrit une sanction en responsabilité pour l'impéritie du bailleur au stade de la formation du contrat a le mérite de montrer combien le législateur colombien a conscience du domaine de la responsabilité précontractuelle, parce qu'une telle responsabilité est tout à fait indépendante du moment de la conclusion du contrat.

Dans cette perspective, l'impéritie avant la conclusion du contrat peut aussi provenir d'un tiers.

§ II. L'erreur d'un tiers et l'impéritie du cocontractant

17.- L'arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation française le 3 avril 2007⁷⁰, lorsque l'on étudie sa portée, montre l'exemple d'une erreur provoquée par l'impéritie d'un tiers au stade de la formation du contrat.

En l'occurrence, deux commissaires-priseurs avaient affirmé l'authenticité d'une œuvre dans un catalogue d'art, sans émettre aucune réserve. L'œuvre fut vendue lors d'une vente aux enchères, mais douze ans plus tard, l'acquéreur découvre qu'elle appartient à un autre peintre. N'ayant pas retrouvé le vendeur, l'adjudicataire assigna en responsabilité les commissaires-priseurs. La Cour d'appel confirme le jugement du Tribunal de grande instance de Paris quant à la fausseté de l'œuvre. Enfin, la Cour de cassation confirme la décision de la Cour d'appel et déclare la responsabilité *in solidum* des commissaires-priseurs.

⁷⁰ Cass. civ. 3 avril 2007 : Bull. Civ. I, n° 141 ; D. 2007. 2288, note BAILLET BOUIN ; *ibid.* AJ. 1201, note GALLMEISTER ; CCE 2008, Chronique n°9, note HENAFF ; RTD Com. 2007. 823, observation BOULOC.

A. *Le sens de l'arrêt du 3 avril 2007*

18.- Pour confirmer la Cour d'appel, la Cour de cassation énonce que : « *Le commissaire-priseur ou l'expert qui affirme l'authenticité d'une œuvre d'art sans assortir son propos de réserves engage sa responsabilité vis-à-vis de la victime de l'erreur. C'est dès lors à bon droit qu'une Cour d'appel les condamne in solidum à indemniser l'acquéreur d'un tableau qui s'est avéré ne pas être une œuvre de l'artiste mentionné au catalogue comme en étant l'auteur* ».

19.- La motivation est assez logique et deux interprétations sont envisageables.

1) En premier lieu, on peut considérer qu'il s'agit d'une hypothèse de présomption de faute⁷¹. Ainsi on peut insister sur le fait que le commissaire-priseur est tenu d'une obligation de résultat, celle de garantir l'authenticité de l'oeuvre, et que « *pour dédommager la victime, la Cour n'a alors pas d'autre solution que de présumer la faute des experts qui n'ont pas émis de réserves au moment de la vente* »⁷².

2) Toutefois, si cette explication de l'arrêt est suffisamment éclairante, car elle est riche d'enseignements quant à sa portée, il faut bien prendre en compte le « forçage » du texte de l'arrêt pour trouver une présomption. Si l'on reste dans la lettre de l'arrêt, une autre interprétation peut être proposée. La Cour de cassation confirme la Cour d'appel au motif que l'erreur est, en tant que telle, une faute⁷³. En conséquence, l'arrêt du 3 avril 2007 durcit son analyse de la conduite des experts en leur reprochant de n'avoir pas pris toutes

⁷¹ GALLMEISTER Ines. Responsabilité « *in solidum* » du commissaire-priseur et des experts. *Actualité Juridique*, 2007, p. 1201.

⁷² GALLMEISTER, op. cit.

⁷³ En ce sens voir BAILLET BOUIN, Frédéric. Le commissaire-priseur, responsable de plein droit envers l'adjudicataire d'une œuvre d'art ? *Recueil Dalloz*, 2007, p.2

les précautions nécessaires d'un professionnel prudent et diligent⁷⁴.

Révélatrice, cette interprétation est encore susceptible d'être élargie. On peut, en effet, très bien envisager qu'en l'absence d'une obligation de résultat, il s'agit d'une prévision que les experts n'ont pas faite, croyant pouvoir échapper aux résultats dommageables pour autrui connus, voire, d'une impéritie. Si l'on prend en compte les arguments de la position des défendeurs, ces derniers soutiennent « *qu'à la date de la vente il était tout à fait concevable de conclure à l'authenticité de l'œuvre au regard des connaissances de l'époque* »⁷⁵. Or, il est vrai qu'un arrêt antérieur avait donné raison à cette défense, la faute des experts ayant été écartée au motif que « *les connaissances acquises au moment de la vente, résultant des avis unanimes exprimés* »⁷⁶ étaient suffisantes pour les exonérer de la faute.

Dans ces conditions, il apparaît en définitive que la deuxième interprétation s'accorde plus à l'esprit de l'arrêt. Il convient alors d'en étudier la portée.

B. La portée de l'arrêt du 3 avril 2007

20.- Si la responsabilité précontractuelle du tiers est confirmée sur le fondement d'une impéritie qui a conduit à une erreur chez les contractants, cette sorte de négligence peut être très nettement distinguée de la négligence tant contractuelle que délictuelle parce qu'elle ne suppose pas l'existence d'un accord de volontés

⁷⁴ BAILLET BOUIN, Frédéric. Op. cit., p.2

⁷⁵ BAILLET BOUIN, Frédéric. Op. cit., p.1.

⁷⁶ Seconde affaire Poussin, Cass. Civ. 1^{ère}, 17 septembre 2003, Bull. Civ. I, n° 183 ; JCP 2004. I. 123, n°1, obs. SERINET ; Gaz. Pal. 2004. 1049, note CREVEL ; CCC. 2004, n° 2, note LEVENEUR ; LPA, 27 septembre 2004, note CABROL.

faisant naître une obligation de résultat pour le contractant, non plus que pour le tiers. Dès lors, ce sont les origines de la négligence précontractuelle qui conduisent à la différencier.

Bien que la négligence du tiers ait été découverte après la conclusion du contrat, le commissaire-priseur n'était tenu d'aucune obligation dérivée du contrat de vente. Elle serait, à première vue, une négligence de nature extracontractuelle.

Toutefois, l'existence d'un facteur de prévisibilité des conséquences dommageables de son comportement exclut toute analyse purement délictuelle. Cette raison est suffisante pour rejeter toute assimilation de la *culpa in contrahendo* du commissaire-priseur à la faute délictuelle parce qu'elle conduit d'abord à une erreur chez le contractant, puis à un dommage.

21.- L'existence d'une négligence, au stade de la formation du contrat est donc subordonnée à celle d'une erreur dans la volonté des contractants, parce que l'erreur est imputable au comportement imprudent, ou à l'impéritie de l'un des contractants ou d'un tiers. L'objet de la négligence précontractuelle consiste en l'absence de prévisions de l'agent du dommage avant la conclusion du contrat.

L'existence de l'arrêt du 3 avril 2007, montre un rapprochement des régimes colombien et français en ce sens. Il convient maintenant d'étudier les modalités de l'erreur qui peuvent fonder une responsabilité précontractuelle.

CHAPITRE II

LES MODALITES DE L'ERREUR ET LA NEGLIGENCE PRECONTRACTUELLE DU CONTRACTANT

22.- Il a bien été constaté que la nullité par vices du consentement influence la responsabilité civile lorsqu'elle est fondée sur une négligence au stade de la formation du contrat en raison de la dualité du préjudice souffert par la partie qui l'a conclue : *« si l'on déclare la nullité, le préjudice serait le résultat de la conclusion d'un contrat vicié conclu dans des circonstances désavantageuses. Si l'une des parties désire obtenir une indemnisation parallèlement à l'annulation, elle devra établir la circonstance du préjudice qui résulte de la conclusion d'un contrat nul, un préjudice dont la seule nullité ne le fera pas disparaître »*⁷⁷.

Le fait générateur de responsabilité précontractuelle repose sur l'absence de renseignement soit sur l'objet du contrat (Section I), soit sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter (Section II) dans les déclarations que les parties ont faites au stade de la formation du contrat.

Section I

NEGLIGENCE PRECONTRACTUELLE : MANQUE DE RENSEIGNEMENTS SUR L'OBJET DU CONTRAT

⁷⁷ THIBIERGE, Catherine, *NULIDAD, RESTITUCIONES y RESPONSABILIDAD (Nullité, restitutions et responsabilité)*, traduction à l'espagnol de De GREIFF, Gustavo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 475.

23.- Certes, la déclaration de volonté doit être ferme et précise sur les éléments essentiels du contrat afin qu'un accord soit formé⁷⁸. Ferme, parce qu'il est nécessaire de marquer le caractère définitif de celle-ci, et précise, afin de déterminer l'objet et la cause du contrat⁷⁹. Mais, on constate que tant la fermeté dans la déclaration de volonté, que sa précision, reposent sur un cumul d'informations destinées à caractériser l'offre⁸⁰.

En particulier, l'étude de l'erreur vice du consentement dans les deux systèmes comparés⁸¹ met en évidence que la négligence précontractuelle dérive d'un manque d'information en raison de la nature du contrat (§ I), de l'absence de renseignements sur la qualité objective de la chose, ou encore, elle consiste à tromper le partenaire sur l'une des qualités subjectives de la chose ayant été intégrée au champ contractuel (§ II).

⁷⁸ Article 1501 du Code civil Colombien : « *On distingue pour chaque convention, les choses qui sont de son essence, de sa nature, et celles qui sont purement accidentelles. Forment l'essence d'une convention les choses sans lesquelles celle-ci ne produit aucun effet, ou se transforme en une convention d'une autre espèce ; forment la nature d'une convention les choses qui, sans en être essentielles, en font partie, sans qu'il y ait eu nécessité d'une clause particulière ; les choses accidentelles sont celles qui, sans être essentielles ni naturellement présentes, peuvent être ajoutées au moyen de clauses particulières.* ». Le Code civil français ne dispose pas encore d'un texte similaire, mais l'article 1109-1 de l'avant-projet de réforme en droit des obligations prévoit : « *il n'y a point de consentement lorsque les volontés ne se sont pas rencontrées sur les éléments essentiels du contrat* ».

⁷⁹ ACCAD Fabien. *Les pourparlers*. Thèse : Droit : Paris : 1996, p. 12.

⁸⁰ Le législateur colombien envisage l'erreur sur l'objet du contrat dans l'article 1511 du Code civil. Ces textes disposent que « *L'erreur de fait vicie de cette façon le consentement quand la substance ou la qualité essentielle de l'objet sur lequel porte l'acte ou le contrat est différente de ce que l'on croit ; comme si l'une des parties suppose que l'objet en question est un lingot d'argent, alors qu'en réalité ce n'est qu'une masse d'un autre métal semblable. L'erreur portant sur n'importe quelle autre qualité de la chose ne vicie pas le consentement des parties liées par le contrat, sauf si cette qualité est le motif principal de l'une des parties pour dresser le contrat, et que cette raison est connue de l'autre partie.* » .

⁸¹ Sur ce point voir les articles 1510, 1511 et 1512 du Code civil colombien et l'article 1110 du Code civil français. Aux termes de ces articles, la doctrine distingue trois types d'erreur sur l'objet du contrat : d'une part, l'erreur sur la nature du contrat (*error in negotio*) ; d'autre part, l'erreur sur la matière objet des prestations du contrat (*error in corpore*) ; et enfin, l'erreur sur toute autre qualité de la chose qui aurait été connue de l'autre partie (*error accidental*). L'article 1110 du Code civil français, en disposant que « *L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet* » ne semble prévoir que l'hypothèse de l'erreur sur la substance. Est-il pour autant divergent ? Une analyse de droit comparé permet de constater que le droit colombien a incorporé par la voie législative les résultats de l'évolution jurisprudentielle de l'interprétation de l'article 1110 du Code civil français. Il s'agit donc de présenter le contenu de l'information devant être transmise afin d'éviter aux parties de tomber dans des hypothèses d'erreur à l'origine d'un vice dans la déclaration de volonté

§ I. Le manque d'information sur la nature du contrat : erreur sur la nature de l'acte

24.- « *Le défaut de renseignement dans la conclusion du contrat se prolonge dans le défaut d'exécution. L'avantage en serait que le créancier n'aurait pas à prouver spécialement la faute : la preuve d'absence de renseignement suffirait* »⁸².

Le rapport entre la négligence précontractuelle et l'erreur portant sur la nature du contrat a été mise en évidence par Rudolf Von Ihering lors de la formulation de la théorie de la *culpa in contrahendo* ; ce rapport a été consacré par les Codes civils allemand, italien, et colombien, mais il a été rejeté par le Code français.

A. L'erreur : cause du déséquilibre contractuel

25.- Toute erreur commise sur la nature du contrat, au stade de sa formation, est cause d'un contrat déséquilibré.

C'est évidemment dans cette hypothèse que la théorie de la *culpa in contrahendo* a été formulée par Rudolf Von Ihering : au moyen d'un télégramme, une maison de Cologne, en Allemagne, avait donné pour mission à une banque de Francfort de vendre en son nom un nombre déterminé de titres à l'Etat.

⁸² LE TOURNEAU Philippe. *La rupture des négociations*. *RTD com.* 51(3), juillet-septembre 1998, p. 480. V. à ce sujet, la thèse de M. Jérôme HUET, d'après qui le contrat est apte « à prendre en charge le passé » : HUET, Jérôme, *Responsabilité contractuelle et délictuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité* ; *Paris II*, n° 239. Toutefois, M. Le Tourneau ne parage pas la thèse qui cherche à éteindre le champ d'application de la responsabilité contractuelle à l'étape précontractuelle.

Cependant, une erreur dans la transmission du message fut commise. Ainsi, au lieu du mot « vendre », en allemand « *ver-kaufen* », c'est le mot « *kaufen* », c'est-à-dire « achat », qui fut inscrit dans le télégramme. La banque a donc agi en conséquence. Alors que l'intention réelle du mandataire était de vendre, on a déclaré qu'il voulait acheter. Quelque temps plus tard, les titres achetés ont connu une baisse de valeur, ce qui causa une perte à l'acheteur. Ce dernier réagit en demandant le remboursement de cette somme à la maison de Cologne qui s'y est opposé au motif que son consentement avait été donné à la vente et non à l'achat.

Néanmoins, le Landsgericht a condamné le défendeur au paiement demandé. Ihering s'est donc demandé, au regard de cette affaire, si la partie à l'origine de l'erreur devait répondre, ou non, à l'autre partie des dépenses causées par sa « *culpa* »⁸³.

Ihering savait que l'erreur n'était pas sanctionnée dans le système formaliste romain⁸⁴, mais que certains textes romains fournissaient une action en responsabilité en cas de vente d'une *res extra commercium*, tels que les endroits sacrés ou publics, et de vente d'un héritage inexistant⁸⁵. On savait aussi que dans les contrats de bonne

⁸³ CANTARELLI Leonor. *Daño al interés negativo*. Las tesinas de Belgrano [en ligne]. Departamento de Investigación. Universidad de Belgrano. sept. 2004 [octobre 2008], n° 152. Disponible sur : http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/152_cantarelli.pdf

⁸⁴ Il convient donc de se rappeler que l'origine des vices du consentement se trouve dans les actions du prêteur romain dans le cadre du formalisme contractuel régissant la Rome classique. Dans certains cas, la forme dans la conclusion du contrat était respectée, mais le consentement était donné sous l'empire de la violence ou d'un dol, c'est-à-dire, dans l'intention de nuire au cocontractant, ce qui constituait un délit romain. Le prêteur s'est alors efforcé de remédier à ce déséquilibre entre les parties, en donnant au cocontractant victime le droit d'opposer une exception fondée sur l'un de ces délits : l'exception *metus* et l'exception *doli*. Si l'exception prospérait et que le contrat était exécuté, la sanction n'était pas la nullité, mais la *restitutio in integrum*. Sur ce point, v. MAZEAUD Henri, Léon et Jean, par CHABAS François. *Leçons de droit civil*, tome 2, premier volume, *Obligations : Théorie générale*. 7^e éd. Paris : Montchrestien, 1985, p. 154

⁸⁵ En ce sens, v. D 18.1.62.1 (Modestino): « *Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica, pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit, eius ne deciperetur* ». D I.3.23.5 : « *Loca sacra vel religiosa, item publica frustra quis sciens emit quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emit, habebit actionem ex emto, quod non habere et liceat ut consequatur quod sua interest deceptum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit* ». D II.7.8.1 (Ulpianus) : « *Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Praeter in factum actionem in eum dat ei, ad quem e ares pertinent. D 18.4.8 (Javolenus) : Si nulla est (hereditas), de que actum videatur, pretium dumtaxat et*

foi⁸⁶, le prêteur prenait en compte l'idée d'iniquité résultant de la conclusion d'un contrat dont les parties s'étaient trompées sur la substance, *error in substantia*, ce qui avait pour effet de détruire le consentement et donnait lieu à la nullité absolue du contrat⁸⁷.

En analysant ces actions, Ihering trouva des éléments permettant à l'une des parties de demander une indemnisation pour avoir été victime d'une erreur au stade de la formation du contrat, et, par conséquent le fondement à sa théorie de la *culpa in contrahendo*.

Ihering a donc étendu ces actions romaines afin de sanctionner par « *la culpa in contrahendo* » les hypothèses suivantes : tout d'abord, la conclusion apparente d'un contrat de vente sur lequel les parties ne s'étaient pas mises d'accord sur la chose et le prix ; puis, le défaut de la chose vendue, ou l'incapacité de l'une des parties ; ensuite, un défaut chez la personne qui a vendu ; enfin, l'ignorance de l'acheteur concernant l'existence d'un vice affectant la chose⁸⁸.

B. La portée de cette solution.

si quid in eam rem impensum est emtor a venditore consequatur. » D. 18.4.9 (Paulo) : « *et si qui emtoris interest.*

⁸⁶ *Les contrats de bonne foi étaient les contrats consensuels tels que la vente, le mandat, la société, le louage ; ou les contrats réels comme le dépôt, le gage ou le commodat*. Sur ces actions, v. LAFERRIERE, F. Histoire du droit civil de Rome et du Droit français, Tome Premier, Joubert, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1846, p. 335 Disponible aussi : http://books.google.com/books?id=t10DAAAQAAJ&pg=PA158&lpg=PA158&dq=contrats+de+bonne+foi+%C3%A0+Rome&source=bl&ots=Y8LPhkAXpA&sig=OtWnzL2dvFGJIRWXnzCf22MuEcQ&hl=fr&ei=HPLZS7XhCZXS9gS9yrBI&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CCYQ6AEwBw#v=onepage&q=contrats%20de%20bonne&f=false

⁸⁷ Sur l'étude de cette question, v. GHESTIN Jacques, SERINET Yves-Marie. *L'erreur et la cause*. Répertoire de droit civil, Dalloz, septembre 2006, p.1

⁸⁸ v. CANTARELLI Leonor. *Op. cit.*, n° 152.

26.- Cette solution fut reprise par le Codes civil allemand (BGB) de 1900. Ainsi le prévoient le § 116⁸⁹, § 119⁹⁰ §120⁹¹. Toutes ces dispositions, d'ailleurs, précèdent l'article qui justement consacre la théorie de la *culpa in contrahendo* de Ihering⁹² dans ce Code.

Du même, cette solution a été adoptée par le Code civil italien de 1942 (articles 1429⁹³ et 1432⁹⁴), et, en particulier, par le Code civil colombien (article 1511, préc.).

Dans ces systèmes, une sanction en responsabilité fondée sur la négligence pour un manque de renseignements à l'égard de la nature du contrat, au stade de sa formation, peut engager le cocontractant fautif au stade de l'exécution du contrat⁹⁶.

⁸⁹ BGB, § 116 « Une déclaration de volonté n'est pas nulle par le seul fait que celui de qui elle émane ait entendu, par voie de réserve mentale, ne pas vouloir ce qu'il a déclaré. Cette déclaration est nulle lorsqu'elle est de celles qui doivent être adressées à un tiers, et que celui-ci avait connaissance de la réserve mentale de l'auteur de la déclaration. ».

⁹⁰ BGB § 119 : « Celui qui, en émettant une déclaration de volonté était dans l'erreur sur son contenu, ou qui n'avait nullement voulu émettre une déclaration dont le contenu fut ce qu'il a été en réalité, peut attaquer sa déclaration, lorsqu'il y a lieu d'admettre qu'il n'aurait pas fait cette déclaration s'il avait eu connaissance du véritable état de choses, et à supposer de sa part une appréciation raisonnable de la situation... Il y a lieu de considérer comme erreur sur le contenu de la déclaration celle qui porte sur certaines qualités de la personne ou de la chose, qui soient de telle nature qu'au point de vue de la pratique des affaires, on doive les regarder comme essentielles. »

⁹¹ BGB, §120. « Une déclaration de volonté qui a été transmise inexactly par la personne ou par l'établissement dont on s'est servi pour la transmission peut être attaquée sous les mêmes conditions qu'une déclaration de volonté entachée d'erreur... » ; §122. « Lorsqu'une déclaration de volonté est nulle conformément à l'article 118, ou qu'elle est annulée sur le fondement des articles 119 et 120, le déclarant doit, si la déclaration est de celles qui doivent être adressées à une personne déterminée, réparation envers cette dernière, ou sinon, envers un tiers quelconque, du préjudice que cette personne ou le tiers a éprouvé pour avoir cru à la validité de la déclaration, mais sans que le montant de l'indemnité puisse dépasser la valeur même de l'intérêt que la partie en cause aurait eu à ce que cette déclaration fût valable... Il n'y a plus lieu à réparation lorsque la partie victime du dommage connaissait la cause de nullité ou d'annulabilité, ou qu'elle dut imputer à sa négligence de ne l'avoir pas connue (autrement dit, si elle devait la connaître). »

⁹² BGB, § 311 alinéa : « Un rapport d'obligations générateur des obligations prévues au § 241 al. 2 naît aussi 1. De l'engagement de pourparlers 2. De toute mesure préparatoire à la conclusion d'un contrat par laquelle une des parties accorde à l'autre la possibilité d'agir sur ses droits, ses biens et ses intérêts ou les lui confie, ou 3. De rapports d'affaires similaires. »

⁹³ « Art. 1429 : "Errore essenziale. L'errore è essenziale: quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto; quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso; quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso (122); quando, trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto (1969). »

⁹⁴ « Art. 1432 : Mantenimento del contratto rettificato. La parte in errore non può domandare l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere. »

C'est évidemment dans cette seconde hypothèse que l'autonomie de la responsabilité précontractuelle par rapport aux autres espèces de responsabilités ressort avec le plus de netteté : c'est-à-dire, *lorsque le déséquilibre contractuel est détecté par le cocontractant victime de l'erreur, il a déjà conclu le contrat, ce qui le laisse hors du champ d'application de la responsabilité délictuelle* ; toutefois, le dommage n'est pas la conséquence de l'inexécution de l'une des obligations contractuelles parce que, en général, elles ont été bien exécutées. Le dommage est donc causé par une négligence précontractuelle.

27.- Cette autonomie de la négligence précontractuelle n'a pas été perçue de la même manière par le système français.

En effet, le rapport entre l'erreur sur la nature du contrat et la négligence *in contrahendo*, au contraire, lors de la rédaction du Code civil français en 1804, a été écarté par les rédacteurs, comme conséquence de la logique issue des idées de l'autonomie de la volonté.

Ainsi, on a abouti à l'abandon du système formaliste romain. Les rédacteurs du Code préférèrent la protection de la sécurité dans le commerce juridique et ne reprirent que les règles romaines dont l'application était éprouvée par une longue pratique⁹⁷.

⁹⁶ Comme l'a soutenu M. DE MAURO Antonio et FORTINGUERRA Fabio. *La Responsabilità precontrattuale*, Cedam, Padova, 2002, pp. 187 et ss.

⁹⁷ Sur ce point, v. RAMPELBERG René-Marie. *Repères romains pour le droit européen des contrats ; Variations sur des thèmes antiques*. Paris : L.G.D.J., 2005, p.105 ; et voir aussi TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 5e Ed. Paris : Précis Dalloz, 2005, n° 207, p. 214-215.

C'est la raison pour laquelle, dans la reprise de ces anciennes règles romaines⁹⁸, la violence et le dol ne constituaient plus des délits, et l'erreur n'était prise en compte que si elle revêtait une certaine gravité.

En effet, en ce qui concerne l'erreur sur la nature du contrat, une partie de la doctrine considère qu'elle désigne l'un des deux cas d'erreur-obstacle⁹⁹, alors que l'autre affirme qu'elle dérive des « *principes rationnels à en édifier la théorie* »¹⁰⁰, c'est-à-dire que cette erreur ne vicie le consentement que lorsqu'elle porte sur les effets essentiels et les obligations qu'engendre le contrat¹⁰¹.

28.- Cette dernière approche de la doctrine française, même si elle ne suffit pas en soi à considérer la responsabilité précontractuelle comme l'une des sanctions à l'erreur sur la nature du contrat, converge avec la solution du régime colombien sur un point particulier : l'importance que l'on donne au comportement du cocontractant afin d'établir qu'une telle erreur a été commise.

L'évidence que la négligence est la cause de l'erreur sur la nature du contrat a été d'ailleurs remarquée par certains arrêts de la Cour de cassation française¹⁰². La Cour a ainsi décidé que s'agissant d'une erreur sur la nature du contrat, il n'est pas nécessaire de rechercher la qualification de la faute¹⁰³ et qu'un professionnel peut

⁹⁸ MAZEAUD Henri, Léon et Jean, par CHABAS François, op. cit., p. 154

⁹⁹ En ce sens, v. VIVIEN Georges. De l'erreur déterminante et substantielle. *RTD civ.*, 1992, p. 305.

¹⁰⁰ GAUDEMET Eugène. *Théorie générale des obligations*. Paris : Dalloz-Sirey, 2004, p. 57 ; « l'erreur est telle que la formation même du contrat est inconcevable » : FLOUR Jacques, AUBERT Jean Luc, SAVAUX Eric. *Les obligations*, tome 1, *L'acte juridique*. 11^e éd. Paris : Armand Colin, 2004, n° 194, p. 147.

¹⁰¹ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves. *Droit Civil - Les Obligations*. 9e éd. Paris : Précis Dalloz, 2005, No. 211, p. 217.

¹⁰² Sur ce point la jurisprudence n'est pas unanime. D'autres arrêts considèrent, par exemple, que « bien que professionnel au fait de la distinction entre un VRP et une société commerciale exerçant une activité d'agent commercial, avait pu commettre une erreur sur la nature du contrat au moment de sa formation en raison de sa rédaction imprécise » le fait d'avoir conclu le contrat indique une acceptation aux réelles conditions du contrat : Com., 29 mai. 2001, n° 98-12.145

¹⁰³ Civ. 3^e, 1^{er} févr. 1995 : Bull. civ. III, n° 36 ; Defrénois 1995. 1400, obs. Delebecque ; RDI 1996 79, obs. Groslière et Saint-Alary-Houin ; RTD civ. 1995.879, obs. Mestre.

commettre un dol lorsqu'il induit l'autre contractant à signer un acte de société en lui faisant croire qu'il s'agit d'un acte concernant la vente de son fonds de commerce¹⁰⁴.

En outre, la négligence peut être aussi l'origine d'une erreur portant sur les qualités objectives de la chose. L'étude de ce type d'erreur permet de vérifier l'autonomie du fait générateur de responsabilité précontractuelle.

§ II. L'erreur portant sur des qualités objectives de la chose ou « la fausseté partielle de la cause ».

29.- L'existence d'un fait générateur de responsabilité précontractuelle implique une faute commise par l'un des cocontractants au stade de la formation du contrat. Cette négligence, fondement de la responsabilité, est facilement vérifiable à partir d'une erreur sur l'une des qualités objectives de la chose objet du contrat. L'existence de la responsabilité précontractuelle est donc soumise à la négligence du cocontractant qui n'a pas donné les renseignements nécessaires à faire connaître par son partenaire les qualités de la chose sur laquelle on se propose de contracter. On peut donc analyser l'erreur portant sur des qualités objectives de la chose comme le résultat immédiat de la négligence du cocontractant. En effet, si la qualité de la chose qui déterminait le consentement de l'un des cocontractants est connue par son partenaire, ce contractant serait tenu de l'accomplir.

30.- L'appréciation de l'autonomie du fait générateur de responsabilité précontractuelle en raison de la nature de la négligence qui est commise au stade de la formation du contrat suppose, au préalable, que soit évoquée la question sur la nature

¹⁰⁴ Com., 21 oct. 1974, n° 73-13.323, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale N. 258 P. 209.

de l'erreur portant sur les qualités objectives de la chose, voire, la fausseté partielle de la cause (A) et son application (B).

A. *Le rapport entre la nature de l'erreur portant sur les qualités objectives de la chose et la nature du fait générateur de responsabilité précontractuelle*

31.- Une lecture superficielle de l'article 1110 du Code civil français pourrait laisser penser que la difficulté consiste à distinguer ce qui constituerait la substance essentielle de la chose et de ses accessoires. Dans cette perspective, la doctrine française reprenait la conception d'Ulpian en identifiant la substance de la chose avec la matière dont la chose était faite¹⁰⁵, ce qui coïncide avec la solution apportée par l'article 1511, alinéa premier, du Code civil colombien lorsqu'il dispose « *comme si l'une des parties suppose que l'objet en question est un lingot d'argent, alors qu'en réalité ce n'est qu'une masse d'un autre métal semblable* »¹⁰⁶.

Une telle analyse nous paraît pourtant insuffisante, car en pratique, on a constaté qu'en dehors de la substance de la chose, la question essentielle était de savoir si la qualité sur laquelle portait l'erreur invoquée était déterminante du consentement¹⁰⁷, ce qui signifie que l'information donnée par le contractant fautif doit affecter une qualité « *qui est entrée en ligne de compte pour déterminer la partie à conclure le contrat* »¹⁰⁸.

En effet, les textes susvisés, qui ont pour objet de déterminer l'une des conditions pour que l'erreur vicie le consentement, ne signifie pas que les parties

¹⁰⁵ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves., *Op.cit.*, n°. 215, p. 219; GAUDEMET Eugène. *Théorie générale des obligations*. Paris : Dalloz-Sirey, 2004, p. 58

¹⁰⁶ Règle reprise de Las Partidas et du Digeste : Ulpian, D., XVIII, 1, De contr. Empt., 14. V. OTS CAPTDEQUI, José María, *Manual de Historia del Derecho Español y de las Indias y del Derecho Propiamente Indiano*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1945, p. 133 ; GAUDEMET E., précité, p. 58.

¹⁰⁷ En ce sens, voir VIVIEN Georges, *Op. cit.*, p.3.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

dans leurs déclarations doivent être attentives exclusivement à la matière dont la chose objet du contrat a été faite, mais aussi que la qualité substantielle de la chose est celle « *dont l'existence supposée a déterminé à contracter, une qualité telle que, si on avait su qu'elle n'existait pas, on n'aurait pas contracté* »¹⁰⁹.

Ainsi, en France, cela a donné lieu à une nouvelle interprétation, attribuable à Pothier, selon laquelle une telle interprétation dénote une ressemblance avec la dernière partie de l'article 1511 du Code civil Colombien, lorsqu'il établit que : « *l'erreur portant sur n'importe quelle autre qualité de la chose ne vicie pas le consentement des parties liées par le contrat, sauf si cette qualité est le motif principal de l'une des parties pour dresser le contrat, et que cette raison est connue de l'autre partie.* »¹¹⁰. Ainsi, la doctrine colombienne a assimilé cette erreur à l'absence de cause¹¹¹.

32.- En France, l'évolution de la jurisprudence dans ce sens permet une convergence avec le système colombien¹¹², dans la mesure où il faut évoquer « *les motifs des contractants* », c'est-à-dire la cause, afin d'obtenir la nullité du contrat¹¹³.

¹⁰⁹ GAUDEMET Eugène. *Théorie Général des Obligations* Paris : Dalloz-Sirey, 2004, p. 59. POTHIER Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires : Editorial Heliasta, 1730. En ce sens voir Cass. com., 15 avr. 2008, n° 07-12645 : « Ayant retenu que les parties étaient en désaccord sur la nature réelle de la chose vendue, la Cour d'appel qui a fait ressortir qu'elles n'avaient pas accordé leur volonté sur le même objet, a pu déclarer nul le contrat de vente du fichier de clientèle ».

¹¹⁰ CSJ, Cas.civ. 28 de febrero de 1936, GJ, t. XLIII. Pour une explication plus récente voir aussi ROCHA ALVIRA Antonio, *Lecciones sobre Derecho Civil Obligaciones de Antonio Rocha Alvira*, par MARTINEZ CARDENAS Betty, Editorial Universidad del Rosario, Bogota, D.C., 2009, p. 54

¹¹¹ En ce sens, v. PÉREZ VIVES Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*, Volúmen I, Parte Primera, *De las fuentes de las obligaciones*, cuarta edición, obra revisada y actualizada por Alberto Tamayo Lombana, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, D.C, 2009, No. 72, p. 200.

¹¹² V. CARBONNIER Jaques. *Les obligations*. 22^e éd. Paris : PUF, 2000, n°58 ; FABRE-MAGNAN, Muriel, *Les obligations*. 1^e éd. Paris : PUF, 2004, n°66, p. 140 ; MAZEAUD Henri, Léon et Jean et CHABBAS François. *Leçons de droit civil*, tome 2, premier volume, *Obligations : Théorie générale*. 7^e éd. Paris : Montchrestien, 1985, n° 293, p. 297.

¹¹³ Au visa de l'article 1110 du Code civil français : Cass, req. 28 mai 1888, DP 1889.1.315 ; CA Chambéry, 11 janv. 1894, DP 1895.2.235 ; Cass. Req. 13 déc. 1927, S. 1928.1.125 ; Cass. Req. 7 juill. 1931, DH 1931. 445 ; CA Paris , 3 fév. 1944.71, exemples repris par GHESTIN J., SERINET Y.- M., pré-cité, p. 4.

En effet, l'erreur qui doit entrer dans le champ contractuel afin d'annuler le contrat est connue en France dès 1856¹¹⁴. C'est une interprétation large de l'erreur sur la substance qui considère que l'erreur vicie le consentement « *lorsqu'elle est de nature telle que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté* »¹¹⁵.

Ainsi, la jurisprudence a élargi la nullité pour cause d'erreur afin de protéger la personne lésée dans un contrat qui se révélait inutile pour elle¹¹⁶. Le problème de cette conception était la détermination du caractère essentiel de la qualité qui a fait défaut, car le critère de telle détermination dépendait du contractant qui voulait annuler la convention.

La jurisprudence a établi, par conséquent, que la nullité ne pouvait être prononcée que si l'autre partie connaissait l'importance essentielle que la victime de l'erreur attachait à la qualité défaillante. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a retenu que la qualité objet de l'erreur doit être « *entrée dans le champ contractuel* »¹¹⁷ ou encore que l'erreur doit porter sur une « *qualité convenue* »¹¹⁸. Afin de savoir si l'erreur est entrée dans le champ contractuel, les juges ont égard notamment aux stipulations des parties et à l'économie des conventions.

Par conséquent, en l'absence d'article le consacrant, la jurisprudence française a étendu le sens de l'article 1110 du Code civil, « *passant symboliquement de la substance aux qualités substantielles* »¹¹⁹ des parties au stade de la formation du contrat.

¹¹⁴ Dans ce sens, v. RIPERT Georges. *La règle morale dans les obligations civiles* », Paris, 4^{éd}, LG.D.J., 1949, P. 77.

¹¹⁵ RIPERT Georges, *Op. cit.* p. 77 et s.

¹¹⁶ Cass. Civ. 28 janv. 1913, S. 1913.1.487 ; rappr. Com., 20 oct. 1970, JCP 1971, II, 16916 note J. Ghestin; Cass. Ire Civ., 1er mars 1988, Bull. Civ. I, No. 56, p. 37; cite par TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves. *Op. cit.* p. 200.

¹¹⁷ Y. Loussouarn, obs. RTD civ. 1971.131.

¹¹⁸ GHESTIN Jacques, note JCP 1971, II, 16916

¹¹⁹ GHESTIN Jacques, SERINET Yves-Marie. *L'erreur. Rep. Civ. Dalloz*, septembre 2006, p. 1.

Mais à ce stade de nos développements, ce qui nous intéresse, ce n'est pas encore la spécificité de cette erreur comme vice du consentement, mais l'originalité du fait générateur de responsabilité précontractuelle par rapport aux autres faits générateurs des autres espèces de responsabilité. Pour mesurer le degré d'autonomie du fait générateur de responsabilité précontractuelle il « *faut prendre garde à ce que les maladresses dans les discussions précontractuelles ou les ambiguïtés dans la rédaction des contrats ne conduisent trop facilement à conclure à l'existence d'une erreur-obstacle véritable* »¹²⁰.

B. Application par le juge de l'erreur portant sur la cause afin de déterminer l'existence d'un fait générateur de responsabilité civile

33.- Il est difficile pour le juge de déceler les limites traditionnelles entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle des cocontractants au stade de la formation du contrat.

Ces limites sont simplement dépassées, réactualisées, reformulées pour tenir compte de la spécificité du fait générateur de responsabilité avant la conclusion du contrat.

En somme, une erreur portant sur la cause, voire une fausse cause, ne vicie pas le contrat, puisque les parties se sont mises d'accord sur ses éléments essentiels. Dans cette hypothèse, la conclusion du contrat n'aurait pas causé un dommage au cocontractant trompé. Mais si cette qualité accidentelle de la chose constitue pour l'une des parties un élément essentiel de son consentement, et que cette considération était connue de l'autre partie, l'élément accidentel devient lui aussi essentiel, et peut

¹²⁰ GENICON Thomas. *Erreur-obstacle : nullité pour erreur (excusable) sur l'objet*, commentaire de Com., 15 avr. 2008, pourvoi n°07-12.645 et Cass. civ. 3e, 21 mai 2008, pourvoi n°07-10.772 : *Revue des contrats*, 1 juillet 2008, n°3, p. 716.

donc également vicier le consentement, et par la suite, engager la responsabilité de celui qui en est à l'origine.

Dans cette perspective, deux célèbres arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation française du 11 mars 2003¹²¹ et du 31 mars 2007¹²², ont renouvelé l'interprétation de l'erreur sur les qualités essentielles de l'objet¹²³ afin de déterminer que la fausse cause est établie dans deux hypothèses : « *lorsque l'une des parties a cru en l'existence d'une contrepartie qui, en réalité, n'existait pas* »¹²⁴ ou « *lorsqu'elle a commis une erreur sur l'utilité objectivement escomptée de la contrepartie convenue* »¹²⁵.

Toutefois, si ces arrêts furent très enrichissants quant aux effets de ce type d'erreur, ce que l'on examinera plus tard, quant à leur nature, reste la question de savoir s'il existe une différence entre une fausse cause, un contrat sans cause, et la négligence *in contrahendo*.

34.- Dans le régime colombien, la nature de la négligence comme fait générateur de responsabilité précontractuelle est étroitement cantonnée à l'absence d'information portant sur la cause du contrat. Ainsi, les textes qui fixent une sanction en responsabilité, sont subsidiaires de la nullité relative. Ces textes maintiennent un rapport entre la négligence du cocontractant vis-à-vis des informations non délivrées

¹²¹ Cass. Civ. 1^{re}, 11 mars 2003, JCP 2003. I. 142, observations J. ROCHFELD ; RDC 2003. 39, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2003. 287, observations J. MESTRE et B. FAGES.

¹²² Cass. Civ. 1^{re}, 31 mai 2007, 05-21316 : « Dans un contrat synallagmatique, la fausseté partielle de la cause ne peut entraîner la réduction de l'obligation ».

¹²³ GHESTIN Jacques. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. 1^{er} éd. Paris : LGDJ, 2006, n° 1113, p. 729.

¹²⁴ LAITHIER Yves-Marie. *La fausseté partielle de la cause : entre confirmation et innovation*, RDCO, 1 octobre 2007, n°4, p. 1103.

¹²⁵ Ibidem.

et l'erreur dans la cause. Ainsi, le dernier alinéa de l'article 1511, déjà mentionné¹²⁶, et l'article 1524 du même code, sanctionnent l'absence de cause avec la nullité relative et l'indemnisation du dommage. Toutefois, ils distinguent entre la fausse cause et l'absence de cause, parce que cette dernière n'est pas toujours nécessairement la conséquence d'une erreur, elle est toujours appréciée de façon objective¹²⁷. Par conséquent, la doctrine colombienne conçoit la fausse cause comme l'une des hypothèses d'erreurs accidentelles.

En revanche, l'absence de ces articles dans le Code français a conduit à la doctrine à les envisager comme des simples hypothèses d'erreur sur la substance¹²⁸. Il ne faut, néanmoins, pas se leurrer sur cette éventualité. Une partie de la doctrine française, notamment, MM Ghestin et Serinet, pense qu'il y a des conséquences non souhaitables si la fausse cause est confondue avec l'absence de cause, comme celle de pousser le juge vers une présomption légale lors de l'appréciation de cette dernière, voire une présomption de faute lors de la déclaration de responsabilité. En effet, d'après ces auteurs « *Si l'on admet cette analyse [considérer la fausse cause équivalente à l'absence de cause], on pourrait être tenté de voir dans la mise en œuvre de la fausse cause le jeu d'une présomption légale. Le caractère illusoire ou*

¹²⁶ Voir article 1511 du Code civil Colombien, traduit à la p. 8 de ce travail.

¹²⁷ D'après les textes du Code civil colombien, on peut constater que la fausse cause plonge ses racines dans le Digeste. En effet, Andrés Bello fut inspiré par l'une de ses règles (DIG.18.1. De contrah. Empt. 9 §2. Ulp., énoncé par Andrés Bello, Obras Completas, Proyecto de Código Civil, Tomo Cuarto, p. 386) ; ainsi que par les articles 1837 et 1838 du Code civil de la Louisiane (« Article 1837 : il y a erreur sur la substance lorsque l'objet est d'une nature tout à fait différente de celle que l'on supposait. Ainsi lorsqu'une des parties ou les deux croient que l'objet qui forme la matière du contrat, est un lingot d'argent, tandis que c'est une masse d'un autre métal qui ressemble à l'argent, il y a erreur sur la substance de la chose », et « Article 1838 : l'erreur porte sur la qualité substantielle de l'objet, lorsque cette qualité est celle qui lui donne la plus grande valeur. Si le vase pour lequel on contracte est supposé être d'or, et qu'il ne soit que plaqué de ce métal, le contrat est nul. ». Ces articles ont été énoncés par Andrés Bello, *Obras Completas, Proyecto de Código Civil*, Tomo Cuarto, p. 387).

¹²⁸ L'erreur sur la substance était déjà connue dans le droit espagnol, et Bello l'avait incluse dans le premier alinéa de l'article 1511, ce qui indique une différence avec le dernier alinéa du même article V. VELEZ, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, Tomo VI, Segunda edición corregida y aumentada por el autor y por Luis-Angel ARANGO, Imprenta Paris-América, 14-16, Boulevard Poissonnière, Paris, 1926, pp. 34 et s.

dérisoire de la contrepartie, qui ne nécessite aucune appréciation d'ordre économique de la part du juge, ferait présumer l'existence d'un vice du consentement et particulièrement d'une erreur. Dans cette optique, ce serait finalement ce vice qui serait sanctionné à travers de l'analyse objective de la réalité de la cause »¹²⁹.

35.- Notre conclusion sur ce point ira donc en ce sens. En principe le système français n'accepte pas la fausse cause comme un fait générateur de responsabilité, même pas de nullité. Toutefois, les arrêts du 11 mars 2003 et du 31 mars 2007 convergent avec le régime colombien, en ce qu'ils considèrent que l'erreur accidentelle ou la fausse cause ne porte pas sur le type de contrat, ni sur son objet ou la substance dont il est fait. Cette espèce d'erreur porte sur des éléments du contrat moins importants, tels que purement accidentels¹³⁰, mais qui, suite aux déclarations des contractants, deviennent des éléments essentiels du contrat.

Cette tendance jurisprudentielle vers la subjectivisation de la cause est évidente. De plus en plus, les arrêts retiennent que la cause « *donne sur les mobiles dont la satisfaction est poursuivie à travers le contrat et non pas seulement sur une contrepartie supposée identique par type de contrat* »¹³¹. Ainsi, on constate que dans le droit positif français il est possible d'admettre que les parties puissent se tromper quant à leurs mobiles, soit parce que l'avantage promis n'a pas existé, soit parce qu'il n'existe pas de droit, réel ou personnel, sur la chose promise¹³².

¹²⁹: GHESTIN Jacques, SERINET Yves-Marie. *Op. cit.* p. 2.

¹³⁰ En ce sens, voir VELEZ, *Op. cit.*, p. 36.

¹³¹ Sur ce point voir BONNET, David, *Cause et condition dans les actes juridiques*, Préface de Pascal de Vareilles-Sommières, LGDJ, Paris, 2005, p. 45.

¹³² Les motifs vrais ou erronés qui peuvent inciter une partie à conclure une opération à titre onéreux avec une autre personne exempte de dol, sont sans influence sur la validité de l'opération, à moins que les parties n'aient été d'accord pour en faire la condition de leur traité. En ce sens voir Cass. civ., 3 août 1942 : DA 1943, p. 18 ; Com. 4 juillet 1973 : Bull. civ. IV. n° 238 ; R. 1973-1974, p. 66., D. 1974, p. 538 Note Ghestin.

36.- D'ailleurs, une telle tendance jurisprudentielle vers la subjectivisation de la cause, qui se rapproche du troisième alinéa de l'article 1511 du Code civil colombien, met en valeur l'importance des informations transmises afin de déterminer que leur absence constitue une négligence *in contrahendo*.

On va voir à présent qu'une erreur peut également trouver sa source dans une négligence du cocontractant qui n'a pas donné les renseignements nécessaires sur la personne du cocontractant.

Section II

L'ERREUR PROVENANT DE L'ABSENCE D'INFORMATION SUR LA PERSONNE DU COCONTRACTANT

37. - Le problème de l'autonomie de la négligence précontractuelle vis-à-vis des autres espèces de responsabilité civile se pose dans une modalité particulière d'erreur : l'erreur sur la personne du cocontractant.

Ce type d'erreur a été consacré par les articles 1512 du Code civil colombien et 1110 du Code civil français¹³³. Ces textes permettent à l'une des parties, en principe, de demander la nullité du contrat. Toutefois, le texte colombien élargit la sanction dans le sens d'obtenir une réparation du dommage. Ainsi, la doctrine

¹³³ En effet, l'article 1512 du Code civil colombien dispose : « *L'erreur sur la personne avec laquelle on a l'intention de passer un contrat, ne vicie pas le consentement, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale du contrat. Mais dans ce cas, la personne avec laquelle le contrat a été établi de manière erronée aura droit à une indemnisation des préjudices, si l'erreur de bonne foi a occasionné la nullité du contrat* ». L'alinéa deuxième de l'article 1110 du Code civil français dispose que : « *Elle [l'erreur] n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe pas sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention* ».

colombienne fonde dans l'article 1512 une véritable hypothèse de « *culpa in contrahendo* », comparable à celle créée par Ihering dans le droit allemand¹³⁴.

Il est très probable que cette hypothèse, comme les précédentes, provienne en fait du digeste¹³⁵ (§ I) ; nonobstant, en France la jurisprudence n'a pas encore répondu à la question de savoir si cette modalité d'erreur peut être considérée comme source de responsabilité précontractuelle (§ II).

§ I.- Les origines de la « culpa in contrahendo » de l'article 1512 du Code civil colombien

38.- Pour bien saisir les changements dans la méthode législative de cette hypothèse dans le Code civil colombien, nous distinguerons l'époque antérieure à la rédaction du Code civil du Chili en 1855 (A) et celle postérieure à son adoption en Colombie en 1887 (B).

A. L'époque antérieure au Code civil du Chili

39.- Certes, le fait de montrer en quelques lignes l'évolution d'une institution juridique qui a pris des siècles constitue une tâche de vaste envergure. On s'arrêtera sur deux périodes : d'abord le droit romain (1), ensuite le droit Colonial de l'Espagne (2).

1. L'erreur excusable et la restitutio in integrum en droit romain

¹³⁴ En ce sens voir PEREZ VIVES Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*, Volúmen II, Parte Primera, *De las fuentes de las obligaciones* (continuación), Editorial Temis, 1968, p. 5.

¹³⁵ D. 12.1.32. V. aussi, RAMPELBERG, *Op. cit.*, p. 98

40.- L'erreur excusable, considérée *in abstracto* consiste en celle que l'on commet malgré une attention raisonnable¹³⁶. En effet, « *Dans un fragment de Paulus, l'erreur excusable était indiquée comme une cause de restitution. Nonobstant, aucun texte n'édicte l'énoncé comme un principe général, et les anciennes sources ne mentionnent que certaines hypothèses spéciales dont elle était l'application. Ainsi, le Pretor concédait la restitution à celui qui avait contracté avec un pupille assisté d'un faux tuteur, c'est-à-dire, d'une personne qui se présentait comme tuteur d'un pupille sans qu'elle ne l'ait été vraiment.* »¹³⁷

41.- La *integrum restitutio* est une institution originaire du droit prétorien. Elle était conçue sous l'influence du *jus gentium* comme un moyen d'alléger l'excessif formalisme du *jus civile* afin d'éviter des jugements injustes. Le Pretor avait, lui, l'autorité ou *imperium*¹³⁸ pour créer des actions nouvelles : il annulait les conséquences non désirées de l'acte et remettait les choses dans l'état où elles étaient avant son exécution. Cette action était nommée *integrum restituere*, restitution intègre¹³⁹.

42.- Quant à son régime, on pouvait exercer la *restitutio in integrum* par la voie d'action ou d'exception, sous certaines conditions. D'abord, l'acte devait être susceptible de restitution ; il était exclu de la demander à celui qui avait causé son propre délit. Ensuite, que la victime aurait, au moins, était exposée à souffrir un

¹³⁶ DEROUSSIN David, *Histoire du droit des obligations*. Paris. Economica. 2007, p. 509.

¹³⁷ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Vol 5, de las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile, n° 1978, p. 648.

¹³⁸ MAYNZ, *Cours de Droit romain*. Tome I. Éditeur Bruxelles : Decq, Troisième édition, Bruxelles, 1870-1874, § 74, p. 609 ; Accarias, *Précis de Droit romain*. Tome 2. Cotillon, Paris, 1874, n° 940 et s., p. 1303 et s. ; SAVIGNY, *Droit Romain*, trad. Guenoux. Tome 7. Firmin Didot, Paris, 1850, § 315, p. 223; et § 316 à 343, p. 230 à 278. V. aussi: BETANCOURT, Fernando. *Derecho Romano Clásico*, 3a edición, Universidad de Sevilla, España, 2007, p, 195.

¹³⁹ CLARO SOLAR, *Op. cit.* n° 1978, p. 646

dommage, ou au plus qu'elle aurait souffert une lésion comme conséquence de l'acte. Puis, l'existence d'une juste cause dans la restitution. Enfin, que la restitution était accordée en absence d'un autre moyen pour prévenir ou réparer le dommage¹⁴⁰.

Le passage de la *restitutio in integrum* à celle de responsabilité civile n'est pas originaire du droit romain. Il faut chercher dans le droit colonial l'évolution de cette institution.

2. *L'erreur excusable et la restitutio in integrum en droit Colonial*

43.- Avec le temps, la *restitutio in integrum* a été accueillie par les Sept Parties, un corpus législatif élaboré sous le règne d'Alphonse X le Sage en Castille. L'objectif du corpus législatif était d'uniformiser la législation à l'intérieur du royaume d'Espagne¹⁴¹. Ainsi, ce corpus législatif du XIV^e siècle reproduisait les hypothèses et les conditions pour l'application de cette institution du droit romain, mais une certaine évolution a produit l'étendue de cette *restitutio* au bénéfice des personnes capables de s'obliger par soi-même mais qui ont été les victimes d'une lésion, d'une erreur, d'un dol ou d'une violence¹⁴². C'est en effet, sur le terrain de l'iniquité produite par un acte lésionnaire ou vicié que se trouve le point de départ de l'évolution de la *restitutio in integrum* vers une action de responsabilité civile.

44.- Les Sept Parties ont été incorporées à l'ensemble de règles destinées à régir dans les colonies espagnoles, mieux connues comme le droit indien ou

¹⁴⁰ *Ibidem*, n° 1978, p. 647

¹⁴¹ Sur les antécédents de « Les Sept Parties » et l'évolution du « *derecho castellano* » V. MARTÍNEZ BAEZA, Sergio. El derecho castellano-indiano en el Código Civil de Bello. Revista Chilena de Historia del Derecho, Norteamérica, 04 10 2010, p. 367. Consulté le 20 nov. 2012, sur <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewArticle/5366/5251>

¹⁴² Ley I, tit. 25, Partida 3; ley 56, tít. 5, Partida 5.^a ; ley 1.^a , tít 19, Partida 6 ; ley 7, tít. 33, partida 7.

« derecho indiano ». Le caractère équitable de la *restitutio in integrum* est donc consolidé par presque quatre cents ans d'occupation et de colonisation espagnole en Amérique latine. C'est la raison pour laquelle, lorsque Andrés Bello a rédigé de Code civil du Chili, il a expliqué la conservation de cette institution, entre autres, plutôt que son remplacement par celles établies dans le Code Napoléon : « Vous comprendrez que nous n'avons copié à la lettre aucun des codes modernes. Il fallait nous servir d'eux sans perdre de vue les circonstances particulières de notre pays. Mais, dans la mesure où celles-ci ne présentaient pas d'obstacles réels, nous n'avons pas hésité à introduire de profitables innovations »¹⁴³

A présent, il est temps d'étudier comment fut appréhendée la nature juridique de la *restitutio in integrum* après la réception du Code civil chilien en Colombie depuis 1887.

B. L'époque postérieure à la réception du Code civil chilien en Colombie

45.- Avant de comprendre la nature réparatrice de la *restitutio in integrum* en droit colombien (2), il est nécessaire de se concentrer sur le caractère spécial du Code civil de Don Andrés Bello (1).

1. Le caractère spécial du Code civil de Don Andrés Bello

¹⁴³ Message de Don Andrés Bello lors de l'expédition du premier projet de Code civil au Chili. Cité par MARTÍNEZ BAEZA, Sergio. El derecho castellano-indiano en el Código Civil de Bello. Revista Chilena de Historia del Derecho, Norteamérica, 04 10 2010, p. 368. Consulté le 20 nov. 2012, sur <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewArticle/5366/5251>

46.- Le Code civil de Bello a consisté en la rédaction des règles du droit « *castellano-indiano* » dans la forme d'articles qui suivent la technique de codification française¹⁴⁴.

47.- Cette opinion est accréditée par des plusieurs arguments.

D'abord, la conservation dans les livres dédiés aux droits des personnes, des biens et de successions des institutions du droit romain comme les ordres d'héritage¹⁴⁵ ou la séparation entre les actes de création (« *título* ») et les actes de disposition (« *modo* ») afin d'acquérir la propriété¹⁴⁶ : « *Los modos d'acquisition de la propiedad son l'occupation, l'accession, la tradition, la succession pour cause de décès et la prescription* »

En outre, la conservation des règles de droit romain est aussi constatée dans le livre quatre, relatif au droit des obligations. L'exemple de la *restitutio in integrum* n'est qu'un échantillon. A celle-ci on doit ajouter, parmi les plus importantes, la gradation de la faute (« *culpa* ») en fonction du profit retiré par les parties du contrat, l'*utilitas*¹⁴⁷, le rapport direct de cette faute avec la responsabilité du débiteur lors de l'inexécution de l'une de ses obligations¹⁴⁸, la définition de la faute délictuelle¹⁴⁹, du dommage contractuel¹⁵⁰ et délictuel¹⁵¹, d'exécution de l'obligation¹⁵² et d'inexécution de celle-ci¹⁵³.

48. – Certains expliquent cette manière de rédiger les lois en raison d'un concept de « l'évidence », repris de Descartes, connu par Bello mais adopté dans ses

¹⁴⁴ MARTÍNEZ BAEZA, Sergio. *El derecho castellano-indiano en el Código Civil de Bello*. Revista Chilena de Historia del Derecho, Norteamérica, 04 10 2010, p. 368. Consulté le 20 nov. 2012, sur <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewArticle/5366/5251>

¹⁴⁵ Livres II et III du Code civil colombien.

¹⁴⁶ Article 673 du Code civil colombien.

¹⁴⁷ Article 63 du Code civil colombien.

¹⁴⁸ Article 1604 du Code civil colombien.

¹⁴⁹ Article 2302 du Code civil colombien.

¹⁵⁰ Articles 1614 et 1615 du Code civil colombien.

¹⁵¹ Article 2342 du Code civil colombien.

¹⁵² Article 1626 du Code civil colombien.

¹⁵³ Article 1614 du Code civil colombien.

ouvrages à partir de l'interprétation de la philosophie de Dugald Stewart par rapport à l'interprétation du monde empirique : « *une même chose ne peut pas être et ne pas être en même temps* » ou encore « *le tout est plus grand que l'une quelconque de ses parties* »¹⁵⁴ .

D'après Bello, tous ces principes sont universels, « *ils représentent des connexions nécessaires et véritables et fournissent une certitude absolue* »¹⁵⁵. Mais aussi, comme la conséquence de croire qu'il fallait établir la morale à partir des positions contraires, comme entre la raison et la passion : « *celle-ci constitue une mer agitée, et la raison lui fait face en essayant d'imposer une règle* »¹⁵⁶.

49.- Cela nous conduit à croire que Bello connaissait bien la distinction entre les effets rétroactifs de la nullité vis-à-vis de la *restitutio in integrum* comme moyen de rééquilibrer le patrimoine de l'une des parties, et de la responsabilité civile. Ainsi, lorsqu'il a établi dans l'article 1512 de l'actuel Code civil colombien que « *L'erreur sur la personne avec laquelle on a l'intention de passer un contrat, ne vicie pas le consentement, à moins que la considération de cette personne soit la cause principale du contrat. Mais dans ce cas, la personne avec laquelle le contrat a été établi de manière erronée aura droit à une indemnisation des préjudices, si l'erreur de bonne foi a occasionné la nullité du contrat* », il a préféré l'expression « *indemniser* » à celle de « *restituer* » parce que c'était celle qui convenait le mieux à la nature de la *restitutio in integrum* du droit « *castellano-indiano* ».

¹⁵⁴ QUINTANA BRAVO, F.. *La doctrina de la claridad en el pensamiento ilustrado de Andrés Bello*. Revista Chilena de Historia del Derecho, Norteamérica, 028 08 2012. Consulté le 20 nov. 2012, p. 1005. sur <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewArticle/22145/23462>

¹⁵⁵ *Ibidem* p. 1006.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

Autrement dit, la *restitutio in integrum* ne pouvait pas être et ne pas être en même temps l'une des conséquences de la nullité, par « l'évidence » elle devait donc avoir une nature différente : celle de réparer le dommage.

Ce caractère indemnitaire de la *restitutio in integrum* est aujourd'hui dépassé par l'application du Code civil, comme on le constatera dans ce qui suit.

2. *L'étendue de la nature réparatrice de la restitutio in integrum en droit colombien*

50.- Le caractère indemnitaire de la *restitutio in integrum* est aussi appliqué dans les règles de procédure civile et dans certaines règles spéciales pour la réparation des victimes par l'Etat. Ainsi, « *la réparation est guidée par l'idéal de restitution intégrale ou pleine (restitutio in integrum, selon son expression en latin) qui signifie que l'Etat doit faire tous les efforts possibles pour effacer les effets du crime et défaire le dommage causé, afin de restituer à la victime la situation dans laquelle elle se trouvait avant le crime* »¹⁵⁷.

51.- Dans cette perspective, si l'on s'attache à l'idée de l'existence d'une première hypothèse de responsabilité précontractuelle dans l'article 1512 du Code civil colombien, il faut comprendre que la réparation du dommage de la contractante victime de l'erreur de son ancien partenaire, doit être « intégrale ». Ce qui nous conduit à nous interroger sur l'étendue de cette notion dans l'actualité du droit colombien.

¹⁵⁷ UPRIMNY-YEPES, Rodrigo, SÁNCHEZ, Nelson Camilo, *Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2010, 12, (2), p. 319.

52.- Pour certains, l'idée de réparation intégrale est liée à la réparation des victimes du conflit armé en Colombie¹⁵⁸, en raison de la récente Loi 1448 de 2011. Ce lien peut encore avoir des conséquences inattendues pour le droit des contrats, parce que pour la Cour Constitutionnelle, la réparation intégrale inclut le gain manqué, voire le *lucrum cessans*¹⁵⁹. On ne retrouve pas en jurisprudence de la Cour Suprême de Justice d'applications de cette idée en matière de vices de consentement. Mais une solution dans ce sens peut être envisageable par les juges dans les jours à venir.

53.- En définitive, l'examen du caractère du Code civil de Bello par rapport à la notion de *restitutio in integrum* et de ses conséquences actuelles vers le concept de *réparation intégrale* laisse apparaître une certaine spécificité de la règle de réparation établie par l'article 1512 du Code civil colombien. Il est temps maintenant d'étudier la position du droit français sur cette question.

§ II. La position du droit positif français

54.- Bien que pour une partie de la doctrine « *La condamnation ne doit réparer que le dommage retenu à la charge du responsable...mais doit réparer tout ce dommage. La victime doit être remise (son patrimoine, ses intérêts reconstitués) exactement dans l'état antérieur à l'accident, restitutio in integrum* »¹⁶⁰, la

¹⁵⁸ Dans ce sens V. GONZÁLEZ CHAVARRÍA, Alexander, *Justicia transicional y reparación a las víctimas en Colombia*. Revista Mexicana de Sociología 72, núm. 4 (octubre-diciembre, 2010): 631. Disponible sur <http://www.scielo.org.mx/pdf/rms/v72n4/v72n4a5.pdf>

¹⁵⁹ V. par exemple cette interprétation de la réparation intégrale d'après le texte de la Loi 1448 de 2011 sur la réparation des victimes du conflit armé en Colombie : Cour Constitutionnelle de Colombie, décision du 8 février 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, disponible sur <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-052-12.htm>

¹⁶⁰ CARBONNIER Jean. *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*. 22^e éd. Paris : P.U.F., 2000, n° 285, p. 506.

jurisprudence française a réduit le champ d'application de l'article 1110 du Code civil à la nullité du contrat, en particulier s'agissant de contrats *intuitu personae*.

Deux exemples peuvent être mentionnés sur ce point : le premier, à propos d'une clause compromissoire déclarée nulle lorsque l'une des parties ignorait que l'arbitre choisi était le conseiller de son adversaire¹⁶¹ ; le deuxième, concernant l'erreur sur l'identité professionnelle du débiteur principal d'une caution : la caution garantissait l'acquisition d'une boulangerie à la condition que le repreneur soit un boulanger, mais celui-ci, une fois le contrat conclu, s'est vu interdit d'exercer son activité commerciale avec effet rétroactif, raison pour laquelle la Cour de cassation a estimé que la caution devait être annulée pour erreur sur la personne¹⁶².

55.- Mais il est impossible de dégager complètement la responsabilité de la nullité dans cette hypothèse, parce que « *Si l'une des parties désire obtenir une indemnisation parallèlement à l'annulation, elle devra établir la circonstance du préjudice qui résulte de la conclusion d'un contrat nul, un préjudice dont la seule nullité ne suffira pas à le faire disparaître.* »¹⁶³

C'est la raison pour laquelle, quoi qu'il en soit de la portée des arrêts précédents, la question de savoir si la responsabilité précontractuelle peut être engagée par une erreur sur la personne des cocontractants, s'agissant d'un contrat *intuitu personae*, il pourrait être répondu positivement dans le droit positif français.

En effet, la présentation des précédentes hypothèses d'erreur montre, d'une part, qu'il existe une sorte d'exigence sur la conduite des contractants afin d'éviter

¹⁶¹ Cass. civ. 2^e, 13 avr. 1972, Bull.civ. II, n° 91; D. 1973, note J. ROBERT ; JCP G, 1972.II.17189, note P. Level. Contre : Th . Clay, « L'Arbitre » n° 649-651.

¹⁶² Cass. civ. 13. Nov. 2003, Bull. civ. IV, n° 172 ; D. 2004. AJ. 60, Obs. V. AVENA-ROBARDET, RTD civ. 2004.86, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁶³ THIBIERGE, Catherine, *NULIDAD, RESTITUCIONES y RESPONSABILIDAD (Nullité, restitutions et responsabilité)*, traduction à l'espagnol de De GREIFF, Fustavo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 475.

l'annulation du contrat. Si le comportement des parties au contrat n'est pas conforme à ces règles, il peut alors constituer une négligence ou une faute au stade de la formation du contrat.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

56.- Le concept d'erreur sur la personne permet de construire une première hypothèse de faute précontractuelle prévue expressément par le Code civil colombien. En effet, elle exerce une influence directe sur ce qui cause un dommage dans le patrimoine du cocontractant qui a contracté de bonne foi. On voit dans l'article 1512 de ce Code une disposition destinée autant à réparer de manière intégrale ce dommage, qu'à protéger la bonne foi des contractants au stade de la formation du contrat.

Au-delà de l'évidence, à voir les affirmations suivant lesquelles la responsabilité civile qui découle de cette hypothèse ne peut être que de nature délictuelle, alors qu'au contraire l'existence dans le droit colombien de cette hypothèse d'indemnisation dite « intégrale » n'affecte en rien la possibilité de demander l'indemnisation du gain manqué comme conséquence d'avoir contracté avec une personne qui s'est trompée.

Cette dernière est une solution qui montre que la nature du dommage ne dépend pas uniquement du fait d'avoir annulé le contrat, mais qu'il faut considérer que pendant que le contrat était valable, il a produit des effets.

Moyen de prévision pour les négociateurs à un contrat, la disposition de l'article 1512 du Code civil colombien est aussi destinée à garantir leur liberté contractuelle.

Enfin, malgré l'absence d'un article dans le même sens dans le Code civil français, le droit positif français souligne de plus en plus l'importance de protéger la bonne foi au stade de la formation du contrat. Un rapprochement du régime colombien à l'avenir ne serait donc pas étrange.

CONCLUSION DU TITRE I

57.- On l'a constaté, le rapport entre l'erreur et le fait générateur de responsabilité précontractuelle marque l'autonomie de celle-ci par rapport aux autres espèces de responsabilité civile. En fait, le terme, précontractuel, est mensonger, à première vue il semble se limiter à la période antérieure à la conclusion du contrat, mais il masque que ses conséquences peuvent être perçues ou découvertes après ladite conclusion.

L'existence dans le droit colombien d'un principe général de responsabilité précontractuelle facilite l'application de celle-ci aux hypothèses d'erreur au stade de la formation du contrat.

De même, l'évolution du droit positif français se caractérise par la consolidation de cette responsabilité en dépit de la nullité. Et il est incontestable que désormais le rôle de la liberté contractuelle s'est affaibli dans la mesure où l'information transmise au cocontractant le conduit à une erreur et, par la suite, à la conclusion d'un contrat déséquilibré.

58.- L'autonomie du fait générateur de responsabilité précontractuelle est, en effet, consolidée par l'information des parties. En définitive, il ne saurait être réduit à une faute délictuelle. Il s'agit d'un comportement reprochable en raison de la capacité

du contractant ou d'un tiers de prévoir les conséquences de son imprudence ou de son impéritie au moment de donner les renseignements nécessaires à la conclusion du contrat.

Mais encore, le fait générateur de responsabilité précontractuelle renforce sa spécificité lors d'une erreur induite de façon intentionnée par le cocontractant. Le dol, comportement délictuel par excellence, implique une certaine autonomie avant la conclusion du contrat.

TITRE II

LE DOL DETERMINANT DU CONSENTEMENT : LE PRELUDE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

59.- Que le dol soit le fondement de la nullité du contrat, cela n'est guère contestable. Néanmoins, la perspective serait sensiblement faussée si l'on devait s'en tenir là et faire abstraction de la mutation profonde qu'a subie le dol dans le droit positif français. Au même titre que le droit colombien qui, à partir des vices du consentement, a évolué vers la formulation d'un principe général de responsabilité précontractuelle, en droit français, le dol vice du consentement a évolué vers la création d'une obligation précontractuelle d'information.

Ainsi, l'examen des textes concernant le dol dans ces deux systèmes comparés, permet de constater que l'information au stade de la conclusion du contrat semble pouvoir être assurée de deux manières. D'une part, la théorie des vices du consentement requiert que le consentement des parties soit intègre, c'est-à-dire libre et éclairé (Chapitre I) ; tandis que d'autre part, la jurisprudence relayée par la multiplication de lois impose un devoir croissant d'information afin d'éviter la conclusion de contrats déséquilibrés (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA PROVOCATION INTENTIONNELLE D'UNE ERREUR

60.- Nous observerons dans un premier paragraphe, comment, à partir des textes relatifs au dol vice du consentement, s'est dégagée dans les systèmes colombien et français une obligation complémentaire d'information précontractuelle¹⁶⁴. En effet, au stade de la formation du contrat, l'intention de tromper son cocontractant est souvent déduite d'un défaut d'information (Section I), ou de l'inexactitude de l'information transmise (Section II).

Section I

LA RETENTION D'UNE INFORMATION EXACTE : LA RETICENCE DOLOSIVE

61.- Comme l'avait déjà constaté Henri Mazeaud au début du 20^e siècle, l'évolution du droit des obligations illustre « *l'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile* »¹⁶⁵. Bien que dans la formation du contrat le dol, c'est-à-dire toute tromperie par laquelle l'un des contractants provoque chez l'autre une erreur qui le détermine à contracter¹⁶⁶, emporte la nullité du contrat¹⁶⁷, le dol est aussi un fait générateur de responsabilité civile en raison de son aspect délictuel¹⁶⁸.

¹⁶⁴ CHAUVEL Patrice, Rép. Civ. Dalloz, V, *Dol* ; *J.-Cl. Contrats-Distribution*, Fasc. 45, 2001, n° 108 et s.

¹⁶⁵ DH 1935, Chron. 5

¹⁶⁶ C'est une idée reprise en particulier de DOMAT et POTHIER, idée qui subsista dans les trois premiers projets du Code civil : FRANSEN Gérard, *Le dol dans la conclusion des actes juridiques*. Dissertations ad gradum magistri in Facultate Theologica vel in Facultate Iuris Canonici consequendum conscriptae. Series II, Tomus 37. *Universitas Catholica Lovaniensis* et Gembloux (Belgique), 1946, p. 328 et s.

En effet, en droit romain (fin du II^e siècle avant J.-C.) la notion de *dolus* se différenciait de la faute (*culpa*) par l'idée d'intention. C'est la raison pour laquelle l'article 63 du Code civil colombien définit le dol comme « *l'intention positive de provoquer un dommage à la personne ou à la propriété d'autrui* »¹⁶⁹.

62.- C'est ainsi que la lecture des arrêts relatifs à la réticence dolosive en droit français montre un recours permanent à l'article 1382 du Code civil pour sanctionner le manquement à l'obligation précontractuelle d'information (§ I). L'essence et la force obligatoire du contrat seraient détournées au profit de la logique de la responsabilité civile qui privilégie les réparations (§ II).

§ I. Le retour à la responsabilité civile pour sanctionner le dol

63.- En droit positif français, l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 12 mai 2004 illustre ce propos. En l'espèce, la Cour de cassation s'appuie sur l'article 1382 du Code civil pour casser partiellement l'arrêt de la Cour d'appel au motif que les juges du fond n'ont pas recherché si le directeur social de la société cédée avait rempli son obligation de loyauté et d'information à l'égard de tous les associés.

¹⁶⁷ MAZEAUD Henri, Léon et Jean, CHABAS François. *Leçons de droit civil*, tome 2, premier volume, *Obligations : Théorie générale*. 7^e éd. Paris : Montchrestien, 1985, p. 187. TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 5^e éd. Paris : Précis Dalloz, 2005, n° 224, p. 179.

¹⁶⁸ Dans ce sens Mme. FABRE-MAGNAN a démontré que la notion de dol incident recouvrait en réalité celle de faute délictuelle : FABRE-MAGNAN, Muriel *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*. Préf. Jaques Ghestin. Bibliothèque de droit privé, T. 221, LGDJ, Paris, 1992, n° 368, p. 296, cet auteur montre également dans quelles hypothèses il y a eu une faute par violation d'une obligation d'information au stade de la formation du contrat : *Ibidem*, n° 374 et 597, pp. 299 et 474 et s.

¹⁶⁹ Cette définition exclut celle du dol vice du consentement : URIBE-HOLGUIN Ricardo. *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*. Bogotá : Editorial Temis, 1970, p. 67 ; mais dans le vice du consentement, l'auteur des manœuvres cherche à produire une tromperie (*engaño*) afin de causer un dommage au cocontractant en incitant précisément la production de cette erreur qui le conduira à la conclusion du contrat : PEREZ-VIVES, Alvaro, *Teoría General de las Obligaciones*, Volumen I, Parte Primera, Editorial Temis, Bogotá, p. 218.

Cet arrêt confirme la jurisprudence de la 1^{ère} chambre civile de 2000¹⁷⁰ en affirmant dans un attendu de principe que le cessionnaire, en l'espèce la société, n'est tenu d'informer le cédant « *ni des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder ou de lui apporter les titres faisant l'objet de la cession* ».

Cette décision traduit un déplacement du contentieux de la réticence dolosive, au titre duquel le dirigeant social aurait pu voir sa responsabilité délictuelle engagée, vers celui de l'obligation d'information et de loyauté du dirigeant social¹⁷¹. Notons par ailleurs, que le manquement à cette obligation, sanctionnée en application de l'article 1382, évite l'annulation du contrat conformément à ce que prévoit l'article 1116 du Code civil.

Toutefois, la Cour de cassation française a signalé que « *tout défaut d'information ne se réduit pas à la réticence dolosive, s'il n'est pas intentionnel* »¹⁷². Une remarque qui rapproche le régime français du régime colombien dont la définition du dol dépend entièrement de cet élément subjectif.

Il convient, donc, de vérifier la permanence de ce trait caractéristique du dol dans les déclarations faites par les parties au stade de la formation du contrat. On peut, à travers son étude particulière, dresser un inventaire des critères suivis par le juge afin de déduire l'intention de tromper le cocontractant lors d'une déclaration inexacte ou dissimulée.

¹⁷⁰ Civ. 1^{ère} 3 novembre 2000.

¹⁷¹ Quelques arrêts, en effet, sanctionnent la rétention d'une information sur le fondement de l'article 1382, donc de façon autonome et détachée de la sanction des vices du consentement. Sur ce point voir. STEINMETZ Benoit. *De la présomption de bonne foi : essai critique sur la preuve de la bonne et de la mauvaise foi*. Thèse : Droit : Strasbourg III : 2002, note 376 p.106

¹⁷² Le GALLOU Cécile. *Réticence dolosive et manquement à l'obligation précontractuelle : deux faux amis*. Revue Lamy Droit Civil. 2005, n° 20, p. 9-10 ; « *Mais attendu que le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci* » : Com. 28 juin 2005, N° 03-16.794, Bull. IV. n° 140.

Ainsi, autant le juge colombien que le juge français, évalue l'intention de causer un dommage au cocontractant à l'aune de la pertinence de l'information fournie et de l'incapacité de l'autre partie à se renseigner elle-même (A) ou de la création d'une confiance légitime dans le chef de l'autre contractant (B).

A. La pertinence de l'information fournie et l'incapacité de l'autre partie à se renseigner elle-même

64.- Dans le souci d'assurer la liberté contractuelle, le législateur colombien exige des parties de se comporter de bonne foi au stade de la formation du contrat (Art. 863 du Code du commerce). Cette exigence implique l'imposition pour elles d'une obligation précontractuelle d'information¹⁷³.

65.- De façon assez proche la réticence joue un rôle identique à celui du dol comme fait générateur de responsabilité précontractuelle en droit colombien, car elle aussi constitue l'un des moyens pour causer un dommage au cocontractant en ce sens qu'elle signifie s'abstenir de fournir une information importante relative au contrat.

C'est ainsi que la jurisprudence colombienne a considéré en effet que, « *Quant à la nature des faits constitutifs de dol, il existe un accord dans la doctrine relatif au fait que le procédé trompeur utilisé ne doit pas nécessairement être constitué en des actes positifs externes. Sur ce point, un comportement de l'agent visant à créer ou à maintenir en état d'erreur le sujet passif est suffisant, ce comportement pouvant consister en une simple abstention. Quand cela se produit, on lui attribue la catégorie spéciale de dol connue comme dol négatif ou omissif, l'une*

¹⁷³ CSJ., Cas. civ., 27 juin 1990, Référence 239. M. P. Pedro Lafont Pianetta.

*de ces formes étant la réticence dont la considération offre un intérêt particulier dans le cas d'affaires ».*¹⁷⁴

66.- L'examen des arrêts qui fondent le dol par réticence sur la violation d'une obligation précontractuelle de bonne foi a le mérite de montrer combien le juge est soucieux d'établir les critères de pertinence afin de savoir si l'information dissimulée par l'un des contractants aurait été déterminante pour le consentement de l'autre.

1. La pertinence de l'information fournie

67.- Cette tâche du juge se traduit essentiellement par la recherche d'un questionnaire dans l'étape précontractuelle. C'est ainsi que la Cour Suprême de Justice colombienne a retenu, au visa de l'alinéa 2 de l'article 1058 du Code du commerce, prévoyant la sanction en nullité dans les cas où la déclaration d'assurance n'est pas faite conformément à un questionnaire déterminé, que si la compagnie d'assurance avait élaboré un questionnaire afin d'obtenir une information qui permette d'évaluer l'état du risque, c'était parce que cette information était essentielle pour déterminer son consentement¹⁷⁵.

L'aspect intentionnel de la réticence est, par conséquent, déduit du caractère du questionnaire d'assurance. En effet, on retrouve dans le questionnaire cet élément subjectif du dol, parce qu'en demandant au futur assuré d'informer la compagnie d'assurances sur la nature du contrat, la substance de la chose objet du contrat, les

¹⁷⁴ CSJ, Cas. civ. 16 décembre 1969 G.J. CXXXII-273.

¹⁷⁵ CSJ, Cas. civ. del 31 de marzo de 1954, GJ. LXXVII, p. 17; 28 de julio de 1976, In : Jurisprudencia de Seguros, Corte Suprema de Justicia 1971-2000, Andrés Ordóñez Ordóñez (compilador), Acoldese y Fasecol, Bogotá, 2000, p.51.

éléments accidentels pouvant être essentiels ainsi que la personne du cocontractant, le questionnaire constitue un procédé de prévoyance pour ce contractant.

C'est pourquoi le questionnaire devra, à partir de ces données, déterminer les conditions du contrat, voire la prime et la couverture de l'assurance. S'il s'agit d'une assurance maladie, le questionnaire portera sur le type d'information permettant d'établir l'état de santé du patient, mais s'il s'agit d'un contrat d'assurance banquier, ce questionnaire cherchera à déterminer les opérations de la banque, le type de salariés, et même le nombre de ceux d'entre eux qui partent en vacances¹⁷⁶.

Il est donc clair, pour les juges colombiens, qu'en présence d'un questionnaire, la dissimulation par l'assuré d'une information qui est exigée révèle l'intention de vouloir tromper la compagnie d'assurance en l'amenant à conclure un contrat déséquilibré.

68.- Or, même si cette explication est extrêmement utile afin de dégager un premier critère de la pertinence de l'information fournie au stade de la formation du contrat, il faut bien avertir que la Cour Suprême de Justice colombienne n'a pas encore avancée vers l'étude d'autres hypothèses ni en droit commun des contrats, ni en absence d'exigence légale de questionnaire en droit des assurances. En revanche, la Cour de cassation française est riche en exemples concernant le droit commun des contrats. Ce faisant, on le constate, la Cour de cassation française a déduit l'intention de causer un dommage au cocontractant de toute dissimulation d'informations nécessaires pour l'établissement des conditions du contrat. En ce sens, le fondement présenté par les juges français pour sanctionner le dol par réticence est aussi la

¹⁷⁶ C'est la raison pour laquelle en Colombie, les hypothèses de réticence dolosive lors de la conclusion d'un contrat d'assurance santé sont celles qui se retrouvent le plus dans la jurisprudence. Toutefois, les hypothèses de réticence lors de la conclusion d'un contrat d'assurance sur les risques majeurs ne se retrouvent que devant les tribunaux arbitraux, ce qui ne permet pas la construction d'une ligne jurisprudentielle en cette matière.

violation volontaire d'une obligation précontractuelle de renseignement imposée aux négociateurs du contrat. A cet égard, la chambre commerciale, dans son arrêt du 27 janvier 1998¹⁷⁷ reproche au président du conseil d'administration d'avoir caché aux associés - cédants, la « *véritable valeur des actions* ».

De même dans le cas d'un contrat de cautionnement la 1^{ère} chambre civile, dans un arrêt du 13 mai 2003¹⁷⁸, sanctionne un créancier sur le terrain de la réticence dolosive pour ne pas avoir informé la caution de la situation irrémédiablement compromise du débiteur. Enfin, la chambre commerciale, dans un arrêt rendu le 25 février 2004¹⁷⁹, va même jusqu'à écarter une clause d'un contrat de cautionnement par laquelle la caution dit avoir eu bonne connaissance de la situation du débiteur emprunteur, alors que la banque avait omis de préciser que le débiteur principal se trouvait dans une situation irrémédiablement compromise. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel lorsqu'elle a considéré que « *manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence* », le créancier qui garde des informations sur la situation du débiteur.

69.- Toutefois, à cela, il est possible d'opposer le principe incitant tout cocontractant à se renseigner lui-même¹⁸⁰. En effet, une information déterminante pouvait venir à manquer, mais cela en raison du manque de diligence de la partie affectée dans la recherche de l'information manquante.

¹⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère} 13 mai 2003, Bull. civ. IV, n° 41, Rapport de la Cour de cassation, p. 251, Gaz. Pal. 1999.1. Somm. 102, obs. S. Piedelièvre.

¹⁷⁸ V. Cass. 1^{ère} civ. 13 mai 2003, Bulletin 2003 I N° 114 p. 89 ; Répertoire du notariat Defrénois, 2003-12-15, n° 23, jurisprudence, article 37845, p. 1568-1574, note Rémy Libchaber. JCP, Ed. g, II, 10144, p. 1625-1626, note Richard DESGORCES : « *Mais attendu 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, l'incitant ainsi à s'engager* ».

¹⁷⁹ Com. 25 fév. 2004, N°: 01-13332. Inédit au bulletin.

¹⁸⁰ Dans ce sens, voir : PARDOEL Dorothee. *Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale*. Les Petites Affiches, n° 131, 3 Juillet 2001, p. 13 et s. et JOURDAIN Patrice. *Le devoir de se renseigner*, D. 1983.139

Il convient donc d'établir si le contractant était dans l'impossibilité de découvrir par soi-même l'information dissimulée par son partenaire.

2. *L'incapacité de l'autre partie à se renseigner elle-même*

70.- Certes, depuis les Codes civils colombien et français et l'article 863 du Code du commerce colombien, on impose une obligation de renseignement aux négociateurs du contrat.

Toutefois, au stade de la formation du contrat, le principe qui régit le comportement des parties par rapport à l'information sur les éléments essentiels du contrat est celui de se renseigner soi-même, parce que, comme l'avait justement perçu Portalis, « *Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables et ne pas négliger ce qui est utile* »¹⁸¹. Ainsi le domaine de cette obligation se définit négativement par ces limites.

Tout d'abord, une personne ne pourra être tenue de renseigner son partenaire que si elle détient une information «pertinente», c'est-à-dire dont la connaissance est de nature à modifier le comportement du cocontractant, ce que l'on vient d'examiner.

En outre, l'obligation d'information n'existe que si le créancier de l'obligation ignorait le fait révélé, ce que l'on examinera à présent.

71.- Premièrement, le principe général selon lequel il convient de se renseigner soi-même au stade de la formation du contrat doit nous conduire à envisager la question de savoir si l'impossibilité de se renseigner soi-même doit être évaluée *in concreto* ou *in abstracto*.

¹⁸¹ PORTALIS. J.-E.-M, in FENET P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* ; Tome I, éd. Videcoq, p. 514.

Ce problème se pose actuellement en Colombie de façon particulièrement aiguë à propos des contrats d'assurance maladie et de l'assurance vie.

En principe, la jurisprudence colombienne a établi à plusieurs reprises que certaines données dissimulées au moment de la conclusion du contrat d'assurance, comme d'avoir déjà conclu un autre contrat d'assurance pour la couverture du même risque, constituent une information impossible à trouver pour toute compagnie d'assurance, parce qu'il s'agit bien souvent d'un type d'information détenu par le seul assuré et d'accès difficile pour la compagnie d'assurance¹⁸². Ce qui indique le caractère abstrait de l'évaluation de l'impossibilité de se renseigner soi-même.

Néanmoins, si la compagnie est en mesure d'obtenir l'information qu'elle considère essentielle à son consentement par des moyens différents ou parallèles à la seule déclaration du cocontractant, alors les tribunaux ne retiennent pas la réticence.

Ainsi, la Cour Suprême de Justice colombienne a considéré, dans un arrêt du 11 avril 2002, que la réticence ne peut être retenue lorsque le futur assureur était en mesure de se renseigner sur l'état du risque.

Afin de le démontrer, il convient de rappeler brièvement les faits.

En l'occurrence, l'assuré avait conclu un contrat d'assurance vie, et quelques mois plus tard, il était assassiné. La veuve a réclamé le montant assuré, mais la compagnie a rejeté sa demande au motif qu'il y avait eu une réticence au moment de la déclaration du risque. En effet, l'assureur soulignait qu'au moment de faire sa déclaration, l'assuré avait caché sa véritable profession. L'assuré avait déclaré qu'il était maçon, alors qu'en réalité il était propriétaire d'une vaste propriété agricole. Il avait également menti sur le montant de ses revenus réels, n'ayant déclaré qu'un montant très faible, sans rapport avec la somme assurée. Les juges du fond donnèrent

¹⁸² CSJ, Cas. Civ. 21 de marzo de 1997. Voir aussi Ordóñez Ordóñez Andrés E. *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*. Universidad Externado de Colombia, 2a edición, 2008, p. 42.

raison à la veuve, en considérant que même si l'assuré avait été réticent, la compagnie avait à charge de se renseigner sur la réalité des informations fournies par l'assuré. Enfin, pour condamner l'assureur au paiement du sinistre la Cour colombienne affirme que : « *Une telle circonstance revêt une valeur singulière. Comme l'a souligné la doctrine, on ne peut pas perdre de vue la relation entre la somme assurée et la capacité économique du preneur ou de l'assuré. Si ce dernier a conscience que sa mort doit arriver à plus ou moins long terme, il sera disposé à investir la totalité de ses avoirs dans la première prime annuelle d'une assurance considérable, ce qui change l'intéressé en un risque essentiellement hasardeux qui, en tant que tel, attende à la fidélité mathématique des calculs actuariels* »¹⁸³.

L'analyse de cet arrêt montre que la ligne directrice de l'application du devoir de se renseigner soi-même pour la Cour colombienne est allée assez loin, au point de servir de fondement aux présomptions du juge.

En effet, afin de nier l'exception de réticence proposée par l'assureur la Cour part du caractère disproportionné du prix de l'assurance par rapport aux revenus supposés de l'assuré, pour déduire que cela aurait dû suffire pour que l'assureur, en sa qualité de professionnel, sache qu'il concluait un contrat qui dissimulait l'intention de vouloir le tromper. Ainsi, le principe de se renseigner soi-même consiste, d'après cette décision, non seulement à utiliser les moyens légitimes pour évaluer les termes du contrat, mais aussi à se faire une opinion à partir de l'expérience et du savoir-faire du professionnel.

De toute évidence, la question de savoir comment évaluer l'impossibilité de se renseigner soi-même est étendue aux aspects subjectifs du contractant.

¹⁸³ CSJ, Cas. civ. 11 de abril de 2002, Expediente No. 6825. V. aussi Ordóñez Ordóñez Andrés E. Op. cit. p. 23. En ce sens : CSJ, Cas.civ. del 2 de agosto de 2001, Expediente No. 6146.

72.- C'est la raison pour laquelle l'examen de cette décision ne nous permet pas de répondre dans un sens ou dans un autre à cette question.

En Colombie, la jurisprudence est mouvante et insuffisante, et il est, aujourd'hui, délicat d'affirmer avec certitude quelle est la sorte d'information qu'est tenue de connaître un contractant, une compagnie d'assurances en particulier, outre les conditions générales du contrat, au stade de la formation du contrat. La lecture des autres arrêts de la Salle civile de la Cour Suprême de Justice révèle, en effet, que seules les hypothèses de droit des assurances montrent une faible évolution vers le problème.

Plus encore, la décision de 2002 dont la portée est incertaine, n'a été reprise que dans un seul arrêt postérieur, dans lequel, pour condamner l'assureur au paiement, du sinistre la Cour colombienne a affirmé qu'il pouvait effectuer sa propre recherche afin d'évaluer la probabilité d'accomplissement du sinistre et, par conséquent, de la naissance de l'obligation de l'assureur.

Ainsi, s'il ne le fait pas « *il convient d'entendre que la manifestation tacite de l'assurance d'assumer le risque, quelle que soit la probabilité du dommage qui pèse sur l'intérêt assuré. Autrement dit, dans ce cas de figure, ne peut être évoquée la nullité pour réticence, et encore moins pour inexactitude, non plus qu'est possible la réduction de la prestation à charge de l'assureur* »¹⁸⁴.

Mais, cette position de la Cour colombienne ne permet en aucune façon de dégager, sur ce point, une règle précise pour toutes les compagnies d'assurance vie, puisque tout dépendait de l'application de ce principe en fonction de l'aspect subjectif économique de la compagnie défendant sa cause au procès. La solution est

¹⁸⁴ CSJ, Cas. civ. 26 de abril de dos mil siete (2007). ref: exp. 11001-31-03-022-1997-04528-01. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

encore moins certaine pour le droit commun des contrats, ce qui ne se passe pas dans le régime français.

73. - En droit positif français, l'impossibilité de se renseigner soi-même a été retenue par la Cour de cassation à propos des hypothèses sur la connaissance par les banques de la solvabilité du débiteur vis-à-vis de ses clients. C'est ce qu'a retenu la Cour de cassation, par exemple dans un arrêt de la première Chambre civile du 13 mai 2003.

Dans les faits, rappelons que M. et Mme Fouquet, par acte sous seing privé, étaient cautions solidaires à hauteur de 80.000 francs au titre des engagements de la société Legrand à l'égard d'une banque. Mais en l'espèce, la banque avait omis de parler de la situation financière de la société, induisant en erreur M. et Mme Fouquet. La Cour d'appel, dans un arrêt rendu le 26 février 2001, avait donc déclaré nul le contrat de cautionnement pour dol par réticence de la banque, raison pour laquelle cette dernière avait décidé de se pourvoir en cassation au motif que « *les cautions ne faisaient pas de la solvabilité du débiteur la condition déterminante de leur engagement* ».

La première chambre civile de la Cour de cassation a alors confirmé la décision de la Cour d'appel en considérant 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, l'incitant ainsi à s'engager* »¹⁸⁵. Ne constituant pas un cas isolé, cette solution est plusieurs fois répétée¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Cass. Civ. 1^e, 13 mai 2003, n° 01-11511, Bull.civ. I, n° 114, D. 2003, AJ. 2308 [2^e esp.], obs. V. AVENA-ROBARDET, JCP 2003. II. 10144, note R. DESGORCES, JCP, éd. E, 2003. 107, obs.

74.- Bien que le contrat ait été annulé, on constate que l'intention de tromper peut se démontrer par l'incapacité du partenaire à se renseigner lui-même.

On ajoutera à cette analyse un troisième critère retenu par les juges pour prouver l'intention de nuire constituant une réticence : la confiance que l'on a créée chez le cocontractant.

B. La création d'une confiance légitime dans le chef du cocontractant

75.- L'examen de certaines décisions de la Cour de cassation française confirme l'opinion de M. Alain CHIREZ qui explique que : « *la relation que le professionnel exerçant une activité libérale entretient avec le client exige par essence une connaissance personnelle profonde et réciproque des cocontractants* »¹⁸⁷.

76.- A l'évidence, dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation, celle-ci affirme : « *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 l'incitant ainsi à s'engager* »¹⁸⁸.

LOISEAU, Defrénois 2003. 1568, obs. R. Libchaber, RTD civ. 2003. 700, obs. J. MESTRE et B. FAGES, Droit et Patrimoine, fév. 2004, p. 125, obs. P. Chauvel.

¹⁸⁶ Cass. 1re civ., 18 févr. 1997, RJDA 6/97, n° 813, p. 548 ; D. 1997, IR p. 74 ; Cass. 1re civ., 31 mars 1998, inédit ; Cass. 1re civ., 15 févr. 2000, inédit ; Cass. com., 6 févr. 2001, D. 2001, p. 1024 ; Cass. com., 7 févr. 1983, Bull. civ. IV, n° 50.

¹⁸⁷ CHIREZ Alain. *De la confiance en droit contractuel*. Thèse : Droit : Nice : 1977, n° 105, p. 151.

¹⁸⁸ Cass. 1e civ. 18 février 1997, n°95-11816. Dans le même sens voir : Cass. com., 7 févr. 1983, n°81-15339.

Dans cette affaire, l'intention de vouloir nuire à son partenaire a pu être déduite de certains faits : tout d'abord, la non révélation d'une étude comptable prévisionnelle concernant l'installation commerciale de la débitrice ; puis, le fait d'avoir dissimulé qu'il existait un ensemble de prêts souscrits par celle-ci ; ensuite, la comparaison des dettes avec les revenus mensuels de la cliente mettant en évidence qu'elle ne pourrait faire face au remboursement du prêt cautionné.

En outre, dans le même sens, dans l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 31 mars 1998, on a pu constater de nombreux non-dits sur les difficultés financières d'une emprunteuse, suffisamment connues par la banque, ce qui a permis à la Cour de déduire l'intention de vouloir tromper la caution : *« d'une part, pour solliciter le prêt litigieux, l'emprunteuse, qui était quasiment dépourvue de fonds propres, avait remis au banquier un compte prévisionnel particulièrement sommaire dont les chiffres n'apparaissaient pas comme résultant d'une étude sérieuse intégrant l'incertitude de certains paramètres, ce dont, compte tenu de la nature de l'activité projetée et de l'implantation choisie, il résultait que l'entreprise n'était pas viable et, d'autre part, que le banquier pouvait savoir que l'unique associé de l'EURL connaissait des difficultés dans l'exploitation d'un autre fonds à l'époque où le cautionnement avait été consenti, en a exactement déduit qu'en s'abstenant d'informer les époux Y... de ces faits qui étaient à sa connaissance et desquels il résultait que la situation de la débitrice était irrémédiablement compromise, le banquier a manqué à son obligation de contracter de bonne foi, commettant ainsi un dol par réticence »*¹⁸⁹.

Puis, la même chambre dans un arrêt du 15 février 2000, met en évidence l'intention de tromper la caution en lui faisant croire à la solvabilité d'une cliente par la dissimulation de l'état réel de son compte courant, dont le découvert s'avérait de

¹⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1998, n° 96-14610.

plus en plus important. Dissimulation apparemment justifiée par l'existence de liens familiaux.

Ainsi, en droit positif français, c'est manifestement parce que la banque, en tant que professionnel du crédit, est tenue à une obligation de bonne foi auprès de la caution, selon la Cour, qu'elle crée une croyance légitime chez celle-ci, confiance qui mérite d'être protégée¹⁹⁰.

Il s'agit de la défense d'un principe qui « *trouve son équivalent formel dans le respect des prévisions légitimes d'autrui* »¹⁹¹. Par conséquent, la responsabilité de la banque fut retenue auprès de la caution au lieu de la nullité du contrat. Ce qui nous conduit à analyser maintenant les raisons que trouve la jurisprudence pour détourner la force obligatoire du contrat au profit de la logique de la responsabilité civile.

§ II. Le détournement de la force obligatoire du contrat au profit de la logique de la responsabilité civile.

77.- Les solutions mentionnées n'encourent pas la critique.

1) Sur un plan conceptuel, l'intention de vouloir causer un dommage à la caution au moyen d'un contrat de cautionnement est déduite du climat de confiance créé par l'apparence de solvabilité de son client.

Or, selon nous, il s'agit d'un élément du dol qui est vraiment présumé par le juge. En effet, la portée théorique de ces arrêts réside en ce qu'un tel critère de

¹⁹⁰ En ce sens, v. MAZEAUD Denis. *La confiance légitime et l'estoppel : rapport français*. Dans : *La confiance légitime et l'Estoppel* / ss. dir. de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON. Paris : Société de législation comparée, 2007, n°30, p. 272 ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte. *L'estoppel, concept étrange et pénétrant*. *R.D.C.O.*, n° 4, 1 Octobre 2006, p. 1279.

¹⁹¹ GWENNHAEL François. *Consentement et objectivation*. Thèse. Préf. Patrick CHAUVEL. Collection de l'Institut de droit des affaires. Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2007, n° 33, p. 52.

création d'une confiance légitime suffit pour prouver l'intention de vouloir tromper le cocontractant.

La preuve de l'intention n'apparaît donc qu'en fonction du degré de confiance entre les parties prenantes du contrat. Et même, dans cette hypothèse, la sanction du dol ne se réduit pas à la nullité du contrat ; si le contrat a été conclu sous la trahison d'une confiance légitime, il peut aussi être sanctionné par la voie de la responsabilité précontractuelle.

Dans ces conditions, il ne serait guère cohérent, sur le plan théorique, d'opposer ces deux types de sanction en se fondant sur un élément de son essence même.

2) En outre, sur le plan pratique, la reconnaissance d'un concept autonome de la responsabilité précontractuelle apparaît ici utile. Celle-ci a le même rôle que l'action de nullité : reconstituer le patrimoine de la victime du dol. La seule différence qui subsisterait, résiderait dans la dissolution du lien contractuel dans la nullité, et son maintien dans la responsabilité.

Le créancier pourra choisir de maintenir ou non le lien contractuel. Par conséquent, les solutions de la Cour de Cassation qui consistent non pas à annuler le contrat par réticence, mais à déclarer la responsabilité civile de la banque, peuvent servir de base à la future création en France d'une action autonome en responsabilité précontractuelle. Elle est conforme à une analyse exacte sur le plan théorique et peut, d'ailleurs, être qualifiée de pragmatique et de bon sens.

Dans ces conditions on peut légitimement se demander si la sanction serait la même lorsque le dol consiste en l'inexactitude de l'information transmise lors de la déclaration de volonté.

Section II

LA TRANSMISION D'UNE INFORMATION INEXACTE

78.- Traditionnellement, on considère que la provocation intentionnelle d'une erreur dans le chef de l'autre partie le déterminant à contracter peut également provenir des inexactitudes du cocontractant. Tant le régime colombien que la Cour de cassation française depuis 1975, ont autorisé la victime de ces inexactitudes à limiter sa demande à des dommages-intérêts fondés sur la responsabilité délictuelle de leur auteur¹⁹². Dans le droit fil de ce raisonnement, quelques auteurs assimilent faussement l'étape précontractuelle et l'inexistence de lien contractuel entre l'agent du dol et la victime du dommage. Ils affirment que, dans cette hypothèse, la sanction en responsabilité, en cas de dol, est de nature délictuelle malgré les expectatives créées par la conclusion du contrat chez les parties¹⁹³.

On ne saurait souscrire à une telle proposition qui se trouve démentie tant par la jurisprudence (§ I) que par la technique juridique des systèmes comparés (§ II).

§ I. La nature du préjudice réparable en cas de la provocation intentionnelle d'une erreur d'après la jurisprudence

Pour bien saisir la nature de préjudice réparable en cas de dol, d'après la jurisprudence, il importe de voir le rapport entre les manœuvres et le lien

¹⁹² V. Cass. 1re civ., 4 février 1975: JCP 1975, éd. N, II, 18100, note Christian Larroumet ; D. 1975, p. 405, note Ch. Gaury ; RTD Civ. 1975, p. 537, n° 1, obs. G. Durry ; Defrénois 1975, art. 31030, p. 1532, n° 49, obs. J.-L. Aubert; Voir dans le même sens, 14 novembre 1979 : Bull. civ. 1, n° 279 ; D. 1980, inf. rap. P. 264, obs. J. Ghestin ; RTD Civ.1980, p. 763, n° 2, obs. Fr. Chabas. – Cass.com., 23 mai 1989: JCP 1989, éd. E, I, 18761 ; RTD civ. 1989, p. 736, obs. J. Mestre ; - 4 déc. 1990 : Contrats, conc., consom., février 1991, n°28, p. 4, obs. L. Leveneur ; - 18 octobre 1994, Épx Poulayer c/Cts Michel et a. : JCP 1994, éd. G., IV, 2568. – Adde, J.Ghestin, La formation du contrat, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 575. Dans le même sens : GHESTIN Jacques. La rétention dolosive d'informations privilégiées par un dirigeant lors d'une acquisition par lui d'actions non cotées. JCP G, 26 Juin 1996, n°26, II, p. 22665.

¹⁹³ V. TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 9^e Ed. Paris : Précis Dalloz, 2005, n° 434, p. 436 ; FABRE-MAGNAN Muriel. *Les obligations*. 1^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2004, n° 155, p. 404 ; THIBIERGE Catherine. *Nulidad, Restituciones y Responsabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, n° 42, p. 95.

contractuel (A), d'une part, et les manœuvres et la spécificité de la responsabilité précontractuelle (B), de l'autre.

A. Manœuvres et lien contractuel

79.- Les manœuvres constitutives d'un dol au stade de la formation du contrat, existent par rapport au lien contractuel. Elles sont employées afin de tromper le cocontractant sur le contenu de la convention. On verra d'abord le sens de ces arrêts (1), puis leur valeur (2).

1. Le sens des arrêts

90.- La Cour de cassation française a très nettement décidé que les manœuvres, voire « *toutes les machinations, toutes les mises en scène, tous les artifices qu'une personne peut mettre en œuvre pour surprendre le consentement de son partenaire et l'amener à contracter* »¹⁹⁴, peuvent résider dans la présentation de bilans inexacts pour qu'un jeune homme sans expérience entre dans une société collective¹⁹⁵, ou être constitués dans le fait de créer une confiance chez le cocontractant crédule à partir de livres et de conférences ésotériques, mais également par des marques d'affection et des promesses, ou par le fait de donner des soins à distance et d'adresser des prières, des images pieuses ou des prophéties¹⁹⁶.

La Cour Suprême de Justice colombienne considère quant à elle que : « *la violation de la bonne foi dans la célébration du contrat constitue le dol, qui considéré spécifiquement, consiste dans l'emploi par l'un des contractants de manœuvres, machinations, artifices ou astuces trompeuses tendant à amener l'autre partie à formuler une déclaration de volonté qu'il n'aurait normalement pas énoncée (dol*

¹⁹⁴ TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 9^e Ed. Paris : Précis Dalloz, 2005, n° 232, p. 236

¹⁹⁵ Cass. Req. 27 février 1906, DP 1907. 1.252

¹⁹⁶ Cass. 3^e civ. 14 mai 1970, Bull. civ. III, n° 329

principal), ou dans un sens différent (dol incident). En cas de dol, la volonté est alors perturbée par une motivation erronée que l'autre partie a provoqué ; si cette motivation a été déterminante de la volonté, celle-ci n'a pas été consciente, et est par là-même inefficace »¹⁹⁷.

Ces décisions portant sur les manœuvres nous semblent particulièrement importantes : en effet, elles permettent, selon nous, de constater le lien entre le dol et l'obligation précontractuelle d'information, voire de l'exigence d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat¹⁹⁸.

La valeur de ces décisions nous semble appropriée au regard de la notion de dol telle que nous l'étudions car elle est, au stade de la formation du contrat, un fait générateur de responsabilité précontractuelle.

2. La valeur des arrêts

91.- Si l'on se place sur le plan de la théorie de la responsabilité délictuelle, l'indemnisation pour le dommage causé par la délivrance d'une information inexacte suite à des manœuvres dolosives, ne nous semble pas non plus conciliable avec la nature du dommage souffert par le cocontractant victime. Certes, ce dommage correspond au *damnum emergens* (art. 1149 C.civ. français et art. 1615 C.civ. colombien), et il est aussi connu par la doctrine sous le nom de « *intérêt négatif* »¹⁹⁹. Il comprend « *d'une part, les pertes subies. Leurs origines sont diverses. La première catégorie de pertes résulte des*

¹⁹⁷ CSJ, Cas. civ. 16 de diciembre de 1969 G.J. CXXXII-273

¹⁹⁸ En ce sens voir aussi Cass.com., 10 juill. 2012, n° 11-21.954, P+B+I ; LE GALLOU Cécile. *Cumul de la nullité pour dol et réparation : oui mais pour quel préjudice ?* Revue Lamy droit civil, n° 97, Octobre 2012, p. 12.

¹⁹⁹ IHERING (von) Rudolf. *Œuvres choisies*, trad. Par. O. MEULENAERE, tome II. A. Maresq, 1893, p. 19 ; LAITHIER Yves-Marie. *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. 660 p. Thèse. Préf. Horatia MUIR-WATT. Bibliothèque de droit privé, Tome 419, LGDJ, Paris, 2004, n° 126, p. 181 et s.; LAITHIER Yves-Marie. La distinction entre « intérêt positif » et « intérêt négatif » à l'épreuve des avant-contrats. Dans : *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats* / ss. dir. d'Olivier DESHAYES. Amiens : Collection CEPRISCA, 2007, p. 153-164 ; VINEY Geneviève. L'appréciation du préjudice. *Les Petites Affiches*, n° 99, 19 mai 2005, p. 89 et s.

frais inhérents à la conclusion du contrat, ceux-ci ont été effectués parce que leur auteur croyait à la conclusion de l'acte... [et de l'autre] les dépenses effectuées à l'occasion du contrat »²⁰⁰. Mais alors, la somme que l'agent du dommage devra verser sera insuffisante. En effet, comme l'a démontré Mme THIBIERGE, le préjudice résultant d'un contrat annulé par dol est différent de celui qui résulte d'une faute délictuelle, ou, même, contractuelle. Ils ont besoin d'une réparation intégrale appropriée²⁰¹.

Ainsi, si l'on peut légitimement, en se plaçant sur le terrain de la responsabilité délictuelle, indemniser l'expectative frustrée de la contractante victime du dol, il semblera que cette opinion ne ressortira pas avec netteté²⁰². C'est la raison pour laquelle dans les arrêts mentionnés l'indemnisation de l'intérêt positif est exclue sans aucun autre motif que la disparition du lien contractuel comme conséquence de la déclaration de nullité du contrat.

Toutefois, comme nous le démontrerons plus loin, l'indemnisation d'un dommage causé par dol au stade de la formation du contrat, pour qu'elle soit intégrale, doit inclure l'intérêt positif, sans pour autant dire que cette indemnisation corresponde à celle de l'inexécution d'une des obligations nées du contrat annulé²⁰³. On répondra que la conduite de l'agent du dommage a très bien pu aménager une responsabilité précontractuelle, et prévoir ainsi qu'il resterait tenu du dommage causé par le dol.

Par conséquent, toute manœuvre dolosive destinée à délivrer une information inexacte au cocontractant au stade de la formation du contrat, même si le contrat est

²⁰⁰ TISSEYRE Sandrine, *Op. cit.* n° 237, p. 176.

²⁰¹ THIBIERGE, Catherine, *Nulidad, Instituciones y Responsabilidad (Nullité, restitutions et responsabilité)*, Traducción de Gustavo DE GREIFF, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2010. n° 132, p. 178.

²⁰² Sur ce point, on fait plutôt appel à la théorie de la confiance légitime. D'ailleurs, si l'on accepte l'indemnisation de l'intérêt positif, on a tendance à le confondre avec la perte d'une chance. Or, il faudrait aussi distinguer parmi différentes espèces de perte d'une chance, ainsi « *D'une part, la perte d'une chance de conclure le contrat envisagé avec l'auteur de la rupture... possède un caractère prospectif. Elle ne peut donc pas être indemnisée. D'autre part, la perte d'une chance engagée dans des pourparlers en pensant que le contrat serait conclu a délaissé certaines opportunités. Cette catégorie de perte d'une chance peut être prise en considération* » : TISSEYRE Sandrine, *Op. cit.* n° 238, p. 176.

²⁰³ Voir *infra* n° 335 et s.

annulé, constitue un fait générateur de responsabilité, non pas délictuelle ni contractuelle, mais précontractuelle.

**B. Les manœuvres, mauvaise foi et la spécialité
de la source de responsabilité
précontractuelle**

92.- « *Ce qui fait toute la difficulté c'est que l'on se situe (...) dans une zone intermédiaire entre la nullité et l'exécution pure et simple, et que cette zone se prête mal à une réponse catégorique* »²⁰⁴. La réalité de la jurisprudence démontre combien il est délicat pour le juge de décider de la nature du dommage en présence d'une faute avant la conclusion du contrat. Outre que la faute ne procède pas de la violation d'une obligation contractuelle préexistante, le juge doit se confronter à une violation à l'obligation de bonne foi qui, au-delà du dol, « *agit également lors de la négociation du contrat* »²⁰⁵.

Ainsi la jurisprudence française a admis le dol par réticence dans le sens d'établir l'existence d'une obligation précontractuelle de renseignement²⁰⁶. Cette jurisprudence parle avec tant de véhémence et d'onction de cette obligation de bonne foi, que l'on a pu la « *reconnaître comme un principe général, et en quelque sorte autonome* »²⁰⁷, en particulier vis-à-vis des professionnels.

²⁰⁴ CASEY, Jérôme. *De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat*. D. 1998, n°8, p. 4.

²⁰⁵ *Ibidem*, n°6, p. 3 ; CATHIARD Audrey. *Quand la bonne foi trouve un second souffle*. D. 2005, p. 1462.

²⁰⁶ Civ. 3^e, 3 févr. 1981, D. 1984.457, note J. Ghestin.

²⁰⁷ Lamy ; FAGES, Bertrand, *Droit des obligations*, 3^e édition : L.G.D.J., 2011, n° 32 et 44, p. 47 et 56 ;

93.- Mais en cas de dol par réticence il s'agit purement de la violation d'une obligation précontractuelle d'information, et lorsqu'il entraîne la nullité du contrat, un simple mensonge peut être considéré comme une marque de mauvaise foi au stade de sa formation. Un tel exemple de violation d'une obligation d'information par mensonges est la publicité mensongère. Ces hypothèses ont été prévues par les articles L.121-1 et s. du Code de la consommation français et 30 et suivants de la Loi 1480 de 2011 de Colombie.

Toutefois, les juges se trompent souvent sur la nature du préjudice qui en découle. Contractuel, délictuel, ces décisions ont plongé dans l'accablement du désespoir plus d'un érudit²⁰⁸, ce qui nous incite à proposer quelques critères objectifs afin d'aider le juge dans son entreprise d'établir la bonne foi comme un principe général des contrats en droit français, et de distinguer la responsabilité précontractuelle des autres sortes de responsabilités.

D'abord, un critère terminologique. Le dol, même s'il ne saurait conduire à la nullité du contrat, peut, malgré tout révéler l'esprit dans lequel le contrat a été conclu.

Ainsi, l'emploi de manœuvres ou l'existence d'une réticence dolosive, doivent guider le juge vers la violation d'une obligation précontractuelle d'information, ce qui constitue un fait générateur de responsabilité précontractuelle, alors que retenir le qualificatif « délictuelle » incline plutôt à penser que les négociateurs n'avaient établi aucun rapport de confiance entre eux, et cela quelle que soit la terminologie utilisée pour dénommer la somme d'agent à verser comme réparation du dommage, celle-ci sera insuffisante.

²⁰⁸ Mme Muriel FABRE-MAGNAN fait référence, tout au long de sa thèse, à plusieurs arrêts dont, à son avis, les juges retiennent à tort l'une de ses responsabilités (n° 669) ou que la jurisprudence ne « suit pas du tout ses principes » (n° 666). D'autre part M. Fages fait une synthèse des arguments utilisés par le droit communautaire et la doctrine française en faveur d'une responsabilité d'ordre contractuelle : FAGES, Bertrand, op. cit., n° 48 et ss., p. 60 et ss.

Dans cette perspective, malgré l'emploi du terme « responsabilité délictuelle », il est clair que dans le lapsus qu'il faut attendre afin de voir le contrat annulé par dol, le contractant victime est tenu d'exécuter les obligations qui en découlent, et ce, pouvant justifier la perte d'une proportion de l'intérêt positif dans le contrat²⁰⁹.

Inversement, l'utilisation du terme « responsabilité contractuelle » est impropre, parce que le dol « *ne procède pas de la violation d'une obligation contractuelle préexistante* »²¹⁰, l'auteur du dol ne devrait pas indemniser les dommages-intérêts provenant de l'inexécution du contrat. Et la Cour de cassation française a eu ici raison d'analyser ce dommage à l'écart des obligations issues du contrat annulé²¹¹.

94.- Dans cet ordre d'idées, la responsabilité dénommée « précontractuelle » précise que sans prendre en compte la qualité de partie pour l'appréciation de la mauvaise foi, le dommage causé par la violation d'une obligation de bonne foi au stade de la formation du contrat est indemnisable. Cette indemnisation a, en effet, pour but de protéger l'exercice de la liberté contractuelle et certainement pas d'obliger les parties à une conclusion « forcée » du contrat²¹².

En conséquence, quand la lettre de l'article 863 du Code du commerce colombien, d'une part, et les développements du droit positif français, d'une autre, prévoient l'existence d'un principe général de bonne foi au stade de la formation du

²⁰⁹ En ce sens, un arrêt de la Cour de cassation française a en effet considéré que « *c'est sans méconnaître les effets de l'annulation du contrat de bail et dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation que les juges du fond ont évalué le montant de l'indemnité d'occupation due par l'EURL en contrepartie de sa jouissance des lieux* » : Civ.1^{re}, 20 mai 2010 n° 09-65045 ; RDC 2010/4, 1185, obs. C. Péres.

²¹⁰ CASEY, *Op. cit.* n°7, p. 4.

²¹¹ En ce sens, v. FABRE-MAGNAN Muriel. *Les obligations*. 3^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2007, note n° 1, p. 476.

²¹² FAGES, Bertrand, *Op. cit.*, n° 48, p. 61.

contrat, il faut y voir le signe de l'établissement d'une troisième action en responsabilité civile : celle de la responsabilité précontractuelle.

Si ce critère terminologique peut être utile au juge, il sera de plus intéressant si l'on présente ses limites. On ajoutera deux autres critères objectifs qui peuvent servir à compléter la mise en œuvre de la distinction.

Face à un défaut de renseignement, il est bien possible que le dol puisse être originaire du cocontractant ou d'un tiers. Nous avons déjà exposé l'idée dans de précédents développements à propos des différences entre l'action de responsabilité et l'action de nullité du contrat par dol²¹³ : la responsabilité précontractuelle cherche à réparer le dommage souffert comme conséquence du dol soit parce que la victime n'est intéressée qu'à la réparation de celui-ci, soit comme une action subsidiaire à la nullité du contrat, lorsque les effets d'une telle déclaration ne suffissent pas à rééquilibrer le patrimoine de la victime ; la nullité, en revanche, cherche l'anéantissement de l'acte. Malheureusement, l'application de ce critère se montre parfois délicate.

D'abord, pour la quasi-unanimité de la doctrine française cette responsabilité est qualifiée comme « délictuelle », en raison notamment de l'absence d'acte²¹⁴. Ensuite, alors que la doctrine allemande plaide plutôt pour une responsabilité de nature « contractuelle » en raison de la violation de « *l'obligation de bonne foi résultant de l'accord tacite précontractuel portant sur la conclusion d'un contrat valable* »²¹⁵, la doctrine française explique cette approche par « les fondements romains du droit allemand de l'époque, en l'absence de codification. Faute de

²¹³ Voir supra n° 32 et s.

²¹⁴ V. Civ. 1^{re}, 14 nov. 1979, Bull. civ. I. n° 279, p. 226, D. 1980, IR 267, obs. J. Ghestin, RTD civ. 1980.763, obs. F. Chabas, qui fonde expressément la réparation sur l'article 1382 du Code civil français. Dans ce sens, voir aussi TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 10^e ed. Paris : Précis Dalloz, 2009, n° 434, p. 448.

²¹⁵ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 10^e ed. Paris : Précis Dalloz, 2009, n° 434, p. 448

principe général de responsabilité [articles 1382 du Code civil français et 2342 du Code civil colombien]... »²¹⁶.

Toutefois, en sachant que le défaut d'information peut se prolonger dans le défaut d'exécution, cet argument n'est plus d'une grande utilité. D'autant que, en ce cas, on donne un avantage à la victime du dol dans le sens où celle-ci, en tant que créancier, n'aurait pas à prouver spécialement la mauvaise foi : la preuve du défaut d'information suffirait. Ici, donc, on trouve une limite qui sert à mieux distinguer la responsabilité précontractuelle des autres sortes de responsabilités civiles.

95.- En effet, pour être caractérisée, la réticence suppose au préalable l'obligation d'information. La réticence, une conception élargie des manœuvres dolosives, est souvent présentée comme le corollaire de l'obligation précontractuelle d'information.

La jurisprudence est allée plus loin en disant que finalement la simple existence de l'obligation précontractuelle d'information et le fait que cette information n'ait pas été donnée présument l'intention²¹⁷.

Or, on a reproché à la cour que par cette jurisprudence elle avait initié une tendance vers la dilution de la dimension délictuelle du dol dans son élément matériel, voire, qu'elle avait oublié le caractère intentionnel du dol²¹⁸.

²¹⁶ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 10^e ed. Paris : Précis Dalloz, 2009, n° 434, p. 448

²¹⁷ Civ.1^{re}, 15 mai 2002, D. 2002, IR p. 1811 ; Civ. 3^e, 11 mai 2005, *RTDciv.* 2005.590, obs. Mestre et Fages.

²¹⁸ Une solution qui n'est « guère satisfaisante » : TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 10^e éd. Paris : Précis Dalloz, 2009, n° 234, p. 246. Dans d'autres arrêts postérieurs on constate néanmoins un retour à une conception classique du dol en tant que délit civil. Le dol vient sanctionner aussi un délit civil et pour qu'il soit constitué, le dessein de nuire (la preuve) doit être apporté par la partie. L'appréciation de cette mauvaise foi est une appréciation *in concreto*. Il faut prouver qu'une erreur déterminante est provoquée. La jurisprudence considère que l'existence d'une réticence dolosive et que l'erreur est excusable. Si le caractère excusable ou non de l'erreur n'est pas pris en compte, cela signifie que c'est la conception du dol en tant que délit civil. Dans ce sens voir : Civ. 1^{re}, 21 janv. 1981, Bull. civ. I, n° 25, p. 23 ; 23 janv. 1987, D. 1987. IR p. 168 ; Civ. 3^e, 25 févr. 1987, Bull. civ. III, n° 36, p. 21 ; Civ. 1^{re}, 12 nov. 1987, Bull. civ. I, n° 293, p. 211. *Defrénois* 1988.1092, obs. Aubert, *RTD civ.* 1988.339, obs. J. Mestre ; *Com.*, 28 juin 2005, D. 2006.2774, note Chauvel, *RTD civ.* 2005.591, obs. Mestre et Fages.

Tout d'abord, on peut légitimement se demander si l'appréciation de l'étendue du dol soit être faite *in abstracto* ou *in concreto*. Mais ce serait rouvrir le débat entre la nature contractuelle et délictuelle de la responsabilité qui découle du dol, ce qui n'ajouterait rien à la question.

On se contentera donc de dire que si l'on retient que l'appréciation est plutôt *in concreto*, c'est celui qui invoque le dol qui doit le prouver, c'est-à-dire que l'obligation précontractuelle d'information n'a pas été réalisée²¹⁹, tandis que pour cette jurisprudence opérait un renversement de la charge de la preuve.

Cette divergence représente une opposition très nette au problème des effets du dol au stade de la formation du contrat, puisque pour les uns le négociateur victime d'un dol doit prouver la mauvaise foi de son cocontractant, alors que pour les autres la simple violation d'une obligation précontractuelle d'information suffira pour prouver le dol.

A ce stade déjà, la distinction entre dol et faute pourrait donc apparaître problématique, d'autant que les articles 1116 du Code civil français et 1515 du Code civil colombien exigent la preuve de l'intention de vouloir tromper le partenaire.

En effet, selon cette analyse, si la simple violation d'une obligation précontractuelle d'information sert à caractériser le dol, on se trouve face à une présomption de la mauvaise foi du partenaire, ce qui serait contraire à l'esprit des textes.

96.- Tranchant avec cette analyse traditionnelle, une autre approche originaire du droit colombien peut être proposée pour la reconnaissance d'une responsabilité précontractuelle spéciale et différente de la responsabilité délictuelle.

²¹⁹ *Ibidem.*

Selon cette nouvelle approche, les faits générateurs de responsabilité précontractuelle sont généralement liés à des comportements contraires à une règle de droit, voire, à un comportement illicite, ainsi qu'aux fautes qui sont à l'origine d'un vice du consentement²²⁰.

La distinction essentielle, par rapport aux théories traditionnelles de la doctrine française, tient donc à ce que si la violation d'une obligation précontractuelle n'est pas toujours suffisante pour vicier le consentement, elle est, au contraire, le fondement de l'action en responsabilité.

Plus exactement, l'existence d'une obligation précontractuelle d'information, au lieu d'influer sur le renversement de la charge de la preuve du dol, constitue une prévision légale et, dans cette perspective, agir contre cette prévision, que tout le monde est sensé connaître²²¹, reflète, sinon l'intention de vouloir causer un dommage au créancier de l'obligation, du moins une faute au stade de la formation du contrat.

La responsabilité résulterait de l'erreur, au lieu du dol, et elle serait, donc, précontractuelle. Autrement dit, le juge devra chercher quelle était la faute commise au stade de la formation du contrat, critère déterminant de la nature de la responsabilité précontractuelle.

§ II. La nature du préjudice réparable en cas de la provocation intentionnelle d'une erreur d'après la technique législative des systèmes comparés

97.- « *La technique législative est une expression dont l'objet consiste à décrire une partie de l'activité du législateur : la rédaction et la forme de l'élaboration de la loi* »²²².

²²⁰ V. SOZZO GONZALO, *Op. cit.* p. 107.

²²¹ « *Nemo censetur ignorare legem* », nul est censé d'ignorer la loi, « *la ignorancia de la ley no sirve de excusa* » (article 9 Code civil colombien).

²²² LASSERRE-KIESOW, Valérie, *La technique législative, étude sur les codes civils français et allemand*, Préface Michel Pédamon, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 19.

Tel qu'il est régi par de l'article 1116 du Code civil français, le dol « *est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé.* ».

En substance, la conséquence du dol, d'après ce texte, consiste uniquement en la nullité du contrat par vice du consentement.

Mais, se fondant sur le même postulat, l'article 1515 du Code civil colombien ajoute un second alinéa qui prévoit que « *Dans les autres cas, le dol donne lieu seulement à l'action de dommages-intérêts contre la personne, ou les personnes qui l'ont provoqué, ou qui en ont profité ; contre les premières jusqu'au total du montant du préjudice, et contre les deuxièmes jusqu'à concurrence du profit que l'on a reporté du dol* »²²³.

98.- Il apparaît de la comparaison de ces textes, que deux points essentiels doivent être mis en exergue. D'abord, l'examen de l'alinéa deuxième de l'article 1515 du Code civil colombien permet d'affirmer que, contrairement à ce qui est produit dans le droit civil français, le dol incident est aussi prévu comme un fait générateur de responsabilité civile.

Dès lors, deux démarches peuvent être suivies par la victime d'un dol au stade de la formation du contrat :

— Soit en insistant sur le caractère déterminant du consentement, ce qui laisse l'action de responsabilité subsidiaire à celle de nullité²²⁴ ;

²²³ Artículo 1515: “*El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que si él no hubiera contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo*”.

²²⁴ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 10e éd. Paris : Précis Dalloz, 2009, n° 240, p. 250

— Soit en mettant l'accent sur le fait que le dol affecte uniquement le patrimoine de la victime, ce qui sera réparé par la voie de la responsabilité civile²²⁵.

Quoi qu'il en soit, il est inévitable que l'agent du dol soit tenu d'une obligation de réparation. Celle-ci existe dans le Code civil colombien avec indépendance du principe général de responsabilité de l'article 2342 du même Code (1382 du Code civil français), voire, de l'article qui prévoit la responsabilité délictuelle.

Ce qui nous permet de distinguer dans le Code civil colombien la responsabilité précontractuelle.

99.- L'évolution du dol incident dans le droit français s'est achevée par la voie de la doctrine et la jurisprudence.

Pour une partie importante de la doctrine, « *distinguer entre la volonté de contracter, abstraitement considérée, et la volonté concrète de contracter à telles ou telles conditions* » est artificiel²²⁶. De sorte que la jurisprudence reconnaît actuellement l'existence d'un dol incident dans le système français²²⁷, mais, hélas, pour en fonder une action de nullité !

On retrouve donc que la différence de la méthode législative conduit les interprètes à la formulation de solutions divergentes. Toutefois, tant pour le système colombien que

²²⁵ « Rien n'oblige d'ailleurs la victime à demander la nullité du contrat si elle préfère se borner à réclamer des dommages-intérêts (Civ. 1^{re}, 14 nov. 1979, Bull. civ. I, n° 279, p. 226, D. 1980 IR p. 264, obs. J. Ghestin, RTD civ. 1980.763, obs. F. Chabas ; Civ. 3^e, 10 févr. 1999, n° 90, note Leveneur ; Com. 27 janv. 1998, RTD civ. 1998.904, obs. Mestre). La mise en jeu de la responsabilité de l'auteur conduit alors au rééquilibrage économique du contrat par le biais de la compensation entre la dette de réparation et l'engagement excessif du débiteur » : TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 10e éd. Paris : Précis Dalloz, 2009, n° 240, pp. 250 et 251. Dans le même sens, v. FAGES, Bertrand, *Droit des obligations*, 3^e édition : L.G.D.J., 2011, n° 113, p. 124 et. *Les autres conséquences du dol*. RTD Civ. 2009, p. 115.

²²⁶ FLOUR Jacques, AUBERT Jean Luc, SAVAUX Eric. *Les obligations*, tome 1, *L'acte juridique*. 11^e éd. Paris : Armand Colin, 2004, n° 214; contre TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 10^e éd. Paris : Précis Dalloz, 2009, n° 238, p. 249.

²²⁷ Civ. 3^e, 22 juin 2005, Bull. civ. III, n° 137, CCC 2005, n° 186, note Leveneur, RDC 2005.1025, obs. Stoffel-Munck.

pour le système français, le problème du dommage souffert par le contractant victime d'un dol se pose en pratique dans des termes identiques, il peut consister : « *dans des frais qui ont pu être engagés inutilement ; du temps a été perdu ; la possibilité d'écarter d'autres offres ou possibilités ; la perte des bénéfices escomptés ; la privation de l'usage d'un bien* »²²⁸. Cette indemnité révèle un déséquilibre significatif du contrat, produit par le dol au stade de sa formation, mais qui a été découvert au stade de son exécution.

Il convient désormais d'apprécier l'influence de la spécificité du dol comme fait générateur de responsabilité précontractuelle vis-à-vis de son rôle particulier : prévenir la conclusion d'un contrat déséquilibré.

²²⁸ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 10^e éd. Paris : Précis Dalloz, 2009, n° 433, p. 447.

CHAPITRE II

PREVENIR LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF DANS LE CONTRAT

100.- Le caractère déséquilibré du contrat est un trait essentiel d'une convention annulée pour dol. De nombreuses décisions subordonnent, en effet, l'application des règles de responsabilité précontractuelle (Section I) à l'existence d'un déséquilibre contractuel comme résultat d'un vice du consentement et non pas de l'inexécution d'une obligation originaire de la convention (Section II).

Section I

LA NOTION DE CONTRAT DESEQUILIBRE

101.- Pour comprendre la notion de contrat déséquilibré, il convient de déterminer sa nature dans les deux régimes comparés.

Lorsqu'un contrat est qualifié de « déséquilibré », il existe un lien avec la notion de lésion (§ I) mais cela ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle (§ II).

§ I. Le rapport entre la notion de déséquilibre significatif du contrat et la lésion

102.- Bien que ni le Code civil français, ni le Code civil colombien n'aient établi la lésion comme un vice du consentement, étant donné qu'elle a été réservée à certains contrats spéciaux²²⁹, la doctrine de ces deux systèmes s'accorde à la définir

²²⁹ En effet, les articles 1946 et suivants du Code civil colombien et les articles 1674 et suivants du Code civil français prévoient la rescision du contrat pour cause de lésion dans le contrat de vente immobilière. L'article 1674 établit ainsi que : « Si le vendeur a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand bien même il

comme : « ...le préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles... »²³⁰.

Alors que la doctrine colombienne est pauvre par rapport à l'analyse de la liaison entre lésion et déséquilibre du contrat, deux explications de ce phénomène sont traditionnellement exposées en droit français. D'abord, certains auteurs soutiennent que tout vice du consentement conduit à un déséquilibre. Le contrat devient déséquilibré à cause d'un facteur subjectif : le vice du consentement. Ensuite, une autre théorie ajoute que bien que le vice soit la cause d'un déséquilibre dans le contrat, il est aussi vrai que tout déséquilibre, sans que n'en importe la source, est sanctionnée.

103.- Ces deux positions nous conduisent à leur reconnaître une portée particulière : une vision subjective (A), et une vision objective (B).

A. Vision subjective du lien contractuel

104.- Celle qui concerne la vision subjective du déséquilibre doit donner une place très importante à l'impératif de liberté contractuelle, une place presque absolue²³¹. Ainsi le déséquilibre doit être toujours lié à un vice du consentement²³².

aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value ».

²³⁰ MAZEAUD Denis. *La Lésion. Répertoire Dalloz de Droit Civil*, p. 2 Dans le même sens voir PEREZ-VIVES, Álvaro, *Op. cit.*, p. 238.

²³¹ En ce sens : OUERDANE-AUBERT de VINCELLES Carole. *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Préf. Yves Lequette. Collection : Nouvelle bibliothèque de thèses 19. Dalloz, Paris, 2002, n° 11, p. 19.

Le déséquilibre ne peut être perçu comme un simple résultat, parce que « *Dans la mesure où seul compte le résultat, c'est-à-dire l'existence d'un déséquilibre contractuel, indépendamment de sa cause, le contrat devient un objet détaché des volontés qui l'ont créé, et peut être apprécié indépendamment d'elles* »²³³ ; et même, étant donné qu'une conception autonome de déséquilibre conduirait à penser « *non seulement [que] la volonté est inutile, mais il semblerait même qu'elle puisse être dangereuse...* »²³⁴ .

Cette conception restrictive et subjective du déséquilibre contractuel réduit par conséquent le domaine de la lésion en droit de contrats.

B. Vision objective du lien contractuel

105.- En matière de déséquilibre contractuel, il semble délicat d'être aussi affirmatif. En effet, le principe même que tout déséquilibre ne trouve son origine que dans un vice du consentement est contesté et contestable.

Il est, d'abord, contesté parce qu'il n'y a pas unanimité doctrinale sur ce point. A l'évidence, une autre partie de la doctrine considère que l'impératif d'égalité assurée par un consentement qui n'est pas vicié constitue une contradiction au principe même d'équilibre contractuel.

²³² LOISEAU Grégoire. Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion. JCP G, 24 Janv. 2001, n°4, II, p. 10461.

²³³ OUERDANE-AUBERT de VINCELLES Carole. *Op.cit.*, n° 9, p. 16-17

²³⁴ *Ibidem*. V. aussi une thèse antérieure sur l'équilibre contractuel, celle de Mme FIN-LANGER Laurence. *L'équilibre contractuel*. Thèse : Orléans : 2000.

En effet, certains préfèrent parler de « *principe de proportionnalité* »²³⁵ ou d'un « *principe général qui sanctionne l'excès* »²³⁶ afin de remédier au déséquilibre excessif dont le poids retombe sur l'une des parties après la conclusion du contrat.

Ensuite, il est contestable pour trois raisons : en premier lieu, parce qu'aucune décision jurisprudentielle, tant en France qu'en Colombie, ne subordonne l'existence du déséquilibre aux seules hypothèses des vices du consentement : il peut aussi dériver d'un fait générateur de responsabilité précontractuelle²³⁷. Ainsi, les arrêts cités par ces auteurs sont des arrêts d'une portée relative²³⁸. De plus, certaines de ces décisions peuvent s'interpréter en sens inverse²³⁹ alors que d'autres montrent la spécificité du fait générateur de responsabilité précontractuelle²⁴⁰.

Enfin, l'absence de sentence jurisprudentielle est due à l'existence d'une conception objective de déséquilibre contractuel dérivée directement du droit romain.

²³⁵ LE GAC- PECH, Sophie. *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. Horatia Muir-Watt. Bibliothèque de droit privé Tome 225. LGDJ, Paris, 2000, n° 719 et s. Dans le même sens : MAZEAUD Denis. *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* Les petites affiches, 30 septembre 1998 ; et DESGORCES Richard. *La proportionnalité dans le droit des contrats*. JCP G, 5 novembre 2003, n°45, II, p. 10171.

²³⁶ BAKOUCHE David. *L'excès en droit civil*. Thèse Préf. Michelle Gaubert. Collection Bibliothèque de droit privé, Tome 432, LGDJ, Paris, 2001, n°419 et s., p. 319 et s.

²³⁷ Voir par exemple : CHAUVEL Patrick, *observations sur Cass. 3^e. civ., 3 juill. 2002, n° 00-22.192, Sté. Poree Halvik c/ SCI Nouveau Plexi et M. Loisel, rejet, CA Versailles, 6 oct. 2000*, Droit & Patrimoine, 2002, p. 109.

²³⁸ Il s'agit, en effet, du célèbre arrêt Chronopost, d'après lequel « *Violo l'art. 1131 C. Civ. la cour d'appel qui fait application d'une clause limitative de responsabilité, alors qu'en raison du manquement du débiteur à une obligation essentielle, cette stipulation qui contredit la portée de l'engagement pris doit être réputée non écrite* » (affaire Chronopost) : Bull. civ. IV, n° 261 ; Com. 22 oct. 1996, Grands arrêts, vol. 2, n° 156 ; D. 1997. 121, note Sériaux ; ibid. 1997. Somm. 175, obs. Delebecque. JCP 1997. II. 22881, note D. Cohen. Ibid. I. 4025, n° 17, obs. Viney. Ibid. I. 4002, n° 1, obs. Fabre-Magnan ; Gaz. Pal. 1997.2.519, note R. Martin. Defrénois 1997.333., obs. D. Mazeaud. CCC 1997, n° 24, obs. Leveneur ; RTD Civ. 1997.418, obs. Mestre.

²³⁹ L'auteur cite comme exemple de l'absence de répercussions par la société Chronopost sur le contrat, malgré l'arrêt déclarant que la clause limitative de responsabilité était réputée non écrite, l'article de Nicolas MOLFESSIS, *Remarques sur l'efficacité des décisions de justice (à propos des effets de l'arrêt Chronopost)* RTD Civ. 1998.213. V. OUERDANE-AUBERT de VINCELLES Carole. *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Préf. Yves Lequette. Collection : Nouvelle bibliothèque de thèses 19. Dalloz, Paris, 2002, n° 9, p. 21. Or, l'absence de répercussions pour le défendeur dans une affaire, ne suffit pas à nier sa portée académique par rapport à l'analyse de l'équilibre contractuel.

²⁴⁰ Com. 17 juin 1997, B. IV n° 188, D. 1998.208 note CASEY, Defrénois 1997.1424 obs. L. AYNÈS, D. Qff. 1997.929, Bull. Joly 1997.866 note Le CANNU, Droit et Société 1997 n° 152 obs. T. BONNEAU, RTD Civ. 1998, p. 100 obs. J. MESTRE, p. 157 obs. P. CROCQ, JCP 1997 éd. E II.1007 note D. LEGAIS.

Un lien avec le droit romain, plus fort en droit colombien, son Code civil, à la différence du Code Napoléon, ayant expressément consacré la théorie des prestations des fautes (Article 63 du C. civ. colombien).

Dans cette théorie, lorsque la « culpa » s'explique par rapport à l'utilité que les parties pensent tirer du contrat, cette explication sert aussi à déterminer le degré des prestations entre les parties : si le contrat ne profite qu'au débiteur, il sera tenu d'une plus grande attention, même sur le patrimoine et l'activité de son créancier, que si le contrat ne profite qu'au créancier²⁴¹. L'équilibre est donc maintenu par la proportionnalité de leurs intérêts.

Par ailleurs, contrairement à l'idée des défenseurs de la théorie subjective du déséquilibre contractuel, d'après laquelle « *exiger un accord des parties sur les éléments essentiels constitue un facteur d'incohérence pour le droit des contrats* »²⁴²; le Code civil colombien énonce justement que le contrat existe dès que les parties se sont mises d'accord sur les éléments essentiels du contrat, et du fait que l'équilibre dépend, en partie, de ce qui a été voulu par les contractants (Article 1501 du C. civ. col).

A cet égard, le Code colombien dispose : « **Art. 1501** – *On distingue dans chaque contrat les choses qui sont de son essence, celles qui sont de sa nature et celles dont le caractère est purement accidentel. Les choses de l'essence du contrat sont les éléments sans lesquels soit ne se produit aucun effet, soit qui dégénèrent en (se dégradant en) un contrat différent ; les choses de la nature du contrat sont celles qui n'étant pas essentielles, sont considérées comme lui appartenant, sans nécessité d'une clause spéciale ; et les choses accidentelles à un contrat représentent celles qui*

²⁴¹ Article 63 du Code Civil colombien.

²⁴² *Ibidem*. V. aussi une thèse antérieure sur l'équilibre contractuel, celle de Mme FIN-LANGER Laurence. *L'équilibre contractuel*. 311 p. Thèse : Orléans : 2000.

ne lui appartiennent ni de manière essentielle ni naturelle, et qui y sont ajoutées grâce à des clauses spéciales. »

Cette disposition, bien que méconnue en France, elle n'est pas du tout étrangère à la pensée d'une autre partie de la doctrine française. En effet, certains auteurs défendent l'avantage de cette position parce que *« si l'accord partiel porte sur les éléments objectivement essentiels du contrat négocié, par exemple la chose et le prix, et que seuls des éléments objectivement accessoires, par exemple les modalités de paiement, restent à négocier, on considère alors que le contrat futur est réputé de formé »*²⁴³.

D'autres trouvent d'autres avantages : d'abord, que l'accord sera formé à partir de l'accord sur l'essentiel, sans que des négociations soient encore achevées ; ensuite, qu'une telle règle met en valeur des mécanismes de protection du consentement créés par les plus récents modèles de codification en droit privé, notamment le principes européens du contrat, lesquels sont fondés sur l'apparence, voire, les expectatives des parties lors de la formation du contrat ; ainsi, l'accord sur les éléments essentiels *« devient le seul indice objectif de la volonté des parties, et l'importance concédée à la croyance légitime d'autrui »*²⁴⁴.

Enfin, ces auteurs considèrent que cette règle favorise autant que possible la conclusion du contrat²⁴⁵.

En outre, la règle de l'article 1501 du Code civil colombien a l'air de coïncider avec une autre rédigée postérieurement dans l'article 2-204, alinéa 3, de l'Uniform Commercial Code. Cela montre qu'en somme, la consécration d'une telle règle fait du

²⁴³ MAZEAUD Denis, *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée*, Droit et Patrimoine, juillet/août 1996, p. 50. Dans le même sens : LAUDE, A, *« Le constat judiciaire des pourparlers »*RTD Com. 1998, p. 552.

²⁴⁴ GWENNHAEEL François. *Consentement et objectivation*. Préf. Patrick Chauvel. Collection de l'Institut de droit des affaires, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 2007 n° 55, p. 64.

²⁴⁵ *Ibidem*.

droit colombien, sur ce point, un droit pragmatique, objectif, moderne et en harmonie avec l'évolution d'autres systèmes.

Il ne semble pas vraiment que ce soit un problème pour qu'il soit adopté par le droit français, comme l'a bien fait savoir la Cour de cassation française dans les contrats de travail²⁴⁶ et de bail²⁴⁷.

Etant entendu, désormais, que la conception objective du déséquilibre contractuel n'est pas étrangère aux systèmes comparés, et qu'il peut provenir autant d'un vice du consentement que d'une faute, dolosive ou non, commise au stade de la formation du contrat, il convient d'expliquer les raisons pour lesquelles une telle conception ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle.

§ II. L'obligation de prévenir le déséquilibre significatif du contrat

106.- Le problème du déséquilibre significatif du contrat se pose à l'heure actuelle à propos des rapports entre commerçants en droit français. En effet, l'article L 442-6, numéral 2, (modifié par la Loi n°2010-874 du 27 juillet 2010 - art. 14), prévoit : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

107.- La question de savoir si, en cas de la conclusion dolosive d'un contrat, l'obligation d'agir de bonne foi est étendue à celle de prévenir la conclusion d'un

²⁴⁶ Dans ce sens voir Cass. soc. 13 mars 1974 : Bull. civ. V, n° 173 et Cass. soc. 7 janvier 1981.

²⁴⁷ Cass. 3^{ème} civ., 27 juin 1973 et Cass. 3^{ème} civ., 23 février 1982 : JCP G 1982, IV, p. 167.

contrat déséquilibré, est subordonnée à la théorie objective de l'équilibre contractuel²⁴⁸,.

1) La théorie objective de l'équilibre du lien contractuel se fonde à vrai dire sur l'idée d'une justice commutative tirée à la fois d'Aristote et de Saint-Thomas d'Aquin²⁴⁹. Cette idée est en rapport avec les contrats bilatéraux, nommés par le Code civil colombien « *contrats commutatifs* » (art. 1498 C. civ. col.), dont il est possible d'obtenir la valeur objective des prestations tirées du contrat.

D'après ce texte : « *Le contrat onéreux est commutatif, quand chacune des parties s'oblige à donner ou faire une chose vue comme équivalente à ce que l'autre partie doit donner ou faire à son tour ; et si l'équivalent consiste en une contingence incertaine de gain ou de perte, il est dit aléatoire* »²⁵⁰.

2) Lorsque l'on se réfère à l'idée d'équilibre significatif du contrat, on n'évoque pas les contrats gratuits, dits de bienveillance, mais les contrats à titre onéreux dont l'équivalence est évaluée par rapport à la *coopération et l'abnégation*²⁵¹ de chaque partie envers l'autre afin de trouver leur utilité commune, dans une vision plus humaniste.

²⁴⁸ Dans ce sens, voir : JAMIN Christophe. *Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales*. RTD Civ., 1996, p. 1009.

²⁴⁹ SAINT-THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Collection Éditions de la Revue des jeunes, Société Saint Jean l'Évangéliste Desclée, Paris, 1925, question 61, art. 3, Rép.

²⁵⁰ Les critiques auparavant exposées se consacrent plutôt à attaquer le mouvement doctrinal nommé « *le solidarisme contractuel* », dont Andrés Bello, en 1855, ne pouvait faire partie. A présent, il semble que les idées exposées dans les articles du Code civil colombien puissent contribuer à expliquer les idées soutenues par certains membres de ce mouvement. Sur le solidarisme contractuel, voir : MAZEAUD Denis. Mais qui a peur du solidarisme contractuel ?. *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1828 ; REMY Philippe. La genèse du solidarisme contractuel. Dans : *Le solidarisme contractuel*. Paris: Economica, 2004, p. 9 . En en Colombie : BERNAL-FANDIÑO, Mariana. *El soldidarismo contractual, especial referencia al derecho francés*. Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 114: 15-30, julio-diciembre de 2007; contre: MANTILLA ESPINOSA Fabricio. *El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia*. Artículo. Revista Chilena de Derecho Privado. N° 16, Santiago, Chile, 2011, pp. 187-241.

²⁵¹ MAZEAUD Denis, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? In L'avenir du droit - Mélanges offerts à François Terré*. Dalloz, P.U.F., 1999, p. 603.

Cela nous conduit à analyser le rapport entre la notion objective de déséquilibre contractuel et celle de contrats onéreux.

Section II

Le rapport entre le dol vice du consentement et les contrats onéreux afin de créer un déséquilibre significatif du contrat

108.- Il conviendra d'apprécier si, et dans quelle mesure, cette conception de contrat onéreux (§ I) est le résultat du dol et non pas de l'inexécution d'une obligation originaire de la convention (§ II).

§ I. Onérosité et déséquilibre significatif du contrat

109.- La notion de déséquilibre contractuel est liée à la notion de contrat onéreux dans les deux régimes comparés. Toutefois, les législateurs de 1804 et 1855 n'ont pas gardé la même technique législative dans la rédaction des articles respectifs.

En effet, alors que dans le Code napoléonien l'article 1106 énonce que « *le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose* », l'article 1497 du Code de Bello reprend une ancienne idée de la doctrine française, selon laquelle les contrats sont onéreux « *lorsqu'ils ont pour objet l'utilité des deux contractants, en taxant chaque partie au bénéfice de l'autre* ».

109.- Cette idée de sacrifice ou de collaboration entre les parties au contrat à leur propre avantage est attribuée à Pothier, mais prolongée par Delvincourt, Demante et Veaux²⁵².

En outre, cette idée a influencé le Code civil colombien. En effet, en droit colombien le déséquilibre n'est pas pris en compte sans analyser le comportement des contractants. Ainsi, la cause du déséquilibre n'est pas indifférente. La disproportion est en rapport avec la négligence du débiteur, une négligence qui peut trouver son origine dans l'étape précontractuelle, en particulier lorsqu'une telle négligence est dérivée du manquement à l'obligation de bonne foi, comme on le constatera ci-infra.

§ II. La détermination du déséquilibre après la conclusion d'un contrat dolosif

110.- Le déséquilibre causé par le dol transparait dans le contrat par la création de conditions plus onéreuses pour l'autre partie (A), ou par l'obtention d'un avantage illégitime du cocontractant (B).

A. La création de conditions plus onéreuses pour l'autre partie

111.- L'information influençant les conditions du contrat, comme sa valeur, peut être créée à partir des renseignements délivrés par le vendeur au stade de la formation du contrat²⁵³. Ainsi, le vendeur qui rédige une attestation erronée afin

²⁵² DO Van Dai, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*. Thèse. Préf. Jacques MESTRE. Collection : Institut de droit des affaires (Aix-en-Provence): 2004, n° 40, p. 38.

²⁵³ KENMOGNE SIMO Alain. *La sanction du dol ayant amené à contracter à des conditions différentes*. *Revue Lamy D.C.*, 09/2008, n° 52.

d'induire en erreur l'acheteur sur la qualité de la chose vendue, d'après la Cour de cassation française, commet une réticence dolosive. Faute intentionnelle, ce caractère autorise les acheteurs à obtenir une indemnisation du dommage.

La troisième chambre civile nous en donne un exemple dans une affaire où les acquéreurs d'une maison d'habitation envahie par des termites avaient assigné les vendeurs au motif que ceux-ci, par la voie d'une société, avaient attesté l'absence de trace d'insectes dans l'immeuble. En effet, les vendeurs avaient dissimulé aux acquéreurs les factures des travaux qu'ils avaient dû faire effectuer sur les planchers avant d'offrir la maison en vente. Cette dissimulation fut déterminante dans le calcul du prix de l'immeuble.

La Cour a considéré que : *« ayant retenu à bon droit, que le vendeur qui a commis une réticence dolosive n'est pas fondé à demander la garantie du professionnel qu'il a induit en erreur ; la cour d'appel, qui a relevé que les époux X avaient volontairement induit en erreur la SCP sur l'existence de termites et que leur attitude était à l'origine de la rédaction de l'attestation erronée, en a exactement déduit qu'ils devaient être condamnés à garantir la SCP de la totalité des condamnations prononcées à son encontre »*²⁵⁴. Il convient d'étudier le sens de l'arrêt et sa valeur.

1. Sens de l'arrêt du 19 novembre 2008

112.- Deux renseignements peuvent se déduire de cet arrêt par rapport au droit positif français.

²⁵⁴ Cass. civ. 3^e, 19 nov. 2008, n° 07-17.880, D. 2008.3085, note FAGES, Bertrand, RTD Civ 2009, p. 115. Dans ce sens, voir aussi : LAGARDE Xavier. Sur l'utilité de la théorie de la cause. *D.* 2007, n° 11, p. 740.

1) Le premier concerne la notion de déséquilibre par rapport à la création des conditions plus onéreuses dans le contrat pour l'une des parties. Un contrat peut être qualifié de déséquilibré si la cause de l'une des parties, ici du vendeur, consiste à transférer la propriété d'une chose dont la mauvaise qualité, vice caché par dissimulation, en rend l'utilisation impossible, et oblige l'acquéreur à prendre à sa charge des travaux non prévus dans le contrat afin de pouvoir user du droit de jouissance de la chose dans l'état initialement annoncé par le vendeur. Tout cela par la voie d'une attestation volontairement, voire intentionnellement, erronée : *« les époux X avaient volontairement induit en erreur la SCP sur l'existence de termites et que leur attitude était à l'origine de la rédaction de l'attestation erronée ».*

L'aspect intentionnel du dol constitue clairement l'élément déterminant du déséquilibre du contrat.

Et c'est précisément en raison de cette intention de causer un dommage au cocontractant par la conclusion du contrat que la Cour décida, non pas l'annulation du contrat, mais de l'équilibrer par la voie d'une indemnisation de dommages et intérêts.

2) Le second renseignement que l'on peut tirer de cette décision concerne le domaine de l'article 1116 du Code civil français. Celui-ci ne se limite pas aux seuls effets de la nullité du contrat, mais s'étend à la responsabilité civile qui découle d'un dol, même non déterminant du consentement, au stade de la formation du contrat, ce qui le rapproche du régime de l'article 1515 du Code civil colombien.

Il convient d'apprécier la valeur respective de cette décision.

2. Valeur de l'arrêt du 19 novembre 2008

113.- L'affirmation de la Cour de cassation française suivant laquelle induire volontairement en erreur le cocontractant est une attitude qui mérite d'être sanctionnée par l'indemnisation du dommage, constitue une nette réaffirmation du caractère spécial du dol comme fait générateur de responsabilité précontractuelle en droit positif français.

Aucun auteur ne s'est ainsi prononcé. Toutefois, cette décision révèle l'aspect volontaire de l'induction en erreur du cocontractant comme un comportement reprochable au stade de la formation du contrat. Il est clair dans l'arrêt qu'il ne s'agit pas d'une faute quelconque, mais d'une faute dont le caractère intentionnel dérive du fait que les vendeurs étaient en mesure de prévoir les effets de leur attestation erronée : la création de conditions plus onéreuses pour l'acheteur.

C'est ce même critère qui permet de distinguer le fait générateur de responsabilité précontractuelle en droit colombien.

B. L'obtention d'un avantage illégitime du cocontractant

114.- En droit positif français, pour qu'il y ait dol « *il n'est donc pas nécessaire que la 'mauvaise' volonté ait pour but la réalisation du dommage, il suffit qu'elle ait porté sur l'inexécution de l'engagement. L'intention de nuire au créancier laisse la place à l'intention de ne pas exécuter le contrat alors que l'exécution est possible* »²⁵⁵. Il s'agit d'une conception élargie qui coïncide avec celle qui résulte du simple examen du texte régissant les conséquences du dol dans l'article 1515 du Code civil colombien.

²⁵⁵ MAZEAUD Denis. *La notion de clause pénale*. Préf. Francois Chabas. Collection : Bibliothèque de droit privé Tome 223. LGDJ, Paris 1992, n° 587, p. 333.

D'après le deuxième alinéa de cet article, on prévoit que lorsque le dol donne lieu à une action en dommages et intérêts, celle-ci est adressée : « *contre la personne ou les personnes qui l'ont provoqué, ou qui en ont profité ; contre les premières jusqu'au total du montant du préjudice, et contre les deuxièmes **jusqu'à concurrence du profit que l'on a reporté du dol*** »²⁵⁶.

115.- Il convient de se demander dans quelle mesure cette conception du dol affirme le rapport entre déséquilibre contractuel et responsabilité précontractuelle.

A cette question la cour de cassation, a répondu positivement dans une décision du 22 juin 2004²⁵⁷.

Dans les faits, deux pollicitants avaient proposé à un tiers de leur acheter un lot de statuettes pour qu'il les revende. Ce tiers, ayant précédemment vendu dans des conditions similaires une statuette de facture identique dont la valeur avait été considérée comme surévaluée par le commissaire-priseur qu'il avait contacté, a décliné l'offre mais en acceptant cependant, de conserver la collection dans l'attente de trouver un éventuel acheteur. Quelques jours plus tard, ce tiers recevait la visite d'un client qui lui proposait d'acquérir le lot de statuettes pour un montant avantageux, ce qui lui aurait permis de réaliser un profit substantiel. Le client n'emporta rien mais versa un acompte. Le tiers accepta donc l'offre faite par les deux pollicitants pour le montant qu'ils demandaient au motif qu'il avait trouvé un acheteur, et le contrat fut ainsi exécuté. Cependant, le client en question n'est jamais réapparu. Le tiers, estimant avoir été trompé, déposa donc plainte pour escroquerie.

²⁵⁶ Artículo 1515 : “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”.

²⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2004, 01-17258

Une ordonnance de non-lieu ayant été rendue, il saisit le tribunal pour demander l'annulation de la vente, ainsi que la restitution de la somme versée en exécution du contrat, ainsi que des dommages intérêts en réparation du préjudice subi.

La Cour d'appel de Montpellier admit, d'une part, l'existence de manœuvres concertées entre les deux pollicitants et le client, afin d'inciter le tiers à acquérir le lot de statuettes pour une somme sans rapport avec leur valeur réelle. Néanmoins, considérant que l'acceptant avait donné son consentement non en raison de la valeur attribuée de façon erronée aux statuettes, mais parce qu'il pensait pouvoir les revendre en réalisant un profit, celui-ci ne pouvait se prévaloir de sa propre turpitude, et a donc rejeté la demande de nullité en déboutant sa demande de dommages et intérêts.

La Cour de cassation censura doublement l'arrêt de la Cour d'appel. D'une part, elle a considéré « *qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que M. C. [l'acceptant] avait été victime de manœuvres dolosives exercées, de façon concertée, par les défendeurs dans le seul dessein de lui soutirer une somme d'argent importante, ce dont il s'ensuivait que la vente était nulle et que le principe selon lequel « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude » ne pouvait recevoir application, sans qu'il n'importe que l'intéressé ait lui-même agi en croyant réaliser un profit substantiel non justifié, la Cour d'appel a violé, par fausse application, le principe précité et, par refus d'application, l'article 1116 du Code civil* ». En outre, la Cour de cassation reprocha également à la Cour d'appel d'avoir écarté la demande de dommages et intérêts de M. C. alors que : « *le principe susvisé [selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude] ne s'applique pas en matière délictuelle* ».

1) La portée de la conception élargie du dol et de déséquilibre contractuel lié à l'intention d'obtenir un avantage illégitime dès la formation du contrat est différente de l'intention de ne pas vouloir exécuter les obligations après sa conclusion.

2) En effet, croire que l'on peut tromper son cocontractant, avec pour seul objectif, en concluant le contrat, la réalisation d'un possible profit, n'est pas important. Ce qui est important, c'est l'existence de manœuvres dolosives justifiant que le contrat soit annulé. En conséquence, le dol donne lieu autant à la nullité d'un contrat qu'à l'indemnisation du dommage souffert par le cocontractant victime.

3) Le rapprochement des régimes colombien et français est évident sur ce point. La cour de cassation française est arrivée à cette solution en s'appuyant sur l'article 1382 du Code civil, c'est-à-dire, sur le principe général de la responsabilité délictuelle. Toutefois, la même hypothèse dans le système colombien, trouve une solution dans le principe général de responsabilité précontractuelle, d'après l'article 863 du Code de commerce colombien.

116.- L'examen comparé du droit positif français avec le droit colombien ne laisse donc guère de doute sur l'évolution du dol vice du consentement vers l'établissement de l'obligation précontractuelle d'information. Celle-ci constitue l'une des limites à la liberté reconnue aux négociateurs au stade de la formation du contrat.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

117.- C'est par rapport au concept de dol qu'est, enfin, construite la notion d'obligations précontractuelle d'information. Ainsi, elle n'a aucune portée sur le

renversement de la charge de la preuve du dol vice du consentement ; elle est uniquement destinée à fonder une action en responsabilité civile.

Ce but essentiel qui constitue la cause de l'obligation de réparer le dommage causé par le dol au stade de la formation du contrat explique que cette responsabilité soit autonome et indépendante des autres espèces de responsabilité civile.

Après d'avoir constaté que la qualification de cette responsabilité comme « *délictuelle* » était insuffisante, il est important de signaler que le dol peut créer de véritables déséquilibres significatifs dans le contrat, lesquels vont constituer le fondement de la réparation.

Cette dernière n'est pas non plus une solution qui sert à donner une nature « *contractuelle* » à cette responsabilité, car une fois la nullité déclarée, le contrat sera effacé du monde juridique.

La responsabilité précontractuelle se révèle comme un moyen de pression pour les négociateurs, destiné à garantir un comportement de bonne foi avant et pendant la conclusion du contrat.

Elle est, de même, le moyen de réparer un préjudice particulier, un préjudice qui malgré l'absence de lien contractuel, avait pu être prévu par les contractants.

CONCLUSION DU TITRE II

118.- L'étude de cette hypothèse de responsabilité précontractuelle que constitue le dol nous a permis de dégager son autonomie. En effet, si le dol confère à cette responsabilité un caractère délictuel, son but se consolide vers la protection de la liberté contractuelle.

Le détail de ces multiples aspects de ce fait générateur de responsabilité nous a conduits à déterminer certains éléments caractéristiques qui permettent de la différencier des autres responsabilités voisines.

L'aspect contraignant de l'obligation d'information, montre la fonction préventive de la responsabilité précontractuelle contre la conclusion de contrats déséquilibrés.

Toutefois, l'aspect dolosif du comportement du cocontractant au stade de la formation du contrat peut dépasser le champ d'application de ladite obligation lorsque le contractant est forcé, voire, violenté afin de conclure un contrat.

Par conséquent, il convient désormais de se pencher sur la violence comme un troisième fait générateur de responsabilité précontractuelle.

TITRE III

LE CARACTERE DELICTUEL DE LA VIOLENCE

119.- La conclusion violente d'un contrat constitue un fait générateur de responsabilité précontractuelle dans la mesure où la violence de l'un des cocontractants, ou d'un tiers, relève des caractères spéciaux ressemblant à la mauvaise foi, voire, à la déloyauté²⁵⁸.

Les règles spécifiques qui découlent du caractère délictuel de la violence doivent être étudiées en fonction de sa gravité (Chapitre I). En outre, parce que l'existence d'une violation au devoir d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat ne fait peser aucun doute sur l'existence d'une faute précontractuelle, il faut analyser l'origine de la violence par rapport aux obligations tirées de la bonne foi (Chapitre II).

²⁵⁸ RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4 éd. 1996, n° 41 et s. Dans le même sens v. MONTELS Benjamin. La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence. *RTD Com*, 2002, pp. 417 et s. ; MESTRE Jacques. *Violence morale et dépendance économique*. *RTD Civ.*, 2002, p. 502.

CHAPITRE I

LA GRAVITE DE LA MENACE

120.- Pour comprendre quelle est la situation d'un contractant qui utilise un certain degré de violence au stade de la formation du contrat, il convient de déterminer la nature de la violence exercée.

Lorsqu'un contrat est formé par violence, il existe alors une pluralité de moyens, les uns principaux, les autres accessoires, qui ont chacun une cause et un objet spécifiques.

Cette dualité de moyens utilisés par le cocontractant pour créer la crainte d'un mal considérable permet de distinguer le fait générateur de responsabilité précontractuelle chez le contractant, d'une part, par la création de sentiments d'angoisse, d'anxiété, de frayeur ou de peur²⁵⁹ de souffrir lui-même un mal (Section I), d'autre part, les mêmes sentiments par rapport à la menace exercée contre une personne de son entourage (Section II).

Section I

LA CREATION D'UNE CRAINTE D'UN MAL CONSIDERABLE AU STADE DE LA FORMATION DU CONTRAT CHEZ LE CONTRACTANT

121.- Certes, tout sentiment de crainte ne suffit pas à provoquer la conclusion d'un contrat vicié. Pourtant, au stade de la formation du contrat, la crainte ne se distingue guère d'autres catégories de délits. On constate, en effet, lorsque l'on analyse le processus de sa création qu'elle viole toutes les règles de la bonne foi

²⁵⁹ Petit Robert

précontractuelle. En particulier, l'étude de la forme de la violence, étant donné qu'elle peut s'appuyer sur une circonstance de supériorité physique, légale, ou encore économique (§ I). Cela met en lumière non seulement son caractère précontractuel, mais encore son autonomie par rapport aux règles de la responsabilité extracontractuelle (§ II).

§ I. L'emploi de la supériorité physique contre le cocontractant au stade de la formation du contrat

122.- Le principe qui préside en ce qui concerne la formation du contrat est, conformément au système de droit colombien, la bonne foi. Bonne foi qui est aussi devenue un principe général de droit dans le système français à partir d'une longue évolution jurisprudentielle.

Bien que d'ordinaire, la violence exercée au stade de la formation du contrat puisse vicier le consentement du cocontractant victime, et dont la sanction serait la nullité du contrat, elle peut tout aussi bien être le fondement d'une obligation de réparer le dommage qui subsiste après ladite nullité²⁶⁰.

C'est évidemment dans cette hypothèse que l'autonomie de la violence comme fait générateur de responsabilité précontractuelle par rapport à la faute délictuelle ressort avec le plus de netteté²⁶¹ : c'est-à-dire lorsque l'agent du dommage, soucieux quant aux moyens employés pour créer une crainte chez son partenaire, conclut avec lui un contrat destiné à lui créer un dommage qui sera constaté au stade de son exécution.

²⁶⁰ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 10^e éd. Paris : Précis Dalloz, 2009, n° 433, p. 447.

²⁶¹ *Ibidem*, n° 243, p. 252.

123.- Cette autonomie relative résulte, dans les deux régimes comparés, de la violation du devoir d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat à travers l'emploi de la supériorité physique contre le cocontractant.

1) Ainsi, dans les deux régimes comparés, la violence physique est considérée comme un fait suffisant pour créer la crainte d'un dommage dans le corps ou à la vie du cocontractant. En France, notamment, l'idée première de la violence fut rattachée à la menace visant l'intégrité physique de la personne.

On trouve des exemples de menaces pour capter un héritage²⁶², mais aussi pour obtenir des transactions avantageuses. En ce sens, l'utilisation d'une arme à feu au cours d'une séparation de biens peut suffire à créer un sentiment de menace chez l'un des époux qui signera contre son gré une transaction attribuant la plus grande partie des actifs de la communauté de biens du mariage à l'autre époux²⁶³ ; de la même manière, l'utilisation de ce type d'armes peut pousser des centaines de personnes à vendre à prix dérisoire ou même à donner des terres ou des biens meubles à ceux qui les ont violemment menacés²⁶⁴.

2) On constate que les exemples d'utilisation de la violence physique se font de plus en plus rares en France²⁶⁵, alors que se produit le phénomène inverse en Colombie, comme nous l'analyserons par la suite, au moment d'étudier l'origine de la violence.

²⁶² Cass. 3^e civ. 18 déc. 1972, Bull. civ. III, n°681

²⁶³ Cass. civ. 1^{ère}. 12 janvier 1994, n° 90-17.660

²⁶⁴ D'après la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme (CIDH), la majeure partie de ces personnes ont quitté leurs propriétés en raison de la menace de mort ou de souffrir un dommage dans leurs corps en raison du feu croisé entre les groupes guérilleros et l'armée colombienne : CIDH: « *Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia* », Junio de 1999, p. 211. Dans le même sens la « *Consejería para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado* » (CODHES), affirme que 270.000 colombiens se sont vus forcés de quitter leurs propriétés au cours du premier semestre de 2008 : CODHES. *Aproximación a la realidad actual del desplazamiento y políticas de Estado*. Carta ejecutiva Noviembre. Boletín de Información gremial, Medellín : Federación Antioqueña de ONG : octobre de 2001, p.4.

²⁶⁵ CHAUVEL Patrick. *La violence*. Répertoire de Droit civil, septembre 2003, p.2

§ II. L'emploi d'une circonstance de supériorité légale ou économique contre le cocontractant au stade de la formation du contrat

124.- Il est possible d'apprécier la violence exercée par la supériorité légale du contractant en fonction de différents critères. On étudiera les hypothèses de supériorité légale (A) et de supériorité économique (B).

A. La violence exercée à partir d'une position de supériorité légale

1) En Colombie, par exemple, un acte d'autorité exercé par certains fonctionnaires de l'Etat, comme la police anti-traffic de drogues, peut constituer une menace pour le cocontractant.

En effet, un rapport rendu par la Cour constitutionnelle en 2004, a conclu que la fumigation répétée de plantations de coca, affecterait également d'autres cultures licites. Cette hypothèse de violence physique a fait l'objet d'une protection constitutionnelle suite à une action de « *tutela* » des groupes afro-colombiens et autochtones dénonçant que par ces moyens la police colombienne cherchait à affecter leur survie, ce qui les avait contraints à abandonner leurs terres pour les vendre aux entreprises multinationales pour qu'elles soient exploitées intensivement²⁶⁶.

²⁶⁶ « (...) la fumigation des cultures illicites masque une stratégie officielle souterraine, à travers laquelle la police cherche à affecter notre survie et nous force à abandonner nos terres en nous laissant dans l'impossibilité d'y vivre dans la mesure où la fumigation a détruit toutes nos sources de revenus. Une fois abandonnées, ces terres sont vendues aux grands capitalistes nationaux et aux entreprises multinationales pour qu'elles soient intensivement exploitées » : Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, Magistrado Ponente : Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, disponible sur Internet : [HTTP://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/AUTOS/2009/A005-09.HTM#_FTN34](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/A005-09.htm#_ftn34),

2) Par ailleurs, la Cour Suprême de Justice colombienne, qui rejoint sur ce point la doctrine française, a accepté que le fait d'employer une voie légale pour obtenir un avantage illégal²⁶⁷, voire abusif²⁶⁸, peut constituer un acte de violence de la part du cocontractant.

Ainsi, on peut abuser d'un droit lorsque l'on a recourt à la menace de poursuites contre un débiteur afin d'obtenir une transaction avantageuse qui dépasse manifestement le montant du dommage effectif²⁶⁹ ou que l'on cherche à obtenir une promesse ou un avantage sans rapport avec le droit invoqué²⁷⁰, ou encore lorsque l'on menace de poursuites pénales afin d'obtenir une prestation importante et injustifiée²⁷¹.

L'étude de l'emploi de la violence par la voie d'une condition de supériorité économique permet aussi de vérifier l'autonomie de la violence comme fait générateur de responsabilité précontractuelle.

B. La violence exercée à partir d'une position de supériorité économique

²⁶⁷ « Dans le même sens, la doctrine française s'est prononcée en soutenant que « l'emploi d'une voie de droit légale, régulière en apparence, peut s'avérer être une manœuvre injuste, exercée sans autre motif que le désir d'obtenir un avantage illégal ; la nullité doit alors être prononcée ». (*Tratado de Derecho Civil*, Ripert y Boulanger, T. IV, pág. 141) », Cas. Civ. Sentencia de mayo 3 de 1984, G.J. CLXXVI, p. 184 et s.

²⁶⁸ « La menace de l'emploi d'une voie de droit ne constitue une violence au sens des articles 1111 et suivants du code civil que s'il y a abus de cette voie de droit, soit en la détournant de son but, soit en en usant pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif » : Cass. 3^e civ. 17 janv. 1984, Bull. civ. III, n° 13, Defrénois 1985, art. 33481, n° 11, obs. J.-L. Aubert, RTD Civ. 1985.367, obs. Mestre ; CA Paris, 8 juillet 1982, D. 1983.473, note Landraud. Civ. 1^e, 3 nov. 1959, D. 1960.187, note Holleaux (menace d'expulsion proférée par un agent d'affaires dépourvu de tout droit ou titre).

²⁶⁹ Cass. Civ. 9 avr. 1913, DP 1917.1.103 : promesse de 65000 F. pour un manque de 20 F ; CA Toulouse, 26 mars 1981, D. 1981.386, note R. Merle.

²⁷⁰ Cass. Req. 6 avr. 1903, S. 1904. 1.505, note Waquet : reconnaissance de dette souscrite par une femme sous la menace de poursuites pénales pour adultère ; Cass- com. 28 mai 1991, Bull. civ. IV, n°120, D. 1991, somm. 385, obs. L. Aynès : cautionnement souscrit sous la menace de la remise en cause d'un changement de régime matrimonial déjà homologué ; V. égal., Cass. 1^e civ. 30 juin 1954, JCP 1954. II. 8325, obs. Y.

²⁷¹ Cass. 3^e civ. 17 juillet 1967, D. 1967. 509

125.- La supériorité économique peut également constituer une menace lorsque le cocontractant doit faire face à un abus de position de son partenaire lors des négociations.

Une lecture de l'article L. 442-6 du Code de commerce français laisse penser que tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, engage sa responsabilité lorsqu'ils soumettent le partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives²⁷².

Dans cette perspective, l'obligation de réparer le dommage sera naturellement analysée comme une obligation de réparation régie par la responsabilité précontractuelle, plutôt que la délictuelle. La loi à laquelle appartient l'article incite à une telle conclusion puisqu'elle a été votée pour rétablir « *la loyauté et l'équilibre des relations commerciales* »²⁷³.

A l'appui de cette analyse, la loi « NRE », loi qui apporte de récentes précisions sur les pratiques abusives les plus graves, telles que : « *obtenir ou tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat correspondant et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit* ».

L'examen des textes qui prescrivent des mentions de responsabilité a le mérite de montrer combien le législateur a conscience du danger de la supériorité économique et du déséquilibre que créerait l'une des parties au stade de la formation

²⁷² « *soumet un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond fixé au neuvième alinéa de l'article L. 441-6 ou qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et des usages commerciaux, et s'écartent au détriment du créancier du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L. 441-6. Est notamment abusif le fait, pour le débiteur, de demander au créancier, sans raison objective, de différer la date d'émission de la facture* ».

²⁷³ Loi Gallard du 1^{er} juillet 1996.

du contrat²⁷⁴. C'est la raison pour laquelle il impose aux commerçants, et à tout autre professionnel, d'éviter d'employer leur position dominante afin d'obtenir le consentement du consommateur.

Il convient dorénavant de s'interroger sur la crainte créée de voir son entourage souffrir un mal particulier.

Section II

LE SENTIMENT DE CRAINTE CONCERNANT L'ENTOURAGE DU COCONTRACTANT

126.- La crainte concernant l'entourage du cocontractant peut aussi, en effet, le contraindre à conclure un contrat déséquilibré. La question qui se pose est alors de savoir quel type de menaces peut être utilisé dans l'intention de menacer un entourage. A ce sujet, la Cour constitutionnelle colombienne et la Cour de cassation française ont identifié un grand nombre de risques (§ I) qui restent marqués du sceau de l'illégitimité (§ II).

§ I. Les risques d'un mal menaçant l'entourage

127.- L'existence d'un risque d'un mal menaçant l'entourage est subordonnée à plusieurs variables culturelles.

1) Tout d'abord on fera une première approche à la condition de femme en Colombie, dans le cadre du conflit armé qui se déroule en ce pays. En effet, le mal auquel sont soumises les femmes est lié à leur spéciale vulnérabilité. Celle-ci

²⁷⁴ Dans ce sens voir GUTIÉRREZ SANÍN, Francisco, *Una relación especial: privatización de la seguridad, élites vulnerables y sistema político colombiano (1982-2002)*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2012, 14, (1), pp. 97-134.

s'explique en raison que les femmes en Colombie sont souvent des membres d'organisations sociales ou politiques et exercent des fonctions de direction d'entreprises faisant la promotion des droits de l'homme. Ainsi, le mal menaçant se vérifie au travers de la désintégration de leurs unités familiales par l'assassinat de leurs maris ou de leurs enfants. Cette crainte force les femmes, en tant que représentants de ces organisations, à contracter en faveur de celui qui exerce la menace²⁷⁵.

Par ailleurs, si la condition de femme est un critère important de vulnérabilité au moment d'analyser la menace, c'est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit des femmes aborigènes ou afro-colombiennes, en raison de la discrimination dont elles sont victimes : « *les femmes indigènes et afro-colombiennes déplacées souffrent un triple processus de discrimination pour être des femmes, pour avoir été déplacées et pour appartenir à des groupes ethniques.* »²⁷⁶

2) Ensuite, il arrive également que l'on exerce une menace sur le représentant d'une personne morale, ou sur l'un de ses associés. Un exemple suffira à le rappeler. Un groupe de syndicalistes français était monté à bord d'un navire battant pavillon libérien et dont l'équipage était indien.

Il avait réussi à faire cesser le chargement et immobiliser le navire pendant 23 jours et, de fait, à forcer la Société de transport à adhérer à une réglementation spéciale du travail et à verser une cotisation et des suppléments de salaire aux membres de l'équipage. La Cour d'appel, confirmant la décision du tribunal d'instance, avait condamné les syndicalistes à rembourser les sommes versées sous la

²⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-496/08 : Acción de tutela, instaurada por Patricia Buriticá Céspedes en nombre propio y en representación de "Alianza Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz" (IMP), y otras mujeres víctimas de la violencia, contra el Ministerio del Interior y de Justicia y la Fiscalía General de la Nación. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

²⁷⁶ Corte Constitucional, Auto 092 de 2008

contrainte et avait chargé un expert d'apprécier le préjudice résultant de l'immobilisation du navire.

La Cour de cassation donna raison à la Cour d'appel au motif que les demandeurs avaient utilisé une voie de fait en « *montant à bord du bâtiment pour imposer au capitaine le système et l'application d'une convention relative à la réglementation du travail élaborée par une organisation internationale* » et en « *empêchant le représentant de l'armateur, des diplomates représentants le pays d'origine de l'équipage et un fonctionnaire appartenant à l'Etat dont le bâtiment battait pavillon, à s'entretenir avec l'équipage* », et que « *même après avoir quitté le bord en exécution d'une ordonnance de référé, ils s'étaient opposés, par la force, à l'embarquement d'un équipage de remplacement* »²⁷⁷.

On constate ici une confirmation du caractère délictuel de la violence. Il semble que la force physique exercée par le syndicat afin d'immobiliser le navire déclenche la qualification de dol. Le problème du caractère dolosif de la violence comme fait générateur de responsabilité précontractuelle naît quand le comportement du contractant a pour finalité de permettre la conclusion d'un contrat qui l'avantage excessivement.

Il convient sans doute de prévenir d'un tel dol qui ne constitue pas des manœuvres trompeuses mais qui n'est qu'une manifestation du problème plus général des faits générateurs de responsabilité, qui sera l'intention de vouloir causer un dommage.

Toutefois, même ainsi comprise, la notion de violence comme fait générateur de responsabilité précontractuelle, reste marquée du sceau de l'illégitimité.

²⁷⁷ Cass. soc. 8 nov. 1984, Bull. civ. V., n° 423, RTD Civ. 1985.368, obs J. Mestre. Douai, 16 juin 1982 : JCP 1983. II. 20035, note Jambu-Merlin ; RTD civ. 1984, 111, obs. Chabas.

§ II. L'illégitimité de la menace

128.- La violence comme fait générateur de responsabilité précontractuelle sanctionne le « *comportement qui n'est pas conforme à celui [d'un] partenaire honnête, normalement soucieux d'observer la morale* »²⁷⁸. L'illégitimité de la menace est d'ailleurs classique : elle doit être appréciée *in abstracto* (A) et *in concreto* (B).

A. *In abstracto*

129.- Les sources légales des deux régimes comparés ont donné un argument en faveur de l'identité des questions.

Les exemples de menaces légitimes sont donnés par les mêmes textes de loi dans les deux régimes comparés, et par la jurisprudence des deux pays. Tout d'abord, les articles 1114 du Code civil français et 1514 du Code civil colombien soulignent que « *la seule crainte révérencielle envers le père, la mère ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat* ».

Cette condition objective de la violence concerne l'aspect délictuel de cette dernière en fonction de laquelle, en principe, toute violence est illégitime, c'est-à-dire contraire au droit (*in jure*)²⁷⁹.

D'après cette théorie, la violence ne peut être exercée que lorsque le droit l'autorise. Ainsi, si la contrainte est légitime, il ne s'agira pas de violence apte à vicier le consentement. Habituellement, on admet que cette violence, constituante d'un délit, commise au stade de la formation du contrat entraîne une responsabilité

²⁷⁸ CHAUVEL, Patrick, obs. sous Cass. com. 22 avril 1997, D.1998, jur. 45.

²⁷⁹ MAZEAUD Henri, Léon et Jean, par CHABAS François, *Op. cit.*, n° 202, p. 191.

délictuelle²⁸⁰ et donne lieu à une action en indemnisation. « *Or, il ressort de la jurisprudence que le devoir de bonne foi joue explicitement dans cette phase...* »²⁸¹, un rôle essentiel qui caractériserait la véritable nature de ladite responsabilité.

C'est dans cette perspective, fondée sur un souci légitime de protection de la bonne foi précontractuelle que la jurisprudence française limite l'étendue de ce fait générateur de responsabilité précontractuelle.

On doit donc prendre en compte que la violence morale ne suffit pas à causer un dommage chez le cocontractant lorsqu'elle dérive de l'exercice d'un droit. C'est ce que nous pouvons constater avec l'arrêt de la deuxième chambre civile de la cour de cassation française du 8 septembre 2005²⁸². D'ailleurs, une autre condition doit être remplie pour qu'une menace soit illégitime : « *un rapport direct entre le droit que l'auteur de la violence menace d'exercer, et la convention qu'il obtient sous cette menace* »²⁸³.

Afin de constater la présence de ce lien, il sera donc nécessaire d'analyser *in concreto* les circonstances entourant le cocontractant victime de la violence.

B. In concreto

130.- Pour apprécier l'influence de l'emprise de la jurisprudence sur la caractérisation de la violence comme fait générateur de responsabilité précontractuelle, il convient de rechercher les raisons profondes qui ont causé à cette

²⁸⁰ Cass. com. 28 juin, JCP 1988, IV, 319. V. ; STOFFEL-MUNCK Philippe. *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*. Thèse. Préf. Roger BOUT. Collection Bibliothèque de droit privé Tome 337, LGDJ, Paris, 2000., n° 120, p. 110.

²⁸¹ STOFFEL-MUNCK Philippe, *ibid.* p. 110.

²⁸² Cass. civ. 2^e, 8 sept. 2005, 04-12041

²⁸³ MAZEAUD Henri, Léon et Jean, par CHABAS François, *Op. cit.*, n° 202, p.192

immixtion du juge dans l'évaluation *in concreto* de la menace, d'après les propres circonstances de la victime du cocontractant, en fonction des considérations exposées par Pothier, reprises par les articles 1114 du Code civil français et 1514 du Code civil colombien.

Dans le régime colombien, sont nombreuses les raisons de l'intervention du juge pour caractériser la violence eu égard « à l'âge, au sexe et à la condition des personnes »²⁸⁴. Le juge colombien prend donc en compte la qualité de femme, de race du cocontractant, sa psychologie et ses croyances pour caractériser la violence.

1. La qualité de femme.

131.- Dans une analyse précédente on avait fait une première approche sur la qualité de femme pour déterminer l'espèce de mal pouvant menacer son entourage. Dans la présente analyse, l'accent est mis sur la vulnérabilité que donne à la contractante sa qualité de femme en soi. En effet, le souci que le contrat soit davantage utilisé comme un instrument dommageable pour une femme s'explique pour une situation de faiblesse vis-à-vis du cocontractant. Par exemple, une situation d'harcèlement sexuel²⁸⁵, peut amener une femme à consentir à un acte de rupture ou à un contrat que, dans d'autres circonstances, elle n'aura jamais conclu.

Nul doute que la qualité de femme peut rendre physiquement et moralement une personne plus vulnérable dans une communauté, lorsqu'elle se trouve séparée de son mari

²⁸⁴ « Toute menace ou intimidation n'est pas suffisante à décréter la nullité d'un contrat. En ce qui concerne la personne victime de la force, on exige que cette personne ait un jugement sain, en prêtant attention à son âge, son sexe et sa condition. Il est clair que la crainte n'impressionne pas de la même façon un homme fort et sain qu'un malade ou qu'une femme, sans que cela signifie que le premier ne puisse être susceptible de souffrir une pression morale ou matérielle viciant son consentement à condition que cela soit démontré » CSJ, Sen. 9 févr. 1932, G.J. t. XXXIX, p. 463.

²⁸⁵ Soc. 30 nov. 2004, Bull. civ. V, n° 303; D. 2005. IR. 14 ; RDC 2005. 378, obs. Radé.

et en ayant des enfants à charge²⁸⁶. C'est donc la sécurité du contractant faible, sa protection qui justifie la tutelle du juge à la liberté contractuelle.

Il convient dorénavant d'analyser les raisons de l'immixtion du juge afin de déterminer la violence en raison de la race du cocontractant.

2. *La race du cocontractant*

132.- L'idée de protection dans ces arrêts apparaît avec plus de force encore dans les cas de violence commise contre les groupes aborigènes et afro-colombiens. Ces groupes se trouvent actuellement dans une grave situation d'instabilité sur leurs territoires en raison des menaces dont ils font l'objet afin de vendre ou de donner leurs terres pour le bénéfice de grandes compagnies multinationales. Pareille découverte a surpris ; on s'est ainsi interrogé sur l'efficacité des règles constitutionnelles et sur les lois de protection des minorités colombiennes²⁸⁷.

1) Il est vrai que ce corps de lois suffirait théoriquement à garantir une position d'égalité des aborigènes par rapport aux autres citoyens colombiens au stade de la formation du contrat, en particulier parce que la cession de tout ou partie de leur territoire est interdite par ces lois, ces terres ne pouvant faire l'objet d'un commerce²⁸⁸.

Pourtant, la difficile mise en pratique de la protection fondée sur les articles de la Convention 169 de 1989 de l'OIT, à propos des groupes aborigènes, laquelle a été

²⁸⁶ Cass. 1^{re} civ. 13 janv. 1999, Bull. civ. III, n° 11, p. 7. V. aussi Munévar M., Dora Inés, *Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2012, 14, (1), pp. 152 et 153.

²⁸⁷ Dans ce sens V. Céspedes Báez, Lina María, *Colombia's Victims Law and the Liability of Corporations for Human Rights Violations*. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2012, 14 (1), pp. 177-213.

²⁸⁸ Ibidem, p. 188.

introduite dans le droit interne par la loi 21 de 1991, ainsi que la reconnaissance de ces groupes comme autochtones par l'article 7 de la Constitution Politique Colombienne ne suffit à interdire complètement les ventes à prix dérisoires et les donations forcées sur les terres aborigènes²⁸⁹. Bien au contraire, la Cour constitutionnelle a constaté que des compagnies multinationales se servent de groupes terroristes pour commettre des assassinats sélectifs²⁹⁰ ou confiner les aborigènes dans des champs minés afin de s'approprier de leur territoire²⁹¹.

L'évolution du droit constitutionnel se caractérise notamment par l'accroissement des pouvoirs du juge dans cette sorte de protection.

2) Les afro-colombiens sont également victimes des attaques de la guérilla, des paramilitaires ou de l'armée. En effet, un rapport rendu par la Cour Constitutionnelle souligne que : *« Dans les zones rurales de Buenaventura, la réalisation de fumigations et l'apparition de massacres a provoqué des déplacements à l'intérieur du pays. Dans la zone rurale, le rapport du Processus des Communautés Nègres (PCN) expose qu'en 2006, bien que le nombre des attaques de groupes paramilitaires ait diminué, en revanche, les opérations de l'armée contre les FARC et l'ELN ont augmenté, restreignant, sur intervention des Farc les livraisons d'aliments*

²⁸⁹ L'article 7 de la Constitution colombienne prévoit : *« L'Etat reconnaît et protège la diversité ethnique et culturelle de la Nation colombienne ».*

²⁹⁰ *« La volonté d'intimider ou de terroriser la population ; la volonté de provoquer le déplacement individuel, familial ou collectif ; les représailles pour s'être opposés à la présence de groupes armés ou à l'implication des communautés dans le conflit ; les représailles pour avoir dénoncé des délits et vouloir rendre effectifs les droits des victimes ; le développement d'intérêts territoriaux non indigènes face aux processus de revendications territoriales. Les chiffres des homicides sélectifs dans les communautés indigènes de la dernière décennie sont manifestement saisissants. Pour chacun des peuples étudiés en détail par la Cour, et pour les peuples comme les Coreguaje, les Wiwa, les Awá, les Kankuamo ou les Embera-Katío sont reportés des taux d'homicides sélectifs extrêmement élevés et même des massacres »* : CORTE CONSTITUCIONAL -Protección de derechos fundamentales de personas e indígenas desplazados por el conflicto armado en el marco de superación del estado de cosas inconstitucional declarado en sentencia T-025/04, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁹¹ *« Confinement de familles et de communautés entières, par les guérillas, les groupes paramilitaires, ou en vertu de la présence de mines anti-personnelles. Ces confinements, qui sont radicaux et s'imposent par des ordres catégoriques de non-mobilisation ou par l'occupation des voies usuelles d'accès aux territoires, génèrent comme première conséquence de graves situations de désapprovisionnement alimentaire et de santé, et plongent les peuples affectés en situation de total isolement pendant des périodes prolongées de temps qui peuvent durer plusieurs mois. »* : Ibidem

*à la population et suspendant toute activité productive, par crainte d'être victime d'un feu croisé ».*²⁹²

Pareille décision relative à la violence physique exercée contre les groupes afro-colombiens au stade de la formation de contrats de donation de leurs terres revêt un intérêt particulier car c'est en termes généraux qu'elle affirme la spécificité de la violence comme fait générateur de responsabilité précontractuelle. Il était donc indispensable d'aborder toutes les hypothèses dans lesquelles, avant la conclusion du contrat, l'une des parties, ou même un tiers, emploie la violence physique afin d'obtenir un avantage patrimonial illicite.

133.- L'étude des hypothèses de violence psychologique à cette étape nous permettra de saisir complètement l'aspect délictuel de la violence comme un fait générateur de responsabilité précontractuelle.

3. La psychologie du cocontractant

134.- La violence exercée par l'une des parties du contrat, ou par un tiers, au stade de sa formation, qui entraînera la sanction de responsabilité précontractuelle peut-elle être psychologique ?

1) Selon notre conception il est parfaitement envisageable de considérer que la violence psychologique constitue aussi un fait générateur de responsabilité précontractuelle. L'obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat, qui

²⁹² « *Rapport situation Buenaventura. Comportement du conflit à Buenaventura* », PROCESSUS DE COMMUNAUTÉS NÈGRES - PCN, 2007. En termes comparatifs, les chiffres que propose le rapport sont les suivants : « En réalisant une analyse comparée, on peut déclarer que la tendance des assassinats et massacres a diminué en 2004 et 2005, même s'ils sont restés supérieurs à 400. En 2006, la tendance s'est inversée, et le tableau montre qu'entre 2000 et 2006, le nombre d'assassinats fut respectivement de 559, 534, 455, 467, 428, 443 et 592.

constitue la règle du comportement des négociateurs, interdit aux parties d'employer toute sorte de manipulation afin d'aboutir au contrat.

Cela est confirmé, considérant que la thèse de la violence psychologique qui crée chez le partenaire une crainte suffisante pour l'amener à contracter a fait l'objet de certaines décisions de la première chambre civile et de la chambre commerciale de la Cour de cassation française.

D'après ces décisions la « *menace d'abandon* » suffira pour qu'une personne « *d'un esprit affaibli par un déséquilibre nerveux* » accepte de contracter²⁹³.

2) Par ailleurs, on doit ajouter aux explications avancées en droit social un grand nombre de plaintes pour harcèlement moral déposées après la loi pour harcèlement du 17 janvier 2002. D'après un article paru dans un journal d'Internet, ce nombre s'élevait à 250.000 pour l'année 2006 auprès du Conseil de Prud'hommes²⁹⁴.

En effet, d'après l'article L 1153-2 du Code du travail français « *Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement sexuel.* »

²⁹³ Cass. 1^{re} civ. 22 avr. 1986, Bull. civ. I, n° 98 ; comp. Cass. Com. 28 mai 1991, Bull. civ. IV, n° 180

²⁹⁴ Information disponible sur : http://www.novethic.fr/novethic/entreprises/ressources_humaines/conditions_de_travail/la_nouvelle_donne_juridique_harcelement_moral/132863.jsp

135.- Au préalable, il convient de déterminer les contours de la notion de harcèlement moral. La Loi L 1152-1 définit ainsi : « *Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ».

Toutefois, malgré l'existence de cette définition, il fallut préciser si pour qualifier un comportement comme un harcèlement, la conduite de l'agent du dommage devait impliquer une malveillance. La Chambre Sociale de la Cour de Cassation française a répondu de manière négative à cette question dans un arrêt du 24 septembre 2008 dans lequel elle précise que : « *le harcèlement moral est constitué, indépendamment de l'intention de son auteur, dès lors que sont caractérisés les agissements répétés...* »²⁹⁵ En outre, la même Chambre, dans un arrêt du 10 novembre 2009 a élargi la notion de harcèlement afin d'y inclure les méthodes de gestion qui affecteraient un salarié victime de ces agissements²⁹⁶.

Cette définition laisse apparaître plusieurs éléments de la violence comme fait générateur de responsabilité précontractuelle, et nous constatons qu'ils sont décisifs au moment de protéger la victime et de réparer son dommage.

La qualification juridique du harcèlement comme un type de violence morale repose donc sur un critère d'ordre psychologique. Il convient aussi d'étudier si elle se fonde sur les croyances du cocontractant.

4. *Les croyances du cocontractant*

²⁹⁵ Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 06-45.579, Juris. Hebdo. n° 220/2008 du 13 octobre 2008, Bull. n° 175

²⁹⁶ Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 08-41.497 FS-PBR

136.- Certains arrêts prolongent le raisonnement de la violence morale et soutiennent que l'on peut profiter des croyances du cocontractant pour créer chez lui une crainte suffisante l'amenant à contracter.

La Cour de cassation française a bien vu le problème dans plusieurs arrêts. Ainsi, une déclaration diffamatoire²⁹⁷ peut être retenue comme violence. De même la violence physique et morale exercée par les membres d'une communauté sur une personne, l'ayant conduite à vendre sa maison en faveur de l'acquéreur afin que les membres de cette communauté y soient hébergés²⁹⁸ ; ou même la menace d'un mal métaphysique²⁹⁹.

L'appréciation de la violence ne saurait donc exclure la prise en compte de certains éléments délictuels d'ordre objectif, tels que l'origine de la violence.

²⁹⁷ Cass. 1^{re} civ. 30 juin 1954, JCP 1954. II. 8325, obs. Y

²⁹⁸ Cass.civ. 3, 13 janvier 1999 Bulletin 1999 III N° 11 p. 7, Dalloz, 2000-01-27, n° 4, p. 76, note C. WILLMANN V. aussi : Chambre civile 3, 1984-02-07, Bulletin 1984, III, n° 27, p. 22 ; Chambre commerciale, 1994-12-13, Bulletin 1994, IV, n° 375 (1), p. 309.

²⁹⁹ Cass. 3^e civ. 13 janv. 1999, Bull. civ. III., n° 11 ; D. 2000. 76, note Willmann ; JCP 1999.I.143, n° 1, obs. Loiseau ; Gaz. Pal. 2001. 1583, note Rovinski ; Defrénois 1999. 749, bs. Delebecque ; CCC 1999, n° 54, note Leveneur ; RTD civ. 1999. 381, obs. Mestre.

CHAPITRE II

LA BONNE FOI PRECONTRACTUELLE ET L'ORIGINE DE LA VIOLENCE

137.- La qualification de crainte comme fait générateur de responsabilité précontractuelle n'est possible que si, à la source de la sanction appliquée à l'agent du comportement violent, se trouve un délit³⁰⁰.

Si l'origine délictuelle de la crainte permet aisément de la distinguer des sanctions dont la création est exclusive des vices du consentement, c'est-à-dire de la nullité du contrat, elle constitue en revanche un critère beaucoup plus fiable quand on se pose le problème de l'existence d'un dommage que la nullité ne suffit pas à réparer (Section I). Il faut, en effet, se demander si l'on peut encore parler de responsabilité délictuelle, au moment de la création de la crainte, le comportement du cocontractant à qui on demande la réparation, et que seule la volonté de conclure le contrat par violence a été exprimée (Section II).

³⁰⁰ C'est une démarche très ancienne, originaire du droit romain. En effet, étant donné que les juristes et les préteurs romains se sont chargés de promouvoir la notion de *bonne fides*, celle-ci a été donc « *considérée dans la formation du contrat, [comme celle qui] s'oppose au dol et à la violence considérés comme délits. [Parce que] Plus qu'à une conception subjective des vices de consentement, l'on a affaire ici à une approche objective et délictuelle dont le but est de rétablir les conséquences d'une atteinte aux droits.* » : DEROUSSIN David, *Histoire du droit des obligations*. Paris. Economica. 2007, p. 513.

Section I

LA VIOLENCE D'ORIGINE DELICTUELLE

138.- Pour la distinguer du dol, la doctrine s'appuie traditionnellement sur deux critères : tout d'abord l'absence de toute sorte d'induction en erreur du cocontractant lorsqu'il est victime de la violence ; ensuite, la possibilité que la violence trouve son origine dans l'activité d'un tiers.

139.- Assez simple en apparence, l'analyse de la jurisprudence colombienne et française fait apparaître rapidement la complexité du processus de formation du contrat sous l'empire de la violence.

En effet, la parenté entre violence et dol est une vérité qu'il nous sera facile de vérifier en ce qui concerne leur caractère délictuel et leur nature juridique de vices du consentement dans les deux régimes comparés, au moment d'aborder la violence originaire du délit du cocontractant (§ I), ou du délit d'un tiers (§ II).

§ I. La violence issue du délit du cocontractant

140.- Dans les deux régimes comparés, la violence est un vice du consentement différent du dol, toutefois, au même titre que le dol, elle révèle l'intention de nuire au cocontractant par la conclusion d'un contrat qui lui est notoirement désavantageux.

En effet, la violence exercée par l'un des cocontractants peut résider dans le fait de contraindre un débiteur à payer des intérêts usuraires ou à transférer une chose dont la valeur dépasse de celle du crédit, aboutissant à conclure un contrat significativement déséquilibré³⁰¹.

Ses effets sont radicaux : d'une part, le cocontractant non seulement exerce une violence illégitime, mais il obtient « *une promesse sans rapport, ou hors de proportion, avec l'engagement primitif* »³⁰², d'autre part, la violence aboutissant à un contrat visiblement déséquilibré, peut être considérée comme une hypothèse du délit pénal de chantage³⁰³.

§ II. La violence issue du délit d'un tiers

³⁰¹ « La force ou la violence peut avoir un dessein économique, comme cela arrive lorsque l'on contraint le débiteur à payer des intérêts usuriers, ou à donner une chose de valeur plus grande que le crédit, ou à obtenir la célébration d'un autre contrat plus désavantageux pour la victime, etc. Et encore, exceptionnellement, l'exercice abusif du droit peut parvenir à constituer une violence qui affecte le consentement, comme l'a établi la doctrine de la Cour en affirmant que « le fait que la violence, pour exister, doive avant tout être injuste, ne signifie pas qu'avec une absence totale de droit la victime se soit déterminée à consentir ni que précisément, la victime n'ait pas commis de faute mais qu'il est suffisant, quand bien même on utilise la menace pour obtenir une chose permise en soi, que l'influence ou l'inflexion de la volonté de violenter la victime par la menace soit illicite. D'où le fait que la violence puisse également se traduire au moyen de l'exercice abusif d'un droit ». : Cas. Civ. 5 octobre 1939, G.J. XLVIII, pp. 720-723.

³⁰² MAZEAUD Henri, Léon et Jean, par CHABAS François. *Op. cit.*, n° 202, p. 193.

³⁰³ Article 312-10 Code Pénal : « Le chantage est le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque. Le chantage est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ».

141.- Il est classique de souligner que la grande différence entre la violence et le dol est justement que celle-là ne doit pas trouver sa source dans l'activité du cocontractant. Mais la question du dol provenant d'un tiers fait apparaître rapidement la complexité du processus qu'enferme la conclusion d'un contrat sous violence. Ainsi, d'une part, l'évolution législative en Colombie a étendu cette origine aux circonstances sociales (A) ; alors que la tendance jurisprudentielle en France est d'y inclure les circonstances économiques (B).

A. L'évolution législative en Colombie vers les circonstances sociales à l'origine de la violence

142.- Les circonstances sociales qui suffisent à créer une crainte chez le cocontractant sont l'état de nécessité (1) et l'état de violence généralisée (2).

1. L'état de nécessité

143.- L'examen des conditions de création de l'état de nécessité au stade de la formation du contrat d'après la Cour Suprême de Justice colombienne permettra de souligner son autonomie comme fait générateur de responsabilité précontractuelle dans la loi.

144.- Certes, la Cour Suprême de Justice colombienne a considéré que l'on peut vicier le consentement du cocontractant en l'amenant à conclure le contrat sous la crainte produite par des forces incompréhensibles ou par des forces de la nature³⁰⁴.

³⁰⁴ « Le critère consistant dans le fait que la force ou la violence a le pouvoir de vicier le consentement non seulement quand le contractant a vu éliminée ou diminuée sa liberté par la violence d'autres êtres humains, mais également quand on profite de l'état de nécessité dans lequel

Pourtant, au stade de la formation du contrat, en dehors du vice du consentement elle reproche plutôt « *le fait de profiter de la crainte ou de l'état de nécessité de la victime, quelle que soit la cause, afin d'obtenir des avantages économiques excessifs, même s'ils n'atteignent pas la limite à partir de laquelle est configurée la lésion énorme* »³⁰⁵

En particulier, l'étude de l'état de nécessité comme circonstance de formation du contrat en faveur de l'un seul des contractants met en évidence non seulement le caractère délictuel de la violence comme fait générateur de responsabilité, mais encore son autonomie par rapport à la responsabilité extracontractuelle.

En effet, le principe qui préside en ce qui concerne l'état de nécessité est, conformément à la Cour Colombienne, « *l'intimidation dont a souffert la victime* »³⁰⁶. Intimidation, qui d'abord « *provienne d'un acte de l'une des parties, ou d'un tiers, ou de faits simplement naturels dans lesquels la volonté humaine n'a pas prise* ».

Bien que d'ordinaire le juge cherche le vice du consentement, un des éléments de l'état de nécessité est la non application de l'une des conditions traditionnellement requise à cet égard : que la violence est injuste.

Il est évident, dans cette hypothèse, que l'autonomie de l'état de nécessité, l'une des espèces de violence, comme fait générateur de responsabilité ressort avec plus de clarté : c'est-à-dire lorsque l'agent du dommage, voulant profiter de circonstances non injustes conclut un contrat destiné à créer une perte économique dans le patrimoine de son partenaire.

2. L'état de violence généralisée

s'est trouvée la victime par des forces étrangères ou la nature », CSJ., Cas. Civ. Sentencia de mayo 3 de 1984, G.J. CLXXVI, p. 184 et ss

³⁰⁵ Ibidem, retomó solución de la CSJ., Cas. civ. 28 de julio de 1958, LXXXVIII, 561 a 63 y cas. 17 de octubre de 1962 y en sentencia de mayo 3 de 1984, publicada en el Código Civil de hojas intercambiables de Legis, § 6597.

³⁰⁶ Ibidem

145.- Difficile à établir en France, l'état de violence généralisée est, en revanche, bien connu dans plusieurs régions colombiennes.

Les premières hypothèses de violence généralisée ont été prévues par le législateur avec la loi 201 du 30 décembre 1959. Cette loi a développé la violence comme un vice du consentement afin d'éviter que l'on puisse tirer des avantages économiques d'un état de violence généralisée pouvant donner lieu à la déclaration d'un état d'exception (a). Puis, la jurisprudence a étendu ces hypothèses de violence aux hypothèses dans lesquelles la victime aurait été exposée à des intimidations politiques (b). Enfin, les nouvelles lois des terres en Colombie poussent l'évolution de cette hypothèse de violence vers la réparation du préjudice plutôt que vers la protection de la liberté du contractant victime (c).

a. L'influence de la création légale de l'hypothèse de violence généralisée en droit colombien

146.- Nous avons vu que, dans des hypothèses assez fréquentes de violence, la crainte était créée par une personne, soit le contractant, soit un tiers, ou par un fait de la nature, afin de conduire à la victime à la conclusion d'un contrat désavantageux.

Ce souci de protection de la victime contre certains abus est devenu en Colombie insuffisant dans les cas où la conclusion dudit contrat désavantageux est dérivée d'un état de violence créé par des circonstances politiques.

Une telle consécration de la violence a été faite par le texte de la Loi 201 du 30 décembre 1959 « par laquelle sont prises des mesures visant à empêcher de tirer un profit économique de la violence pendant l'état de siège » :

« Article 1^o -En cas de trouble de l'ordre public donnant lieu à la déclaration de l'état d'exception pour commotion intérieure, on considèrera comme force qui vicie le consentement n'importe quelle exploitation faite de l'état d'anormalité au cours de la célébration d'un acte ou d'un contrat se traduisant dans des conditions si défavorables qu'elles font présumer que dans des circonstances de liberté juridique le contrat n'aurait pas été conclu dans ces termes, sont ainsi précisés le sens et la portée de l'article 1513 du Code civil quant au consentement vicié par un état de violence généralisé.

Article 2^o -En cas de déclaration d'état d'exception pour commotion intérieure, et pour les effets de la rescision des actes ou des contrats viciés par la force, on estime que la violence cessera le jour où sera déclaré rétabli l'ordre public. Cela étant, l'action peut commencer avant cet événement, si tel est le souhait du demandeur. Est ainsi précisé l'article 1759 du Code civil ».

147.- Ces textes, permettent au juge d'annuler les actes manifestement défavorables formés dans la période de l'état d'exception. Il y a là une évidence d'un fait générateur de responsabilité précontractuelle. Mais, la discussion s'est ouverte sur la portée de cette hypothèse en dehors de la déclaration de l'état d'exception.

148.- La seule lecture des textes de la Loi 201 de 1959 fait clairement apparaître que l'intervention du juge pour annuler le contrat et indemniser les préjudices causés par la conclusion d'un contrat dans des circonstances de violence généralisée, dépend entièrement de la déclaration de l'état d'exception. Néanmoins, en absence de ladite déclaration, la sanction ne pouvait pas s'appliquer.

En effet, à l'époque, rares étaient les victimes qui allaient auprès du juge pour demander la nullité du contrat ou la réparation du dommage après avoir donné ou vendu à prix dérisoire leurs terres sous la menace d'un état de violence généralisé qui n'avait pas été pris en compte par la déclaratoire d'état d'exception. D'ailleurs, on trouve dans l'histoire de Colombie des périodes de violence tellement généralisée que c'était devenu la situation « ordinaire » de l'Etat. L'essentiel ici, finalement ce ne sont pas les déclarations d'état d'exception qui donnent lieu aux états de violence généralisés, c'est la réalité d'une situation politique et sociale complexe qui a été, et est encore, vécue dans plusieurs régions colombiennes.

Par exemple en 2006, dans la zone urbaine de Buenaventura³⁰⁷, un rapport faisait état de : « *furent assassinées 485 personnes. 'El Puerto de Buenaventura' fut la ville la plus violente du pays, avec une moyenne de 138 homicides pour cent mille habitants. Se sont également produit 38 attentats terroristes. Près de trois mille hommes de la Police et de l'infanterie surveillent la ville. (...). Les autorités estiment que 40 % des homicides sont liés à des vendettas entre trafiquants de drogue, 25 % au conflit armé, 7 % à des vengeances personnelles, 6 % à la délinquance commune et 1 % à des opérations de la Force Publique. 10 % ne sont pas précisés* »³⁰⁸.

149.- Sur le plan purement pratique, en tenant compte la psychologie de la victime, généralement dans des conditions économiques défavorables, complètement effrayée par la violence contre sa communauté, sa famille et même sa vie, dépourvue de ses biens, et souvent, déplacée de son habitat, il serait vraiment excessif d'exiger qu'elle engage un

³⁰⁷ Ville du département « Valle del Cauca » en Colombie, port maritime le plus important du pays, situé à 128 km (145 km par route) de la ville de Cali dont elle est séparée par la Cordillère Occidentale des Andes.

³⁰⁸ Proceso de Comunidades Negras - PCN, Informe sobre la situación de violencia en Buenaventura, 2007.

procès contre l'agent de la violence pour demander la nullité des contrats ou l'indemnisation du dommage.

150.- Cette fragilité des victimes, sous le coup de menaces concrètes, apparaît dans un rapport rendu à la Cour Constitutionnelle Colombienne en 2006. Les victimes étaient des personnes connues et proches des habitants de la communauté. D'après ce même rapport : « *Dans la ville, personne n'est sans connaître une victime de la guerre. En deux ans, on y a assassiné 797 personnes, le même nombre de morts qu'aurait provoqué la chute de quatre Boeings complets. (...). Aujourd'hui, en marchant dans Buenaventura, le visage de la guerre est quelque part par là. Tous connaissent une victime, un blessé, une veuve, un orphelin, un policier mutilé, un commerce fermé, une blessure non refermée* ». ³⁰⁹

151.- Par conséquent, la Loi 201 de 1959 ne suffisait pas pour répondre aux besoins des victimes du terrorisme. Le droit colombien a donc évolué vers l'indemnisation de ces victimes. Pour cela, une première nouvelle loi a été adoptée en Colombie, la Loi 975 de 2005, ou « Ley de Justicia y Paz ».

b. La « Ley de Justicia y Paz » et la prévalence de l'indemnisation des victimes de la violence sur la nullité pour un vice du consentement

152.- Dans son article 42, la « Ley de Justicia y Paz » énonce que « *les membres des groupes armés qui ont bénéficié des dispositions prévues par cette loi ont pour*

³⁰⁹ Corte Constitucional. Proceso de Comunidades Negras - PCN, Informe sobre la situación de violencia en Buenaventura, 2007:

devoir de dédommager les victimes de ces conduites répréhensibles pour lesquelles ils ont été condamnés par jugement judiciaire ».

a) La genèse de la « Ley de Justicia y Paz » ne laisse aucun doute sur le souci du législateur pour créer les conditions de la réincorporation des membres des groupes armés illégaux, ce qui devait contribuer efficacement à l'obtention de la paix dans le pays.

Ainsi, une fois obtenue la déclaration judiciaire de responsabilité civile, les victimes de ces groupes, peuvent accéder aux fonds monétaires établis à partir de la restitution des biens spoliés par des contrats conclus avec violence, afin d'indemniser le dommage³¹⁰.

b) Cet accent mis par le législateur sur la réparation des victimes en dépit de la nullité par violence des éventuels contrats conclus lors de l'état de violence généralisé, montre clairement l'évolution du droit colombien vers la responsabilité civile à partir de l'aspect délictuel de la violence vice du consentement. En effet, les contrats conclus dans un état de violence généralisée sont réputés être nuls. Or, comme dans la majorité des cas, il est impossible de revenir à l'état antérieur au contrat, les victimes optent donc pour l'action en réparation.

Un tel raisonnement a été suivi par la nouvelle loi de réparation de victimes du terrorisme, la Loi des terres.

c. La Loi 1448 de 2011, connue aussi comme la « Loi des terres »

³¹⁰ Ley 975 de 2005 (julio 25) « Par laquelle sont prises des mesures pour la réinsertion des membres des groupes armés illégaux, qui contribuent de manière effective à l'obtention de la paix nationale et prises d'autres dispositions pour des accords humanitaires ». V. articles 42 et suivants.

153.- Actuellement, ce sont plus de 6 millions d'hectares de terres qui ont été extorqués aux victimes et aux plus de 4,5 millions de déplacé(e)s à cause de la violence généralisée en Colombie³¹¹.

La Loi des terres prévoit des mécanismes de réparation aux victimes à qui on annonce qu'on leur rendra les terres usurpées³¹². Pour cela, la Loi des terres présume comme inexistantes tous les contrats qui ont amené à l'abandon des biens au profit de groupes terroristes, pour avoir été sans consentement, voire consentement vicié de violence, ou pour cause illicite³¹³.

Le but d'une telle règle est clair : il s'agit de réparer le préjudice souffert par le contractant qui a perdu ses terres à cause de la violence. Cette réparation inclut, d'après l'article 69 de la Loi, l'obtention de « l'indemnisation, réhabilitation, satisfaction et garantie de non répétition dans sa dimension individuelle, collective,

³¹¹ Comisión Colombiana de Juristas, VII Informe de seguimiento a la aplicación en Colombia de las recomendaciones del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para los derechos humanos de las personas internamente desplazadas. Disponible: [http://www.internal-displacement.org/8025708F004CE90B/\(httpDocuments\)/B55FC409319C2BF1C12579C7005DEE30/\\$file/CCJ+VII+Inf+Relator+PD+FINAL+febrero+29+de+2012.docx.pdf](http://www.internal-displacement.org/8025708F004CE90B/(httpDocuments)/B55FC409319C2BF1C12579C7005DEE30/$file/CCJ+VII+Inf+Relator+PD+FINAL+febrero+29+de+2012.docx.pdf). V. aussi: UN Human Rights Council, *Report of the independent expert on minority issues, Gay McDougall*, 28 February 2008, A/HRC/7/23, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47d685ea2.html> [accessed 30 November 2012]

³¹² « **ARTICLE 1^{er}. OBJET.** La présente loi a pour objet d'établir un ensemble de mesures judiciaires, administratives, sociales et économiques, individuelles et collectives, au bénéfice des victimes des violations considérées dans l'article 3 de la présente loi, dans un cadre de justice transitionnelle qui permettent de rendre possible la jouissance effective de ses droits à la vérité, à la justice et à la réparation avec la garantie de non répétition, de façon que soit reconnue sa condition de victime et qu'elle retrouve sa dignité par la matérialisation de ses droits constitutionnels ».

³¹³ **ARTICLE 77. PRESOMPTIONS DE SPOLIATION EN RELATION AVEC LES TERRAINS INSCRITS DANS LE REGISTRE DES TERRES SPOLIÉES.** En relation avec les terrains inscrits dans le registre des terres spoliées et abandonnées sous la contrainte seront prises en compte les présomptions suivantes : 1. *Présomptions de droit en relation avec certains contrats.* Pour effets probatoires dans le processus de restitution, est présumé de droit qui existe une absence de consentement, ou cause illicite, dans les affaires et contrats d'achat/vente ou tout autre par lequel est transféré ou promis de transférer un droit réel, la possession ou occupation sur le bien immeuble objet de restitution, célébrés durant la période prévue dans l'article 75 entre la personne qui en est victime, son conjoint, compagnon ou compagne permanent(e), les membres de la famille ou personnes majeures avec qui il vit, ses ayant-cause avec les personnes qui auraient été condamnées pour appartenance, collaboration ou financement de groupes armés hors-la loi quelle que soit leur dénomination, ou pour trafic de drogue ou délits connexes, soit que ces derniers aient agi par eux-mêmes dans l'affaire, ou au travers de tiers. L'absence de consentement dans les contrats et affaires mentionnés dans ce numéral génère l'inexistence de l'acte ou affaire dont il s'agit et la nullité absolue de tous actes relatifs aux affaires postérieures qui sont célébrés sur tout ou partie du bien.
2. *Présomptions légales*

matérielle, morale et symbolique. Chacune de ces mesures sera mise en place en faveur de la victime selon l'atteinte portée à ses droits et les caractéristiques du fait dont elle a été victime ».

En raison, notamment, de ces dernières lois, on constate l'évolution du droit colombien vers la responsabilité civile à partir de l'aspect délictuel de la violence vice du consentement.

Afin de déterminer leurs convergences ou divergences, il convient donc de comparer cette évolution à celle vécue par le droit positif français de ces dernières années, notamment vers la reconnaissance de la violence économique.

B. La tendance jurisprudentielle française envers la violence économique

154.- Etranger à toute sorte de conflit armé, le droit français a évolué vers un autre sens de violence : la violence économique. En principe, la situation de dépendance économique dans laquelle se trouve un salarié vis-à-vis de son employeur ne constitue pas une hypothèse de violence économique. Toutefois, si cette situation de dépendance devienne abusive³¹⁴; elle peut, par conséquent, vicier le consentement sur le fondement de l'article 1114-3 du Code civil français³¹⁵.

³¹⁴ Sur la consécration en droit français de la violence économique, voir : STOFFEL-MUNCK Philippe. *Autour du consentement et de la violence économique*. *Revue des contrats*, janvier 2006, n°. 1, p. 45 et s.

³¹⁵ D'après l'article 1114-3, « Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif ». « La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique »

Un arrêt de la Cour de Cassation du 3 avril 2002³¹⁶ est resté célèbre à ce sujet ; la question qui lui était posée consistait à savoir si le salarié qui cède à son employeur la propriété des droits d'exploitation d'un ouvrage auquel il avait participé, pouvait ou non invoquer la situation de dépendance économique dans laquelle il se trouvait vis-à-vis de son employeur afin d'obtenir la nullité de la cession. Le sens de l'arrêt est riche d'enseignements (1) mais sa valeur est discutée (2).

1. Sens de l'arrêt de la Cour de Cassation du 3 avril 2002

Deux enseignements peuvent être tirés de cet arrêt.

1) Le premier concerne la notion de violence économique. Il ne peut y avoir une hypothèse de violence économique que dans certaines conditions. Ainsi, d'après cet arrêt : « *Seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement.* »³¹⁷. Plus que jamais dans le droit

³¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, 00-12932. *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et note J.-P. Chazal ; *ibid.* Somm., p. 2844, obs. D. Mazeaud ; *Defrénois* 2002, p. 1246, obs. É. Savaux ; *JCP G* 2002, I, 184, n° 6 s., obs. Virassamy ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Dr. et patrimoine.*, 2002, n° 107, p. 26, étude G. Loiseau ; *Contrats Conc. Consom.* 2002, n° 8, p. 18, obs. L. Leveneur.

³¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, 00-12932. *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et note J.-P. Chazal ; *ibid.* Somm., p. 2844, obs. D. Mazeaud ; *Defrénois* 2002, p. 1246, obs. É. Savaux ; *JCP G* 2002, I, 184, n° 6 s., obs. Virassamy ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Droit et patrimoine.* 2002, n° 107, p. 26, étude G. Loiseau ; *Contrats Conc. Consom.* 2002, n° 8, p. 18, obs. L. Leveneur. Avant cet arrêt, la notion de violence économique n'avait jamais réellement été définie. En l'espèce Madame Kannas, salariée de la société Larousse Bordas, avait conclu une convention à titre onéreux en 1984 avec son employeur lui donnant tous les droits d'exploitation d'un dictionnaire qu'elle avait rédigé en dehors des tâches prévues par son contrat de travail. En 1996, elle était licenciée, et décida d'assigner la société Larousse Bordas, d'une part, pour violence ayant vicié son consentement, et d'autre part, pour interdiction de poursuivre l'exploitation de l'ouvrage en question, et afin d'obtenir la recherche, par un expert, des rémunérations dont elle avait ainsi été privée. Le 12 janvier 2000, la plaignante interjetait appel devant la cour d'appel de Paris qui fit droit à ses demandes en considérant que la crainte de la salariée de perdre son emploi à cause des menaces de licenciements qui planaient sur le personnel et de sa situation de dépendance économique par rapport à son employeur ne la mettaient pas en situation de pouvoir négocier ses droits d'auteur, ce qui justifiait sa demande en nullité du contrat.

³¹⁷ §138 du BGB : 1. Tout acte juridique qui contrevient aux bonnes mœurs, est nul. 2. En particulier, est nul tout acte juridique par lequel quelqu'un, en utilisant la contrainte, l'inexpérience, l'état de

positif français, l'aspect délictuel de la violence constitue un élément déterminant de la qualification du vice du consentement.

Et c'est justement en raison du défaut de ce caractère délictuel dans la cession des droits d'exploitation d'un ouvrage auquel la plaignante avait participé, que la Cour décide que le comportement de l'employeur n'a pas constitué une violence.

2) Le second enseignement de cette décision fait référence au champ d'application de l'article 1114-3 du code civil français. A cet égard, l'arrêt est clair : la qualification de la violence économique constitue un fait générateur de responsabilité civile.

Il convient d'apprécier la valeur de ces affirmations.

2. Valeur de l'arrêt de la Cour de Cassation du 3 avril 2002

155.- L'affirmation de la Cour de cassation suivant laquelle, sous certaines conditions, telles que l'abus d'une situation de dépendance économique afin de créer une crainte au profit de l'employeur, peut être qualifié comme une hypothèse de violence économique est discutée en droit positif français.

En effet, une partie de la doctrine estime que sur les éléments constitutifs de la violence, cet arrêt est insuffisant. Ainsi, sur la crainte, il « *n'appelle que de brèves observations* »³¹⁸, comme par exemple la qualité de salarié du demandeur qui suffirait selon la Cour, à établir la dépendance économique vis-à-vis de l'employeur, sans néanmoins souligner la différence entre subordination juridique et vraie dépendance économique, ce qui permettrait de dire qu'un assuré ou un distributeur peuvent

nécessité ou la faiblesse de volonté d'autrui, se fait, à lui-même ou à un tiers, promettre ou garantir un avantage pécuniaire contre une prestation, en déséquilibre flagrant avec la prestation.

³¹⁸ MESTRE, Jacques et FAGES, Bertrand, *Violence morale et dépendance économique*, *RTD civ.* 2002, p. 502

également se voir dans une situation de dépendance similaire ; d'autre part, sur l'élément illégitime de la violence, voire la création d'une crainte, dans l'affaire la situation du demandeur ne présentait pas vraiment de « *risque réel et sérieux* »³¹⁹ de se voir licencier d'après les politiques d'emploi de l'entreprise à l'époque.

Une telle argumentation n'est pas suffisante pour nous persuader. Le but d'élargir le champ d'application de l'article 1114 du Code civil français aux hypothèses de violence économique n'est pas d'assurer la nullité du contrat. C'est une hypothèse délictuelle, voire fautive, uniquement pour fonder une réparation du préjudice résultant pour la victime contractante de s'être engagée dans un contrat absolument déséquilibré. Autrement dit, alors que le vice traditionnel de violence visait à protéger la liberté contractuelle, la violence économique cherche plutôt la réparation du dommage de la victime contractante.

Ainsi, une autre partie de la doctrine a bien retenu la thèse de la violence économique esquissée par la Cour de cassation. Du fait qu'elle a même inspiré les nouveaux projets de réforme en droit des contrats et en droit des obligations en France³²⁰, afin de se rapprocher des régimes allemand³²¹, et québécois³²², tout comme des Principes du Droit Européen des Contrats³²³ ou des Principes de Pavie³²⁴.

³¹⁹ *Ibidem*

³²⁰ En effet, l'article 1114-3 de l'avant-projet de réforme du Droit des obligations et de la prescription, présentée à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, ministre de la Justice le 22 septembre 2005 prévoit qu' « *Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique.* » ; et l'article 49 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats : « *la violence vicie le consentement de la partie qui s'oblige, qu'elle ait été exercée par l'autre ou par un tiers si le contractant en avait connaissance ou s'il en a tiré avantage* ». TERRÉ François (ss. dir. de). *Pour une réforme du droit des contrats*. Paris : Dalloz, 2009, p. 17

³²¹ §138 du BGB : « (2) *Est nul notamment tout acte juridique par lequel une personne se fait promettre ou accorder, soit elle-même, soit à une personne, en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec cette prestation, et cela par exploitation de l'état de nécessité, de l'inexpérience, du défaut de capacité de jugement ou de la grande faiblesse de caractère d'autrui* »

156.- C'est ce même critère qui permet de distinguer la violence comme un fait générateur de responsabilité précontractuelle en droit positif français, ce qui le rapproche du régime du droit colombien sur ce point.

Section II La violence et la responsabilité précontractuelle

157.- Que la violence puisse être sanctionnée par la responsabilité civile, nul n'en a jamais douté. Toutefois, il faut, au moment de la création de la crainte, se demander si l'on peut encore parler de responsabilité délictuelle due au comportement du cocontractant à qui on demande la réparation, et que seule la volonté de conclure le contrat par violence a été exprimée.

³²² Article 1406 du Code du Québec : « *La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation. ...Elle peut aussi résulter, lorsqu'un mineur ou un majeur protégé est en cause, d'une obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances.* »

³²³ **Article 4 : 109 : Profit excessif ou avantage déloyal :** « (1) Une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat, (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation, (b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif. (2) À la requête de la partie lésée, le tribunal peut, s'il le juge approprié, adapter le contrat de façon à le mettre en accord avec ce qui aurait pu être convenu conformément aux exigences de la bonne foi. (3) Le tribunal peut également, à la requête de la partie qui a reçu une notification d'annulation pour profit excessif ou avantage déloyal, adapter le contrat, pourvu que cette partie, dès qu'elle a reçu la notification en informe l'expéditeur avant que celui-ci n'ait agi en conséquence. »

³²⁴ Article 30, 3° des Principes de Pavie : « *Est rescindable, comme il est prévu à l'article 156, tout contrat par lequel une des parties, abusant de la situation de danger, de nécessité, d'incapacité de comprendre et de vouloir, d'inexpérience, d'assujettissement économique ou moral de l'autre partie, fait promettre ou fournir à elle-même ou à des tiers une prestation ou d'autres avantages patrimoniaux manifestement disproportionnés par rapport à la contrepartie qu'elle a fournie ou promise.* »

Les très rares auteurs qui font allusion à la responsabilité civile en matière de nullité pour vice du consentement enseignent que le régime de la responsabilité délictuelle ne facilite pas à la victime l'obtention de l'indemnisation³²⁵.

Bien qu'innovatrice, l'adoption d'un principe général de responsabilité précontractuelle au stade de la formation du contrat et en matière de vices du consentement (§ I) nous paraît d'autant plus acceptable et fondé sur le principe même de la liberté contractuelle (§ II).

§ I. Le principe général de responsabilité précontractuelle en matière de violence

158.- Sur cette question, le droit positif des régimes comparés est muable. Dans les années récentes, l'illégitimité de la violence ne s'apprécie pas en raison du fait que le cocontractant ait exercé des pressions sur son partenaire, mais plutôt sur le fait qu'il ait profité de la crainte provoquée chez lui par des circonstances sociales ou économiques (A) afin d'obtenir un avantage économique disproportionné (B).

A. Les circonstances sociales ou économiques

³²⁵ En ce sens, v., FABRE-MAGNAN Muriel. *Les obligations*. 3^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2007, pp. 477 et 478. Mme FABRE-MAGNAN révèle la présence d'un débat dans la jurisprudence et doctrine française par rapport à l'indemnisation pour l'enrichissement retiré du contrat nul. En effet, face à l'opinion quasi unanime d'après laquelle il est impossible « pour l'acheteur d'obtenir le profit que le vendeur a réalisé au moyen du prix reçu: Civ. 1^{re} 7 avr. 1998 n° 96-18790 ; RTD civ. 1998,905 [note n° 1] », la Cour de Cassation a cependant affirmé le contraire dans le cas particulier de l'annulation d'un bail : « c'est sans méconnaître les effets de l'annulation du contrat de bail et dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation que les juges du fond ont évalué le montant de l'indemnité d'occupation due par l'EURL en contrepartie de sa jouissance des lieux » : Civ.1^{re}, 20 mai 2010 n° 09-65045 ; RDC 2010/4, 1185, obs. C. Péres [note n° 1, p. 478, Op. cit.]

159.- D'une part, le droit positif français a pu constater qu'une communauté peut exercer une violence sur une personne afin de la conduire à vendre sa maison en faveur d'un acquéreur afin d'y héberger les membres de cette communauté³²⁶. D'autre part, en droit colombien, la Cour Constitutionnelle a pu constater que certaines entreprises internationales se servent des groupes terroristes pour créer un sentiment de crainte chez les communautés autochtones ou afro-colombiennes³²⁷.

160.- On le constate, la différence entre ce type de violence et toute autre sorte de délit est irréductible.

1) Tout d'abord, au stade de la création de la crainte elle-même. Il est clair que la violence exercée par une communauté ou par un groupe terroriste a un caractère comminatoire ; elle garantit la conclusion d'un contrat qui va profiter exclusivement aux agents de la violence. Par la menace d'un mal irréparable et grave pour elle ou son entourage, la victime accepte de contracter. Il est bien certain, contrairement à ce que l'on soutient³²⁸, que les agents de la violence n'avaient pas prévu le profit qu'ils allaient obtenir

³²⁶ Cass. 3^e civ. 13 janv. 1999, Bull. civ. III., n° 11 ; D. 2000. 76, note Willmann ; JCP 1999.I.143, n° 1, obs. Loiseau ; Gaz. Pal. 2001. 1583, note Rovinski ; Defrénois 1999. 749, bs. Delebecque ; CCC 1999, n° 54, note Leveneur ; RTD civ. 1999. 381, obs. Mestre (violence physique et morale exercée par les membres d'une communauté sur une personne, l'ayant conduite à vendre sa maison en faveur de l'acquéreur afin que les membres de cette communauté y fussent hébergés).

³²⁷ « de nombreux groupes indigènes ont dénoncé des stratégies de violence de la part d'acteurs armés intéressés, soit dans la réalisation directe de mégaprojets agricoles et d'exploitation de ressources naturelles, soit dans le soutien à certaines entreprises et acteurs économiques qui développent ces projets, et auxquels ils se sont associés pour s'enrichir des profits de ces activités. Selon les dénonciations, et le compte rendu joint en annexe, certains acteurs économiques se sont apparemment alliés aux acteurs armés irréguliers pour générer, à l'intérieur des communautés indigènes, des actes de violence qui éliminent ou déplacent les indigènes de leurs territoires ancestraux, laissant ainsi la voie libre à la mise en œuvre de ces projets productifs. Ceci dérive, essentiellement, de l'existence d'intérêts commerciaux extensifs sur les ressources naturelles de leurs territoires. Dans certaines régions, il est clair que les acteurs du conflit armé se sont rapprochés des intérêts économiques, constituant l'une des principales causes du déplacement forcé » : CORTE CONSTITUCIONAL, Protección de derechos fundamentales de personas e indígenas desplazados por el conflicto armado en el marco de superación del estado de cosas inconstitucional declarado en sentencia T-025/04, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

³²⁸ Il s'agit, dans ce cas, d'un sujet accepté par la totalité de la doctrine française et colombienne. V. par exemple TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 10^e éd. Paris : Précis Dalloz, 2009, n° 715, pp. 729 et s. ; FAGES, Bertrand, *Droit des obligations*, 3^e

avec la conclusion du contrat. Alors que la responsabilité délictuelle vise à la réparation d'un dommage dont les conséquences étaient imprévues pour l'agent et la victime. Le principe général de responsabilité précontractuelle cherche la réparation d'un dommage causé par des comportements fautifs au stade de la formation du contrat, même si les conséquences sont perçues après la conclusion dudit contrat, dès lors que celles-ci ne dérivent pas de l'inexécution d'une obligation contractuelle : Elle tend à maintenir la relation de confiance entre les contractants³²⁹.

2) Dès lors, une autre différence apparaît entre les deux types de responsabilité. Tandis que la responsabilité délictuelle est toujours le résultat d'une faute ou d'un dol quelconque, la responsabilité précontractuelle est nécessairement le résultat de l'inexécution de l'obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat. La première laisse la victime privée d'une certitude préalable sur la portée du dommage ; son champ d'application est tellement élargi que même les moyens de preuve sont difficiles à établir afin de le démontrer, en particulier s'il s'agit d'actes terroristes ou de certaines communautés. La seconde, au contraire, donne à la victime la possibilité de prévoir les conséquences d'un contrat passé sous la violence. Cette dernière est donc la plus appropriée pour sanctionner la violence commise au stade de la formation du contrat.

3) Déjà claire au stade de la nature de la faute ou du dol commise par l'agent de la violence, la distinction apparaît avec plus de netteté encore au stade de l'origine du

édition : L.G.D.J., 2011, n° 383 et s., pp. 366 et s. A propos de la différence entre la faute contractuelle et la délictuelle qui exclut la possibilité de cumuler ces actions, la Cour Suprême de Justice a dit que "No deben involucrarse la responsabilidad contractual y la extracontractual o aquiliana. Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción híbrida, según expresión de los expositores porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza excluye la generada por el delito": CSJ, cass civ. du 25 novembre 1.938, G.J.XLVII, 411 de 1.939, XLVIII, 191; 31 de julio de 1.949, XLIX, 625; 2 de 625; 2 de septiembre de 1.941, LII, 33 ; 25 de febrero de 1.942, LIII, 85 Voir dans le même sens PEREZ VIVES, Álvaro, "*Teoría General de las Obligaciones*", Volumen II, Parte Primera, Editorial Temis, Bogotá, 1968, pp. 55 y ss.; OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, "*Régimen General de las Obligaciones*", Sexta edición, Bogotá, Editorial Temis, 1998, pp. 101 y ss.; TAMAYO JARAMILLO, Javier, "*De la Responsabilidad Civil*", t. IV, Bogotá, Editorial Temis, 1999, pp. 7 y ss.

³²⁹ MONSALVE CABALLERO, Vladimir. *Disertación para una nueva Construcción en Colombia de la Culpa in contrahendo*. REVISTA DE DERECHO, N° 27, Barranquilla, 2007, ISSN : 0121-8697, p. 55.

dommage. Les deux, certes, ont en commun le fait dommageable source de l'obligation de le réparer mais cette identité est moins importante que l'effet que ce dommage produit sur le patrimoine de la victime.

La responsabilité délictuelle, du moins d'après l'article 2342 du Code civil colombien, cherche à réparer la lésion d'un droit réel et, d'après un secteur de la doctrine colombienne, un droit fondamental³³⁰ alors que l'effet produit par la violence dans le patrimoine du cocontractant est la lésion d'un droit de crédit.

Plus précisément encore, la responsabilité délictuelle exclut toute réparation aux droits de crédits, tandis que la responsabilité précontractuelle, indépendamment de l'inexécution d'une obligation contractuelle, cherche à indemniser un tel type de dommage.

Concrètement, lorsqu'une responsabilité précontractuelle est mise en place, la victime du préjudice sera fixée avec certitude sur l'étendue du dommage, les moyens de preuve requis pour le démontrer, même s'il s'agit de la frustration d'un droit de crédit différent de ceux qui découlent du contrat conclu sous la violence.

Dans ces conditions, il est pour le moins discutable de continuer à considérer que la nature de la responsabilité qui dérive de la conclusion d'un contrat vicié par violence, soit qu'elle constitue la seule prétention de la victime, soit qu'elle ne constitue qu'une demande subsidiaire, est délictuelle. Quant à sa nature et à ses effets, il est évident qu'il s'agit d'une hypothèse de responsabilité précontractuelle.

La remarque vaut aussi en ce qui concerne l'avantage disproportionné que l'agent de la violence a tiré de la conclusion du contrat.

³³⁰ TAPIAS ROCHA, Hernando. La concepción del daño en el Código de Bello. Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet. Coordinado por MANTILLA ESIPINOSA, Fabricio y PIZARRO WILSON, Carlos. Universidad del Rosario y Fundación Fueyo. Bogotá, 2008, p. 199 et ss.

B. La sanction d'un avantage économique disproportionné

161.- Une comparaison des Codes civils colombien et français nous montre qu'aucun ne prévoit l'hypothèse de la lésion qualifiée en tant que vice du consentement. Cependant, « *assimiler la lésion à un défaut d'équivalence des prestations est, par trop réducteur. En effet, l'équilibre d'un contrat n'est pas nécessairement exclusif de la lésion* »³³¹. En effet, d'après ce que nous avons déjà vu dans le chapitre sur le dol, l'action en responsabilité précontractuelle est de plus en plus utilisée afin de rétablir l'équilibre résultant d'un contrat vicié³³².

162.- Il existe bien des points sur lesquels ces deux systèmes s'opposent. En droit colombien, l'hypothèse de violence économique dégagée par le droit positif français n'a pas encore été adoptée par la jurisprudence. Toutefois, la formule de l'article 1513 du Code civil colombien qui définit la violence comme : « *tout acte qui génère chez une personne une juste crainte de se voir exposée elle-même, son conjoint ou l'un de ses ascendants ou descendants à un mal irréparable et grave* », permet d'étendre le champ de l'article à cette hypothèse.

Nous ne reviendrons pas sur l'explication de l'arrêt Kannas déjà mentionné ; nous nous sommes déjà abondamment expliqués. Lorsqu'une telle violence est plaidée par une victime, celle-ci ne vise pas à annuler le contrat mais à l'équilibrer.

³³¹ MAZEAUD Denis. *La lésion*. Répertoire de droit civil, n° 3, p. 2. ; CARBONNIER Jean. *Droit civil*, t. 1, *Les Personnes*, 21^e éd. Paris : P.U.F. : 2000

³³² Voir supra n° 98, note n° 187.

Certes, il ne s'agit pas de faire échec au principe même de liberté contractuelle, tout au contraire, la responsabilité précontractuelle cherche à le garantir.

§ II. Responsabilité précontractuelle et liberté contractuelle vis-à-vis de la violence

163.- Le but de la responsabilité précontractuelle est aussi de garantir la liberté contractuelle. S'agissant de l'obligation de bonne foi au stade de la formation du contrat, il est clair que la violence, et notamment la violence économique, va à l'encontre de cette règle. En effet, sur le plan théorique, il est bien connu en droit positif français qu'« *une double condition est exigée pour caractériser la violence économique* »³³³ : d'abord, l'existence d'un état de dépendance économique (A) et, ensuite, la vérification d'une exploitation abusive de ces circonstances (B).

A. L'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique

164.- Il est certain qu'une situation de dépendance économique ne contrarie pas le principe de la liberté contractuelle. Ce principe comporte certaines limites liées à l'exploitation abusive de cette circonstance, ce qui constitue, en fin de compte, la violation du devoir d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat.

1) Il est, tout d'abord, certain que s'il s'agit d'un vice du consentement, il faut démontrer l'élément injuste de la violence permettant aux juges de déduire que le consentement n'a pas été librement exprimé.

³³³ CHANTEPIE Gaël. *La Lésion*. 573 p. : Thèse : Droit : Paris I : 2006, n° 248, p. 168

2) Si l'on s'en tient aux arrêts de la Cour de Cassation française, il apparaît qu'elle s'attache à la recherche d'un élément subjectif dans les circonstances économiques ayant vicié le consentement de la victime. Celle-ci, exige que le déséquilibre soit la conséquence d'une situation de dépendance, car, d'après ce qu'une partie importante de la doctrine a exprimé, cette dichotomie peut s'expliquer par la dimension subjective ou objective de la violence en tant que vice du consentement³³⁴. Mais en réalité, les juges de fond déduisent le vice du consentement à partir du déséquilibre, comme les autres législations le font avec la lésion³³⁵. Ils semblent se satisfaire de la preuve d'un déséquilibre au sein du contrat.

3) Par ailleurs, il faut distinguer l'exploitation abusive d'une circonstance de dépendance économique de la situation économique désastreuse créée par un cocontractant irresponsable³³⁶. En effet, la dépendance économique peut se constater dans certains contrats de travail, de consommation, d'assurance, voire dans les contrats d'adhésion³³⁷. Or, ce n'est pas parce que l'on adhère à un contrat par besoin économique, que l'on a vicié de violence son consentement. Il faut, en effet, l'abus de l'un des cocontractants au stade de la formation du contrat.

B. La nécessité d'impliquer une personne dans cette exploitation

165.- Pour qu'une violence économique existe, une personne, voire le cocontractant, doit profiter délibérément de la situation de dépendance économique

³³⁴ *Ibidem.*

³³⁵ Ainsi l'a démontré M. BOIZARD Matthias, dans : *La réception de la notion de violence économique en droit*. Les Petites Affiches, 16 juin 2004, n° 120, p. 5

³³⁶ Cass. com. 18 févr. 1997, Bull. n° 59;

³³⁷ V. Article 133 de la « Ley 142 de 1994 », par rapport aux services publics domiciliaires en Colombie ; ROCHA ALVIRA Antonio, par MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes. *Lecciones sobre Derecho Civil Obligaciones*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, P. 69.

pour formuler des conditions abusivement favorables³³⁸. « *C'est par le caractère excessif des obligations acceptées par l'une des parties que se traduit, de la part de l'autre, une manière d'agir répréhensible* »³³⁹.

Par conséquent, il nous paraît, nécessaire d'insister sur le fait qu'une responsabilité précontractuelle ne saurait se concevoir que dans le cadre d'une responsabilité subjective. Cela implique donc un comportement fautif, contraire à la règle de la bonne foi au cours de la formation du contrat, ce qui contredit toute l'évolution de la responsabilité délictuelle vers une responsabilité sans faute.

*

* *

CONCLUSION DU CHAPITRE III

166.- Selon nous, la violence constitue elle aussi, une violation au devoir de se comporter de bonne foi au stade de la formation du contrat. Son aspect délictuel est un fondement clair d'une sanction en responsabilité précontractuelle, d'après la jurisprudence française et l'article 863 du Code du commerce colombien.

*

* *

CONCLUSION DU TITRE III

³³⁸ FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX Eric. *Les obligations*, tome 1, *L'acte juridique*. 11^e éd. Paris : Armand Colin, 2004, n° 224, p. 177.

³³⁹ *Ibidem*.

167.- L'étude de ce fait générateur de responsabilité qui constitue la violence dans les régimes colombien et français nous a permis de renforcer l'idée d'une autonomie dans les fondements de la responsabilité précontractuelle. Ainsi, si la source lui confère nécessairement un caractère délictuel, ses conséquences se cristallisent dans des déséquilibres significatifs entre les contractants.

L'exposé des différents aspects actuels de la violence dans ces systèmes nous a permis d'en découvrir des éléments fondamentaux pour dégager les traits caractéristiques de la responsabilité précontractuelle, qui permettent de la distinguer des deux autres espèces de responsabilité civile. Ainsi, la recherche de la source du dommage, de sa cause dans la violation de l'obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat et de ses effets vers la création de relations contractuelles significativement déséquilibrées après l'utilisation de la violence pour conduire une personne à contracter.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

168.- L'analyse des fait générateurs de responsabilité précontractuelle lors de l'existence d'un vice du consentement nous a permis de constater l'existence d'un déséquilibre suite à la conclusion d'un contrat par erreur, par dol ou par violence. Mais surtout il a été démontré que pour mériter la qualification de fait générateur de responsabilité précontractuelle, l'aspect délictuel ou fautif de la conduite du contractant doit avoir lieu avant la conclusion du contrat, même si le déséquilibre est découvert au stade de son exécution.

La portée de ces propositions est de nature théorique et pratique.

Sur le plan théorique, la distinction entre responsabilité précontractuelle, délictuelle et contractuelle ne dépend pas du moment de la conclusion du contrat, mais de la nature du fait générateur de responsabilité.

Sur le plan pratique, on ne fait pas obstacle à la recherche de critères subjectifs dans le comportement du cocontractant afin de fonder l'obligation de réparer le dommage suite à un fait générateur de responsabilité précontractuelle. Au demeurant, dans les vices du consentement étudiés, pour qu'il puisse y avoir une indemnisation du dommage, la victime doit démontrer qu'il existe un rapport entre le vice et le comportement délictuel du contractant qui en tire bénéfice.

Enfin, la double dimension réparatrice et préventive de la responsabilité précontractuelle explique que ses règles servent de garant du principe de la liberté contractuelle. L'inexécution du devoir d'agir de bonne foi est le dénominateur commun de l'aspect fautif ou délictuel de ces vices du consentement.

Ainsi circonscrits, les faits générateurs de responsabilité précontractuelle, en cas de vices du consentement, devront nous permettre d'en déterminer la nature juridique en dehors des vices du consentement.

SECONDE PARTIE

LE FAIT GENERATEUR DE RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE EN L'ABSENCE DE VICE DU CONSENTEMENT

169.- L'étude des rapports du fait générateur de responsabilité précontractuelle et des vices du consentement nous a permis d'identifier et de cataloguer les traits caractéristiques qui se présentent dans le comportement des négociateurs d'un contrat dont la conclusion constitue le dommage pour l'un des cocontractants.

Nous avons pu ainsi constater que le fait générateur de responsabilité précontractuelle était placé dans une situation tout à la fois d'autonomie et de dépendance par rapport au moment de la conclusion du contrat, et que cette contradiction provenait de son origine particulière et de sa fonction spécifique.

170.- Ce sont précisément, sa cause et sa finalité qui vont nous permettre de distinguer le fait générateur de responsabilité précontractuelle d'autres responsabilités qui sont intéressées soit dans l'exécution par équivalent d'une obligation contractuelle, soit par l'indemnisation d'un dommage hors l'accord des volontés.

La qualification de fait générateur de responsabilité précontractuelle repose en effet, sur son origine fautive ou dolosive, d'une part, et sur son rôle protecteur de la liberté contractuelle et réparateur du dommage, d'autre part. Par conséquent, en s'appuyant sur ces critères, il sera possible d'établir l'existence dans le système colombien d'un principe général de responsabilité précontractuelle et de montrer l'évolution du droit positif français vers l'adoption législative d'un tel principe.

Notre démarche consistera donc à différencier la faute ou le dol précontractuels des fondements de responsabilité extracontractuels en nous servant de sa spécificité qui dérive d'un modèle de conduite imposé aux négociateurs par la bonne foi dans les pourparlers informels (Titre I), et de son double rôle de garant de la liberté contractuelle et réparateur du patrimoine dans la rupture des pourparlers (Titre II) et dans l'inexécution des obligations dérivées de l'offre et des engagements de volonté unilatéraux (Titre III).

TITRE I

LA SPECIFICITE DU COMPORTEMENT DES NEGOCIATEURS AU CONTRAT ET LA REGLE D'AGIR DE BONNE FOI DANS LES POURPARLERS INFORMELS.

171.- L'existence d'une obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat destinée à la création d'une obligation de réparer le dommage dans le cas où l'un des négociateurs ne l'exécute pas, n'est pas subordonnée à la volonté des négociateurs, mais à la loi, dans le système colombien, et à la jurisprudence, dans le système français. Deux éléments distincts ressortent donc de cette règle.

En premier lieu, la conduite des négociateurs dans les pourparlers informels est entièrement régie par la bonne foi, ce qui limite leur liberté de ne pas contracter.

En second lieu, la rupture des pourparlers n'est pas en soi un fait générateur de responsabilité, mais la négligence dans la rupture. Or, il ne s'agit pas de la même négligence de la responsabilité délictuelle, la faute du négociateur étant dérivée d'une atteinte à la liberté contractuelle de son partenaire.

172.- Dans cette mesure la qualification d'un fait générateur de responsabilité précontractuelle n'est possible qu'à travers la comparaison du comportement du négociateur avec le modèle de conduite imposé par la règle d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat.

Si l'origine extracontractuelle de cette obligation permet aisément de justifier la nature délictuelle de cette responsabilité³⁴⁰, la dérivation des nombreux devoirs de

³⁴⁰ En effet, dans le droit français, la lecture des arrêts relatifs à la réticence dolosive montre un recours incessant à l'article 1382 du Code civil pour sanctionner le manquement à l'obligation précontractuelle d'information. Voir en ce sens, par exemple : CHAUVEL Patrick. Rupture des

conduite limitant le comportement des négociateurs au cours des pourparlers informels, l'approchent plutôt de la responsabilité contractuelle. Il faut en effet, se demander si l'on peut encore parler d'une responsabilité extracontractuelle, alors que les négociateurs ont été dans la mesure de prévoir le dommage qu'ils pourraient causer par l'inexécution d'un devoir tiré de la bonne foi. Par conséquent, on verra ce que comportent ces types de devoirs : tout d'abord on étudiera ce qui constitue un manquement au devoir d'informer l'autre négociateur (Chapitre I), puis, les manquements au devoir d'être discret et cohérent dans les pourparlers (Chapitre II).

pourparlers et responsabilité délictuelle. *Droit et patrimoine*, novembre 1996, p. 45 ; CHAUVEL, Patrick, Rupture des pourparlers précontractuels : la question de la perte de chance, *Droit & Patrimoine*, n° 157, mars 2007, p.26 et s. GHESTIN Jacques, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers* », *JCP* 2007. I.155, n° 1 ; LAITHIER, Yves-Maire, *La rupture des pourparlers*. *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 51, juillet – août 2010, pp. 117 ; LE TOURNEAU Philippe. La rupture des négociations. *RTD com.* 51(3), juillet-septembre 1998, p. 479 ; MOUSSERON Pierre. Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle. *RTD com.* 51 (2) avril-juin 1998, p. 243 ; SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna. La sanction de la faute précontractuelle. *RTD Civ.*, 1974, p. 46 ; SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna. Rupture fautive de pourparlers ayant duré plusieurs années. *JCP E*, n° 13, 1 avril 1999, p. 579.

CHAPITRE I

LE MANQUEMENT AU DEVOIR D'INFORMER L'AUTRE NEGOCIATEUR

173.- Dans les deux systèmes comparés, une personne ne pourra être tenue de renseigner son partenaire que si elle détient une information «pertinente», c'est-à-dire dont la connaissance est de nature à modifier le comportement du cocontractant. En outre, l'obligation d'information n'existe que si le créancier de l'obligation ignorait le fait révélé. Toutefois, l'absence d'accord de volontés portant sur l'obligation précontractuelle d'information exclut sa qualification de contractuelle, mais cela ne suffit pas à expliquer la parenté de cette obligation avec l'obligation contractuelle de renseignement.

Dans ces conditions, la nature spécifique de l'obligation précontractuelle d'information dérive d'un but de protection de l'une des parties, un but poursuivi par la loi (Section I) ou par le juge (Section II).

Section I

OBLIGATIONS PRECONTRACTUELLES D'INFORMATION D'ORIGINE LEGALE

174.- Si l'indemnisation dérive d'un texte de loi mais se fonde sur l'inexécution d'un comportement prévisible à l'agent du dommage, l'origine délictuelle ou contractuelle fait, en effet, défaut à la nature de cette réparation, ce qui suffit à écarter à leur égard les qualifications mentionnées.

175.- Au sujet de l'indemnisation, suite au manquement à un devoir précontractuel d'information, il convient de bien distinguer celles qui ont leur source dans le droit commun des contrats (§ I) de celles qui se trouvent dans les droits spéciaux (§ II).

§ I.- L'obligation précontractuelle d'information dans le droit commun des contrats

176.- Le droit commun des contrats comporte des obligations précontractuelles de renseignement là où le besoin de maintenir l'égalité des parties et de protéger leur consentement se fait sentir³⁴¹. La fonction protectrice de ces règles s'est manifestée de trois manières. La première, dans le mécanisme de l'offre et l'acceptation (A), la deuxième, dans les règles relatives à l'interprétation du contrat et, en particulier le contrat de vente (B).

A. L'obligation d'information dans le mécanisme de l'offre et l'acceptation

177.- « *La technique contractuelle veut que le rédacteur du contrat, parce qu'il est le seul à connaître les clauses du contrat, renseigne son partenaire sur le contenu de la proposition, par le mécanisme de l'offre de contracter* »³⁴². En effet, il ne s'agit pas d'une obligation de nature contractuelle, toutefois l'inexécution de cette obligation peut-elle être qualifiée de responsabilité délictuelle ?

³⁴¹ BOYER Yves. *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*. 450 p. Thèse : Droit : Aix-Marseille : 1978, n° 17, p. 29

³⁴² BOYER, *Op. cit.* n° 17, p. 31

La réponse à cette question suppose que l'on s'interroge, d'abord sur le statut de cette obligation (1) ainsi que sur son rôle (2).

1. Le statut de l'obligation d'information dans l'offre

178.- Les systèmes colombien et français convergent au point de considérer que l'offre doit contenir les éléments essentiels de l'affaire que l'on va contracter et être communiquée au destinataire par n'importe quel moyen adéquat à cette fin³⁴³.

179.- La jurisprudence colombienne opère une dissociation des conséquences de l'inexécution de cette obligation suivant que le litige concerne la conclusion du contrat ou la communication de l'offre. Ainsi, s'agissant d'un contrat conclu, elle considère qu'une information incomplète relative aux conditions essentielles du contrat dans l'offre a conduit à la création d'une erreur chez le cocontractant, ce qui donnerait droit au maintien du contrat avec le versement de dommages et intérêts destinés à rééquilibrer le rapport contractuel.

Dans ce même sens s'est prononcée la jurisprudence française, lorsqu'elle sanctionne le manquement à cette obligation sur le terrain de l'article 1382 pour éviter l'annulation du contrat conséquence de l'application de l'article 1116 du Code civil.

180.- En revanche, si l'information manquait dans une offre communiquée, mais pas encore acceptée par son destinataire, la Cour Suprême de Justice Colombienne ne se contente plus de sanctionner le moyen de communication de

³⁴³ Ce qui inclut, pour le droit colombien, les messages électroniques de données selon l'article 14 de la loi 514 de 1999. En droit français, v. la loi sur la confiance dans l'économie numérique qui date du 21 juin 2004 et qui transpose une directive communautaire et l'ordonnance du 16 juin 2005.

l'offre, mais aussi le fait que son destinataire ait eu effectivement connaissance des renseignements et les ait compris³⁴⁴, ce qui identifie cette obligation avec la bonne foi contractuelle.

La jurisprudence française, ne considère pas nécessaire d'assurer la connaissance et la compréhension du destinataire de l'offre. A cet égard, il suffira de prendre les mesures qui « *permettent une information objective de son partenaire.* »³⁴⁵.

Ainsi, l'intelligibilité des mentions de l'offre s'apprécie *in abstracto*. Toutefois, le 10 mai 1989, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation considéra au vu des articles 1116 et 1134, al. 3 du Code civil, 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 (...) omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager* ».

Cette combinaison des articles 1116 et 1134 du Code civil montre que la Cour de cassation identifie, comme la Cour colombienne, dans la bonne foi contractuelle une exigence de loyauté impliquant une information transparente dans la formation du contrat.

181.- On le constate, l'analyse du statut de l'obligation de renseignement de l'offre, en raison de l'aspect prévisible qu'elle montre au stade de la déclaration de

³⁴⁴ En ce sens, la Cour Suprême de Justice considère que comme l'offre n'est pas révocable en droit colombien (article 846 Code du Commerce), l'offrant est tenu de maintenir son offre face au destinataire, même si celui-ci n'a pas encore connu ladite offre « parce que ce qui est signifié est que l'offre comme acte unilatéral s'institue en source d'obligation et qu'en cas de retrait injuste il s'agit d'un acte illégal qui engage la responsabilité » : CSJ, cas. civ. 12 août 2002, M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente No. 6151.

³⁴⁵ BOYER, *Op. cit.* n° 17, p. 31.

volonté, éloigne son inexécution de la possibilité d'être qualifiée comme une quelconque négligence, comme dans la responsabilité délictuelle. Ce que confirmera l'étude de sa finalité.

2. Le rôle de protection de l'obligation d'information dans l'offre

182.- La plupart des auteurs admettent que la finalité de cette information est d'éviter de conduire le destinataire de l'offre à une erreur.

183.- Dans les systèmes comparés, il semble que la jurisprudence préfère harmoniser toutes ces solutions sur un même terrain, celui de l'obligation contractuelle de bonne foi. Plutôt que de remettre en cause la validité des contrats en question, les contractants préfèrent rechercher un rééquilibrage de leur contrat par la condamnation à des dommages et intérêts selon l'article 1382 du Code civil, équivalent de l'article 2341 du Code civil colombien.

Dans un souci de pérennité contractuelle, les juridictions sous le principe général de responsabilité civile, entretiennent l'amalgame, le rapprochement de la responsabilité délictuelle vers la responsabilité contractuelle.

184.- Toutefois, un tel rattachement de l'obligation d'information à l'article 1134 al 3 et 1135 (1602 et 1603 du Code civil colombien) conduit à admettre un caractère supplétif de cette obligation. Ainsi serait-il possible de déroger conventionnellement à une obligation d'information ? Le but de protection du contractant dans une situation de faiblesse ne le permettra pas. Ce qui confirme la nature spéciale de la responsabilité précontractuelle.

Cette protection devient encore plus importante s'agissant des offres de contrats d'adhésion, comme on l'étudiera ci-après.

B. L'obligation précontractuelle d'information dans les règles d'interprétation du contrat et le contrat de vente

185.- L'examen des règles d'interprétation du contrat (1) et de contrat de vente (2) permettent de souligner l'autonomie de la responsabilité précontractuelle par rapport à l'obligation d'information qu'elles renforcent au stade de la formation du contrat.

1. L'obligation précontractuelle d'information issue des règles d'interprétation du contrat

186.- Dans les deux systèmes comparés, l'obligation d'information est devenue un impératif dans les contrats d'adhésion. A cet égard, afin de déterminer si l'obligation a été exécutée au stade de la formation du contrat, la Cour Suprême de Justice interprète le contrat d'après une méthode consacrée à l'article 1624 du Code civil colombien, qui dispose que l'interprétation du contrat bénéficie à celui qui a adhéré, si l'étendue du texte n'a pas été expliquée par le cocontractant qui l'a proposé³⁴⁶.

³⁴⁶ D'après cet article : « Aucune des règles précédentes d'interprétation ne pouvant s'appliquer, les clauses anciennes seront appliquées en faveur du débiteur ». Mais les clauses anciennes qui auraient été étendues ou dictées par l'une des parties, qu'elle soit accréditeuse ou débitrice, seront interprétées contre elles, dès lors que l'ambiguïté proviendrait d'un manque d'explication qui aurait dû être donné par elle. »

La divergence dans le contenu du contrat est donc imputable au contractant qui a rédigé le texte pour n'avoir pas accompli l'obligation d'information précontractuelle dérivée de la bonne foi.

Cette affirmation est vérifiable dans l'arrêt rendu par la Cour Suprême de Justice de Colombie le 4 novembre 2009. Il convient de rappeler les faits. Un producteur de capsules de gélatine avait importé du Singapour un lot de capsules d'huile de cabillaud. À leur arrivée, les capsules avaient fondu. Le producteur a demandé le paiement de l'assurance, mais la Compagnie d'assurance objecta la réclamation sur la base d'une clause qui excluait expressément tout sinistre dérivé d'un changement de température au cours du transport. Or, étant donné que l'expertise n'avait pas pu attribuer la cause du sinistre au seul fait d'un changement excessif de température et qu'il existait un accord entre les parties par rapport à l'interprétation de la clause en faveur de l'adhérent, la Cour a cassé la décision de la Cour d'appel et a condamné la Compagnie d'assurance à payer le sinistre³⁴⁷.

Cette décision traduit un déplacement du contentieux de l'inexécution du contrat, au titre duquel l'assureur aurait pu voir sa responsabilité engagée, vers celui de l'obligation d'information et de loyauté du même assureur, mais cette fois-ci, au stade de la formation du contrat.

187.- Par rapport à cette démarche de la Cour Colombienne, on peut trouver une divergence dans le droit civil français. En effet, l'article 1162 du Code civil

³⁴⁷ CSJ. Civ., 4 novembre 2009, MP. Pedro Octavio Munar Cadena. Expediente No. 11001 3103 024 1998 4175 01. Disponibles sur : <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Providencias/1998-4175-01.pdf>

permet au juge d'interpréter le contrat toujours en faveur du débiteur sans exiger l'exécution d'une obligation d'information à son égard³⁴⁸.

Cependant, le développement de l'obligation d'information dans le droit positif français témoigne d'un rôle complémentaire à la recherche de la justice commutative ; cette obligation dérive de contentieux déjà connus en droit commun, et apparaît donc davantage comme un facteur de complexification plutôt que de protection dans le droit contractuel français.

188.- Enfin, tout manquement à l'obligation d'information précontractuelle aurait pu être sanctionné sur le fondement soit des vices du consentement, comme nous l'avons vu précédemment, soit sur le terrain des vices cachés, du fait que certaines autres dispositions des Codes civils colombien et français évoquent même directement l'obligation d'information, comme on l'abordera ci-dessous.

2. L'obligation précontractuelle d'information dans le contrat de vente

189.- Puisqu'elles sont les plus fréquentes dans la pratique judiciaire des deux systèmes comparés, on se concentrera de l'étude de l'obligation précontractuelle d'information dans le contrat de vente.

190.- Il ne s'agit pas d'un contentieux nouveau. Cette obligation de renseignement est consacrée aux articles 1893 et suivants du Code civil colombien et 1602 du Code civil français, tous deux relatifs à la vente. Le vendeur est réputé être

³⁴⁸ « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation »

celui qui connaît les informations. Dès lors qu'il recèle des informations, on opère le contrat dans le sens des intérêts de l'acheteur. La bonne foi de l'une des parties au contrat de vente peut déterminer l'existence d'un vice caché (a) et les effets de la garantie d'éviction (b).

a. Le manquement à l'obligation précontractuelle du vendeur de renseigner l'acheteur sur la qualité de la chose et la caractérisation d'un vice caché.

191.- Un bref examen de la notion de vice caché servira (i) pour justifier avec ses exemples l'existence d'une obligation précontractuelle d'information dans le contrat de vente (ii).

i. La notion de vice caché

193.- Si tous les vices cachés (articles 1918 du Code civil colombien³⁴⁹ et 1641 du Code civil français) ont des caractères et des effets communs, qui ressortent de la notion même du vice (1), il est intéressant, afin d'éviter une exposition trop théorique, de recenser certaines hypothèses qui permettent de sanctionner le manque d'information et, par conséquent, son incidence sur le consentement de l'acheteur (2).

(1) Le vice caché

³⁴⁹ l'article 1918 du Code Civil Colombien, selon lequel « Si le vendeur connaissait les vices de la chose et ne les déclarait pas, ou si les vices étaient de telle nature que le vendeur aurait dû les connaître en raison de sa profession ou office, il sera obligé non seulement à la restitution ou à la réduction du prix, mais aussi aux dommages-intérêts ; toutefois, si le vendeur ne connaissait pas les vices, ou si ceux-ci étaient d'une telle nature que par sa profession ou office il les aurait dû connaître, le vendeur ne sera obligé qu' à la restitution ou à la réduction du prix de la chose »

194.- « *La qualification d'un vice comme caché ou manifeste ne dépend pas seulement de l'abstraite possibilité de sa connaissance par l'acheteur, mais aussi de l'exigence d'agir de bonne foi (in contrahendo) à l'égard de ladite qualification. Ainsi, la bonne foi sert aussi à influencer le comportement du vendeur au moment de la conclusion du contrat* »³⁵⁰.

195.- Cette définition permet de recenser les éléments nécessaires pour caractériser un vice caché. D'abord, il s'agit d'un défaut de la chose connu par le vendeur³⁵¹. Ensuite, d'un manquement à l'obligation d'informer l'acheteur sur l'existence dudit défaut³⁵². Enfin, le vice de la chose aurait dû être découvert pendant la conclusion du contrat, voire, au stade de sa formation³⁵³.

196.- Les vices cachés que nous allons étudier correspondent tous à l'évolution des anciennes hypothèses du droit romain nommées *dicta et promissa*, c'est-à-dire, réticence³⁵⁴.

³⁵⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *Saneamiento por vicios ocultos: las acciones edilicias*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 104

³⁵¹ Il s'agit d'une garantie assez ancienne, parce que les vices cachés trouvent leurs racines dans le droit romain : « *Si quid venditor de mancipio adfirmaverit idque non ita esse emptor queratur, aut redhibitorio aut aestimatorio (id quanto moniors) iudicio agere postes* » (Gaius, « *libro primo ad adictum aedilium curulium* », D., 21, I, fr. 18)

³⁵² Il s'agissait, d'une véritable obligation d'information du vendeur par rapport aux qualités du serveur. Cette obligation d'information se trouve aussi dans les contrats de vente d'animaux, parce que l'action rédhitoire était aussi admise dans les cas où ces animaux auraient manqué des qualités déclarées par le vendeur : « *Non tantum autem ob morbum vitiumve redhibitio locum habebit in aumentis, verum etiam si contra dictum promissumve, erit locus redhibitori exemplo mancipiorum* » (ULPIANUS, « *libro primo ad edictum aedilium curulium* », D.21, I. fr. 38 §8 »)

³⁵³ La possibilité donnée à l'acheteur d'exercer l'action rédhitoire ou 'action estimatoire', après la conclusion du contrat, montrait au vendeur qu'il devait être honnête au moment de la formation du contrat et s'abstenir de mentir par rapport aux qualités de la chose objet de la prestation afin de maintenir le lien contractuel.

³⁵⁴ MACKELDEY, Ferdinand, et BEVING, Jules, *Manuel de Droit Romain*, contenant la théorie des Institutes, Société typographique belge, Bruxelles, 1837, p. 227. Disponible : http://books.google.cm/books?id=4JEPAAAAQAAJ&pg=PA227&lpg=PA227&dq=dicta+et+promissa&source=bl&ots=ibpMnW_70e&sig=x_3_oxfJ-2Z8ep9BXT3--YhK4mI&hl=fr&ei=6vxGTrbIJaj40gGd_dTNBw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CFcQ6AEwBw#v=onepage&q=dicta%20et%20promissa&f=false

Ce sont bien des hypothèses pour lesquelles les édiles curules ont créé des actions supplémentaires afin que les Romains puissent se retourner contre les vendeurs ambulants ou serveurs, qui avaient très mauvaise réputation sur les marchés publics, pour les vices cachés, sans avoir besoin de démontrer la mauvaise foi³⁵⁵.

Par conséquent, tous ceux qui exerçaient le commerce étaient tenus de faire des déclarations loyales au stade de la formation du contrat de vente³⁵⁶. Ces vices cachés ont pour conséquence, actuellement, de sanctionner le cocontractant qui a manqué à son obligation précontractuelle d'information.

(2) Exemples de vices cachés et justification de l'obligation précontractuelle d'information dans le contrat de vente.

197.- Trois types de difficultés peuvent se poser au stade de l'exécution de l'obligation de renseignement du vendeur.

1) La première résulte du principe même de se renseigner soi-même. Ainsi, face aux qualités de la chose vendue, on peut se demander si le vice se configure lorsque l'acheteur peut examiner par ses propres moyens la qualité de la chose et le vice manifeste qu'il n'a pas observé du fait de sa propre négligence, ou, si en revanche, le vice va se caractériser lorsque l'acheteur n'a pas eu l'opportunité de se renseigner soi-même sur la qualité de la chose.

³⁵⁵ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *Sobre las acciones del comprador insatisfecho*. in: Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 541.

³⁵⁶ *Ibidem*.

En réponse à cette question, la Cour de cassation française, dans un arrêt rendu le 28 février 2001, a établi l'imposition d'une obligation précontractuelle au vendeur lorsque l'acheteur n'a pas pu se renseigner lui-même sur les qualités de la chose³⁵⁷.

Par ailleurs, la Cour Suprême de Justice colombienne a précisé que “ *Mais, outre sa gravité, le vice rédhibitoire doit être occulte pour l'acheteur, c'est-à-dire que celui-ci devait l'ignorer. Le vice possède cette faculté occulte pour l'acheteur, quand le vendeur ne l'a pas porté à sa connaissance et quand il est tel que l'acquéreur l'ignore sans qu'il s'agisse d'une faute grave de sa part, ou qu'il ne peut la connaître facilement en raison de son travail ou de sa profession. Par conséquent, celui-ci sera dénoncé par le vendeur, il ne sera pas occulte ou rédhibitoire, non plus que celui qui aura pu être connu ou découvert facilement ou sans grand effort par l'acheteur ; la question étant que celui qui juge doit examiner en appréciant objectivement les comportements de cette partie contractante, en vue de définir si son ignorance du vice peut s'estimer libre de faute grave, par conséquent, si l'effet doit être réputé occulte ou non* »³⁵⁸.

Les Cours des deux systèmes comparés, semblent faire appel à la bonne foi précontractuelle afin de déterminer le moment de savoir si la qualité non déclarée de la chose constitue un vice caché ou, au contraire, un vice manifeste.

2) En outre, l'arrêt rendu par la Cour Suprême de Justice Colombienne le 6 août 2007³⁵⁹, permet de montrer le rapport entre la nature du vice caché et l'information rendue par la déclaration du vendeur, du fait que si, en principe, il

³⁵⁷ Cass. civ. 3^e, 28 févr. 2001, 99-14848-. V. aussi LARROUMET, Christian, Le contrat, 2^e partie, effets, Paris, Economica, 2007, pp. 657 et 658.

³⁵⁸ Sent. Cas. 27 de marzo de 1952, G.J. T. LXX, p. 510 ; dans le même sens : Sent. Cas. Civ. de 29 de agosto de 1980 ; Sent. Cas. Civ. de 11 de septiembre de 1991 ; CSJ, Sala de Casación civil, abril 5 de 2001, MP. Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO, Exp. No 5897 ; 13 de diciembre de 2002, MP. Dr. Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO, Exp. 6462 ; Sent. Cas. Civ. de 6 de agosto de 2007, Exp. No. 15701.

³⁵⁹ CSJ, Sala de Casación civil, agosto 6 de 2007, MP. Pedro Octavio MUNAR CADENAS, Exp. No.13001 31 03 001 1999 00157 01. Dans le même sens : DE VERDA BEAMONTE, p. 104.

s'agissait d'un vice manifeste, les mots du vendeur peuvent le faire devenir un vice caché.

C'est dans cette même évolution que, en France, la 3^{ème} chambre civile, le 21 juillet 1998, a considéré l'existence d'un vice caché consistant en la fissure du sol d'une maison, fissure qui a affecté gravement la structure de l'immeuble. Ladite fissure avait été dissimulée par une moquette que le vendeur avait posée sur le sol au moment de la formation du contrat³⁶⁰.

3) Enfin, la 1^{ème} chambre civile de la Cour de Cassation française a décidé dans un arrêt du 16 février 1983 qu'un tel changement dans la qualité du vice peut aussi provenir d'une déclaration sur la facilité dans la réparation de la chose, alors qu'elle ne correspond pas à la réalité.

Dans les faits, il s'agissait du vendeur d'un piano qui, au moment de la conclusion du contrat, avait affirmé qu'il pouvait être utilisé après qu'il aurait été réaccordé, mais, en réalité, le piano se trouvait tellement abîmé, qu'il ne servait pas à sa fonction naturelle. En l'espèce, le vendeur est tenu d'informer l'acheteur de l'étendue du dommage de la chose³⁶¹.

Une telle interprétation a été aussi appliquée par la Cour Suprême Colombienne qui a caractérisé comme vice caché les erreurs d'un concessionnaire vendeur d'un bus de service public d'occasion qui a recommandé à l'acheteur l'utilisation de pièces pas d'origine pour remplacer les pièces abîmées du système de freinage, ce qui a causé un grave accident de circulation routière³⁶².

³⁶⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 21 juillet 1998, Cont. Conc., Cons. 1998, p. 14. Cité aussi par DE VERDA BEAMONTE, p. 106.

³⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1983, Bull., I, 1983, n° 65, p. 56. Cité aussi par DE VERDA BEAMONTE, P. 105.

³⁶² CSJ, Sala de Casación Civil, agosto 4 de 2009, MP. Edgardo VILLAMIL PORTILLA, Exp. No. 11001-3103-009-2000-09578-01

Quoi qu'il en soit, les jurisprudences colombienne et française s'accordent à trouver dans la figure des vices cachés l'existence d'une obligation précontractuelle d'information à la charge du vendeur, une obligation dérivée de la bonne foi au stade de la formation du contrat.

Le problème qui se pose alors est de savoir si cette jurisprudence déduit aussi l'existence d'une telle obligation des effets de la garantie d'éviction.

b. L'obligation précontractuelle d'information et les effets de la garantie d'éviction

198.- L'obligation précontractuelle d'information peut-elle être déduite des effets de la garantie d'éviction ? De façon convergente, la jurisprudence des deux systèmes comparés se prononce dans le sens affirmatif³⁶³.

Tout juste énonce-t-elle que cette obligation d'information concerne la révélation par le vendeur des servitudes occultes. Pour cela elle se fonde sur les articles 1626³⁶⁴ et 1635³⁶⁵ du Code civil français, et 1918 du Code civil colombien. Par conséquent, l'acheteur est relevé de la charge de se renseigner par soi-même.

³⁶³ La Cour de cassation a considéré que « *Il appartient au vendeur d'informer de l'existence des servitudes occultes, et non à l'acheteur de se renseigner à cet égard ; peu importe que l'acheteur n'ait acquis le fonds servant qu'après transcription faite de l'acte constitutif de la servitude, le système de publicité étant fait en principe pour protéger l'acquéreur contre les actes de disposition du vendeur, et non pour protéger le vendeur contre le recours ou la garantie de l'acquéreur* » : Req. 30 déc. 1940 : DC 1941. 107, note Carbonnier.

³⁶⁴ « *Quoique lors de la vente il n'ait été faite aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente* »

³⁶⁵ « *Si le vendeur avait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, il sera obligé de rembourser à l'acquéreur toutes les dépenses, même voluptaires ou d'agrément, que celui-ci aura faites au fonds* ».

En revanche, les servitudes légales, qui dérivent du régime ordinaire de la propriété, sont réputées être connues par l'acheteur, ce qui veut dire, que le vendeur n'est pas obligé de les déclarer avant la conclusion du contrat³⁶⁶.

199.- On le constate dans les deux systèmes comparés. De la garantie d'éviction on peut déduire l'existence d'une obligation précontractuelle d'information, à laquelle est tenu le vendeur.

200.- Toutefois, les systèmes divergent dans la sanction de ladite obligation d'information.

1) Dans le droit positif français, si le vendeur a nié dans l'acte de vente qu'il avait constitué une servitude sur le fonds et qu'il a affirmé dans ledit acte qu'il ne connaissait pas son existence, la jurisprudence française a lieu d'estimer qu'il a commis une faute précontractuelle ; elle considère qu'il a commis une faute contractuelle dont il doit réparation³⁶⁷, comme s'il s'agissait d'une hypothèse d'inexécution du contrat de vente.

2) Il en va tout autrement en droit colombien qui grâce au principe général de responsabilité précontractuelle permet à sa jurisprudence de considérer qu'une telle faute constitue un manquement à la bonne foi exigée des parties au stade de la formation du contrat³⁶⁸.

Ces dispositions du droit commun par lesquelles on impose un devoir d'information au contractant rentrent en concurrence avec les principes traditionnels de protection dans certains contrats des droits spéciaux, comme le contrat d'assurance et, en général, dans le droit de la consommation.

³⁶⁶ Civ. 1re, 15 oct. 1963 : D. 1963. 715.

³⁶⁷ Civ. 3e, 5 févr. 1974 : Bull. civ. I, n° 57 ; Defrénois 1974, 959, note Frank ; 21 mars 2001 : Bull. Civ. III, n° 38 ; D- 2001. IR. 1220 ; JCP 2001. I. 358, n° 16 ; obs. Macorig-Vernier.

³⁶⁸ Dans ce sens, v. CSJ, cas. civ. 31 de marzo de 1998. M.P. Dr. Rafael Romero Sierra. Expediente No. 4962.

§ II. L'obligation précontractuelle d'information dans les droits spéciaux

201.- Le législateur est intervenu ponctuellement pour sanctionner le silence dans la formation du contrat dans les droits spéciaux. On prendra l'exemple du droit des assurances (A) et le droit de la consommation (B).

A. L'obligation précontractuelle d'information dans le contrat d'assurance

202.- L'obligation précontractuelle d'information possède des antécédents lointains en droit des assurances. On s'intéressera d'abord à celles auxquelles est tenu l'assuré (1) et puis celles auxquelles est tenu l'assureur (2).

1. L'obligation précontractuelle d'information de l'assuré

203.- Dès son apparition, le contrat d'assurance a chargé l'assuré d'un « devoir de déclaration sincère » au moment de décrire l'état du risque lors de la formation du contrat d'assurance (a), et l'existence d'autres contrats d'assurance sur le même intérêt à assurer (b)

a. Obligation d'informer sur l'état du risque.

204.- En droit colombien, l'obligation précontractuelle d'information sur l'état du risque s'est trouvée d'abord dans l'article de l'ancien Code du commerce de 1887,

et demeure dans l'article 1058 de l'actuel Code du commerce³⁶⁹. De même, en France, l'article L113-8 du Code des assurances sanctionne la réticence opérée par l'assuré concernant les circonstances de nature à modifier l'appréciation du risque par l'assureur³⁷⁰.

Dans ces hypothèses, l'obligation d'information sur l'état du risque constitue l'application d'un principe de droit commun des contrats : la réticence dolosive. En effet, l'inexécution de cette obligation est retenue comme cause de nullité du contrat, par principe.

205.- Par la force des choses, cette obligation précontractuelle de l'assuré a évolué en droit colombien au fur et à mesure que le marché d'assurances l'exigeait³⁷¹. Bien que le dol pour être sanctionné par la nullité du contrat doive contenir deux éléments, d'une part la rétention d'une information inconnue par l'autre partie, et de l'autre la provocation d'une erreur déterminante pour contracter ; d'après l'article

³⁶⁹ « **Art. 1058** – Le souscripteur est obligé de déclarer sincèrement les faits ou circonstances qui déterminent l'état de risque, dans le questionnaire fourni par l'assureur. La réticence ou inexactitude des faits ou circonstances qui, connus par l'assureur, l'auraient dissuadé de dresser le contrat, ou conduit à stipuler des conditions plus onéreuses, impliquent la nullité relative de l'assurance.

« Si la déclaration ne se base pas sur un questionnaire déterminé, la réticence ou l'inexactitude produisent un effet identique si le souscripteur a dissimulé de manière fautive, des faits ou des circonstances qui impliquent l'aggravation objective de l'état de risque.

« Si l'inexactitude ou la réticence proviennent d'une erreur sans culpabilité du souscripteur, le contrat ne sera pas nul mais seul l'assureur sera obligé, en cas de sinistre, à payer un pourcentage de la prestation / la valeur assurée, équivalent à celui que le tarif ou la prime stipulée dans le contrat représente à l'égard du tarif ou la prime correspondant au véritable état de risque, à l'exception de ce qui est prévu dans l'article 1160.

« Les sanctions consacrées dans cet article ne s'appliquent pas si l'assureur, avant de dresser le contrat connaissait ou aurait dû connaître les faits ou circonstances sur lesquels portent les vices de la déclaration, ou si le contrat étant établi, il se soumet à les réparer ou les accepte de manière explicite ou tacite. ». Cette règle est présente dans le système colombien depuis 1887, et existait aussi dans le Code de commerce avant la réforme de 1971.

³⁷⁰ D'après cet article l'assuré est obligé « De répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ».

³⁷¹ Dans ce sens, v. CSJ, Cas. civ., 2 de agosto de 2001. M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente No. 6146.

1058 du Code du commerce colombien la réticence en droit des assurances peut aussi être sanctionnée par la responsabilité civile parce qu'elle traduit un comportement coupable au stade de la formation du contrat.

206.- Sur ce plan, l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information sur l'état du risque joue, en droit colombien, un rôle de fait générateur de responsabilité précontractuelle.

1) Ainsi, en vertu de l'objet de l'obligation d'informer sur l'état du risque, il s'agit d'une obligation d'information dérivée du devoir d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat. La sanction, dépend-elle ou non de l'absence d'un questionnaire proposé par l'assureur au futur assuré afin de déclarer l'état du risque. Ainsi, si l'inexécution de l'obligation d'information a été faite par rapport au questionnaire, la sanction sera la nullité relative du contrat, alors qu'en l'absence dudit questionnaire, la faute du futur assuré donnerait lieu à l'indemnisation.

2) Quant au régime de l'obligation d'informer sur l'état du risque en droit colombien, l'existence du questionnaire facilite la preuve de la réticence ou de l'inexactitude au moment de faire la déclaration. En effet, d'après la Cour Suprême de Justice : *“Les questionnaires que proposent les assureurs aux assurés afin de connaître l'étendue du risque qu'ils vont assumer par la voie du contrat déterminent la limite des obligations réciproques des contractants. Lorsque l'assureur, dans ces questionnaires, pose une question, celle-ci est adressée aux éléments essentiels à la détermination de son consentement. En revanche, les faits qui ne font pas partie du questionnaire doivent être considérés comme non déterminants dudit consentement,*

en considération de l'expérience que l'assureur a comme professionnel du risque »³⁷².

Par conséquent, l'absence de questionnaire renverse aussi la charge de la preuve, car il correspondra à l'assureur de démontrer la faute de l'assuré dans l'inexécution de l'obligation d'information³⁷³. Dans cette hypothèse, l'assureur devra prouver d'abord l'erreur dans la déclaration, et ensuite que si au moment de la conclusion du contrat il avait connu le fait caché par son assuré, il aurait refusé de contracter, ou qu'il aurait contracté dans des conditions différentes.

Ce caractère de fait générateur de responsabilité précontractuelle lié à l'inexécution de ladite obligation n'a pas été adopté par le droit français des assurances. En revanche, ce système a évolué en ce sens à partir de l'inexécution de l'obligation d'informer sur le cumul d'assurances.

b. Obligation d'informer sur le cumul d'assurances

207.- Le caractère de fait générateur de responsabilité précontractuelle lors de l'inexécution de l'obligation d'information portant sur le cumul des assurances auquel est tenu l'assuré a été prévu par l'article L 121-4 du Code des assurances³⁷⁴.

1) Sera donc constitutif d'une négligence au stade de la formation du contrat le père de famille qui assure l'appartement de son fils étudiant qui l'a assuré de son côté ; le propriétaire d'une marchandise qui l'assure avant qu'elle ne soit transportée, alors que la même marchandise avait été déjà assurée à son profit par le transporteur ;

³⁷² G.J., Tomo LXXVII, p. 17.

³⁷³ « Il incombe aux parties de prouver le fait supposé des normes qui consacrent l'effet juridique qu'elles poursuivent » (article 177 du Code de procédure civile colombien).

³⁷⁴ D'après cet article : « Celui qui est assuré auprès de plusieurs assureurs par plusieurs polices, pour un même intérêt, contre un même risque, doit donner immédiatement à chaque assureur connaissance des autres assureurs. « L'assuré doit, lors de cette communication, faire connaître le nom de l'assureur avec lequel une autre assurance a été contractée et indiquer la somme assurée. »

et, le bénéficiaire d'une assurance pour compte, qui ignore la garantie souscrite par un tiers à son profit³⁷⁵.

Dans toutes ces hypothèses il est possible de constater la mauvaise gestion de l'assuré à l'égard de ses contrats, car il connaît le contenu des garanties souscrites.

2) En outre, une autre hypothèse d'assurance cumulative est celle de souscrire un nouveau contrat d'assurance alors que l'assuré n'a pas encore pu résilier son ancien contrat non encore venu à échéance. Dans ce cas, la négligence consiste à n'avoir pas informé le nouvel assureur de la survivance, au moins temporaire, de son ancien contrat.

Il est donc fondamental qu'au stade de la formation du contrat, l'assuré agisse de bonne foi, c'est-à-dire, qu'il soit diligent dans son devoir d'informer l'assureur sur les conditions de constatation dont il était le seul à connaître les conséquences.

208.- Force est donc de constater que les atteintes à l'obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat sont ici de portée réduite, et que les articles mentionnés, autant en droit colombien qu'en droit français, sont l'application d'un principe de protection de l'assureur contre la fraude de l'assuré. Certes, pendant longtemps le législateur a protégé l'assureur, mais au cours des dernières années, le législateur français a opté pour protéger aussi l'assuré de son ignorance en matière d'assurances.

2. *Obligations d'information de l'assureur*

³⁷⁵ Dans ce sens, la jurisprudence a établi les conditions du cumul d'assurances, telles que les différents contrats d'assurance couvrent le même risque et qu'ils ont été souscrits par la même personne : Cass. Civ. I, 21 novembre 2000, n°98-11.891 ; RGDA 2001, p.1052, note J. Kullmann ; Civ. 2^e, 17 févr. 2005, n° 03-14.402, Bull. civ. II n° 32.

209.- D'après la réforme en droit français des assurances et de la constatation de l'ignorance des assurés par rapport au contenu des contrats d'assurance³⁷⁶, le nouvel article L 112-2 du Code des Assurances a prévu que :

« L'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat. Avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré... ».

210. La ligne directrice de la protection rendue par le législateur consiste à remettre à l'assuré un exemplaire du projet de contrat ou une notice d'information sur le contrat.

1) Dans ces documents il est nécessaire de décrire clairement les garanties et les exclusions, et aussi les obligations de l'assuré.

2) Afin de compléter cette règle l'article A. 132-8 du Code des assurances donne une liste exhaustive des informations qui doivent y figurer avec notamment : la nature du contrat (contrat individuel, de groupe ou de capitalisation) ; les garanties offertes ; l'existence ou non d'une participation aux bénéfices ; l'existence d'une faculté de rachat ou de transfert ; la durée du contrat recommandée ; les modalités de désignation du bénéficiaire.

3) Le but de cette information est de donner à l'assuré la possibilité de comparer les garanties, les prix offerts avec les autres assureurs du marché. La

³⁷⁶ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne et LEVENEUR, Laurent, Droit des assurances, Dalloz, éd. 2005, n° 130 et ss.

constatation d'avoir reçu cette information se fait par une mention signée et datée par le souscripteur apposée au bas de la police³⁷⁷.

211.- Néanmoins, il existe bien des points sur lesquels la doctrine a questionné sérieusement la valeur de cette obligation de bonne foi.

D'abord, on a constaté l'insuffisance de la mention signée par le souscripteur de la police afin de prouver le fait d'avoir été informé sur les conditions du contrat, parce qu'il s'agit en même temps de la consécration d'une sanction légale et d'une cause d'exonération de responsabilité.

Puis, si l'on considère que le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion, dont les conditions générales sont fixées à l'arbitre de l'assureur, la mention signée par le souscripteur est vraiment remise à celui-ci après la conclusion du contrat.

Enfin, étant donné que l'organisation des « conditions des garanties » ne font le plus souvent pas partie de ladite information, il peut résulter qu'à cause de la méconnaissance par l'assuré des conséquences de l'existence dans le contrat de cette clause, il perde l'indemnisation dérivée du sinistre.

212.- La constatation faite dans plusieurs contrats d'assurance dont le souscripteur assuré qui ne respecte pas ladite garantie n'aura donc pas droit à être indemnisé, se retrouve même ici comme un fait générateur de responsabilité précontractuelle.

Comment en effet, aborder l'assuré qui doit respecter une obligation préalable pour bénéficier d'une garantie, et que ces obligations préalables sont nombreuses, telles que l'existence d'un système d'alarme ou de gardiens pour la garantie vol, ou

³⁷⁷ Article R 112-3 du Code des assurances.

d'extincteurs pour l'incendie, et, de manière générale, toutes les clauses définissant les moyens de sécurité devant être présents dans les biens assurés ou mesures de prévention du risque³⁷⁸ ?

On comprend, par conséquent, que les raisons qui ont conduit le droit français des assurances à pousser sur cette protection de l'assuré ne dépendent pas du moment de la conclusion du contrat. En effet, les enjeux de cette obligation précontractuelle de l'assureur auront lieu pendant l'exécution du contrat. Ainsi, pour bénéficier de la couverture, l'assuré doit attester avoir respecté la garantie.

Il faut alors évoquer la question du point de vue du droit de la consommation.

B. L'obligation précontractuelle d'information en droit de la consommation

213.- L'instauration d'une obligation précontractuelle de bonne foi par les lois protectrices du consommateur, en Colombie³⁷⁹ comme en France, a déclenché une réflexion doctrinale sur la notion de responsabilité précontractuelle. Certains auteurs en sont ainsi venus à proposer de distinguer responsabilité précontractuelle et responsabilité délictuelle.

On abordera d'abord le sens de cette distinction (1), puis sa valeur (2).

³⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ 3 janvier 1991, inédit.

³⁷⁹ En France l'article L 111-1 du Code de la consommation dispose : « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service. En cas de litige, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté cette obligation ». En Colombie, l'article 23 de la loi 1480 de 2011 prévoit : « *MINIMUM D'INFORMATIONS ET DE RESPONSABILITÉ. Fournisseurs et producteurs doivent fournir aux consommateurs une information, claire, précise, adéquate, en temps opportun, vérifiable, compréhensible du produit offert et, sans préjudice de la limite pour les produits défectueux, sera responsable de tout dommage pouvant résulter de renseignements inadéquats ou insuffisants. Dans tous les cas, le minimum d'informations doit être en espagnol.* »

1. *Le sens de la distinction*

214.- C'est à partir de la consécration législative de l'obligation précontractuelle d'information en droit français que certains auteurs en Colombie ont repensé le problème de la distinction entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité précontractuelle³⁸⁰. Le problème essentiel consistant dans la détermination du domaine de l'obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat que l'article 863 du Code du commerce avait instauré. Ce champ d'application de la bonne foi suscita rapidement les controverses et il fut nécessaire de le fixer. Ainsi, le législateur du droit de la consommation colombien a confirmé la différence entre ces deux espèces de responsabilité civile, de la manière comme nous l'avions décrite dans nos développements précédents.

1) Dans un premier temps, la Loi 1480 de 2011, forte du titre de protectrice des droits des consommateurs, prévoit que l'un de ses principes généraux est celui de « *L'accès des consommateurs à une information appropriée en conformité... qui leur permet de faire des choix bien fondés* »³⁸¹. Il apparut logique de lier la question du domaine de l'obligation précontractuelle d'information à un certain nombre de comportements qualifiés de bonne foi. Ainsi, le professionnel agit de bonne foi lorsqu'il rend une information « *exhaustive, vraie, transparente, en temps opportun, vérifiable, compréhensible, exacte et appropriée sur les produits qui sont offerts ou qui sont mis en circulation, ainsi que sur les risques découlant de leur consommation ou de leur utilisation, les mécanismes de protection de leurs droits et les moyens de les exercer* »³⁸².

2) Une telle démarche du législateur étant prévue, M. Monsalve Caballero a dû

³⁸⁰ Dans ce sens, v. : MONSALVE CABALLERO Vladimir. *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*. Colección Biblioteca de Tesis Doctorales No. 6, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010.

³⁸¹ Article 1, Loi 1480 de 2011.

³⁸² Ce sont les adjectifs qualificatifs utilisés par la Loi 1480 de 2011 à propos de l'obligation précontractuelle d'information, dans les articles 3, 5, et 23.

examiner en droit colombien la distinction entre responsabilité précontractuelle et délictuelle. L'idée soutenue par M. Monsalve Caballero consiste à détacher la question du domaine de l'obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat de la responsabilité délictuelle en s'appuyant sur le fait que le législateur du droit de la consommation utilise l'obligation d'information non seulement comme un correcteur de la conduite du négociateur, mais comme une véritable obligation : forte et clairement exigible³⁸³.

Dans cette perspective, l'idée classiquement admise selon laquelle « *en absence d'obligation contractuelle déjà née, la faute commise dans la période précontractuelle entraîne la responsabilité délictuelle* »³⁸⁴ est remise à l'ordre du jour. Et comme par miracle on perçoit l'avènement de l'application de la *culpa in contrahendo* dans les décisions judiciaires les plus récentes³⁸⁵ en droit colombien.

Autrement dit, pour élargir le domaine d'application de l'obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat, le législateur du droit de la consommation a créé une obligation d'information dont l'inexécution est susceptible d'engager la responsabilité précontractuelle du professionnel.

Le comportement fautif du professionnel ne saurait donc être confondu avec la simple faute délictuelle de l'article 2341 du Code civil colombien (voir 1382 du Code civil français). L'indemnisation régie par les articles 23 et suivants de la loi 1480 de 2011 n'est pas non plus susceptible d'être qualifiée comme délictuelle. Autrement dit, l'inexécution

³⁸³ MONSALVE CABALLERO, Vladimir, *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea*. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 117 : 115-152, julio-diciembre de 2008, p. 130. Dans le même sens, voir STOFFEL-MUNCK Philippe. Un journal d'annonces engage sa responsabilité au cas où l'une d'elles ne rend pas un compte exact de la réalité, note sous Cass. 2^{ème} civ., 10 juin 2004. *Communication - commerce électronique 2004*, n°10, p. 38.

³⁸⁴ GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. Ghestin. Th. LGDJ 1992, coll. Bdp, t. 218, n° 229 et s.

³⁸⁵ CSJ., Civ. 23 de novembre de 1989, expediente 2435, y en la sentencia del 27 de junio de 1990, expediente 239 ; ver también, expediente 13405 de 7 de junio de 2001, del C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, y en la sentencia de la Sala Civil del 2 de agosto de 2001, exp. 3561 de la Corte Suprema de Justicia.

d'une obligation précontractuelle de bonne foi, entraîne la responsabilité précontractuelle.

2. Valeur de la distinction

215.- Si la solution de M. Monsalve Caballero coïncide avec les opinions de certains auteurs français dans leurs écrits les plus récents, c'est parce que « *la doctrine française tend à admettre, par induction, un véritable principe général de bonne foi* »³⁸⁶.

216.- Pour notre part, nous considérons, comme M. Monsalve Caballero et M. Jourdain, qu'il faut détacher la responsabilité précontractuelle de la responsabilité délictuelle.

Un auteur français, M. Stoffel-Munck a ouvert la voie et souligné les décisions de la Cour de cassation française qui ont reconnu la bonne foi comme le fondement de la responsabilité du professionnel³⁸⁷. Pour mettre en valeur ces décisions, M. Stoffel-Munck a clairement démontré que pour condamner le contractant fautif à l'indemnisation du dommage précontractuel la Cour de cassation française utilise la règle visée par l'article 1134, alinéa 3, un concept propre de l'exécution du contrat. « *Plus synthétiquement, laisser le partenaire croire en la bonne fin de l'opération, et décevoir son attente semble être le fait fautif type* »³⁸⁸. Puis il a bien mis en évidence l'idée suivante selon laquelle la « *loyauté exigée au cours de l'exécution du contrat est de la même étoffe que la loyauté exigée hors contrat* »³⁸⁹. Ainsi, s'agissant de l'inexécution d'une obligation de bonne foi, telle que l'obligation précontractuelle d'information, le fait générateur de responsabilité

³⁸⁶ JOURDAIN, Patrice. *La bonne foi dans les relations entre particuliers dans la formation du contrat* : Rapport français, Trx. Asso. Henri Capitant, *La bonne foi*, Litec 1994, p. 121.

³⁸⁷ Cass. com 22 avril 1997, D. 1998, jur., 45, n. Patrick Chauvel ; Cass. com. 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93, p. 90, JCP 1973, II, 17543, in Johanna Schmidt, RTDC 1972, 779, obs. Georges Durry. Cass. 1^{ère} civ. 12 avril 1976, Bull. Civ. I, p. 98 ; CA Paris, 18 janvier 1996, D. Affaires, 1996, 292.

³⁸⁸ STOFFEL-MUNCK Philippe. *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*. Thèse. Préf. Roger BOUT. Collection Bibliothèque de droit privé Tome 337, LGDJ, Paris, 2000, n° 121, p. 111 et s.

³⁸⁹ Ibidem, n° 122.

« implique alors une diligence plus importante des partenaires »³⁹⁰, au contraire de la responsabilité délictuelle dont la faute n'est pas qualifiée.

217.- Enfin, le régime de l'obligation précontractuelle d'information en droit de la consommation permet de montrer la distinction radicale entre les deux espèces de responsabilités. En réalité la responsabilité précontractuelle a pour but non seulement la réparation d'un dommage, mais aussi la protection de la liberté contractuelle³⁹¹. Elle a été consacrée par l'article 863 du Code du commerce colombien et introduite par la jurisprudence en droit positif français pour garantir la liberté des futures parties au contrat. Par conséquent elle a un caractère qui sert à protéger le cocontractant³⁹² d'une erreur ou d'un dol. Les contractants doivent collaborer entre eux. Par le régime de cette responsabilité, en droit de la consommation, la partie victime de l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information a droit non seulement à la réparation des préjudices causés, mais aussi à plaider pour imposer une amende, à titre de sanction, au professionnel.

Dans un cas, donc, il s'agit de garantir la liberté contractuelle, dans l'autre, il s'agit de garantir la réparation d'un dommage et de contribuer à la création d'une culture économique plus saine.

Le caractère indemnitaire, critère essentiel de la responsabilité délictuelle, n'est pas radical pour évaluer la nature de la responsabilité dérivée de l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information en droit de la consommation. En fait, « *statistiquement, il est assez rare, au nom du sacro-saint principe de liberté contractuelle, que le partenaire*

³⁹⁰ AMRANI MEKKI, Soraya. *Recueil Dalloz* 2005 p. 2836, observations sur CA Versailles, 12^e ch., 3 mars 2005, n° 03/08008.

³⁹¹ En effet, se tromper de façon spontanée est clairement la conséquence d'une information qui par négligence n'a pas été rendue de manière claire, complète ou adéquate : OVIEDO –ALBAN, Jorge, "Tratos preliminares y responsabilidad precontractual". In : Universitas. Bogotá (Colombia) No. 115 : 83-116, enero – junio de 2008, p. 96.

³⁹² CALAIS-AULOY, Jean y STEINMETZ, Frank, *Droit de la consommation*. Dalloz, Paris, p. 54 et 55.

soit inquiété par les dispositions de l'article 1382 du Code civil »³⁹³.

Cela étant précisé, il importe désormais de préciser dans quelle mesure la jurisprudence des pays dont nous comparons les régimes de responsabilité précontractuelle ont adopté la distinction que l'on vient d'étudier.

³⁹³ AMRANI MEKKI, Soraya. *Recueil Dalloz* 2005 p. 2836, observations sur CA Versailles, 12^e ch., 3 mars 2005, n° 03/08008

Section II

L'INFLUENCE DU JUGE DANS LA DECOUVERTE DES OBLIGATIONS PRECONTRACTUELLES DE BONNE FOI SUR L'ADOPTION D'UN PRINCIPE GENERAL DE RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

218.- Malgré le silence des textes des Codes civils, l'exigence expresse d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat, un important mouvement doctrinal et jurisprudentiel se prononce pour l'adoption d'un principe général de responsabilité précontractuelle fondé sur la bonne foi au stade de la formation du contrat (§ I). Cette opinion, qui ne fait pas l'unanimité en droit français, est néanmoins à la base de l'introduction d'un tel principe dans l'article 863 du Code de commerce colombien, cela explique donc que l'on examine sa valeur et sa portée (§ II).

§ I. L'obligation précontractuelle de bonne foi, d'après la doctrine et jurisprudence française

219.- La bonne foi au stade de la formation du contrat « *se décline en deux exigences complémentaires. D'une part, une exigence de transparence qui oblige chacun des négociateurs à informer l'autre de tous les éléments propres à l'éclairer dans sa prise de décision. D'autre part, une exigence de cohérence en vertu de laquelle lorsque la négociation, en raison de son état d'avancement, a créé une*

apparence de volonté ferme et définitive de conclure le contrat négocié dans l'esprit des négociateurs... »³⁹⁴.

220.- En effet, au stade de la formation du contrat, où il n'y a pas d'obligations contractuelles, la jurisprudence impose un devoir de loyauté qui implique plusieurs exigences³⁹⁵. D'abord, la loyauté comprend à cette étape une idée de transparence : la Cour déduit des négociations une obligation d'information et de conseil qui pesant sur l'une des parties, serait sanctionnée comme une réticence dolosive ou par la responsabilité précontractuelle.

221.- L'essence de l'obligation précontractuelle d'information consiste en la collaboration entre les futurs contractants³⁹⁶. Celle-ci suppose que lorsqu'un contractant se trouve dans l'impossibilité de se renseigner lui-même, son partenaire doit lui transmettre les renseignements lui permettant « *d'obtenir une pleine satisfaction de l'exécution du contrat* »³⁹⁷.

Dès lors, une doctrine soutient que le droit doit mettre à la charge des futurs contractants l'obligation d'informer au stade de la formation du contrat³⁹⁸. En droit colombien, l'obligation d'agir de bonne foi avant la conclusion du contrat prévue par

³⁹⁴ MAZEAUD Denis, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*. In : *Le contrat au début du XXI^e siècle - Etudes offertes à Jacques Ghestin*. Paris : L.G.D.J., 2001, p. 642. Dans le même sens, MESTRE Jacques. *La période précontractuelle et la formation du contrat. Les Petites affiches*, 5 Mai 2000, n° 90, p. 9.

³⁹⁵ Voir FABRE-MAGNAN Muriel. *Les obligations*. 1^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2004, n° 162, p. 420.

³⁹⁶ En ce sens voir BOYER, n° 11, p. 17

³⁹⁷ FABRE-MAGNAN Muriel. *Les obligations*. 1^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2004, n° 162, p. 420, n° 162, p. 421. Aussi BOYER, *Op. cit.* n° 219, p. 309.

³⁹⁸ GHESTIN Jacques. *La rétention dolosive d'informations privilégiées par un dirigeant lors d'une acquisition par lui d'actions non cotées*. *JCP G*, 26 Juin 1996, n° 26, II, p. 22665.

l'article 863 du Code de commerce a servi pour que la Cour Suprême de Justice Colombienne fonde l'existence d'une telle obligation de renseignement³⁹⁹.

Toutefois, dans certaines matières l'obligation d'information reste insuffisante. Dans certaines circonstances il faut que l'information redue serve à orienter la décision du client. « *C'est dire qu'à partir d'une application des éléments d'information, elle débouche sur une recommandation* »⁴⁰⁰. A cela, la jurisprudence et la doctrine françaises donnent le nom d'*obligation de conseil*.

222.- Quant à son champ d'application, au début, la doctrine estimait que les obligations de conseil étaient engendrées par le contrat même⁴⁰¹, cependant, on peut trouver certaines obligations de conseil qui doivent être respectées avant la conclusion du contrat, par les médecins (A) et par les prestataires de services d'investissement (B).

A. L'obligation d'information et de conseil des médecins

223.- En droit français la jurisprudence a déduit l'existence d'une obligation d'information avant la conclusion d'un contrat médical sous le fondement, quelquefois, d'une interprétation extensive de l'article 1134, alinéa 3, du Code Napoléon, et quelques autres, sur les vices du consentement⁴⁰².

³⁹⁹ «... parmi les devoirs de correction et loyauté qui sont exigés à toute personne pendant les pourparlers, on trouve le devoir d'informer ou de déclarer l'autre négociateur, à l'égard des circonstances ou des particularités du contrat en cours de formation, dont l'importance est substantielle afin d'éviter un vice du consentement » : CSJ. Civ. 4 avril 2001. M.P. Jorge Antonio CASTILLO RUGELES. Dans le même sens : 13 décembre 2001, M.P. Manuel ARDILA VÁSQUEZ.

⁴⁰⁰ BOYER, *Op. cit.* n° 13

⁴⁰¹ BOYER, *Op. cit.* n° 14

⁴⁰² VINEY et JOUDAIN, *Traité de Droit Civil : Les conditions de la responsabilité*. 3^e éd. Paris : L.G.D.J., 2006 N° 502, p. 474. Sur la preuve l'évolution de la jurisprudence par rapport à la preuve de l'information, voir CHABAS François. *Cent ans de responsabilité civile*. *Gazette du Palais*, Juillet/août 2000 p. 2 et s.

De ce fait, au stade de l'exécution du contrat, le juge pouvait sanctionner le médecin soit par la nullité du contrat, soit par la responsabilité civile suite à l'inexécution de l'obligation d'informer mise avant la conclusion de ce contrat.

Puis, l'article 16-3, paragraphe 2 de la Loi 2002-303 du 4 mars 2002 a introduit le Code de Santé Publique, dont les articles L-1111-2 et L-1111-3 ont prévu l'obligation d'information du médecin.

En droit colombien, l'obligation d'information du médecin a été prévue par l'article 16 de la Loi 23 de 1981 et l'article 10 du Décret 3380 de 1981⁴⁰³. De ce fait, au stade de la formation du contrat de prestation de services médicaux, la loi prévoit une obligation d'information à la charge du médecin.

224.- Les réformes successives de l'obligation précontractuelle d'information du médecin semblent avoir renforcé le domaine de la responsabilité précontractuelle. L'introduction d'un Code de Santé Publique en droit Français, de la Loi 23 de 1981 et du Décret 3380 de 1981 en droit colombien montre que les juges n'appliquent plus le régime de responsabilité délictuelle afin de sanctionner la faute du médecin dans l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information⁴⁰⁴.

Le dessein du législateur a été de donner aux patients victimes les moyens pour accéder à une indemnisation plus rapide. Dans cette perspective, la nature de

⁴⁰³ En accord avec le premier, “ *La responsabilité du médecin pour des réactions adverses, immédiates ou différées, produites par le traitement, n'ira pas au-delà du risque prévu* ” ; et il est ajouté : « *Le médecin avertira le patient ou les membres de sa famille ou représentants* ». Ensuite, l'article 10 du décret 3380 de 1981 a disposé pour ces effets que « *Le médecin satisfait à l'avertissement du risque prévu... avec l'information prudente à son patient ou aux membres de sa famille ou représentants, en tenant compte des éléments adverses qui, à son avis, dans le domaine de la pratique médicale peuvent se produire comme conséquence du traitement ou de la procédure médicale* ».

⁴⁰⁴ VINEY, Geneviève, *Responsabilité civile*, JCP G, p. 6.

l'obligation précontractuelle d'information est dérivée du régime contractuel (1) mais son régime reste encore délictuel (2).

1. *L'influence du législateur en matière de droit médical vis-à-vis de la responsabilité précontractuelle du médecin imposée par le juge : Nature contractuelle de l'obligation précontractuelle du médecin*

225.- L'objet de l'obligation précontractuelle d'information, en droit colombien, a été prévu par l'article 13 du Décret 3380 : « *Le médecin doit informer le patient des effets adverses du traitement auquel il sera soumis, ainsi que du caractère imprévisible* » ou de « *prévision difficile* ». Et, en droit français, par les articles L-1111-2 et L-1111-3 du Code de Santé Publique.

Nul ne discutera que cette obligation précontractuelle d'information qui incombe au médecin « *ne concerne que les risques liés à l'intervention qu'il préconise* »⁴⁰⁵. En effet, dans toute intervention médicale il y a un aléa, ou on se crée un aléa.

En droit français, la Cour de cassation a considéré que l'obligation d'information du médecin était une obligation de résultat⁴⁰⁶. Ainsi, suite à la prévention de l'existence des risques dans l'intervention, le patient donne son consentement lorsqu'il accepte le risque. Par conséquent, les effets de l'inexécution de cette obligation de résultat seront écartés.

Or, en droit colombien la jurisprudence n'a pas été si claire à ce propos. D'abord, le texte de l'article 10 du Décret mentionné exige que l'obligation soit donnée de façon « *prudente* », ce qui renvoie à l'idée selon laquelle la nature de cette

⁴⁰⁶ Cour de Cassation Chambre civile 1, Audience publique du 18 décembre 2002, N° de pourvoi : 01-03231 Publié au bulletin. Dans le même sens, v. Cour de cassation, chambre civile 1, 26 Janvier 2012 N° de pourvoi : 10-26705

obligation est de moyens⁴⁰⁷. Ainsi, la possibilité et la manière dont doit être respectée cette obligation sont contestées par cette même expression, et on pourrait dire qu'il est prudent de mettre tous les moyens, en accord avec la science ou l'art nécessaire, pour que le patient soit informé des « *effets adverses du traitement ou procédure auquel il est soumis...* »⁴⁰⁸.

Cependant cette affirmation mène à se poser d'autres questions sur le manque ou l'excès de l'utilisation des moyens utilisés pour prévenir le patient : Dans quel cas l'utilisation de ces moyens inclut-elle également l'information donnée aux membres de la famille de celui-ci ou aux moyens de communication ? L'utilisation du langage de la science médicale garantira-t-il que l'information soit comprise par le patient ? Où même plus, l'emploi de « tous les moyens de la science » ne risquerait-il pas, dans le but d'informer le patient, de rendre la souffrance plus grande ? Tout cela mène à une question fondamentale : si une obligation des moyens se respecte en prenant « *toutes les précautions qui conduisent à l'obtention normale des résultats,*⁴⁰⁹ *sera-t-il nécessaire de déterminer un degré de prudence dans l'utilisation de ces moyens ?* »

226.- La notion de « prudence » en soi même contient une idée de graduation du soin, de que celui-ci ne soit ni exagéré ni insuffisant⁴¹⁰. La question consiste donc à déterminer quand le médecin doit-il aller aussi loin que possible dans les soins qu'il emploie et quand peut-il se permettre d'agir de manière plus mesurée. La réponse du régime colombien, qui part d'un principe complètement opposé au droit positif français chaque fois que dans celui-ci existe une adoption expresse de la graduation

⁴⁰⁷ MAZEAUD, Henri, *Essai de classification des obligations*, Rev. Trim. 1936, 1.

⁴⁰⁸ Articles L.1111-2 y L-1111-3 code de santé publique.

⁴¹⁰ Voir Diccionario de la Real Academia Española.

de la faute dans l'article 63 du Code civil, est malgré tout très similaire à celle qui a été retenue dans le jugement le plus récent de la Cour de cassation française.

1) En droit colombien étant donné que l'obligation de l'information ne bénéficie qu'au médecin, il appartient au débiteur de prouver de cette façon que le patient n'a pas été trompé dans l'accord de son consentement, cela l'exonère de responsabilité face à tout risque non prévu durant son intervention, le médecin doit être extrêmement prudent sur la manière dont il transmettra l'information correspondante au patient⁴¹¹.

2) En droit positif français informer de manière prudente implique aussi de s'abstenir de mettre au courant le patient de « *complications ou risques rares, dont l'évocation pourrait le troubler ou l'empêcher de prendre une décision fondée sur un jugement réfléchi* »⁴¹² ou même de s'abstenir complètement d'informer dans le cas « *d'urgence ou de refus d'informer le patient* »⁴¹³ implique en outre de l'informer sur le coût de l'intervention, ses effets bénéfiques ou secondaires, des conséquences de ne pas la pratiquer et de s'assurer que toute l'information a bien été comprise par le patient⁴¹⁴.

227.- Par conséquent dans les deux systèmes comparés la distinction entre s'il s'agit de l'obligation de moyens ou des résultats ne paraissent pas véritablement importants pour déterminer la nature de l'obligation précontractuelle d'information. Par contre, la prudence dans le respect d'une obligation, comme cela se passe dans le domaine contractuel, l'est véritablement. Il est prudent, par conséquent, quand le

⁴¹¹ ROMEO CASANOBA, *La actividad curativa*, op. cit., pp. 335 et ss.

⁴¹² LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad médica en el derecho francés actual*. in : *Tratado de Responsabilidad Médica*, LOPEZ MESA, Marcelo, Director. Editorial Legis S.A., Bogotá, 2007, p. 401.

⁴¹³ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, Bull. civ. I, Nos. 278 et 291.

⁴¹⁴ LE TOURNEAU, Philippe, op. cit., pp. 402 et ss.

comportement correspond aux prévisions faites par la personne pour éviter la provocation d'un dommage, ce qui se passe quand celui-ci est cohérent avec le contenu des obligations acquises dans le contrat ou avec les objectifs poursuivis avec le développement d'une activité déterminée⁴¹⁵. L'utilisation des règles de la graduation de la faute est fondamentale pour déterminer la portée d'une obligation d'information, que celle-ci soit qualifiée de résultat ou de moyens.

2. *La portée de l'influence du législateur en matière de droit médical vis-à-vis de la responsabilité précontractuelle du médecin*

228.- L'exercice de l'action de responsabilité est différent de l'exercice de l'action de responsabilité délictuelle. Dans les systèmes comparés dans cette étude, l'examen du contrôle de la Cour de cassation sur l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information suffit à vérifier le caractère spécial de la responsabilité précontractuelle et l'importance de celle-ci afin de prévenir la cause d'un dommage lors de l'exécution consécutive du contrat médical.

1) Ainsi, quant à l'étendue de cette obligation, d'après les lois spéciales de responsabilité médicale en droit français, la jurisprudence affirme que le médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre le patient du danger de l'acte médical qu'il demande⁴¹⁶. D'ailleurs, le médecin n'est pas non plus tenu de donner l'information litigieuse à

⁴¹⁵ Voir MAZEAUD, Denis, *Le nouvel ordre contractuel*, in : Revue des contrats, Paris, 1 décembre 2003, N° 1, p. 295. DIEZ-PICAZO, LUIS Y PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los actos propios*, Editorial Bosch, 1963 ; et sous la direction de FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, *La confiance légitime et l'estoppel*, Collection Droit privé comparé et européen, Vol. 4, Société de législation comparée, Paris, 2007.

⁴¹⁶ Cass. 1^{re}, 18 janv. 2000, 97-17716

l'entourage familial du patient si celui-ci est en mesure de recevoir l'information et de consentir de façon éclairée aux soins proposés⁴¹⁷.

2) Ensuite, quant à la preuve de l'exécution de l'obligation précontractuelle d'information, le médecin⁴¹⁸ en est chargé et elle peut être faite par tous les moyens, et notamment par présomptions⁴¹⁹.

3) Puis, quant aux causes d'exonération de responsabilité, dans certains arrêts la Cour de cassation française montre sa tendance à qualifier comme de résultat la nature de cette obligation. Il en est ainsi lorsqu'elle retient que le caractère rare et imprévisible du risque n'exonère pas le médecin de son obligation d'informer le patient⁴²⁰, ou encore, lorsqu'elle affirme que « *le seul fait que l'intervention soit médicalement nécessaire ne justifie pas l'absence d'information* »⁴²¹.

4) Enfin, quant au préjudice indemnisable lors de l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information, la Cour de cassation française considère que : « *le seul préjudice indemnisable est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé* »⁴²².

⁴¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, 06-19301

⁴¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 25 févr. 1997 : Bull. civ. I, n° 75 ; R., p. 271 ; GAJC, 12^e éd., n° 16. D. 1997. Somm. 319, obs. Penneau ; JCP. 1997. I. 4025, n° 7, obs. Viney ; Gaz. Pal. 1997. I. 274, rapp. Sargos, note Guigue ; Defrénois 1997. 751 obs. Aubert ; LPA 16 juill. 1997, note Dorsner-Dolivet. RCA 1997, Chron. 8, par Lapoyade-Deschamps ; CCC 1997. Chron. 5, par Leveneur ; RDSS 1997, 288, note Dubouis ; RGAT 1997. 852, note Rémy ; RDT. civ. 1997. 434, obs. Jourdain. Dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 1998 : Bull. civ. I, n° 67 ; R. p. 273 ; JCP 1998. I. 144, n° 20, obs. Viney ; LPA 6 mai 1999, note Halliez ; RTD. civ. 1998. 681, obs. Jourdain. Et, enfin, Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1998 : Bull. civ. I, n° 187 ; R., p. 273 ; D. 1998.530, note Laroche-Gisserot.

⁴¹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 14 oct. 1997 : Bull. civ. I, n° 278 ; R. p. 271 ; JCP 1997. II. 22942, rapp. Sargos ; *ibid.* I. 4068, n°6 s., obs. Viney ; RTD civ. 1998. 100, obs. Mestre.

⁴²⁰ Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, 00-14553

⁴²¹ Cass. 1^{re}, 18 janv. 2000, 97-17716

⁴²² Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, 06-19301

Ainsi, malgré l'absence d'un principe général de responsabilité précontractuelle en droit français, le droit spécial et le droit positif en matière de responsabilité médicale avance vers l'adoption d'un régime spécial de responsabilité précontractuelle. Il en va de même en ce qui concerne l'obligation précontractuelle d'information à laquelle sont tenus les prestataires de services d'investissement et les banques.

B. Des prestataires de services d'investissement, des banquiers et des banques

229.- Au préalable, il convient de déterminer l'étendue de l'obligation de conseil.

Assez récemment le législateur colombien a défini le contenu de l'obligation d'information des prestataires de services d'investissement et des banquiers, employant à cet effet une technique législative assez complexe d'où il laisse voir l'excessive préoccupation pour déterminer l'étendue de cette obligation⁴²³.

Ainsi, le législateur colombien prévoit, tout d'abord, que l'obligation d'information de ces professionnels doit porter, au minimum, sur les (...) *« caractéristiques des produits ou services, les droits ou obligations, les conditions, les tarifs ou prix et la manière de les déterminer, les mesures pour l'utilisation sûre du produit ou service, les conséquences dérivées du non respect du contrat, et autre information que l'entité contrôlée estime convenable pour que le consommateur comprenne le contenu et fonctionnement de la relation établie pour fournir un produit ou service. En particulier, l'information qui est fournie avant même la*

⁴²³ Voir par exemple : NEAU-LEDUC Philippe. *Sanction de l'obligation d'information de la banque à l'égard des co-titulaires d'un compte joint*. JCP E, n° 63, 8 juillet 2000, p. 895 et s.

*célébration du contrat, devra permettre une comparaison adéquate des diverses options proposées sur le marché ».*⁴²⁴ S'agit-t-il d'un objet complexe?

Ensuite, le législateur a établi la façon dont l'obligation d'information doit être exécutée avant la conclusion du contrat. A cet égard, il demande aux professionnels, de « *remettre gratuitement au client potentiel une liste détaillée de tous les coûts ou charges pour l'utilisation des services ou produits, tels que commissions d'utilisation, commissions pour utilisation de caisses automatiques propres ou non, coûts pour études de crédits, assurances, consultations de soldes, entre autres. Il devra également être informé sur les autres aspects qui peuvent impliquer un coût pour le consommateur financier, quelle serait l'extension ou non de la charge liée aux transactions financières, entre autres. »*

*Enfin, le législateur colombien impose aux prestataires de services d'investissement, banques et compagnies d'assurance d' « indiquer au client les canaux au travers desquels il peut connaître et où sont publiées toutes modifications de tarifs ou coûts qui peuvent se produire au cours du contrat passé avec l'entité. Les entités devront également informer clairement si, dans leurs réglementations, elles ont considéré le caractère obligatoire des décisions du défenseur du client, ainsi que le rang ou type de plaintes auxquels elles s'appliquent. Cette information devra être fournie aux clients de l'entité contrôlée, pour une périodicité au moins annuelle »*⁴²⁵.

Néanmoins, l'interprète est démuné d'une véritable détermination de l'étendue de l'obligation d'information de ces professionnels. De la lecture de l'article transcrit on infère la préoccupation du législateur colombien pour respecter les formes, mais

⁴²⁴ Article 9, Loi 1328 de 2009

⁴²⁵ Paragraphe, article 9, Loi 1328 de 2009.

non pas pour contribuer à dessiner les contours de l'obligation d'information et de conseil en droit colombien.

D'abord, le texte de l'article certainement n'a pas contribué à améliorer le type d'information rendu aux clients. En effet, en 2011 le produit financier qui a eu l'impact le plus fort au niveau des plaintes auprès des organismes de contrôle (Superintendencia Financiera de Colombia) a été les cartes bancaires (253.702 plaintes, soit 42 % du total), en raison de l'absence de transmission de l'information au client sur les caractéristiques du produit dans 71 % des cas rapportés⁴²⁶.

Ensuite, ces textes ne le laissent pas sous-entendre, si pour l'exécution de ladite obligation d'information et de conseil les prestataires de services d'investissement et les banquiers sont tenus d'apprécier la capacité de remboursement du client et, plus encore, de lui recommander de rechercher une activité rémunérée pour faire face à ces engagements.

Ce qui est, au contraire, défini par la Chambre 1^{re} de la Cour de Cassation française dans un arrêt du 30 avril 2009.

En effet, l'obligation précontractuelle d'information à laquelle est tenue le banquier dispensateur de crédit a été prévue par les articles L. 311-8 et L. 312-7 du Code de la Consommation en France. Toutefois, la jurisprudence y a inclus l'obligation de mise en garde ou de conseil, cette dernière a été déduite par les arrêts de la Chambre première de la Cour de cassation du 8 juin 2004⁴²⁷ et par l'arrêt Epoux

⁴²⁶ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, *Informe estadístico de quejas recibidas por entidades vigiladas, defensores del consumidor financiero y Superintendencia Financiera de Colombia, establecimientos bancarios*, año 2011. Disponible sur : <http://www.superfinanciera.gov.co/>

⁴²⁷ Civ. 1^{re}, 8 jun. 2004, Bull. civ. I, n) 166 ; D. 2004. AJ. 1897 ; RTD com. 2004.581, obs. D. Legeais ; JCP E 2004. 1442, note D. Legeais ; Banque et Droit 2004, n° 98, p. 56, obs. T. Bonneau.

Jauleski du 12 juillet 2005⁴²⁸. Or, c'est l'arrêt de 2009 qui a fini par déterminer l'étendue de cette obligation.

230.- Ainsi, la comparaison des deux régimes laisse voir que le droit positif français enrichit l'analyse du problème posé par la détermination des contours de l'obligation à laquelle sont tenus les prestataires de services d'investissement et les banquiers. Cet arrêt de la Cour de cassation française laisse apparaître plusieurs éléments qui, à première vue, permettent de déterminer la portée de l'obligation d'information et de conseil (1), ainsi que ses limites (2).

1. La véritable portée de l'obligation précontractuelle d'information et de conseil des prestataires de services d'investissement et des banquiers et des banques

234.- L'arrêt évoqué de la première Chambre civile de la cour de cassation donne une importance déterminante à l'appréciation de la capacité de remboursement du client et, plus encore, à la capacité du professionnel de la banque de lui recommander de rechercher une activité rémunérée pour faire face à ces engagements⁴²⁹.

⁴²⁸ Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, Bull. civ. I, n° 327 ; D. 2005. Jur. 3094, note B. Parance, AJ 2276, obs. Delpesch, et 2006. Pan. 155, obs. D.R. Martin et H. Synvet ; RTD com. 2005. 820, obs. D. Legeais. RDI 2006. 123, obs. H. Heugas-Darraspen ; JCP 2005. II. 10140, note A. Gourio ; Banque et Droit 2005, n° 104, p. 80, obs. T. Bonneau.

⁴²⁹ Cass. civ. 1^{re}, 30 avril 2009, 08-13870 : Dans les faits, Le 10 mai 2002, la société Viaxel a consenti un prêt remboursable en 145 mensualités à M. X et Mme Y pour l'achat d'un camping-car à la SA Viaxel. Toutefois, en septembre 2002, le véhicule a été restitué à cette société et vendu suite aux échéances de prêts impayés. Le premier tribunal condamne les emprunteurs à rembourser ces échéances. Les emprunteurs interjettent appel en ce que l'organisme prêteur avait manqué à son obligation de conseil et d'information. La Cour d'Appel rejette l'appel eu égard aux revenus des époux et au fait qu'ils disposaient de deux enfants à charge, la CA considère que les emprunteurs étaient tenus d'apprécier leur capacité de remboursement et qu'au surplus, Mme Y pouvait rechercher une activité rémunérée pour faire face à ces engagements. Mais la Cour de cassation casse le jugement sur le fait que le devoir de mise en garde auquel était tenu le prêteur lors de la conclusion du contrat n'était pas satisfait au regard de la capacité financière et des risques d'endettement des époux.

Cette décision nous paraît poser une pierre importante dans l'édifice jurisprudentiel de l'obligation précontractuelle d'information et de conseil des prestataires de services d'investissement et des banquiers en droit positif français, ce qui sert à enrichir le droit colombien.

La connaissance de la situation financière de l'emprunteur est d'abord et avant tout, un instrument pour déterminer l'étendue de l'obligation d'information et du conseil de ces professionnels. Dès lors, il sera bien délicat de distinguer le type d'information ou de conseil que l'on doit donner au client qui se trouve dans une situation financière incertaine à celui qui ne l'est pas.

Certains arrêts indiquent que le banquier est soumis à une obligation de conseil ou de mise en garde vis-à-vis de l'emprunteur profane, même si ce dernier a disposé des mêmes informations sur sa situation financière que le banquier. En revanche, la Cour de cassation refuse parfois de faire supporter au banquier une obligation de conseil dès lors que le prêteur dispose des mêmes informations que les emprunteurs sur la fragilité de leur situation financière⁴³⁰.

L'arrêt propose aussi un deuxième critère pour déterminer l'étendue de l'obligation précontractuelle d'information et de conseil des prestataires de services d'investissement et les banquiers : la finalité. L'un des buts de la responsabilité précontractuelle est celui de conduire les parties à la conclusion d'un contrat valable et équilibré. L'obligation précontractuelle d'information et de conseil sert cette finalité. C'est, en effet, le prestataire du service d'investissement ou le banquier, en vertu des connaissances professionnelles qu'il possède, qui est seul capable de

⁴³⁰ Cass. com., 26 mars 2002 : Bull. civ. 2002, IV, n° 57 ; Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2005 : Bull. civ. 2005, I, n° 327. Cass. com., 20 juin 2006 : Bull. civ. 2006, IV, n° 145.

prévoir à l'avance, même avant de conclure le contrat, les conséquences pour un client dont la situation financière est déjà compromise⁴³¹.

Toutefois, cette obligation précontractuelle d'information et de conseil comporte certaines limites.

2. *Les limites de l'obligation précontractuelle d'information et de conseil des prestataires de services d'investissement et des banquiers*

235.- Les limites à l'obligation précontractuelle d'information et de conseil des prestataires de services d'investissement et des banquiers ressortent assez nettement de l'étude de l'arrêt de la Chambre première de la Cour de cassation française du 18 février 2009, d'après lequel « *Lorsque le montant des remboursements n'est manifestement pas excessif et qu'ils ne font courir aucun risque à l'emprunteur, le devoir de mise en garde disparaît, disons qu'il n'est pas obligatoire, car il est toujours plus prudent d'informer* ».

En l'occurrence, il s'agissait d'une emprunteuse qui, poursuivie par sa banque en remboursement des sommes dues, invoquait pour sa défense l'absence lors de la souscription du prêt, de mise en garde de la part de son banquier. Toutefois, la Cour d'appel tout comme la Cour de cassation, après avoir constaté que les

⁴³¹ Voir dans ce sens CA de Toulouse 2^e ch sect^o 2, 16 oct. 2007, 05-06220 : Dans les faits, M. X, radiologue, rejoint, sur proposition du Crédit agricole, en 1988, une société où 2 autres personnes exercent la même activité que lui. Que pour acquérir les parts de cette société, le Crédit agricole lui octroie un prêt en août 1988. Qu'il s'avère par la suite que ses associés exercent illégalement la médecine. Qu'il se trouve alors dans l'impossibilité d'exercer son activité. En 1991, le Crédit agricole lui accorde deux autres prêts en vue de financer l'acquisition de matériels professionnels, l'aménagement des locaux et l'acquisition de la clientèle. Qu'à partir de ce moment, M. X devait rembourser la banque pour une somme de 14000 euros/mois. Que la banque accepte de lui octroyer un autre prêt. Qu'il s'ensuit que la banque le poursuit en remboursement des sommes dues. Que le premier juge constate la prescription de l'action en paiement des intérêts des prêts échus et rejette la demande de dommages-intérêts formée par l'emprunteur. M. X décide donc d'interjeter appel en vue d'engager la responsabilité de la banque pour manquement à son devoir de vigilance et de conseil. Voir aussi/ : - Cass. Com., 8 novembre 2005, 03-14172 ; Cass. com., 6 févr. 2007 ; - Cass. com., 20 juin 2006

remboursements ne représentaient que 10 % des revenus mensuels de l'emprunteuse ont jugé que l'octroi du prêt ne pouvait donner naissance à un risque de surendettement excessif et que par voie de conséquence, il était inutile de faire preuve d'un excès de rigueur en recherchant si le banquier avait ou non commis une faute en ne mettant pas en garde l'emprunteuse sur les conséquences de son emprunt⁴³².

236.- Un regard sur une des questions touchant à l'application de l'obligation précontractuelle d'information et de conseil permet de bien fixer le rapport existant entre l'étendue de cette obligation et la nature spéciale de la responsabilité précontractuelle.

Il s'agit de déterminer comment doit être apprécié le comportement du professionnel de la banque auprès d'un emprunteur dont le contrat conclu ne lui est pas manifestement excessif. Sur ce point, M. Lasserre Capdeville considère qu'il est important de distinguer entre l'obligation d'information et l'obligation de mise en garde ou de conseil auquel est tenu le banquier en raison que celle-ci « *n'est pas une obligation à caractère automatique* » comme pourrait l'être celle-là. En effet, M. Lasserre Capdeville révèle que l'obligation de conseil ou de mise en garde ne s'impose au banquier « *qu'en présence de risques d'endettement pour l'emprunteur qualifié de non averti* »⁴³³.

Sur ce plan, l'obligation de mise en garde joue un rôle complémentaire à l'obligation d'information qui, elle aussi, constitue des modes pour faire preuve de prudence⁴³⁴ lors de la formation du contrat.

⁴³² Cass. civ. 1^{re}, 18 févr. 2009, 08-11221

⁴³³ LASSERRE CAPTDEVILLE, Jérôme. *Devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*. Recueil Dalloz 2009, p. 1179 ; CARVAL Suzanne. *De nouvelles précisions sur l'obligation du banquier : obligation d'éclairer le client sur l'adéquation à sa situation personnelle de la police d'assurance groupe*. R.D.C.O., janvier 2009, p. 101 et 104.

⁴³⁴ Dans ce sens, voir MESTRE Jacques. *La période précontractuelle et la formation du contrat*. Les Petites affiches, 5 Mai 2000, n° 90, p. 7

1) Ainsi, en vertu de l'obligation précontractuelle d'information, le banquier doit renseigner le futur client sur les caractéristiques du crédit qu'il envisage de prendre, mais, en vertu de l'obligation de mise en garde ou de conseil, le banquier doit attirer l'attention de son client sur « *les dangers de l'opération projetée, c'est-à-dire sur le risque de ne pas pouvoir faire face aux échéances en raison de revenus et d'un patrimoine insuffisants* »⁴³⁵.

La question qui se pose est donc celle de savoir si, au stade de la formation du contrat, le banquier devra encore rechercher si l'emprunteur est un emprunteur non averti. La réponse de l'arrêt du 18 février 2009 est négative. En effet, le risque d'endettement doit être apprécié de façon particulière par rapport au type de crédit que l'emprunteur va acquérir et il dépend du client d'apporter la preuve de sa situation de non averti.

2) On retrouve ce caractère « relatif » du comportement de l'agent du dommage dans la technique de la responsabilité contractuelle, par opposition à la responsabilité délictuelle. L'obligation précontractuelle d'information, renforcée dans certaines hypothèses par l'obligation de mise en garde ou de conseil consistent à clarifier le comportement, d'abord, de l'emprunteur « *pour pouvoir prétendre au bénéfice de cette obligation* »⁴³⁶, et ensuite du banquier, afin de prévoir la conclusion d'un contrat équilibré.

237.- L'idée suivant laquelle par la non conclusion du contrat, la responsabilité précontractuelle comporte une nature délictuelle est à nouveau mise en question par l'évolution jurisprudentielle de l'obligation précontractuelle d'information et de conseil des prestataires de services d'investissement et les banquiers. Le caractère provisoire du comportement des futures parties au contrat confère, à la responsabilité précontractuelle, des fonctions spécifiques.

⁴³⁵ *Ibidem.*

⁴³⁶ *Ibidem.*

On étudiera ces fonctions par rapport aux obligations précontractuelles de discrétion et cohérence.

§ II. La valeur et la portée de l'influence du juge dans la découverte des obligations précontractuelles de bonne foi sur l'adoption d'un principe général de responsabilité précontractuelle

238.-Une jurisprudence constante atteste la tendance en droit positif français vers l'adoption d'un principe général de responsabilité précontractuelle.

Outre les problèmes relatifs à la nature contractuelle ou délictuelle de cette responsabilité, l'examen de la pratique laisse voir le caractère faux de l'application de l'un de ces régimes à la faute commise par l'un des négociateurs au stade de la formation du contrat (A).

Malgré l'absence d'accord entre les négociateurs, il n'est pas impossible de proposer quelques critères objectifs de distinction, qui serviront à constituer les lignes directrices d'un principe général de responsabilité précontractuelle en droit français et à mettre en valeur un tel principe qui existe depuis quarante ans dans le droit colombien (B).

A. La fausseté de la distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle au stade de la formation du contrat

239.- A Première vue, extrêmement simple à formuler, la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle fondée sur l'absence d'un accord de volontés, notamment pour déterminer la nature de la responsabilité qui

découle d'une faute précontractuelle, s'assombrit lorsque l'on l'analyse la pratique. Ce voile juridique trouve sa cause, d'une part dans la parenté des effets engendrés par l'inexécution d'une obligation d'information au stade de la formation du contrat et au stade de son exécution (1), d'autre part en raison de son champ d'application (2).

1. La parenté des effets des obligations précontractuelles et contractuelles d'information

240.- La principale difficulté résulte du caractère prévisible des effets qui, de l'inexécution de l'obligation d'information, peuvent dériver pour l'un des négociateurs qui entre dans les pourparlers.

On s'est ainsi demandé si l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information ne comporte pas une indemnisation de nature contractuelle⁴³⁷ et d'ailleurs si une obligation d'information, voire, la sanction en cas de réticence ou de transmission d'une information erronée montre un effet obligatoire de l'information, étant donné qu'il «*paraît un peu artificiel de distinguer les dommages-intérêts selon qu'ils sont fondés sur la responsabilité contractuelle ou sur la responsabilité délictuelle même s'il est vrai que le régime n'est pas exactement identique : les juges ne précisent d'ailleurs souvent pas sur quel fondement exact ils accordent des dommages-intérêts* »⁴³⁸

241.- Ces affirmations doivent être attentivement analysées.

⁴³⁷ MONSALVE CABALLERO Vladimir. *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*. 441 p.: Tesis: Derecho: Salamanca ; 2010, p. 347.

⁴³⁸ FAVRE-MAGAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*. Préf. Jaques Ghestin. Bibliothèque de droit privé, T. 221, LGDJ, Paris, 1992, n° 586, p. 465.

1) Tout d'abord il est certain que « la responsabilité précontractuelle ne se fonde pas sur la violation d'un devoir juridique du *neminem laedere*, mais sur la rupture de la loyauté et de la confiance que les sujets négociants se doivent réciproquement pour le fait d'avoir commencé les négociations »⁴³⁹. Nous avons déjà expliqué que dans les deux régimes comparés, une des caractéristiques de la bonne foi était de créer des obligations aux négociateurs au stade de la formation du contrat. Parce qu'elle est le garant de l'exercice de la liberté contractuelle, le négociateur victime de l'inexécution du devoir d'information peut poursuivre l'autre négociateur non seulement en dommages-intérêts, mais aussi en exécution forcée de l'obligation⁴⁴⁰.

Peu importe la non conclusion du contrat, la Superintendencia Financiera de Colombie et la Superintendencia de Industria y Comercio de ce pays, en tant que juges qui protègent le droit des consommateurs, ont accordé des sanctions en nature contre les prestataires de services d'investissement⁴⁴¹ et contre les laboratoires pharmaceutiques⁴⁴² au cours des dernières années. Le sort obligatoire de l'obligation précontractuelle d'information reste, avec indépendance, lié à la conclusion du contrat.

Ainsi, il semble plutôt plus exact de distinguer la faute en fonction de la préexistence d'une obligation inexécutée⁴⁴³, et non exclusivement de sa source.

Il ne saurait donc être question d'assimiler responsabilité précontractuelle et responsabilité délictuelle en se fondant sur le seul critère de l'absence de conclusion du

⁴³⁹ MONSALVE CABALLERO Vladimir. *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*. 441 p.: Tesis: Derecho: Salamanca: 2010, p. 345.

⁴⁴⁰ « ... l'effet obligatoire de l'information aboutit à faire peser sur le débiteur l'obligation de mettre la réalité en conformité avec l'information transmise. Le juge doit donc pouvoir, dans tous les cas, en ordonner l'exécution forcée, l'exécution en nature... » : FAVRE-MAGAN Muriel.....n° 664, p. 522.

⁴⁴¹ Resolución 1200/1995 expedida por la Superintendencia de Valores hoy Superintendencia Financiera le 18 juin 2010 contre COMPAÑÍA DE PROFESIONALES DE BOLSA S.A., Exp. No. 1665. Disponible En: http://www.superfinanciera.gov.co/Sanciones/sanciones_entidades.pdf

⁴⁴² Pour n'avoir pas informé les prix des médicaments à la Commission nationale de prix des médicament, la Superintendencia de Industria y Comercio a sanctionné 22 laboratoires, 13 IPS, 12 locaux commerciales y dos Entreprises de l'Etat. Les amendes vont toucher les 150,5 million de pesos. Disponible à : http://www.eltiempo.com/vida-de-hoy/salud/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8915843.html.

⁴⁴³ Voir MONSALVE CABALLERO Vladimir. *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*. 441 p.: Tesis: Derecho: Salamanca: 2010, p. 346.

contrat. Mais à l'inverse, il n'est pas non plus envisageable d'assimiler la responsabilité précontractuelle à la responsabilité contractuelle dont le fondement serait la force obligatoire de l'obligation précontractuelle d'information⁴⁴⁴.

2. Les différences quant au champ d'application

242.- Il y a certainement un lien obligatoire dans l'obligation précontractuelle d'information, telle que dans une obligation issue d'un contrat. Et il est bien possible d'aller jusqu'à la possibilité de demander leur exécution en nature, au lieu des dommages-intérêts. Toutefois, pour que la nature de la responsabilité soit contractuelle il faudrait que le débiteur ait un pouvoir sur la réalisation de la qualité promise dans l'information rendue ou retenue⁴⁴⁵, voire, qu'elle s'intègre dans le champ contractuel⁴⁴⁶, ce qui n'est toujours pas le cas dans l'exécution d'une obligation précontractuelle d'information⁴⁴⁷. Il ne s'agirait plus alors d'une responsabilité de nature contractuelle, mais précontractuelle

Hormis ces hypothèses, dont l'information est susceptible d'entrer dans le champ contractuel, les conséquences de l'exécution d'une obligation précontractuelle d'information lorsque le contrat a été annulé par vice de consentement, ou parce que le négociateur a rompu les pourparlers, ne peuvent pas être assimilés avec celles qui dérivent de l'inexécution d'une obligation contractuelle, comme on le verra plus loin.

⁴⁴⁴ Contre MONSALVE CABALLERO Vladimir, op. cit. p. 347 pour qui la responsabilité précontractuelle est incluse dans la responsabilité contractuelle.

⁴⁴⁵ FAVRE-MAGAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*. Préf. Jaques Ghestin. Bibliothèque de droit privé, T. 221, LGDJ, Paris, 1992, n° 666, p. 523.

⁴⁴⁶ Voir notamment les hypothèses de l'obligation de conseil de l'assureur envers l'assuré. *Ididem* n° 669, p. 526.

⁴⁴⁷ Voir notamment les exemples pris par Mme Muriel FAVRE-MAGNAN : Civ. 1^{ère}, 29 juin 1976, Bull. civ. I., n°235, p. 191.

La seule association que l'on peut faire de ces types de responsabilités ne concerne que les effets de l'obligation précontractuelle d'information lorsque celle-ci intègre le champ contractuel. Pour les autres hypothèses, il s'agit simplement d'un raisonnement en parallèle, d'une analogie, qui souligne l'autonomie de la responsabilité précontractuelle vis-à-vis de la contractuelle.

B. Le principe général de responsabilité précontractuelle fondé à partir de l'obligation d'information

243.- La réalité jurisprudentielle démontre combien il est difficile pour le juge d'établir si, face à l'inexécution d'une obligation précontractuelle d'information, il est en présence d'une responsabilité délictuelle ou contractuelle. En plus du faux critère souvent retenu, selon lequel la nature délictuelle de la responsabilité dérive du fait de l'absence de contrat, le juge doit affronter de véritables résultats obligatoires d'un tel devoir.

244.- Dans le système colombien, l'article 863 du Code du Commerce dispose que si les parties n'ont pas agi de bonne foi dans l'étape précontractuelle, elles sont tenues d'indemniser le dommage.

La portée de cet article est loin d'être négligeable. Celui-ci, en effet, porte un principe général de responsabilité précontractuelle. Ce qui signifie que le juge peut condamner le négociateur qui a manqué à la bonne foi au stade de la formation du contrat. Autrement dit, et c'est la raison pour laquelle le principe général de responsabilité précontractuelle nous semble le plus important, le juge peut, dès lors que la victime d'une information réticente ou erronée l'aurait demandé, condamner au paiement des dommages en s'appuyant sur une faute qui est déduite directement de l'inexécution d'une obligation

d'information avant la conclusion du contrat. La matière du litige, telle qu'elle avait été déterminée par les parties, ne se limiterait plus à la responsabilité délictuelle ou contractuelle.

245.- On ne doit pourtant pas croire que le rôle du juge se trouve au-delà de son office. Il ne s'agit pas ici d'un pouvoir que le juge s'octroie afin d'agir d'office. Il s'agit, au contraire, de reconnaître que la loi colombienne prévoit une troisième espèce de responsabilité civile, et que, comme l'article 2341 du Code civil colombien (semblable à l'article 1182 du Code civil français), l'article 863 du Code du commerce prévoit un mandat qui doit être appliqué par le juge.

Il convient donc de préciser que l'article 863 du Code de commerce ne permet pas au juge de présumer de la responsabilité du négociateur demandé. Le fondement de la responsabilité, le dommage et le lien de causalité restent à devoir être démontrés par la victime. Le principe général de responsabilité précontractuelle concerne les critères dont le juge tiendra compte au moment du jugement.

246.- Concrètement, par rapport à l'obligation précontractuelle d'information, sur le plan processuel, face à l'édifice de faits construit par les parties, le juge cherchera à trouver la preuve de l'existence de cette obligation, de la négligence ou du dol du négociateur qui a manqué à cette obligation et celle de l'existence d'un dommage causé par ce fait. Et sur le plan du fond du droit, le juge devra décider de l'étendue du dommage à indemniser d'après la pétition de la victime dans sa demande.

On ne doit pas se tromper, le rôle du juge en droit colombien, selon l'article 863 du Code du commerce colombien, n'est pas considérablement accru. Il reste attaché au mandat de l'article 230 de la Constitution Politique de 1991⁴⁴⁸.

Pourtant, même si c'est la loi qui prévoit ce principe général d'indemnisation, il ne faut pas conclure que le rôle du juge est indifférent. Au contraire, il est fondamental pour construire une interprétation homogène dudit principe de responsabilité civile en droit colombien. Une comparaison avec le droit positif français par rapport à l'analyse objective de l'influence du devoir d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat révèle que la responsabilité précontractuelle dérive aussi du manquement à deux autres obligations : les obligations de discrétion et cohérence.

⁴⁴⁸ D'après cet article, le juge est seulement tenu par l'empire de la Loi.

CHAPITRE II

MANQUEMENT A L'OBLIGATION DE DISCRETION ET DE COHERENCE

247.- « *Concrètement, en droit positif français, ce régime de liberté surveillée se traduit par l'affirmation d'une obligation précontractuelle d'information et de devoirs de discrétion et de cohérence, lesquels reposent sur le devoir général de bonne foi* »⁴⁴⁹.

Or, en droit Colombien, sont très rares les décisions de la Cour Suprême de Justice qui permettent d'établir une ligne jurisprudentielle en matière de responsabilité précontractuelle. Toutefois, parmi les quelques décisions proférées, on peut trouver des critères susceptibles de fonder la responsabilité, comme l'unilatéralité de la rupture de la négociation⁴⁵⁰, le défaut de fourniture opportune d'information nécessaire pour contracter⁴⁵¹, la brutalité de la rupture⁴⁵², l'absence de justification de celle-ci⁴⁵³ et l'incohérence du comportement du négociateur abandonnant la négociation⁴⁵⁴.

Par conséquent, la comparaison des deux systèmes montre que « *Ce qu'impose la jurisprudence aux négociateurs, au nom de la bonne foi, ce n'est rien d'autre que de s'abstenir d'adopter des comportements répréhensibles, susceptibles de provoquer un dommage* »⁴⁵⁵

⁴⁴⁹ MAZEAUD, Denis. *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : Comparaisons*. Dans : « *L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats* », sous la direction d'Olivier Deshayes, Paris : P.U.F., 2008, p. 17.

⁴⁵⁰ CJS, Cas. Civil. Sentencia de Noviembre 23 de 1989, Expediente 2435; CSJ, Cas. Civil, Sentencia de 27 de junio de 1990, Expediente 239. M. P. Pedro Lafont Pianetta; y CSJ, Cas. Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001, Expediente 3561. Ver también: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de junio 7 de 2001, Expediente 13405.

⁴⁵¹ CSJ, Cas. Civil, Sentencia de 27 de junio de 1990, Expediente 239. M. P. Pedro Lafont Pianetta

⁴⁵² CSJ. Cas. Civ. 23 Noviembre 1989. In : « *Jurisprudencia y Doctrina* », t. XIX, No. 217

⁴⁵³ CSJ. Cas. Civ. 27 Junio 1990. In : « *Jurisprudencia y Doctrina* », t. XIX, No. 225, Legis, Septiembre de 1990, p. 649

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

⁴⁵⁵ MAZEAUD Denis. *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*. In *Le contrat au début du XXI^e siècle - Etudes offertes à Jacques Ghestin*. Paris : L.G.D.J., 2001, p. 643.

L'analyse de l'objet respectif des devoirs de discrétion et de cohérence permet de mettre en lumière la spécificité de la responsabilité précontractuelle par rapport à sa fonction préventive face à la conclusion de contrats déséquilibrés. Il convient de vérifier les caractères du devoir de discrétion (Section I) et, ensuite, du devoir de cohérence (Section II) dans la période précontractuelle.

Section I

LA DISCRETION : LE DEVOIR DE CONFIDENTIALITE SUR LE TRANSFERT D'INFORMATIONS TECHNIQUES, FINANCIERES OU COMMERCIALES

248.- Il ne faut pas confondre le devoir de confidentialité au stade de la formation du contrat avec le secret bancaire, qui est un secret professionnel comme un autre⁴⁵⁶.

En droit colombien, par exemple, le devoir de confidentialité a été considéré de façon expresse par le littéral i de l'article 7 de la Loi 1328 de 2009 lorsqu'il interdit aux compagnies financières de révéler l'information obtenue du consommateur financier qui possède un caractère de réserve dans les termes établis dans les normes correspondantes, sans préjudice de leur transmission aux autorités compétentes⁴⁵⁷. Il en est ainsi pour les parties au stade de la formation du contrat dont les pourparlers ont pour objet le transfert d'informations financières ou commerciales, même lorsqu'elles n'arrivent pas à la conclusion du contrat. Dans cette

⁴⁵⁶ En droit français voir l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier et en droit colombien l'article 12 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

⁴⁵⁷ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, Concepto 2011037237-001.

hypothèse, l'information confidentielle ne pourra être partagée avec des tiers que sur autorisation expresse du titulaire⁴⁵⁸.

249.- De cette loi on peut tirer deux conséquences : que certaine information est qualifiée de confidentielle par la loi même, et que certaines informations acquièrent ce caractère à partir de leur nature, ou des circonstances qui vont influencer l'étendue de ce devoir. Ainsi, on analysera d'abord la source du devoir de confidentialité (§ I) puis son champ d'application (§ II)

§ I. L'information réputée par la loi ou par la nature du contrat comme confidentielle

250.- En effet, traditionnellement la loi considère comme confidentielle toute information concernant les secrets de fabrication des produits, le respect de la vie privée et des communications (A).

Toutefois, la nature de certains contrats, au stade de leur formation, et même pendant leur exécution, exige un devoir de discrétion (B).

A. La nature « privilégiée » de l'information transmise au stade de la formation du contrat

251.- Cette question apparaît au milieu du XX^e siècle comme conséquence du capitalisme dans le domaine du droit des affaires⁴⁵⁹. Deux critères pour déterminer la

⁴⁵⁸ “ L'information sur les opérations que les professionnels du crédit réalisent avec le public est couverte par la protection du droit à l'intimité, le secret professionnel et le caractère réservé des registres et papiers du commerçant. Obligation des entités créditrices de ne pas transmettre à des tiers des informations relatives aux affaires traitées avec leurs clients. Renseignements personnels publics, semi-privés ou privés. Seuls les renseignements semi-privés peuvent être transmis aux opérateurs de bases de données et à des tiers, conformément à l'autorisation accordée par leur titulaire ” Superintendencia Financiera de Colombia, Ibidem

confidentialité de l'information se sont donc présentés : l'originalité de l'information (1) et l'importance de cette information pour les stratégies commerciales de l'entreprise (2).

1. *L'originalité de l'information*

252.- La doctrine s'accorde à considérer l'originalité de l'information par rapport à sa portée sur un savoir-faire particulier de l'entreprise. On la distingue de celle qui est retenue en matière de propriété intellectuelle « *car elle [est celle qui] a permis la réalisation d'un produit ou d'un service qui distingue l'entreprise de ses concurrents* »⁴⁶⁰.

Dans cette perspective, la particularité de l'information dite « originelle » se meut nécessairement dans le cadre des données qui n'ont pas besoin d'être toutes nouvelles, mais singulières. Ainsi, on trouve une information originelle dans les modes d'emploi d'une méthode connue ou les solutions applicables dans une matière spécifique.

En effet, dans une affaire où une société de parfums a assigné une autre pour la commercialisation d'un parfum dont l'emballage reproduisait les caractéristiques d'un autre parfum, « *Diva* », commercialisé par la première, la Cour d'Appel de Paris a condamné la défenderesse pour concurrence déloyale. Pour en arriver à cette solution, la Cour a considéré que l'emballage de « *Diva* », bien que ne réunissant que des éléments en eux-mêmes banals, présentait un aspect d'ensemble singulier, et par suite, digne d'être protégé⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ MALAURIE-VIGNAL Marie. La protection des informations privilégiées et du savoir-faire. *Recueil Dalloz* 1997, p. 207.

⁴⁶⁰ MALAURIE-VIGNAL Marie ; op. cit. p. 207.

⁴⁶¹ CA Paris, 18 mai 1989, Ungaro, D. 1990, Jur. P. 340, note L. Cadet ; D. 1990, somm., p. 75, obs. Y. SERRA ; RTD Com. 1990, p. 581, obs. A. CHAVANNE et J. AZEMA. Sur le lien de l'information confidentielle et le devoir d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat V.

2. *L'importance de cette information pour les stratégies commerciales de l'entreprise*

253.- La distinction essentielle, par rapport à l'obligation d'information tirée aussi du devoir d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat, tient donc à ce que l'information échangée afin de conclure le contrat puisse ne pas être originale mais contenir des informations précises sur l'un des négociateurs, en particulier en ce qui concerne sa situation patrimoniale⁴⁶².

L'obligation de confidentialité a, dans cette perspective, pour effet de protéger le futur contractant avant la conclusion du contrat, lequel sera assujéti la règle du secret professionnel dans certains domaines ou à la règle générale d'exécuter le contrat de bonne foi.

Ainsi, de l'insertion du devoir de confidentialité à l'étape précontractuelle, les informations connues par les futurs contractants bénéficient d'une protection *telle que si elles avaient conclu un contrat*. La violation de la confidentialité due à cette étape produira des effets juridiques immédiats et tout à fait prévisibles pour l'agent : au pire, la lésion d'un droit fondamental, dans le cas spécifique du droit colombien ; au mieux, la réparation du dommage par la voie de la responsabilité précontractuelle.

254.- Dans cette perspective, la nature de cette obligation de bonne foi que l'ensemble de la doctrine dénomme devoir de confidentialité, est tantôt intégré dans la

aussi DUMAS, Romain, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*. Collection Logiques Juridiques, L'harmattan, Paris, 2008, n° 440, p. 421.

⁴⁶² MALAURIE-VIGNAL Marie. *Op. cit.*, n° 10.

catégorie des droits fondamentaux⁴⁶³, et plus précisément dans celle de la protection de *l'habeas data*⁴⁶⁴, tantôt rattachée à la notion de fait générateur de responsabilité précontractuelle⁴⁶⁵.

En effet, dans le système colombien, « *la compilation et la publication de l'information contenue dans la base de données du cadastre est soumise aux principes de l'administration de données, précisément parce que celles-ci sont constituées par des informations personnelles auxquelles une réalité patrimoniale est associée à une personne déterminée* »⁴⁶⁶. L'objet du devoir de confidentialité est donc la protection d'un droit fondamental du futur contractant, une protection qui ne dépend finalement pas de la conclusion du contrat.

Or, si la sanction à la violation de *l'habeas data* est particulièrement de nature administrative en droit colombien⁴⁶⁷, sur le plan patrimonial autant le système colombien que le français convergent sur le besoin de donner une protection à la victime contractante de la révélation de cette information par la voie de la responsabilité civile.

Les secrets commerciaux, les informations financières et comptables⁴⁶⁸ ont une importance considérable dans cette matière. En effet, « *le contractant méconnaît son obligation d'exécuter de bonne foi s'il recourt à des renseignements obtenus dans ses fonctions pour adresser des propositions à des tiers et obtenir un marché* »⁴⁶⁹.

⁴⁶³ Article 15 de la Constitution Politique de Colombie.

⁴⁶⁴ Voir la Loi 1266 de 2009 et en particulier la nouvelle Loi Statutaire 1581 du 17 Octobre 2012 de Colombie.

⁴⁶⁵ MAZEAUD, Denis. *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : Comparaisons*, In : « *L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats* », sous la direction d'Olivier Deshayes, Puf, Paris, 2008, pp. 13 et s.

⁴⁶⁶ Corte Constitucional, Septembre 2002, T-729/2002, MP. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁶⁷ V. article 23 Loi Statutaire 1581 du 17 Octobre 2012 de Colombie.

⁴⁶⁸ V. en droit français Cass. com., 5 janv. 1967, Ann. propr. ind. 1968, p. 308, et en droit colombien Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 005, abril 3/06.

⁴⁶⁹ MALAURIE-VIGNAL Marie. *Op. cit.* n° 15, par rapport à l'arrêt Cass. com. 24 nov. 1970, Bull. civ. IV, n° 315 ; D. 1971, Somm. p. 58.

Au regard de la théorie générale, autant le droit colombien que le droit français ont prévu que la divulgation de tout secret industriel ou de fabrication, sans l'autorisation du titulaire, constitue aussi un comportement de concurrence déloyale⁴⁷⁰ pour les commerçants.

B. L'étendue du devoir de confidentialité suite à l'exécution du devoir d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat

255.- L'étendue du devoir de confidentialité, à vocation d'une obligation de bonne foi au stade de la formation du contrat, peut varier selon les circonstances par rapport au devoir d'information des négociateurs au contrat.

On ne s'étonnera pas alors que pour certains contrats ce devoir n'ait pas la même intensité que pour d'autres. Ainsi, dans la période précontractuelle, dans les opérations d'acquisition, de collaboration, de franchisage ou d'association, M. Foriers explique, par exemple, que le prête-nom « *ne peut dévoiler sa qualité ni, a fortiori, le nom de son mandant ; le commissionnaire peut certes révéler sa qualité mais non l'identité du commettant... L'administrateur ne doit donc pas, normalement, communiquer à un tiers des informations confidentielles relatives à la société qu'il administre et qu'il a recueillies dans le cadre de sa mission, comme il ne pourrait les utiliser à d'autres fins.* »⁴⁷¹

⁴⁷⁰ En droit Colombien, v. Loi 256 de 1996 "Artículo 16. Violación de secretos. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente...."; en droit français, v. l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁴⁷¹ FORIERS, Paul Alain. *Concurrence et preuve : Quid en cas de clause de confidentialité ?*. in : Le droit des affaires en évolution, que dire ou ne pas dire avant de conclure un contrat ?, Préf. Pascal de ROECK. Bruylant, Belgique, novembre 2006, p. 440.

256.- L'image d'un devoir de confidentialité qui découle de la nature du contrat que l'on se prépare à négocier, ressort à la lumière, avec beaucoup de netteté avec l'arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation française du 27 février 1996. En effet, s'agissant d'une information confidentielle détenue par le président d'une société lors d'une acquisition par lui d'actions non cotées en bourse d'un autre associé, de gré à gré et en dehors de tout marché réglementé, la Cour de Cassation française a sanctionné ce comportement en application tant de l'article 1116 du code civil, par la nullité du contrat ou l'octroi de dommages-intérêts, que de l'article 1382 du même code, en raison du « *devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé* »⁴⁷².

Dans cette analyse, *l'affectio societatis* donne une intensité plus grande au devoir de confidentialité au stade de la formation du contrat de société que pour les autres contrats, « *puisque'il est défendu à un dirigeant d'avantager certains associés au détriment d'autres, a fortiori lui est-il interdit, dans ses relations personnelles avec les associés, d'user des pouvoirs ou des informations privilégiées qu'il tient de ses fonctions pour s'enrichir indûment au détriment de certains d'entre eux, spécialement en achetant leurs actions à un prix inférieur à celui qu'il sait pouvoir en obtenir à très court terme* »⁴⁷³.

La responsabilité précontractuelle retenue par la Cour de Cassation française sert à sanctionner le dol de l'associé, mais aussi à « *dissuader l'auteur des agissements délictueux et à moraliser les relations contractuelles* »⁴⁷⁴.

⁴⁷² Cass. com. 27 février 1996, D. affaires 1996, J. 518, JCP éd. E 1996.II. n° 838, p. 168. Voir aussi : CEDRAS Jean. L'obligation de négocier. *RTD com.*, 1985, p. 205 ; MOUSSERON Jean-Marc. *La durée dans la formation des contrats*, Mélanges offerts à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 509.

⁴⁷³ GHESTIN, Jacques. *La rétention dolosive d'informations privilégiées par un dirigeant lors d'une acquisition par lui d'actions non cotées*. *JCP G*, 26 Juin 1996, n° 26, II, p. 22665.

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

Il apparaît donc que pour bien comprendre le rapport entre l'obligation de confidentialité et la responsabilité précontractuelle, il convient d'analyser son champ d'application en pratique.

§ II. Le champ d'application du devoir de confidentialité

257.- Le devoir de confidentialité dans l'étape précontractuelle apparaît donc, en pratique, sous ce double aspect : L'interdiction de divulguer des informations confidentielles reçues lors du déroulement des négociations, voire la non publication de celles-ci ou la non communication à un tiers (A) et la prohibition au détenteur de l'information confidentielle « *d'utiliser à d'autres fins que celles pour lesquelles cette information lui a été transmise* »⁴⁷⁵ (B).

A. *L'interdiction de divulguer des informations confidentielles*

258.- Quelle que soit la source non conventionnelle d'où elle provienne, la doctrine a constaté les difficultés pour la victime d'apporter la preuve de l'utilisation illicite de l'information confidentielle par l'autre négociateur au contrat. Ce qui signifie le besoin de stipuler de véritables clauses de confidentialité dans la période précontractuelle.

La doctrine se borne donc à déterminer quelles sont les précautions à prendre lors du déroulement des pourparlers afin de prouver la violation du devoir de confidentialité par l'autre partie. M FORIERS, par exemple, recommande, d'abord, la sélection par le négociateur de ce qui constitue pour lui une information confidentielle ; ensuite, la création d'un inventaire de l'information communiquée, soit par l'envoi de ladite information de son auteur au partenaire, soit parce que celui-ci a eu accès à cette information. Puis, limiter l'accès de l'information au personnel identifié, considérant que « *cette formule permet*

⁴⁷⁵ FORIERS, Paul Alain, *op. cit.* p. 442.

d'éviter la dissémination de données confidentielles au sein de l'entreprise des négociateurs »⁴⁷⁶ et limiter le nombre de copies des documents utilisés ; par ailleurs, faire appel aux tiers tenus d'un secret professionnel en cas de besoin d'examiner le contenu de certaines données ; enfin, la création de clauses de confidentialité ou d'accords de confidentialité dans les pourparlers⁴⁷⁷.

259.- Tranchant avec l'analyse traditionnelle selon laquelle « *nul ne soit contraint d'entrer en pourparlers, que chacun puisse les conduire et même les rompre librement* »⁴⁷⁸, la proposition de cette doctrine qui plaide pour l'introduction dans l'étape précontractuelle de clauses et d'accords de confidentialité afin de faciliter la preuve d'une telle obligation de bonne foi, semblerait à première vue contestable.

Toutefois, la distinction essentielle, par rapport aux autres types de responsabilité civile, de la responsabilité précontractuelle, et plus exactement, de sa fonction préventive, tient donc à ce que, même dans des pourparlers, il est possible pour les négociateurs de prévoir les conséquences de la divulgation d'une information confidentielle.

De nombreux types de clauses de confidentialité sont consentis par des négociateurs dans la pratique : des clauses de « *standstill* », qui « *empêchent les candidats acquéreurs de lancer une offre d'acquisition ou de tenter d'approcher certains actionnaires en dehors de la procédure de négociation mise en place* »⁴⁷⁹ ; les « clauses de non débauchage », qui, pendant un délai déterminé, interdisent au débiteur du devoir de confidentialité d'engager certains membres du personnel de la société, et même des clauses

⁴⁷⁶ FORIERS, Paul Alain, *op. cit.*, p. 445.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 147 et ss.

⁴⁷⁸ FAGES, Bertrand. *Droit des obligations*, 3^e édition. L.G.D.J., Paris, 2011, p. 56.

⁴⁷⁹ FORIERS, Paul Alain. *Op. cit.*, p. 449.

pénales qui servent à « prévoir » la détermination du préjudice en cas de violation au devoir de confidentialité⁴⁸⁰.

On ne saura donc confondre la responsabilité précontractuelle avec l'une des autres deux espèces de responsabilité civile. A cet égard on remarquera que même les auteurs qui se sont prononcés en faveur de l'analyse de cette responsabilité comme de nature délictuelle considèrent que le devoir de confidentialité concerne aussi une multiplicité d'accords au stade de la formation du contrat, « *qui se trouve ainsi soumis au régime de la responsabilité contractuelle* »⁴⁸¹.

260.- On le voit, il existe un caractère particulier dans la responsabilité précontractuelle lorsque l'on étudie le devoir de confidentialité, sa raison d'être et ses conséquences dans la pratique. Ce caractère est encore souligné par l'examen des prohibitions au détenteur de l'information confidentielle de l'utiliser à d'autres fins que celles pour lesquelles cette information lui a été transmise.

B. La prohibition au détenteur de l'information confidentielle d'utiliser à d'autres fins que celles pour lesquelles cette information lui a été transmise

261.- « (...) *le devoir d'information qui pèse sur l'une des parties implique nécessairement la mise à disposition d'informations par nature confidentielles. La bonne*

⁴⁸⁰ Pour autant, on ne saurait si celle-ci serait un choix avantageux. Si la clause est très basse, elle risque de ne servir à la réparation ; si elle est très haute, elle risque d'être abusive. Dans ce sens, FORIERS, Paul Alain. Op. cit., p. 451.

⁴⁸¹ SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna. *La période précontractuelle en droit français. Revue Internationale de droit comparé*, Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990. p. 555.

foi dans ces cas impose à la partie qui les reçoit de respecter cette confidentialité et bien sûr de ne pas détourner l'échange d'informations de sa fin »⁴⁸².

Le critère de la distinction entre le devoir de confidentialité et le devoir d'information repose sur sa finalité respective. L'importance de ces devoirs a pour origine l'obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat, et le préjudice éventuellement subi par le négociateur victime de son inexécution joue un rôle véritable dans la détermination de la nature de la responsabilité qui en découle.

Ainsi, elle peut dans certains cas être analysée comme délictuelle, et dans d'autres comme contractuelle, notamment lorsque les négociateurs, en absence de tout contrat d'organisation des négociations, ont pourtant passé entre eux des accords ou des clauses de confidentialité.

A fortiori, et c'est ce qui permet de la différencier des autres espèces de responsabilité civile, la responsabilité analysée est totalement *sui generis*. Puisque sa cause réside dans la non-exécution d'un principe général d'agir de bonne foi à l'étape précontractuelle, l'indemnité représente non seulement le rééquilibrage du patrimoine, mais une garantie d'exercer la liberté contractuelle, c'est-à-dire qu'elle ne conduit pas à la conclusion forcée du contrat⁴⁸³. D'ailleurs, l'indemnité peut aussi être accompagnée par des sanctions de nature administrative ou pénale, afin de maintenir aussi solide la confiance dans le marché.

262.- Constituant une sanction patrimoniale, la responsabilité précontractuelle dérivée de la violation d'un devoir de confidentialité assure l'équilibre patrimonial, par

⁴⁸² FORIERS, Paul Alain. *Op. cit.*, p. 442

⁴⁸³ SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna. *La sanction de la faute précontractuelle*. RTD Civ., 1974, p. 46.

l'indemnisation de la perte qu'il a souffert par le dévoilement de cette information et du gain manqué dont le contractant a été privé, si elle a payé une contrepartie pour les souscriptions des accords de confidentialité. Ce gain manqué se compose en effet de la perte d'une chance dont se justifie la victime comme conséquence de la divulgation et utilisation pour d'autres fins de l'information confidentielle révélée pendant les pourparlers.

263.- Ainsi, étant donné que cette indemnisation cherche la protection de la confiance dans le système et dans le marché, la responsabilité précontractuelle s'est vue, dans les systèmes germaniques, conférer la nature contractuelle⁴⁸⁴. Et MM Monsalve-Caballero pose aujourd'hui l'idée d'après laquelle « *L'aspect obligatoire du contenu naturel du contrat ne provient pas du pacte, ni des sources d'intégration normative (loi dispositive et usages), mais du principe de la bonne foi, qui oblige à respecter la confiance légitime dans l'attachement de ce que l'on peut raisonnablement attendre comme ensemble de droits et obligations qui complètent le programme contractuel* »⁴⁸⁵.

Toutefois, la nature juridique ainsi conférée à la responsabilité précontractuelle exclut toute hypothèse de la rupture des pourparlers. En effet, la responsabilité précontractuelle incluant l'indemnisation du gain manqué, n'est pas une sanction au sens strict de répression pour l'inexécution de l'une des obligations nées d'un contrat qui n'est pas encore conclu, ou qui ne sera jamais conclu. La nature de ce gain manqué est restreinte aux effets de l'obligation de confidentialité au stade de la formation du contrat.

⁴⁸⁴ §241 et §311 du BGB. En ce sens v. aussi SALEILLES Raymond. De la Responsabilité précontractuelle, à propos d'une nouvelle étude sur la matière. *RTD Civ* 1907, pp. 697 et s.

⁴⁸⁵ MONSALVE CABALLERO Vladimir. *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*. Colección Biblioteca de Tesis Doctorales No. 6, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, p, 341.

264.- On le comprend, la responsabilité précontractuelle étudiée est la réparation d'un dommage dans la sphère de prévision donnée par la loi, voire le principe d'agir de bonne foi, aux négociateurs. Elle ne peut donc être confondue avec une responsabilité contractuelle. Elles sont différentes : l'une sanctionne les atteintes contre la confiance légitimement créée chez l'autre négociateur ; l'autre sanctionne la lésion d'un droit de crédit du cocontractant.

Malgré ce constat qui montre la nature particulière de la responsabilité précontractuelle par la voie de l'étude du devoir de confidentialité, c'est en analysant le devoir de cohérence qu'elle ressort avec le plus de clarté.

Section II

LA COHERENCE

265.- *« (...) lors de la période précontractuelle, lorsque les pourparlers se sont traduits par une négociation durable et coûteuse, qui a engendré dans l'esprit de chacun une confiance légitime dans la volonté ferme de conclure de son partenaire, l'exigence de cohérence interdit aux négociateurs, sous peine de dommages-intérêts, une rupture brusque et brutale. L'incohérence d'un pourparleur est source de responsabilité civile. »*⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ MAZEAUD, Denis. *Résiliation abusive d'une concession par le concédant qui ne laisse pas le temps suffisant au concessionnaire pour amortir les investissements qu'il a exigés de lui*. Recueil Dalloz, 1999, p. 114.

Afin de « *ménager de façon appropriée les intérêts légitimes de l'autre partie* »⁴⁸⁷ la bonne foi suppose que « *chacun ne se mette pas en contradiction avec son propre comportement antérieur durable, auquel l'autre s'est fié* »⁴⁸⁸ Le droit positif français considère qu'un comportement incohérent pouvait être comparable à un manquement à l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat, autrement dit, est-ce qu'un comportement contradictoire pouvait aller à l'encontre du principe de loyauté et de la confiance instaurés entre les deux parties⁴⁸⁹ ?

En effet, la négociation contractuelle « *se décline en deux exigences complémentaires. D'une part, une exigence de transparence qui oblige chacun des négociateurs à informer l'autre de tous les éléments propres à l'éclairer dans sa prise de décision. D'autre part, une exigence de cohérence en vertu de laquelle lorsque la négociation, en raison de son état d'avancement, a créé une apparence de volonté ferme et définitive de conclure le contrat négocié dans l'esprit des négociateurs...* »⁴⁹⁰.

266.- Ainsi, certains éléments ont été dégagés par la Cour de cassation française pour que l'on puisse conclure qu'il existe un devoir de cohérence lors du

⁴⁸⁷ CALMES, S. *Le principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, 2001, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », p. 229.

⁴⁸⁸ S. Calmes, *ibidem*.

⁴⁸⁹ MAZEAUD Denis. *La confiance légitime et l'estoppel : rapport français*. In : *La confiance légitime et l'Estoppel* / ss. dir. de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON. Paris : Société de législation comparée, 2007, p. 247-276. La doctrine de l'Estoppel a été d'ailleurs consacrée par le droit positif français en matière de droit procédural par deux grands arrêts : Tout d'abord l'arrêt du 1^{er} juillet 2005 dans lequel la Première Chambre civile affirme qu'un Estoppel peut être caractérisé par « *un changement de position, en droit, de nature à induire en erreur sur ses intentions* » : de la Civ 1^{re}, 6 juillet 2005, *Golshani c/gouvernement de la République islamique d'Iran*, Bull. civ. I n°302" ; et puis pour l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 27 février 2009 qui considère que « *la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* » : Cass. ass. plén., 27 févr. 2009 : JCP. G 2009, II, 1073, note P. Callé

⁴⁹⁰ MAZEAUD Denis. *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*. In : *Le contrat au début du XXI^e siècle - Etudes offertes à Jacques Ghestin*. Paris : L.G.D.J., 2001, p. 642. Dans le même sens, MESTRE Jacques. *La période précontractuelle et la formation du contrat. Les Petites affiches*, 5 Mai 2000, n° 90, p. 9.

déroulement des pourparlers. Ce sont : la constance (§ I) et la continuité du comportement du négociateur au contrat (§ II).

§ I. La constance du comportement

267.- Le devoir de cohérence implique que chaque négociateur doive faire preuve de constance avec son cocontractant et notamment lorsque son attitude a fait naître chez lui une confiance légitime⁴⁹¹. Par conséquent ce devoir a, en premier lieu, un caractère nécessairement de stabilité dans les négociations (A), et de création d'une apparence vers la conclusion du contrat (B).

A. La stabilité de la négociation

268.- Quoique libres, les négociateurs doivent être en mesure de pouvoir planifier sur l'avenir du contrat qu'ils préparent. La Chambre commerciale de la Cour de Cassation française a même affirmé qu'un comportement incohérent pouvait être comparable à un manquement à l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat. Autrement dit, qu'un comportement contradictoire pouvait aller à l'encontre du principe de loyauté et de la confiance instaurés entre les deux parties⁴⁹².

Dans ces conditions, lorsque les futures parties au contrat entrent en pourparlers, leur comportement est limité par cette persévérance (1). De plus, si la durée des pourparlers s'inscrit dans le temps, le juge pourra prendre cette durée comme un indice de la création par les parties d'une confiance légitime à la conclusion du contrat (2).

⁴⁹¹ Dans ce sens, v. MAZEAUD Denis. La confiance légitime et l'*estoppel*. *Revue Internationale de droit comparé*, Année 2006, Volume 58, Numéro 2 pp. 363-392.

⁴⁹² Cass. com., 8 mars 2005, 02-15783.

1. *La limitation du comportement des négociateurs par leur persévérance vers la conclusion de la négociation*

269.- La persévérance dans la négociation entraîne, par conséquence logique, la prévision de sa conclusion.

Une telle affirmation dérive de la lecture de l'arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de cassation française daté du 18 juin 2002. Dans les faits, bien que l'une des sociétés qui est entrée en pourparlers ait su qu'elle risquait de faire l'objet d'une procédure collective, que la comptabilité n'était plus tenue et qu'elle n'était pas à jour de ses règlements auprès des différents organismes sociaux, elle a poursuivi les pourparlers avec une autre société qui ignorait que la situation de son co-négociateur était désespérée et que cette négociation ne pouvait conduire qu'à la déclaration de son état de cessation des paiements. La Cour de cassation a considéré justifiée la décision de la Cour d'appel qui fondait la responsabilité de la première société, car, en dehors du dol, elle avait aussi entretenu « *de manière illusoire l'espoir d'une cession* »⁴⁹³.

La raison d'être de la responsabilité précontractuelle est de garantir l'exercice de la liberté contractuelle. De ce fait, si l'un des négociateurs est persévérant dans la négociation, il crée de ce fait une illusion de vouloir, de pouvoir conclure la négociation.

Comme fondement d'une telle responsabilité, on peut invoquer le manquement à l'obligation de cohérence dérivé de l'obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat.

⁴⁹³ Cass. Com. 18 juin 2002, R.J.D.A. 2002, No. 1111, Rev. trim. dr. civ. 1984.97, obs. Mestre.

Un manquement qui constitue une négligence, mais, comme il ressort des faits de l'arrêt mentionné, il peut aussi venir accompagné de manœuvres dolosives de la part du négociateur négligent.

Cette solution nous semble tout à fait compatible avec la portée de l'article 863 du Code du commerce colombien, que nous avons évoqué auparavant. Quoique cet article ne fasse pas une référence expresse à l'obligation de cohérence, il établit en droit colombien un principe de responsabilité précontractuelle qui a un objet et une cause spécifiques.

Concrètement, si cet objet est la bonne foi et que sa cause réside dans la garantie d'exercer la liberté contractuelle, il nous semble plus juridique de dire que l'obligation de cohérence est fondée sur cet article, plutôt que de prétendre qu'elle vient de l'application d'une doctrine étrangère.

270.- Dans la même perspective, la persévérance dans la négociation peut aussi être retenue comme un critère par les juges colombiens au moment d'analyser les faits afin d'appliquer l'article 863 du Code du commerce et de condamner au paiement des dommages-intérêts respectifs.

Il convient dorénavant d'étudier un deuxième critère dégagé par la jurisprudence française, mais très enrichissant pour le droit colombien.

2. La durée de la négociation comme un critère de stabilité pour le juge

271.- Parce que la durée des pourparlers, donne l'allure de négociations « très engagées »⁴⁹⁴, ce critère dégagé par la Chambre commerciale de la Cour de cassation française dans un arrêt daté du 22 avril 1997⁴⁹⁵ mérite d'être exposé.

272.- L'obligation de réparer le préjudice causé par la rupture des pourparlers est fondé par la Cour d'appel sur l'idée que « *la société Iveco avait rompu brutalement et unilatéralement des négociations très engagées, et avait manqué aux règles de bonne foi dans les relations commerciales* ». Ce fondement est dérivé de la constatation de trois faits fondamentaux : D'abord, la formulation par la société Iveco d'une nouvelle offre qui dépassait la date prévue pour la conclusion du contrat. Ensuite, du fait que la société Iveco n'avait « *pas fait état de l'insuffisance de l'acompte ou du dépassement de la date de commande définitive* »; et, enfin, du fait que, dans la nouvelle offre, « *la société Iveco n'avait fixé aucun nouveau délai et avait employé la formule sauf « meilleurs délais » remarquant qu'une réponse dans un délai de 10 jours devait être considérée comme ayant été faite dans un délai raisonnable* ».

La Cour de cassation a trouvé fondé le raisonnement des juges de fond et telle est la solution à la question de savoir si la liberté de rompre les pourparlers pouvait causer un préjudice réparable par la voie de la responsabilité civile⁴⁹⁶. Le sens de cette décision est, sur ce point, riche d'enseignements (a) ; sa valeur peut être aussi appréciée dans le droit colombien (b).

⁴⁹⁴ En ce sens : MOUSSERON Jean-Marc. *La durée dans la formation des contrats*, Mélanges offerts à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 509 ; FAGES Bertrand. Plus les pourparlers sont courts, plus ils sont avancés ! *JCP E.*, 24 septembre 1998, n°39, p. 1499.

⁴⁹⁵ Cass. Com., 22 avril 1997, Bull. Civ. IV, n° 98. 4 Cass.

⁴⁹⁶ Voir par exemple : CHAUVEL Patrick. *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle. Droit et patrimoine*, novembre 1996, p. 36.

a. Sens de l'arrêt

272.- Deux enseignements peuvent être tirés de cet arrêt.

1) Le premier correspond à la rétention de la « durée des pourparlers » comme un critère pour déterminer le degré d'engagement des négociateurs dans la conclusion du contrat. Plus les pourparlers sont longs, plus les négociateurs qui les entament donnent l'apparence de vouloir conclure le contrat. Cet aspect contraignant de la bonne foi au stade de la formation du contrat constitue un élément absolument déterminant de la qualification de la responsabilité précontractuelle.

Et c'est justement en raison de l'existence de ce caractère que la Cour décida que la réparation du préjudice était fondée.

2) Le second enseignement que l'on peut tirer de cette décision concerne le domaine d'application de la bonne foi en droit positif français. Celle-ci ne se limite pas seulement au stade de l'exécution du contrat, mais aussi au stade de la formation du contrat.

Il convient d'apprécier la valeur respective de ces deux affirmations à la lumière de l'article 863 du Code du commerce colombien.

b. Valeur de l'arrêt

273.- L'affirmation de la Cour suivant laquelle la responsabilité civile peut être prononcée lorsque l'un des négociateurs rompt « *brutalement et unilatéralement des négociations très engagées* », et que pour cela il manque « *aux règles de bonne foi dans les relations commerciales* », est prévue par le droit colombien.

L'article 863 du Code du commerce fait en effet peser une menace sur le négociateur qui agit contre la bonne foi dans les relations commerciales. D'ailleurs, certaines décisions de la Cour Suprême de Justice ont relevé le fait que plus les

pourparlers sont longs, plus les négociateurs tendent à faire « des efforts de toute sorte , précisément destinés à cristalliser des attentes et des plans économiques, et que l'on note la présence d'une série de rencontres, de contacts, d'échanges d'opinions et de consultation entre les parties, ce qui ne peut être iniquement déçu et seulement appuyé sur *le principe de la liberté contractuelle (...)* [du fait que] *la conduite de ceux qui, ainsi se contactent pour la réussite d'un propos contractuel, doivent l'ajuster au principe de la bonne foi* »⁴⁹⁷.

Enfin, si l'exécution de cette obligation n'intervient pas pour protéger les négociateurs dans l'incertitude de la conclusion du contrat, il assure que la rupture des pourparlers dérive de la liberté contractuelle des négociateurs, au lieu d'une faute ou d'un abus, ce qui sera l'objet des développements du prochain chapitre.

Cela étant précisé, il est important désormais d'apprécier dans quelle mesure les critères de persévérance et de durée des négociations vont servir à créer une apparence vers la conclusion du contrat.

B. La création d'une apparence vers la conclusion du contrat

274.- Dans les pourparlers, il semblerait difficilement concevable d'admettre que le principe de l'apparence serve à créer des engagements entre les négociateurs. Comme autant le droit colombien que le droit français repose sur la théorie de la volonté⁴⁹⁸, il paraît difficile d'envisager dans la période précontractuelle que l'apparence vers la conclusion du contrat puisse être retenue par les juges comme un critère engageant les négociateurs vers la réparation du préjudice dans l'hypothèse de ne pas arriver à ladite conclusion du contrat. Et pourtant, pour certains, « *celui qui,*

⁴⁹⁷ CSJ., Cas. Civ., sent. de 31 de marzo de 1998. Dans le même sens, v., CSJ., Cas. Civ., sent. 2 de agosto de 2001, M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo ; et, CSJ., Cas. Civ., sent. 29 de diciembre de 2006, M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. N° 1998-10363-01.

⁴⁹⁸ Articles 1618 du Code civil colombien et 1156 du Code civil français.

sciemment, ne s'engage qu'en apparence, doit s'exécuter envers celui qui l'a légitimement cru »⁴⁹⁹.

275.- En effet, de même que la bonne foi au stade de l'exécution du contrat joue un rôle déterminant afin d'interpréter, et parfois compléter, ce que les parties ont exprimé dans le contrat, au stade de la formation de celui-ci, la bonne foi joue un rôle définitif afin de protéger le négociateur victime d'une croyance légitime⁵⁰⁰.

On le constate, la croyance légitime de l'autre partie est protégée par la responsabilité précontractuelle, car rompre alors que l'autre partie pouvait légitimement croire en la conclusion probable du contrat peut être considéré comme un comportement fautif dans les deux systèmes comparés⁵⁰¹. Plus les discussions sont anciennes, moins la rupture devient admissible. Le fait de « laisser espérer » à son partenaire la conclusion d'un accord définitif pendant quatre années a ainsi été jugé abusif⁵⁰².

En dehors de ces caractères, qui sont inhérents aux pourparlers, il en est d'autres qui participent de cette essence.

§ II. La continuité du comportement

⁴⁹⁹ GRIMALDI, Cyril. Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation, Defrénois, 2007, spéc. n° 503. Dans le même sens, v., FAGES, Bertrand, *Droit des obligations*, n° 474, pp. 446 et 447.

⁵⁰⁰ Pour certains, le lien d'obligation crée par la croyance légitime trouve sa source dans les quasi-contrats : PEIS-HITIER Marie-Pierre. *De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats. Les Petites Affiches*, 25 janvier 2006, n° 18, p. 8 et s.

⁵⁰¹ Cass. Com. 18 2002, R.J.D.A. 2002, No. 1111, Rev. trim. dr. civ. 1984.97, obs. Mestre, précité.

⁵⁰² Voir *infra*, n°300 et s.

276.- Il est donc de l'essence des pourparlers de n'y entrer que si l'on va garder un comportement cohérent. Cette continuité du comportement doit être poursuivie même après la conclusion du contrat.

En effet, dans un arrêt de la Cour Suprême de Justice Colombienne du 27 juin 1990⁵⁰³, au vu de l'article 863 du Code du commerce Colombien, on condamne au paiement de dommages-intérêts une société qui avait proposé à une autre de participer à un appel d'offre pour contracter avec l'Etat l'exploitation d'espaces de télévision.

Dans sa proposition initiale, la première des sociétés avait dit que les bénéfices seraient divisés en parties égales entre les deux, et que l'on constituerait ensemble une société. Toutefois, une fois adjudiquée l'exploitation des espaces télévisés à ces deux sociétés, la première décida de payer un quart des bénéfices perçus à la seconde et, en outre, de ne pas s'associer avec elle mais avec un tiers.

La constance dans le comportement des négociateurs à l'étape précontractuelle peut, donc, être constatée dans l'exécution du contrat.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

277.- Les critères issus de l'analyse de la jurisprudence française pour déterminer le champ d'application de l'obligation de cohérence au stade de la formation du contrat ne sont pas indifférents pour le droit colombien. Comme nous l'avons constaté, ces critères

⁵⁰³ CSJ, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de junio de 1990. MP Dr. Pedro Lafont Pianetta. Expediente No. Tomo CC N° 2439. Gustavo Arango Escobar y Luis Fernando Arango Duque contra Fernando Buitrago Gómez y la sociedad Globo T.V. Ltda.

peuvent être appliqués dans celui-ci par les juges au vu de l'article 863 du Code du commerce, ce qui permettra de distinguer la responsabilité précontractuelle de ses voisines.

CONCLUSION DU TITRE I

278.- C'est autour du concept de bonne foi qu'est, en définitive, construite la notion de fait générateur de responsabilité précontractuelle dans les pourparlers informels. En effet, la bonne foi est destinée à créer un modèle de conduite pour les négociateurs du contrat ainsi qu'à garantir l'exercice de la liberté contractuelle. Au-delà de l'évidence, à savoir l'affirmation d'après laquelle la responsabilité précontractuelle ne peut être retenue qu'avant la conclusion du contrat, alors qu'au contraire l'existence de celui-ci n'affecte en rien la concrétisation d'un fait générateur de celle-là, il importe de rappeler que dans ce genre de dommages le critère chronologique de la formation du contrat est insuffisant. Ce dernier ne sert pas à expliquer l'étendue des obligations d'information, discrétion et cohérence que nous venons d'analyser.

Les éléments des obligations d'information, de discrétion et de cohérence étant exposés, il convient de s'interroger sur les conditions pour que son inexécution puisse être retenue comme une faute qui fonde une responsabilité précontractuelle dans la rupture des pourparlers.

TITRE II

LA FAUTE ET L'ABUS DANS LA RUPTURE DES NEGOCIATIONS

279.- Si pour la bonne foi, le fait générateur de responsabilité précontractuelle jouit d'une certaine autonomie dans les systèmes de droit français et colombien, pour la rupture des pourparlers il se trouve sans doute dans une situation d'indépendance vis-à-vis des autres formes de responsabilité civile.

Il n'est en effet commis que dans un champ où la volonté des parties est en elle-même sa propre règle. Cette liberté confère aux négociateurs la liberté de ne pas négocier (Chapitre I).

280.- Supposant nécessairement l'exercice de la liberté contractuelle, puisque la simple rupture n'est pas constitutive d'un comportement négligent, la faute dans la rupture est, en revanche, sanctionnée par la voie de la responsabilité précontractuelle. On saura en effet concevoir son existence indépendamment d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle. Cette conséquence imprime une branche qui sépare la responsabilité précontractuelle, sa nature (Chapitre II).

CHAPITRE I

L'EXERCICE DE LIBERTE CONTRACTUELLE : LE PRINCIPE

281.- Pour garantir aux négociateurs dans un contrat l'exercice de leur liberté de contracter, l'article 871 du Code du commerce colombien dispose que tous les contrats devront être conclus de bonne foi ; si l'un d'eux fait défaut et manque ainsi à ce commandement, il devra indemniser les dommages (article 863 du Code du commerce colombien).

D'autre part, le droit positif français montre comment la bonne foi objective comporte des atténuations au principe de la liberté contractuelle⁵⁰⁴. Il est contraire à la bonne foi d'agir vers une finalité différente de celle de conclure le contrat. Ainsi, la jurisprudence française admet la responsabilité précontractuelle sur le fondement des critères plus objectifs de la bonne foi

Cette mission de garantie de la liberté contractuelle, la responsabilité précontractuelle est apte à la remplir en raison de l'engagement que la loi, en droit colombien, et la jurisprudence, en droit français, imposent aux négociateurs d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat. En effet, la bonne foi est la mesure qui constitue un modèle de conduite pour engager les pourparlers et pour les interrompre.

Ce caractère comminatoire de la bonne foi dans l'étape précontractuelle face à la liberté contractuelle mérite d'être approfondi (Section I), et il est essentiel de s'interroger sur sa portée pour savoir si elle constitue l'élément constitutif de la responsabilité précontractuelle (Section II).

⁵⁰⁴ VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, L.G.D.J. p. 551, n° 197-1. V, note n° 643.

Section I

BONNE FOI PRECONTRACTUELLE ET LIBERTE DE CONTRACTER

282.- « *Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle* »⁵⁰⁵.

On attribue à cette idée du droit naturel d'être le pilier de la notion d'autonomie de la volonté exposée par Domat dans son ouvrage « *Les lois civiles dans leur ordre naturel* »⁵⁰⁶ avant la rédaction des Codes civils français et colombien. Actuellement, cette notion d'autonomie de la volonté sert à comprendre que « *Nul n'est forcé d'entrer en relations avec ses semblables et chacun a le droit de refuser de céder les biens qui lui appartiennent ou de prendre à son service une personne dont il ne veut pas. Le refus de contracter n'est qu'une manifestation de la liberté* »⁵⁰⁷.

283.- La bonne foi dans la période précontractuelle apparaît donc comme un moyen de contrainte à déterminer que la volonté est à elle-même sa propre règle⁵⁰⁸. Elle est la règle qui permet d'établir incontestablement cette autonomie (§ I), celle de permettre aux parties de s'exprimer librement au moment de conclure le contrat (§ II).

⁵⁰⁵ KANT, Emmanuel, *Fondements à la métaphysique des mœurs* (1785).

⁵⁰⁶ Dans ce sens voir *Domat du principe : Domat, Jean, Les lois civiles dans leur ordre naturel, tit. I, sec. II, § 7, in Oeuvres Complètes, Paris, 1835, t° I, p. 835 ; et DEROUSSIN, David, Histoire du droit des obligations. Economica. Paris, 2007, p. 498. Toutefois, cet auteur prévient que si l'on peut parler d'une influence de la philosophie Kantienne dans l'époque, les auteurs du Code civil français n'étaient pas kantien et qu'il faut prendre garde au fait que cette maxime du comportement « n'existe que dans le monde sensible, mode de l'expérience. Sa signification et son utilité sont limitées au plan moral » et non pas dans « l'état juridique, l'état social » (p. 499).*

⁵⁰⁷ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 10^e éd. Paris : Précis Dalloz, 2009, n°24, p. 31.

⁵⁰⁸ Dans ce sens v. LE TOURNEAU Philippe. La rupture des négociations. *RTD com.* 51(3), juillet-septembre 1998, pp. 479 et s. ; JOURDAIN, P. *La bonne foi*. Travaux de l'Association Capitant, t. XLIII, Litec 1994, p. 121 et s. spécial. P. 128 et s. Cass. com., 20 mars 1972 Bull. civ. IV, n° 93 ; JCP 1973 éd. G. II. 17543, note J. Schmidt-Szalewski ; RTD civ. 1972.779, obs. G. Durry ; et Cass. com. 22 avr. 1997, RJDA 1997, n° 996

§ I. La bonne foi et l'établissement de l'autonomie de la volonté dans la période précontractuelle

284.- La liberté contractuelle est souvent définie par trois principes. Tout d'abord celui d'après lequel les parties sont libres de contracter ou de refuser de le faire⁵⁰⁹. Puis, que si elles décident de s'engager, elles sont libres de décider l'objet, toujours licite, et le nombre de leurs engagements et, enfin, elles sont libres de modifier l'étendue desdits engagements⁵¹⁰.

Dans cette perspective, la bonne foi de la période précontractuelle donne une structure à cette liberté contractuelle car par contrainte, par menace de payer une indemnisation en cas de ne pas agir de bonne foi, elle assure que les négociateurs soient diligents.

En effet, l'analyse de la jurisprudence des systèmes comparés montre que la bonne foi exempte de faute (bonne foi objective) est, tout d'abord, une cause d'exclusion de culpabilité face à un comportement illicite du cocontractant (A), et, en conséquence, la bonne foi peut constituer une cause d'exonération de responsabilité ou d'atténuations au moment de l'indemnisation (B).

A. La bonne foi, cause d'exclusion de faute

285.- Il existe une tendance à refuser l'annulation du contrat et l'allocation de dommages-intérêts aux professionnels en raison du « devoir de s'informer » auquel ils sont tenus par la bonne foi au stade de la formation du contrat⁵¹¹.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, n°23, p. 31 qui analyse la bonne foi précontractuelle comme étant le modèle de comparaison le plus adéquat au moment de déterminer l'existence d'une faute précontractuelle.

⁵¹⁰ En ce sens, MELICH ORSINI José. *Doctrina General del Contrato*. 5a ed. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios No. 61. 2010, No. 3, p.20 ; LUCET Frédéric. *Consensualisme et Formalisme*. *Revue de Jurisprudence Commerciale*, n° spécial. *L'échange des consentements*, novembre 1995, p. 42.

⁵¹¹ Com. 2 mai 1990, n° 88-14.722 ; Cas. com., 9 mai 1990, n° 88-19.215 ; voir n° 4602

Dans le droit colombien, si l'un des négociateurs a contracté dans un état d'ignorance, celle-ci ne sera pas suffisante pour obtenir une déclaration de responsabilité en sa faveur.

Autrement dit, le négociateur victime ne pourra obtenir une indemnisation d'un dommage en plaidant simplement de s'être trompé ou d'avoir ignoré l'un des éléments essentiels du contrat.

La « *bonne foi exempte de faute* » exigera d'abord que cet état d'ignorance ne soit pas dérivé d'une faute du négociateur victime de la rupture ou de la révocation de l'offre, puis la recherche de la mesure dans laquelle l'autre futur cocontractant a commis la faute qui aurait causé l'erreur ou l'ignorance plaidée par la victime du dommage⁵¹².

B. Exemples de la bonne foi comme cause d'exclusion de faute

286.- Comme on l'a analysé auparavant, la Cour de Cassation française a précisé qu'agir de bonne foi à l'étape précontractuelle, équivaut à se comporter conformément à la « confiance légitime » de conclure le contrat avec le futur cocontractant⁵¹³.

⁵¹² CSJ. Civ. 18 de febrero de 2004 ; CSJ. Civ. 12 de septiembre de 2002 ; et CSJ. Civ. 11 de mayo de 2000.

⁵¹³ Com. 26 nov. 2003, D. 2004, Jur. p. 869, note A.S. Dupré-Dallemange; RTD civ. 2004, p. 80 et p. 85, obs. J. Mestre et B. Fages ; Rev. Sociétés 2004, p. 325, obs. N. Mathey ; D. Mazeaud, RDC 2004, p. 257. Dans le même sens, v. FAUVARQUE-CAUSSON Bénédicte. La confiance légitime et l'Estoppel : rapport général. Dans : *La confiance légitime et l'Estoppel* / ss. dir. de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON. Paris : Société de législation comparée, 2007, p. 9-61 ; GAUTIER Pirre-Yves. Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation ? Dans : Actes du colloque : *La Confiance en droit privé des contrats*. Valérie-Laure Bénabou et Muriel Chagny (ss dir. de). Paris : Dalloz, 2008, p. 109 ; MARINI Giovanni. Italian Report on Protecting Legitimate Expectations and Estoppel. Dans: *La confiance légitime et l'Estoppel* / ss. dir. de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON. Paris : Société de législation comparée, 2007, p. 295-303 ; MAZEAUD Denis. La confiance légitime et l'estoppel : rapport français. Dans : *La confiance*

Dans ce sens, la Cour Suprême colombienne, par rapport à un contrat d'assurance, a bien remarqué que « *il n'est pas possible de ne considérer que la bonne foi du preneur, déduite dans ce cas de la simple ignorance du fait qui, en fin de compte, a renversé la clause en question en sa défaveur, si on ne l'oppose pas à son tour au comportement manifesté par l'assureur, lequel se traduit dans la connaissance antérieure de ce même fait, ou qu'il aurait dû connaître en tant que spécialiste de sa branche* »⁵¹⁴.

On le constate, la bonne foi au stade de la formation du contrat joue aussi un rôle fondamental comme un critère pour exclure de faute, voire de négligence, le comportement de l'un des négociateurs au contrat.

Ce critère tenant au fondement de la responsabilité précontractuelle, permet d'opérer une distinction très nette entre celle-ci et les autres espèces de responsabilités civiles. L'existence d'un double effet dans la bonne foi, dite exempte de faute dans le droit colombien, celui de créer des obligations d'une part, mais aussi d'exonérer de responsabilité, de l'autre, constitue un autre critère distinctif de la responsabilité précontractuelle.

§ II. La bonne foi et l'expression libre de la volonté des parties lors de la conclusion du contrat

287.- «... *c'est presque mécaniquement et progressivement que le contrat émerge des négociations, au fur et à mesure de l'échange des prestations réciproques*

légitime et l'Estoppel / ss. dir. de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON. Paris : Société de législation comparée, 2007, p. 247-276 ; N'DIAYE Florence. Intervention lors de la table ronde : « Faut-il introduire un principe de confiance dans le Livre III du titre III du Code civil ? ». Dans : Actes du colloque : *La confiance en droit privé des contrats*. Bénabou Valérie-Laure, Chagny Muriel (ss dir. de). Paris : Dalloz : 2008, p. 133.

⁵¹⁴ CSJ, Civ. Sent. de 21 de mayo de 2002. M.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno, Expediente Nro. 7288. Dans le même sens, v. CSJ, Civ. Sent. de 2 de febrero de 2001, expediente 5670.

des négociateurs, en quelque sorte presque à la manière d'un contrat réel, dans la formation duquel la volonté joue un rôle moindre qu'à l'ordinaire »⁵¹⁵

La bonne foi oblige les négociateurs à utiliser leur liberté contractuelle afin de ne pas créer chez le cocontractant de fausses attentes sur la conclusion du contrat⁵¹⁶.

Une conduite prudente, diligente, implique que le négociateur qui ne désire pas continuer avec la formation du contrat, puisse mettre fin aux pourparlers en motivant une juste cause⁵¹⁷. Cette motivation a, pour certains, une nature contraignante qui découle des autres obligations dérivées du principe général d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat (A), une obligation secondaire dont il sera intéressant d'explorer la portée (B).

A. La nature de l'obligation de motivation

288.- La doctrine⁵¹⁸ et la jurisprudence françaises⁵¹⁹ considèrent que l'obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat peut entraîner une autre obligation secondaire : l'obligation de motivation. La Cour de cassation a procédé à plusieurs reprises à cette étude et a, par conséquent, déterminé la faute dans la rupture des pourparlers en

⁵¹⁵ LAUDE Anne. Le constat judiciaire des pourparlers. *RTD com.* 51, juillet-septembre 1998, n°3, p. 551. Dans le même sens v. aussi J. Mestre, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1987, in *RTD civ.* 1988.310.

⁵¹⁶ En ce sens : MESTRE Jacques. *Obligations en général - d'une interruption fautive de la période précontractuelle.* *RTD Civ.*, 1994, p. 849.

⁵¹⁷ OVIEDO-ALBAN, Jorge. *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual.* In : *Vniversitas.* Bogotá (Colombia) No. 115: 83-116, enero-junio de 2008, p. 101.

⁵¹⁸ MAZEAUD, Denis. *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : Comparaisons.* Dans : « *L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats* », sous la direction d'Olivier Deshayes, Paris : P.U.F., 2008, p. 13 et s.; DESHAYES Olivier. Le dommage précontractuel. *RTD Com.*, 2004, not. n° 31, p. 201 ; SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna. L'absence de motifs légitimes de rupture de pourparlers entraîne condamnation des auteurs de la rupture et réparation du préjudice subi. *D.*, 1999, p. 127.

⁵¹⁹ Com. 11 juillet 2000, *Contrats, conc. consomm.* 2000, No. 174, obs. Leveneur, *Petites Affiches*, 21 mars 2001, note Dagorme-Labbé, *R.J.D.A.* 2001, N° 26, « qui précise que la rupture doit être dépourvue de motifs légitimes, même s'il n'y a pas d'intention de nuire ». Voir aussi Paris 19 janvier 2001, *D.* 2001.IR.677, ce qui serait susceptible de constituer une faute à l'encontre de l'auteur de la rupture, qui, par là même, serait tenu de réparer le préjudice subi par l'autre partie à la négociation.

raison de l'absence ou de l'insuffisance des motifs exprimés par le négociateur qui décide de ne pas continuer avec les négociations. A cet égard, il convient de transcrire l'arrêt rendu par la 1^{re} Chambre de la Cour de cassation le 14 juin 2000 :

« Mais attendu que la cour d'appel a retenu que pendant plusieurs mois, les consorts Preyssas avaient négocié la cession de leurs actions avec les médecins, et que c'est après avoir procédé à une évaluation de la société, convenu d'un prix, et négocié les conditions de la cession et les avantages de Mme Preyssas après cette cession, et alors qu'il résultait des écritures des parties que les conventions devaient être signées les 13 et 14 mai 1993, que les appelants ne se présentèrent pas pour signer les documents, aucune pièce n'établissant les raisons de leur abstention, et vendirent leur participation à un tiers ; que, de ces seuls motifs, elle a pu déduire qu'ils avaient ainsi manqué à la loyauté qui doit régir les relations entre les parties, non seulement durant la période contractuelle mais aussi pendant la période précontractuelle, et commis une faute ; que le moyen n'est pas fondé »⁵²⁰.

289.- La solution du droit positif français ne trouve pas encore de correspondant en droit colombien. Toutefois, par rapport aux critères, afin d'arriver à une motivation justifiée de la rupture, on peut raisonner en parallèle avec une règle du droit colombien en matière du contrat d'assurances d'après laquelle l'assureur a le droit d'objecter la réclamation d'indemnisation de l'assuré mais si cette objection est sérieuse et fondée⁵²¹.

Il s'agit donc bien d'une règle applicable au stade de l'exécution du contrat. Toutefois, la comparaison n'est pas dépourvue de sens.

⁵²⁰ Cass. 1^{ère} civ. 14-6-2000, n°98-17.494, la soulignée est notre.

⁵²¹ Article 1077 du Code du commerce colombien. En droit français, dans ce sens v. NICOLAS, Véronique. Droit des contrats d'assurance. Collection Corpus Droit Privé, dirigé par Nicolas MOLFESSIS. Economica. Paris, 2012, n° 796, p. 323.

Certes, les critères que la jurisprudence colombienne a dégagés afin de déterminer les effets de l'objection à la réclamation de l'assuré sont applicables à l'exercice d'une obligation contractuelle ; mais il convient, tout de même, de rappeler que ceux-ci sont un type d'argument formulé afin d'exercer le droit à objecter la réclamation.

Par conséquent, si l'on raisonne en parallèle avec le droit de rompre les pourparlers, les éléments apparents composant ce qui, pour les juges, est considéré comme une motivation suffisante en droit des assurances colombien contribue à dessiner les contours de la motivation à rompre les pourparlers.

L'idée du sérieux (1), du raisonnable (2), caractéristiques de toute motivation semble donc se retrouver ici.

1. Le sérieux de la motivation

290.- « *Si de manière générale on tente de relever les circonstances dans lesquelles les juges relèvent qu'un comportement adopté au cours d'une négociation est caractéristique d'un contrat, on souligne qu'il en va ainsi notamment lorsque le juge relève que la période des négociations avait en fait d'ores et déjà été le temps et le lieu d'une collaboration* »⁵²².

291.- Lorsque la rupture des pourparlers a eu lieu, le juge examinera le caractère sérieux de la rupture exprimé dans des motifs exposés par le négociateur partant.

La règle est semblable à celle qui était énoncée par l'article 1077 du Code du commerce colombien, et qui s'applique à toutes les objections au paiement d'indemnisations demandées par l'assuré à l'assureur. Or, le manque de technique juridique dans les décisions des juges colombiens ne laisse pas la Cour répondre sur les

⁵²² LAUDE Anne. *Le constat judiciaire des pourparlers*. *RTD com.* 51, juillet-septembre 1998, n°3, p. 551.

questions de droit qui lui sont posées par les pourvois en cassation, et en particulier en la matière. Toutefois, s'appuyant sur le grief du pourvoi, voire sur la pratique, on peut dégager un premier critère du sérieux de l'objection : elle doit être adressée aux motifs qui ont justifié la réclamation⁵²³.

Si l'on raisonne en parallèle, on le comprend. La motivation pour rompre les pourparlers est justifiée, lorsqu'elle s'adresse à la cause qui a conduit les négociateurs à y entrer.

292.- Cette solution de la pratique colombienne nous paraît compatible avec le raisonnement de la Cour de cassation française dans deux arrêts sur la matière. En effet, la Cour a jugé que le fait de se retrancher derrière des « considérations internes au groupe » ne constituait pas un motif suffisant⁵²⁴, ce qui pour le droit colombien veut dire « sérieux ».

En dehors du caractère sérieux ou suffisant de la motivation, il convient de vérifier le bien-fondé de ladite motivation.

2. *Le fondement de la motivation*

293.- Lorsque le négociateur décide de ne pas continuer avec les pourparlers, il doit fonder les motifs de cette décision⁵²⁵.

Ainsi, la Cour de Cassation française a condamné l'auteur d'une rupture sur le fondement du caractère fallacieux du prétexte invoqué pour rompre les discussions

⁵²³ Dans ce sens, v., CSJ, Cas. Civ. Sent. de 27 de julio de 2006. M.P. Dr. Cesar Julio Valencia Copete. Expediente No. 05001-3103-017-1998-0031-01.

⁵²⁴ Com. 7 avril 1998 : « Mais attendu qu'en précisant que la société Poleval avait en raison du comportement fautif de la société Sandoz immobilisé en pure perte son procédé breveté pendant quatre années sans pouvoir négocier avec un autre partenaire pendant cette période et avait également de ce fait divulgué son savoir-faire et en appréciant le préjudice en résultant, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

⁵²⁵ Dans ce sens, voir LECOURT Arnaud. Vers l'émergence d'un droit subjectif au maintien des pourparlers ?. *JCP G*, 15 Oct. 2003, n° 42, II, p. 10162 et s.

(en l'espèce, l'auteur de la rupture avait invoqué une réponse trop tardive de l'autre partie)⁵²⁶.

Certes, le caractère « fallacieux » peut aussi renvoyer au caractère insuffisant ou non sérieux de la motivation. Mais, si l'on regarde de plus près le raisonnement de la Cour, avec cette décision on arrive à dégager un autre critère, celui qui, en droit colombien correspond au caractère fondé de la motivation.

294.- En droit colombien, dès l'instant où le contrat est valable, c'est-à-dire, absent de vice, le bien-fondé d'une objection formulée par l'assureur face à la réclamation de son assuré repose sur deux arguments juridiques : soit le sinistre n'a pas été couvert, en raison d'un risque non couvert par la police d'assurance ou d'une clause d'exclusion ; soit la perte n'a pas été démontrée par l'assuré.

Parallèlement, la motivation d'une rupture des pourparlers, pour être bien fondée, doit se fonder sur deux arguments juridiques : soit, les pourparlers ne correspondent pas à la nature du contrat que le négociateur avait déclaré dès le début vouloir conclure ; soit, en se retirant, il évite de causer un dommage à l'autre négociateur avec la conclusion du contrat.

Dans le premier, l'on peut inclure toutes les hypothèses destinées à éviter de conclure des contrats par erreur⁵²⁷. Dans le deuxième, celles où l'un des négociateurs a prévu des situations économiques gravement compromises qui ne lui permettront pas d'honorer ses engagements⁵²⁸.

Il convient désormais d'examiner la portée de ces critères dans la motivation de rompre les pourparlers.

⁵²⁶ Com., 22 avril 1997, Bull. Civ. IV, n° 98. 4.

⁵²⁷ Voir *supra* n° 22 et s.

⁵²⁸ Voir par ex. n° 234 et s.

B. La portée de l'obligation de motivation

295.- Tout d'abord, il importe de rappeler que l'obligation de motivation est une conséquence logique de la projection de l'obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat vers les obligations d'information, de discrétion et de cohérence. Il ne saurait ainsi être question de reconnaître que le seul manque de motivation suffit à fonder une obligation d'indemnisation sous l'empire de la responsabilité précontractuelle.

Ensuite, la conséquence d'une telle obligation de motivation est la soumission du comportement des négociateurs au modèle de conduite imposé par la bonne foi au stade de la formation du contrat.

On constate donc, qu'en principe, autant le droit colombien que le droit positif français assimile les notions de liberté contractuelle et de motivation de la rupture des pourparlers. Or, si l'absence de motivation n'est pas en elle-même une faute, son analyse a permis aux juges de dégager les indices d'un abus dans la rupture, ce qui sera l'objet des développements du prochain chapitre.

Auparavant, il conviendra d'analyser le rapport entre la bonne foi précontractuelle et la liberté contractuelle.

Section II

BONNE FOI PRECONTRACTUELLE ET LIBERTE DE NE PAS CONTRACTER

296.- Le problème de l'existence d'une négligence dans la rupture d'une négociation précontractuelle qui donne lieu à une obligation de réparation du dommage nous conduit à envisager deux autres questions. D'abord le négociateur qui, avant de rompre les pourparlers, avait prévenu l'autre négociateur à ce sujet par la conduite de négociations parallèles, agit-il de bonne foi (§ I) ? Ensuite, une responsabilité précontractuelle peut-elle être prononcée lorsque l'autre négociateur était en mesure de prévoir la rupture (§ II) ?

§ I. L'avertissement dès le début de la conduction des pourparlers parallèles

297.- L'arrêt rendu par la Cour de cassation française le 26 novembre 2003⁵²⁹, quand on analyse sa portée, permet de déterminer comment la responsabilité précontractuelle est différente par la bonne foi qui encadre le comportement des négociateurs afin qu'ils puissent exercer leur liberté de ne pas contracter, bien qu'il ait été fondé au vu de l'article 1382.

Bien que la responsabilité du négociateur qui avait rompu les pourparlers ait été retenue par la Cour de cassation, ce que nous analyserons dans le prochain chapitre, dans cette section on se concentrera sur le second moyen du pourvoi formulé par la société victime de la rupture. Ce pourvoi avait pour finalité d'obtenir la

⁵²⁹ Com. 26 nov. 2003, D. 2004, Jur. p. 869, note A.S. Dupré-Dallemange; RTD civ. 2004, p. 80 et p. 85, obs. J. Mestre et B. Fages ; Rev. Sociétés 2004, p. 325, obs. N. Mathey ; D. Mazeaud, RDC 2004, p. 257. Voir aussi : MATHEY Nicolas. Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de pourparlers, note sous Cass. com. 26 nov. 2003. *Revue des sociétés*, 2004, n°2, p.325

déclaration de la responsabilité civile du tiers avec lequel le négociateur rompant avait entamé des négociations parallèles et qui, finalement, a bénéficié de la conclusion du contrat.

On examinera d'abord le sens de l'arrêt de la Chambre du commerce (A), puis sa portée (B) au sujet de la responsabilité précontractuelle.

A. Le sens de l'arrêt Manoukian

298.- Pour reprocher à la Cour d'appel de n'avoir pas retenu la responsabilité civile du tiers avec lequel les négociateurs qui ont rompu les pourparlers avaient mené des pourparlers parallèles, la société Manoukian, victime de la rupture, fait grief de l'arrêt de n'avoir pas pris en compte qu'entre le tiers et le négociateur rompant ils avaient passé un accord d'après lequel ce tiers s'engageait à indemniser les éventuels dommages résultant d'une rupture des négociations qui auraient commencé auparavant.

Selon le pourvoi, un tel accord constituait la preuve d'une manœuvre déloyale. En effet, d'après le pourvoi, un tel accord constituait une véritable « garantie » pour le négociateur au cas où il romprait les pourparlers, ainsi qu'une incitation à rompre brutalement les pourparlers.

Toutefois, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que « *le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même, et sauf s'il est dicté par*

l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur »⁵³⁰.

299.- La motivation est éclairante et deux commentaires peuvent être faits.

1) On peut, en premier lieu, considérer que la bonne foi au stade de la formation du contrat n'empêche personne de tirer profit des affaires qu'on développe en entamant des négociations parallèles.

En effet, la bonne foi au stade de la formation du contrat consiste seulement à « éviter d'éveiller chez l'autre l'espoir illusoire qu'une affaire sera conclue et l'amener ainsi à faire des dépenses dans ce but »⁵³¹.

Contrairement à ce que soutient le pourvoi, le fait de conduire des négociations parallèles n'est pas vraiment fautif. Dans cette perspective, pour retenir la responsabilité du tiers il faudra donc, d'abord, apporter encore la preuve de l'intention de nuire, et ensuite, démontrer que le tiers « avait une connaissance exacte de l'état d'avancement des négociations poursuivies »⁵³² par le négociateur bénéficiaire de l'accord.

2) La portée de cette explication est extrêmement riche d'enseignements. La Cour estime que la clause de garantie insérée dans la promesse de cession ne suffisait pas à établir cette preuve.

Sa décision peut alors s'interpréter comme signifiant que, dans les pourparlers, il n'est pas déloyal que les négociateurs prévoient à l'avance des accords, ou des clauses, portant sur l'indemnisation des éventuels dommages.

⁵³⁰ Bulletin 2003 IV N° 186 p. 206

⁵³¹ ATF 77/1951, II, 135, p. 137 (1^{ère} Cour civile du 6 juin 1951, Meier c. Ville de Neufchâtel), cité par ACCAD, Fabien, No. 288, p. 157.

⁵³² Bulletin 2003 IV N° 186 p. 206

Parce que les parties sont libres de contracter et, agir de bonne foi au stade de la formation du contrat signifie aussi prévoir les conséquences dommageables, y compris, le pacte des *clauses de responsabilité précontractuelle*.

Il convient alors d'étudier cette portée.

B. La portée de l'arrêt Manoukian

300.- Si la bonne foi précontractuelle implique la possibilité pour tout négociateur de prévoir à l'avance l'étendue de sa participation dans des pourparlers, cette responsabilité ne pourrait plus être révisable sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

Les accords, pactes ou simples clauses de garantie sur l'indemnisation des éventuels dommages causés par la négociation supposent, en effet, à leur source un accord de volontés qui est, pourtant, bien différent du contrat que l'on prépare à cette étape.

Alors que ces clauses de garantie trouvent leur origine dans des actes de nature contractuelle, cela ne signifierait pas non plus que le régime à appliquer soit celui de la responsabilité contractuelle dérivée du contrat qui n'a pas été conclu, ou qui a été conclu par un tiers.

Toutefois, ces clauses peuvent être examinées sous l'angle du régime contractuel tout en considérant les termes spécifiques de ces accords.

Cette raison est suffisante pour rejeter toute assimilation de la responsabilité précontractuelle à l'une quelconque de ses voisines : parce que la responsabilité délictuelle n'envisage jamais la possibilité de passer des accords prévoyant

l'indemnisation des victimes ; mais parce que cette prévision ne correspond pas aux conséquences du contrat préparé.

301.- L'existence d'une clause de garantie ou d'un accord d'indemnité précontractuelle est donc subordonnée aux règles de la responsabilité contractuelle mais seulement en ce qui concerne les effets dans l'étape précontractuelle, parce qu'elle est le fruit de la bonne foi au stade de la formation du contrat, car elle garantit ainsi l'exercice de la liberté contractuelle.

La reconnaissance par la Cour de cassation française de l'existence de cette sorte de clauses constitue un autre critère distinctif de la responsabilité précontractuelle.

Cela étant constaté, il importe maintenant d'apprécier dans quelle mesure les négociateurs agissent de bonne foi s'ils prennent les moyens pour prévoir la rupture.

§ II. La capacité de prévoir la rupture

302.- La rupture des pourparlers dont les négociateurs se sont aperçu qu'ils étaient voués à l'échec est-elle justifiée (A) ou ceux où l'un des négociateurs a eu connaissance de l'incapacité juridique de son partenaire afin de conclure le contrat (B) ?

A. Les pourparlers voués à l'échec.

303.- Sur ce plan, la bonne foi dans la période précontractuelle joue un rôle identique à celui d'une clause résolutoire exprimée dans un contrat. La Cour de Cassation française semble adopter cette solution.

Il en est ainsi notamment en matière immobilière. Un arrêt rendu par la Chambre civile le 28 juin 2006⁵³³ est significatif à cet égard. Selon les faits, la Société Antineas avait mené des négociations avec la SCI Longson et les Consorts X pour la vente d'un terrain destiné à la construction d'un immeuble, mais cela n'avait pas débouché sur la conclusion d'un contrat faute d'avoir signé un projet de « protocole » de vente, Antineas ayant vendu le bien à un tiers. La SCI et M. Phiet X ont alors assigné la Société Antineas en paiement de dommages intérêts, pour rupture abusive des pourparlers.

La Cour d'appel a condamné la Société à payer six millions de Francs FCFP à la SCI Longson, en retenant que la perte d'une chance sur le manque à gagner résultant de la disparition du programme immobilier envisagé avait créé un préjudice. La Société Antineas décide de former un pourvoi en cassation pour obtenir l'annulation de la condamnation à verser les dommages intérêts.

Toutefois, selon la Cour de cassation « *une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels n'est pas la cause de préjudice consistant sans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* ».

304.- Bien que cette réponse présente un intérêt dans le sens où la cour vient limiter la responsabilité précontractuelle de la partie qui vient de rompre les pourparlers, sous la perspective du fait générateur de responsabilité précontractuelle il résulte de cet arrêt que le fait de soumettre le déroulement des négociations à la

⁵³³ Cass. Civ. 3^e, 28 juin 2006, pourvoi n° 04-20040, Bull. civ. 2006, III, n° 164, p. 136.

signature du « protocole de vente » crée chez les négociateurs la certitude de ce que la non signature dudit document permettait de prévoir que ces pourparlers étaient voués à l'échec.

B. La connaissance de l'incapacité juridique du partenaire afin de conclure le contrat.

305.- Dans certaines hypothèses « *c'est l'absence de rupture qui sera fautive* »⁵³⁴.

Dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 22 février 1994⁵³⁵, la Cour sanctionne la Cour d'appel qui a pu décider qu'une société, propriétaire de locaux où était exploité un fonds de commerce, avait abusé de son droit de rompre les négociations qu'elle avait engagées avec les exploitants du fonds en vue de la vente de celui-ci à un tiers, dès lors qu'il résulte de l'ensemble de ses constatations que cette société avait agi avec une légèreté blâmable. En effet, l'autre partie n'était pas en mesure de faire face aux engagements qu'elle allait souscrire.

Dans un autre arrêt, celui-ci rendu par la Cour d'appel de Paris du 26 juin 1991⁵³⁶, la Cour a considéré nécessaire la rupture car le projet en cause était dangereux « *pour les salariés, les consommateurs ou l'environnement. De même du projet qui n'est pas sérieux* »⁵³⁷.

⁵³⁴ LE TOURNEAU Philippe. La rupture des négociations. *RTD com.* 51(3), juillet-septembre 1998, pp. 479 et s.

⁵³⁵ Com. 22 février 1994, Bull. civ. IV, n° 72 ; *RTD civ.* 1994.850, obs. J. Mestre ; *Rev. jur. com.* 1995.105, note Karim.

⁵³⁶ CA Paris, 26 juin 1991, *Contrats, conc. .*, cons. 1992, n° 42, obs. Raymond.

⁵³⁷ LE TOURNEAU Philippe. *La rupture des négociations. RTD com.* 51(3), juillet-septembre 1998, pp. 479 et s.

306.- Les doctrines colombienne et française convergent au point de considérer que « *La rupture des pourparlers pourrait être source de responsabilité civile pour celui qui en a eu l'initiative, si elle était intervenue dans des conditions telles qu'elle ne serait pas loyale* »⁵³⁸. La question consiste donc à savoir dans quelles conditions l'un de contractants n'est pas loyal. Autrement dit, quel rapport peut-on établir entre la négligence et la bonne foi ?

⁵³⁸ LARROUMET Christian., *Droit civil – les obligations : le contrat*, n° 236, p. 214

CHAPITRE II

LA RUPTURE ABUSIVE DES POURPARLERS : L'EXCEPTION

307.- Sur cette question très complexe, les tribunaux français ne distinguent pas entre la simple faute et l'abus. Ils sanctionnent une simple faute ordinaire. Ainsi, *a priori*, il n'est pas nécessaire de démontrer une quelconque intention de nuire, une mauvaise foi caractérisée ou un abus de droit de la part de l'auteur de la rupture.

Toutefois, si cette faute ordinaire ressort très clairement quand la rupture des pourparlers est analysée comme suffisant à fonder la responsabilité précontractuelle, elle se révèle plus exigeante lorsque les juges lui attribuent des effets sur le sort de l'indemnisation. Ainsi, si l'on y regarde de plus près, on s'aperçoit que pour caractériser la faute, le juge français s'attache en même temps aux circonstances de la rupture et à ses justifications.

L'étude de l'abus dans la rupture des pourparlers en droit positif français fait apparaître une différence avec la faute ordinaire. Une différence qui est connue par le droit civil colombien, même avant de la rédaction du code de Bello : La différence entre faute (négligence) et dol.

On constate donc que le juge français, apprécie le caractère abusif ou non d'une rupture sur certains critères qui, à la lumière du droit colombien représentent de véritables indices d'une mauvaise foi ou d'un dol (Section I), lesquels, à l'examen de la pratique des négociations et de la jurisprudence ne se révèlent finalement pas en harmonie avec les conséquences de la brutalité de la rupture (Section II).

Section I

LES POURPARLERS ENGAGÉS SANS REELLE INTENTION DE CONTRACTER

308.- L'intention de causer un dommage à l'autre négociateur avec la rupture des pourparlers est diamétralement opposée à la simple faute, négligence ordinaire, que nous avons étudiée dans le titre précédent. Dans un cas, il s'agit d'une négligence qui doit être déduite à partir de certains indices que la jurisprudence française nomme « critères », mais dans l'autre il s'agit de la simple inexécution d'une obligation de bonne foi.

Cette très nette différence entre l'abus et la faute dans la rupture des pourparlers apparaît clairement à l'examen de l'influence de l'intention de causer un dommage sur le processus de négociation : « *Lorsqu'une personne s'engage, d'une façon qui n'est pas réfléchie, dans des pourparlers, alors qu'elle n'a pas l'intention de conclure le contrat, ce qui explique qu'elle ait rompu les pourparlers* »⁵³⁹.

En premier lieu, on peut constater que la pratique contractuelle rapproche les notions d'abus et de dol⁵⁴⁰. Ainsi, l'abus ou le dol comme fait générateur de responsabilité précontractuelle consiste à tromper ou séduire abusivement l'autre négociateur⁵⁴¹. C'est ce premier indice, voire critère, ce que nous développerons sous le nom de création d'une confiance légitime (§ I), qui ouvre les portes à la formulation de deux autres critères dans son application (§ II).

⁵³⁹ Com. 11 juillet 2000, Contrats, conc. consomm. 2000, N° 174, obs. Leveneur, Petites Affiches, 21 mars 2001, note Dagorme-Labbé, R.J.D.A. 2001, N° 26, « qui précise que la rupture doit être dépourvue de motifs légitimes, même s'il n'y a pas d'intention de nuire. Voir aussi Paris 19 janvier 2001, D. 2001.IR.677, ce qui serait susceptible de constituer une faute à l'encontre de l'auteur de la rupture, qui, par là même, serait tenu de réparer le préjudice subi par l'autre partie à la négociation.

⁵⁴⁰ Dans ce sens, v. LAMAZEROLLES Eddy. Rupture de pourparlers et cession d'actions. D. 2004, p. 2922.

⁵⁴¹ MESTRE, Jaques, La période précontractuelle et la formation du contrat. *Les Petites affiches*, 5 Mai 2000, n° 90, p. 8. Dans le même sens, v. MOUSSERON Pierre. Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle. *RTD com.* 51 (2) avril-juin 1998, p. 243

§ I. La création d'une confiance légitime.

309.- Dans le droit positif français, un arrêt célèbre⁵⁴² est particulièrement illustratif sur la découverte de la confiance légitime comme critère pour mesurer la gravité de la faute dans la rupture des négociations : l'arrêt Manoukian.

A l'instar de cette décision, on étudiera d'abord l'application de cette hypothèse par la jurisprudence (A), et sa portée dans l'établissement des critères pour déduire l'intention de causer un dommage par l'un des négociateurs au stade de la formation du contrat (B)

A. L'application de la création d'une confiance légitime comme critère d'abus dans la rupture des pourparlers

310.- Dans cette section on analysera le pourvoi formulé par le négociateur qui a rompu les négociations, le Consort Wajsfisz.

Il convient donc de rappeler les faits. Il s'agissait d'une rupture suite à près de six mois de négociations, et de l'établissement de deux projets de cession. L'un des négociateurs, la Société Alain Manoukian, apprend que les cédants avaient négocié en parallèle avec la Société Les Complices, tout en lui laissant croire que leur projet allait aboutir. En réaction à cette tromperie, la Société Alain Manoukian a demandé réparation des préjudices subis découlant de la rupture brutale et fautive des pourparlers par les Consorts Wajsfisz⁵⁴³.

⁵⁴² Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10243 : D. 2004, 869, note A.-S. Dupré Dallemagne ; JCP G2004.I.163, obs. G. Viney ; JCP E 2004, 738, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RDC2004, 257, obs. D. Mazeaud ; RTDciv.2004, 80, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵⁴³ Com. 26 Nov. 2003, RDC 2004 p.257 obs. D. Mazeaud ; adde Civ. 3, 28 juin 2006, n° 04-20040.

Dans le pourvoi formé par les consorts Wajsfisz, pour reprocher à la Cour d'appel d'avoir retenu leur responsabilité civile, les consorts avancent trois arguments.

D'abord, « *que la liberté contractuelle implique celle de rompre les pourparlers...* ».

Ensuite, que la Cour d'appel n'a pas pu caractériser la faute de ce consort par le fait de tromper la confiance de son co-négociateur.

Enfin, que c'était la Société Manoukian, qui avait pris l'initiative des pourparlers, qui avait établi « *une proposition d'achat de la totalité des actions d'une société, soumise à plusieurs conditions suspensives affectées d'un délai de réalisation, et qui ne manifeste aucune diligence pour la réalisation de ces conditions, [elle] ne saurait imputer à faute la rupture par son partenaire des pourparlers, après l'expiration de ce délai* ».

La Cour a rejeté le pourvoi, et au vu de l'article 1382, elle a retenu la responsabilité des négociateurs qui ont rompu les pourparlers d'une part « *après avoir relevé, d'un côté, que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés et que la société Alain Manoukian était en droit de penser que les consorts X étaient toujours disposés à céder leurs actions et, d'un autre côté, que les actionnaires de la Société Stuck avaient, à la même époque, conduit des négociations parallèles avec la société Les Complices et conclu avec cette dernière un accord dont ils n'avaient informé la société Alain Manoukian que quatorze jours après la signature de celui-ci, tout en contribuant à laisser croire que l'absence d'un expert-comptable de la société retardait la signature du protocole, la cour d'appel a retenu que les consorts X... avaient ainsi rompu unilatéralement et avec mauvaise foi*

des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner et que la société Alain Manoukian poursuivait normalement »⁵⁴⁴

311.- Ainsi, la Cour retient clairement la responsabilité des consorts Wajsfisz en raison du fait que rompre alors que l'autre partie pouvait légitimement croire en la conclusion probable du contrat peut être considérée comme fautif. Un raisonnement qui avait été déjà suivi par d'autres décisions en droit positif français.

Ainsi, d'après un arrêt de la Cour de Riom : « *Si la liberté est le 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 inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive »⁵⁴⁵*

Ensuite, un arrêt de la Chambre du commerce du 18 juin 2002 a déterminé que plus les discussions sont anciennes, moins la rupture devient admissible. Le fait de "laisser espérer" à son partenaire la conclusion d'un accord définitif pendant quatre années a ainsi été jugé abusif⁵⁴⁶.

312.- Il semblera, en effet, que l'abus dans la rupture est ici plus grave que la simple violation de l'obligation d'agir de bonne foi à cette étape, en particulier de l'obligation de « cohérence » qui implique que chaque négociateur fasse preuve d'une

⁵⁴⁴ Cass. com., 26 nov. 2003, précité.

⁵⁴⁵ CA Riom 10 juin 1992, RTD civ. 1993, p. 343, obs. J. Mestre.

⁵⁴⁶ Cass. Com. 18-6-2002, précité. Sur la longueur des négociations v. aussi : Cass. com. 7 janv. 1997. D. 1998, Jur. P. 45, note P. Chauvel.

constance par rapport à son cocontractant et notamment lorsque son attitude a fait naître chez lui une confiance légitime⁵⁴⁷.

Le fondement de la responsabilité précontractuelle serait donc l'intention de vouloir créer une confiance légitime à la conclusion du contrat afin de tromper le cocontractant et, une fois gagnée cette confiance, rompre les pourparlers.

313.- On le voit, il existe une nette différence entre la faute et l'abus ou le dol dans la rupture des pourparlers. *Les deux causent un dommage, mais l'une le fait par négligence, l'autre par intention.*

Cette différence est confirmée par l'examen des arrêts respectifs à l'égard de la rupture abusive des pourparlers.

B. Portée de l'arrêt Manoukian vers l'établissement des critères pour déduire l'intention de causer un dommage par l'un des négociateurs au stade de la formation du contrat

314.- « *Les époux Wajsfisz ne sont certainement pas sanctionnés parce qu'ils ont mené des négociations parallèles ou ont omis d'informer la société Manoukian. Ils sont sanctionnés parce que leur comportement, pendant les négociations, pouvait légitimement conduire la société Manoukian à penser que la cession allait intervenir à son profit* »⁵⁴⁸.

315.- La situation d'une victime de dol est fort différente de celle d'une victime d'une simple faute ordinaire. Un dol ne laisse pas au négociateur victime de la rupture la

⁵⁴⁷ Voir *infra* n° 267 et s.

⁵⁴⁸ LAMAZEROLLES, Eddy. *Rupture de pourparlers et cession d'actions*. D. 2004, p. 2922.

possibilité de se préserver d'un éventuel dommage. Il échappe à toute prévision, à tout comportement actif et diligent auquel il est tenu par la règle de la bonne foi au stade de la formation du contrat.

La création d'une confiance légitime comme un moyen de tromper le co-contractant est, en effet, constitutive d'un indice de dol, mais non pas par elle-même, il faut aussi qu'elle soit accompagnée d'autres indices.

Il convient donc de déterminer les conditions d'après lesquelles le droit positif français montre les critères selon lesquels la bonne foi implique des atténuations au principe de la liberté contractuelle⁵⁴⁹ et permet de déterminer la preuve du fait générateur de responsabilité précontractuelle.

La pertinence de cet argument semble avoir été perçue par la Cour de cassation française dans plusieurs arrêts. Ces décisions illustrent les critères dont le juge peut se valoir au moment d'analyser le dol dans la rupture.

§ II. Les critères de rupture abusive ou dolosive des pourparlers

316.- L'abus, voire le dol dans la rupture des pourparlers peut se déduire de certains critères. Ainsi, le manque de véritable intention d'entamer les pourparlers peut être indiqué, tout d'abord, du fait que les pourparlers se sont déroulés sur une très longue période (A), ou du fait qu'ils ont atteint un certain degré d'avancement en vue de la formation du contrat⁵⁵⁰ (B).

⁵⁴⁹ VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, L.G.D.J. p. 551, n° 197-1. V, note n° 643.

⁵⁵⁰ Com. 22 avril 1997, D. 1998, p. 45, 2^{ème} espèce ; Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, JCP 1998. II. 10066, note B. PAGES, notés aussi par M. VINEY, *ibidem*, note 645.

A. *La longueur des pourparlers*

317.- « *En principe, on ne saurait imputer une faute à l'encontre d'une personne décidant de mettre un terme à des pourparlers entretenus depuis un certain temps avec un partenaire avec lequel elle espérait conclure un contrat. Il n'y a pas de faute à rompre une négociation..., dès lors que la personne à l'origine de cette rupture ne commet pas d'abus* »⁵⁵¹.

Au stade de la formation du contrat il est dolosif d'agir vers une finalité différente à celle de conclure le contrat. La Cour de cassation, au vu de l'article 1134 alinéa 3 retient que : « *La rupture des pourparlers pourrait être source de responsabilité civile pour celui qui en a eu l'initiative, si elle était intervenue dans des conditions telles qu'elle ne serait pas loyale* »⁵⁵². En effet, la longueur des pourparlers est l'un des premiers indices vers cette solution.

Toutefois, le seul fait d'avoir pris du temps pour arriver à un accord n'est pas en soi dolosif. Cette durée des pourparlers doit être accompagnée d'autres indices, tels que l'absence d'élément nouveau dans les négociations qui peuvent justifier la rupture (1), l'introduction d'exigences nouvelles en fin de négociation (2) ou le prolongement artificiel des négociations afin d'en tirer des renseignements confidentiels (3)

1. L'absence d'élément nouveau dans les négociations qui peut justifier la rupture

318.- Lorsqu'une responsabilité précontractuelle est fondée sur la rupture abusive ou dolosive des pourparlers, l'intention de n'être pas vraiment entré en pourparlers peut

⁵⁵¹ VIOLET Franck. *Rupture de manière délibérée et de mauvaise foi de pourparlers*. JCP E, n° 6, 7 février 2001, II, 10470.

⁵⁵² LARROUMET Christian, *Droit civil – les obligations : le contrat*, n° 236, p. 214

être déduite de la durée des pourparlers « *quand de façon intempestive et en l'absence d'élément nouveau dans la négociation pouvant justifier cette rupture, le cocontractant aurait fait croire à son partenaire que le contrat serait conclu*⁵⁵³ .

Cette analyse a fait l'objet de plusieurs décisions de la Cour de Cassation française. Tout d'abord, on a déterminé qu'était fautive la rupture d'une négociation de plusieurs mois pour une cession d'actions, le prix ayant été déterminé ainsi que les conditions de la cession, l'auteur de la rupture ne s'étant pas présenté le jour prévu pour la signature et ayant vendu les actions à un tiers⁵⁵⁴.

Ensuite, lorsque le négociateur, avait laissé se poursuivre des pourparlers sans révéler à l'autre partie que l'acquisition envisagée était subordonnée à l'obtention d'un prêt qui n'a pas été accordé et alors qu'elle avait laissé entendre qu'elle serait en mesure de payer le prix⁵⁵⁵.

Enfin, le trait caractéristique de ce fait générateur de responsabilité précontractuelle réside dans le fait que l'intention de causer un dommage est inhérente au fait de laisser naître chez l'autre négociateur une croyance légitime à la conclusion du contrat, ce qui peut être démontré par la voie des indices, et notamment, par une rupture des pourparlers après avoir entamé des négociations pour une longue durée sans avoir apporté comme explication le besoin d'un élément nouveau dans les négociations pouvant justifier la rupture.

2. *L'introduction d'exigences nouvelles en fin de négociation*

⁵⁵³ Com. 20 mars 1972, J.C.P. 1973.II.17543, note Schmidt, Rev. trim. dr. civ. 1972.779, obs. Durry ; Com. 22 février 1994, Rev. jur. com. 1995.105, note Karimi.

⁵⁵⁴ Civ. 1^{re} 14 juin 2000, R.J.D.A. 2000, N° 949.

⁵⁵⁵ Civ. 1^{re}, 6 janvier 1998, D.A. 1998.242, J.C.P. 1998.II.10066, note Fages, Rep. not. 1998.741, obs. Mazeaud.

308.- La durée des pourparlers ne saurait suffire pour fonder l'abus dans leur rupture si elle n'est pas accompagnée d'un autre indice : l'introduction d'exigences nouvelles en fin de négociation.

Ce critère a été déduit par la Chambre commerciale de la Cour de cassation française dans un arrêt du 22 février 1994⁵⁵⁶. Dans cet arrêt la Cour a donné droit à la Cour d'appel qui a déclaré la responsabilité d'une société, propriétaire de locaux où était exploité un fonds de commerce, qui avait rompu des pourparlers engagés avec les exploitants du fonds en vue de la vente de celui-ci à un tiers, après avoir constaté que cette société avait agi avec une « légèreté blâmable », légèreté qui consistait dans le fait d'avoir formulé de nouvelles prétentions sur un projet de cession auquel les parties avaient abouti après quatre mois de négociations⁵⁵⁷.

La qualification du fait générateur dépend encore de savoir si le fait du négociateur qui a rompu les pourparlers avait suffi à créer une croyance légitime en la conclusion du contrat avec son partenaire, cette fois-ci, en s'engageant dans des pourparlers très longs mais qui sont rompus par l'introduction d'exigences que l'autre négociateur n'avait pas été en mesure de connaître.

3. *Le prolongement artificiel des négociations afin d'en tirer des renseignements confidentiels.*

309.- Le fait d'avoir prolongé artificiellement les pourparlers sans réelle intention de contracter, afin notamment d'obtenir des renseignements plus ou moins confidentiels constitue un troisième indice de dol ou d'abus dans la rupture.

⁵⁵⁶ Com. 22 février 1994, Bull. Civ. IV, n° 79, p. 61. V. aussi

⁵⁵⁷ Dans le même sens, v. Civ. 3^e, 3 octobre 1972, Bull. civ. 1972 ? III ? n° 491, p. 359 ; et Com. 31 mars 1992, Bull. civ. 1992, IV, n° 145, p. 102.

Ainsi, une Cour d'appel retient à bon droit que « *des négociations aussi laborieuses ne pouvaient être rompues par un simple coup de téléphone* »⁵⁵⁸.

On le constate, la différence de ce fait générateur de responsabilité précontractuelle entre le dol simple et le dol au stade de la formation du contrat consiste à avoir créé une croyance légitime en la conclusion de celui-ci avec le co-négociateur. Dans cette hypothèse particulière, la confiance créée permet d'accéder à des informations confidentielles dont l'usage pour des fins différentes à celles de la négociation a causé un dommage⁵⁵⁹.

Cela étant expliqué, c'est donc vers un autre critère qu'il faut se tourner pour continuer à éclairer la nature spécifique du dol ou de l'abus dans la rupture des pourparlers. Celui-ci réside dans la croyance légitime créée à partir de l'avancement des pourparlers.

B. L'avancement des pourparlers

319.- L'avancement des pourparlers, contrairement à leur durée, est un critère qui consiste à déterminer dans quelle mesure le consentement était presque formé. Ce critère est donc particulièrement utile pour analyser la rupture des pourparlers dont le consentement se forme par étapes⁵⁶⁰.

L'obligation de « conclure » s'intensifie alors que les discussions avancent et que les parties trouvent un accord sur un nombre de points de plus en plus importants.

⁵⁵⁸ Com., 20 mars 1972, Bull. Civ., IV, n° 93 ; JCP 1973.II.17543, note SCHMIDT-SZALEWSKI ; RTD civ. 1972.779, obs. G. Durry.

⁵⁵⁹ Voir *infra* n° 250 et s.

⁵⁶⁰ LAUDE, Anne, *Le constat judiciaire des pourparlers*. RTD Com. 1998, p. 551 et s.; « Plus les pourparlers avancent, plus la confiance dans leur aboutissement croît, et plus il devient nécessaire d'avouer ce qui rend leur issue aléatoire. La loyauté n'interdit pas la rupture, mais impose, de manière croissante au fil des progrès de la négociation, la franchise quant à ses chances de succès » : STOFFEL-MÜNCK Philippe. *La rupture des pourparlers se dote d'un régime complet et cohérent*. JCP E, n°20,13 mai 2004.

Ainsi, la rupture intervenant au cours de pourparlers qui ont duré un temps non négligeable peut être considérée comme fautive⁵⁶¹.

De même, le dol ou l'abus dans la rupture peut être déduit lorsqu'une banque laisse espérer pendant un an l'octroi d'un crédit qu'elle refuse finalement d'accorder sans autre garantie⁵⁶², et lorsqu'un acquéreur tait la nécessité pour lui de recourir à un prêt⁵⁶³.

320.- Néanmoins, le dol ou l'abus dépendent aussi de la nature et de l'objet du contrat envisagé : rompre des discussions qui s'enlisent peut bien entendu ne pas être fautif.

Ainsi, le fait de faire connaître à son partenaire son refus de contracter la veille de la signature prévue, ou encore l'informer simplement par téléphone, comme on l'a déjà exposé dans des arrêts de la section précédente a été condamné. Il est donc fortement recommandé de notifier par écrit son intention de mettre fin aux discussions et ce, dès que la décision est prise.

Nous l'avons constaté, le fait générateur de responsabilité précontractuelle consistant en l'abus ou le dol dans la rupture des pourparlers, est influencé par la bonne foi et l'obligation de cohérence au stade de la formation du contrat. Cet abus ou ce dol, à l'opposé de ce qui arrive avec le dol de la responsabilité délictuelle, peut aggraver le degré de responsabilité du négociateur. L'étude de la brutalité dans la rupture nous aidera à déterminer ce degré du dommage.

⁵⁶¹ Cass. 1^{ère} civ. 14-6-2000, n° 98-17.494

⁵⁶² Com., 31 mars 1992, Bull. Civ., IV, n° 145.

⁵⁶³ Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, Bull. Civ., I, n° 7.

Section II

LA RUPTURE BRUTALE DES POURPARLERS

321.- Une jurisprudence française très fournie⁵⁶⁴ atteste le souci des juges pour qualifier de brutale une rupture des pourparlers.

Outre les problèmes que la rupture des pourparlers suscite par rapport à la liberté de ne pas contracter, l'examen de la pratique montre le caractère aggravant de la distinction auparavant exposée entre le dol et la faute ordinaire dans cette hypothèse (§ I).

Malgré le refus de la Cour de cassation française à l'octroi de l'indemnisation de la perte d'une chance comme conséquence de la rupture, il n'est pas impossible de proposer quelques critères objectifs de celle-ci, lesquels peuvent aider le juge à définir les limites de l'indemnisation du dommage précontractuel (§II).

§ I. La gravité du dol dans la rupture des pourparlers

322.- Extrêmement obscure dans le droit positif français, la similitude entre dol et faute est mise à l'épreuve de la pratique. Ce flou de la jurisprudence française a pour cause essentielle l'absence dans le code civil d'une définition de faute et de dol, d'une part (A) d'autre part en raison de l'application constante des règles de la

⁵⁶⁴ Elle a ainsi retenu récemment que : « *avait rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement, les pourparlers avancés qu'il entretenait avec son partenaire qui avait déjà, à sa connaissance, engagé des frais et qu'il avait maintenu volontairement dans une incertitude prolongée en lui laissant croire que l'affaire allait être conclue à son profit* » : Cass. Com., 18 janvier 2011, n° 09-14.617 inédit ; Dans le même sens, une Cour d'appel avait considéré que la « *rupture brutale, imprévisible et sans motifs des pourparlers entre les parties [...] doit être qualifiée d'abusives au regard des frais exposés [...], de l'avancement des pourparlers et du commencement d'exécution du contrat* » : CA Paris, 25 novembre 2010, n° 0912159.

responsabilité délictuelle pour résoudre les questions posées par ce fait générateur de responsabilité précontractuelle (B).

A. L'absence dans le Code civil français de la définition de dol et de faute par rapport au Code civil colombien

323.- La difficulté principale pour le juge français pour déterminer la présence d'un élément aggravant dans la rupture des pourparlers résulte de l'absence de distinction entre le dol et la faute dans le Code civil (1) ; mais si l'on s'apprête à séparer ces notions, il est envisageable de déduire les critères pour définir la brutalité dans la rupture des pourparlers (2).

1. L'évolution de la distinction entre dol et faute dans la responsabilité civile en général

324.- Tout d'abord, il faut bien se rappeler qu'alors que dans le système colombien, à cause de la langue espagnole dans laquelle il a été rédigé, on a bien gardé le mot *culpa*, qui provient du latin *culpa*, le droit français, en revanche, ne connaît que le mot *faute*, dérivé du latin *fallita*, issu du participe *falletas* qui tire son origine du latin classique *falsus*, de *fallere*, c'est-à-dire tromper⁵⁶⁵.

Au demeurant, Juan Iglesias, un romaniste espagnol reconnu, explique que le dol ne faisait pas partie de la notion de culpa, mais que « *stricto sensu, c'est une offense à*

⁵⁶⁵ MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes. *De la faute y de la culpa*. In Fabricio MANTILLA y Carlos PIZARRO. Libro Homenaje a Christian Larroumet. Universidad del Rosario. Bogota : 2009, p. 277.

l'intégrité morale d'une personne, constituant donc un délit », et que par conséquent il était rattaché à l'illicéité ou antijuridicité de l'acte⁵⁶⁶.

En effet, d'après cet auteur « *la jurisprudence des derniers temps républicains et, surtout, de l'époque classique, apprécie, dans les relations contractuelles, une notion d'imputabilité distincte de celle qui sert à définir le dol. Alors que le dol implique une infraction intentionnelle de l'obligation contractuelle, la culpa porte en elle une conduite malhonnête, un manquement à un devoir de prudence qui pèse sur chaque citoyen, dans la vie en communauté. La culpa est conçue comme une déviation d'un modèle idéal de conduite : le modèle est tantôt représenté par les fides ou bono fides et tantôt, par la diligence d'un paterfamilias attentif–diligens paterfamilias. Au sein des indices bonae fidei, la conduite contraire à la fides est assimilée, dans son effet, au dol. La diligence est classique, et classique la mesure du bonus paterfamilias, bien que ce soient les Justinieniens qui l'ait élevé à la catégorie de concept technique et fondamental dans la théorie de la culpa.* »⁵⁶⁷.

325.- Cette interprétation des textes romains correspond à celle retenue par Andrés Bello, en rédigeant le Code civil du Chili en 1853, adopté en Colombie en 1887, et celle qui correspond aux articles 63 et 2302 du Code civil colombien. Ainsi, d'après l'article 63, on distingue trois types de *culpa* en fonction de l'utilité du contrat pour les parties et on définit le dol⁵⁶⁸, alors que l'article 2302, le délit, voit le dol hors du rapport contractuel,

⁵⁶⁶ IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1990, pp. 464 et ss.

⁵⁶⁷ IGLESIAS, Juan. *Op. cit.*, (n. 116), p. 464 et ss.

⁵⁶⁸ ART. 63 : « *La loi distingue trois types de culpa et de négligence :*

Culpa lourde, négligence grave, culpa inexcusable, c'est celle qui consiste à ne pas gérer les affaires d'autrui avec l'attention que même les personnes négligentes ou peu prudentes ont coutume d'utiliser dans leurs propres affaires. Cette culpa, en matière civile, équivaut au dol.

Culpa légère, négligence légère, insouciance légère, est le manquement à cette diligence et attention que les hommes emploient ordinairement dans leurs propres affaires. Culpa ou négligence, sans adjectif, signifie culpa ou négligence légère, ce type de culpa s'oppose à la diligence ou attention ordinaire ou moyenne. Celui qui doit gérer une affaire comme un bon père de famille est responsable de ce type de culpa.

outre l'intention de causer le dommage, inclut comme un autre élément essentiel de cette notion le caractère illicite du comportement de l'agent du dommage⁵⁶⁹.

326.- En droit français, au contraire, étant donné l'absence du mot *culpa* dans la langue, et l'absence de sa définition dans le Code Napoléon, les juges font appel à une notion qui a évolué à partir des textes romains, en passant par le Moyen Age et l'Ancien Droit français et l'influence du droit allemand, ce qui est très curieux, sous l'influence, à nouveau, de Rudolf von Ihering⁵⁷⁰.

1) Bien que la perte de la différence entre les notions de dol et de faute ait été d'abord attribuée à l'emprise de l'Eglise qui recherchait la valorisation subjective de la *culpa* à travers l'idée de péché, et qui a développé la notion de *faute* dans le contrat comme le manquement à la parole donnée⁵⁷¹, au Moyen Age, les interprétations du droit romain multiplièrent les fautes (*culpae*) qui y étaient contenues, et, enfin tout cela fut synthétisé par l'école de droit naturel, afin d'élaborer une théorie de la responsabilité civile, par Domat⁵⁷² et compilé dans le Code de 1804, dans l'article

Culpa ou négligence très légère est le manque de diligence extrême qu'un homme attentif emploie dans l'administration de ses affaires importantes. Ce type de culpa s'oppose à la diligence zélée ou au soin diligent.

Le dol consiste en l'intention positive de porter atteinte à la personne ou à la propriété d'autrui. »

⁵⁶⁹ « **ART. 2302.- substitué à L. 57/887, art 34.** Les obligations qui ne font l'objet d'aucun contrat, naissent soit de la loi soit du droit volontaire des parties. Celles qui naissent de la loi y sont énoncées.

Si le fait est licite, il s'agit d'un quasi-contrat.

Si le fait est illicite, et commis avec l'intention de nuire, c'est un délit.

Si le fait est reconnu coupable, mais commis sans intention de nuire, il représente un quasi-délit ou culpa. »

⁵⁷⁰ Pour une exposition plus complète de cette évolution voir MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes. *De la faute y de la culpa*. In Fabricio MANTILLA y Carlos PIZARRO (coords.). Libro Homenaje a Christian Larroumet. Universidad del Rosario. Bogota : 2009, pp. 278 et ss.

⁵⁷¹ Sur ce point, le professeur Gazzaniga précise que, bien que les idées de Ulpiano aient été redécouvertes à Bologne aux XII^{ème} et XIII^{ème} siècles, époque au cours de laquelle les glossateurs firent de nouveau la distinction entre dol et culpa, cette dernière ne comportant pas l'intention de nuire, mais qui s'explique par l'imprudence, la négligence ou l'impéritie de celui qui exerce l'action, les canonistes continuèrent à confondre l'intention de nuire et la culpa (à assimiler l'intention de nuire à la culpa). Dans ce sens voir : GAZZANIGA Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, Collection : Droit fondamental Droit civil, Presses universitaires de France, Paris, 1992, p.21.

⁵⁷² Lois civiles, L. II, t. VIII, sect. IV, n. I, consulté par Gazzaniga, note 20, p. 25 ; et VISINTINI, note 12, p. 8.

1382, établissant la *faute* comme fondement de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle.

Toutefois, le Code ne définit pas le mot *faute*, se limitant à créer un principe selon lequel « ... *un minimum de diligence exigible dans tous les cas ; cette diligence peut être attendue d'un bon père de famille, soucieux de la conservation de ses biens* »⁵⁷³.

La doctrine s'est ainsi soustraite à la tâche de déterminer les éléments constitutifs de la *faute*. Marcel Planiol débute avec l'examen de la *faute*, à travers « *la méthode de la libre investigation scientifique* »⁵⁷⁴. On constate l'influence de Rudolf von Ihering sur son travail. En effet, Planiol utilise le terme *Rechtswidrigkeit* –antijuridicité– de Ihering, terme destiné à décrire tout acte contraire au droit. A cet égard, Planiol a donc utilisé le terme de *illicitude*, pour déterminer l'un des éléments du concept de *faute*.⁵⁷⁵

Ensuite, Henri et Léon Mazeaud élaborèrent la définition de *faute* la plus connue en droit occidental : *faute* « *est une erreur de conduite dont ne se serait pas rendu coupable une personne prudente et diligente, placée dans les mêmes circonstances externes que celles dans lesquelles a agi l'auteur du dommage* »⁵⁷⁶.

Enfin, à partir de ces développements, la doctrine majoritaire française a trouvé dans la *faute* un élément objectif, consistant en la violation d'une règle de conduite, c'est-à-dire *l'illicitude*, et un élément subjectif, l'imputabilité –ou culpabilité–, qui consiste en l'aptitude psychologique de l'auteur du dommage à la compréhension de ses actes et à l'acceptation des conséquences qui en découlent. Au fil du temps, c'est le premier élément qui a été retenu par les juges de fond et la doctrine pour définir la *faute*, alors que le second

⁵⁷³ Voir sur ce point VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil*, tomo 1, la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad, editorial ASTREA, ciudad de Buenos Aires, 1999, p. 19.

⁵⁷⁴ GÉNY, François, « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique* », seconde édition revue et mise au courant, L.G.D.J., Paris, 1954, p. 23 et ss.

⁵⁷⁵ Sur ce point, v. VINEY, Geneviève et JOURDAIN, Patrice, *Les obligations, la responsabilité : conditions* In : GHESTIN (dir), *Traité de droit civil*, N° 443, p. 367

⁵⁷⁶ V. MAZEAUD, Henri et Léon et TUNC, André, *traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^{ème} édition par A. TUNC, N° 389, p. 392.

élément avait été plutôt abandonné à cause des difficultés éprouvées par la victime pour le démontrer⁵⁷⁷.

Pour le droit positif français il ne saurait donc être question de différencier le dol de la faute en fonction de l'*illicitude*. D'autant moins en se fondant sur un critère subjectif tel que l'intention de causer une atteinte au patrimoine d'autrui.

2) Le droit colombien, en revanche, fonde la différence entre le dol et la *culpa* en fonction desdits éléments. Pour cette raison, lorsque l'on examine la portée des arrêts de la cour de cassation française portant sur la rupture abusive des pourparlers, on constate que ces arrêts s'éloignent du raisonnement traditionnel de la doctrine et se rapprochent des notions originelles du droit romain, des notions qui sont présentes dans le code civil colombien. Il est donc envisageable d'assimiler l'abus dans la rupture à la notion de dol, dont l'aggravation de la conduite du négociateur rompant est perçue par la brutalité de celle-ci⁵⁷⁸.

2. *Le dol du négociateur rompant et les critères objectifs pour déterminer la brutalité dans la rupture des pourparlers*

327.- La réalité jurisprudentielle démontre combien il est important pour le juge de distinguer s'il est en présence d'une faute ordinaire ou d'un dol dans la rupture des pourparlers.

Ainsi la « faute » imputée à la partie qui se retire réside souvent dans le fait de rompre sans avancer de motif sérieux et objectif. Il a ainsi été jugé que le fait de se

⁵⁷⁷ Voir MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes, *op. cit.*, p. 279.

⁵⁷⁸ Dans ce sens, voir : STOFFEL-MUNCK Philippe. *La rupture des pourparlers se dote d'un régime complet et cohérent*. *JCP E*, n°20,13 mai 2004.

retrancher derrière des « considérations internes au groupe »⁵⁷⁹ ne constituait pas un motif suffisant. La Cour de Cassation a également condamné l'auteur d'une rupture sur le fondement du caractère fallacieux du prétexte invoqué pour rompre les discussions⁵⁸⁰.

328.- La « faute » imputée à la partie qui se retire réside souvent dans le fait de rompre sans avancer de motif sérieux et objectif. Ainsi, le partenaire doit être informé des raisons qui motivent la rupture. Il a ainsi été jugé que le fait de se retrancher derrière des « considérations internes au groupe »⁵⁸¹ ne constituait pas un motif suffisant. Un arrêt du 11 juillet 2000⁵⁸² est particulièrement significatif à cet égard.

Il convient de rappeler les faits. En 1989, MM. Anicet et Lacroix, tous deux architectes, ont envisagé une collaboration sous forme d'une association et ont entamé des pourparlers en vue de déterminer une structure juridique d'exercice en commun de leur profession. M. Lacroix, qui exerçait à Paris, a fixé sa résidence à Lyon où exerçait M. Anicet et ils ont collaboré jusqu'à la fin du mois de juillet 1991, avant que M. Anicet

⁵⁷⁹ Com. 7 avril 1998 : « Mais attendu qu'en précisant que la société Poleval avait en raison du comportement fautif de la société Sandoz immobilisé en pure perte son procédé breveté pendant quatre années sans pouvoir négocier avec un autre partenaire pendant cette période et avait également de ce fait divulgué son savoir-faire et en appréciant le préjudice en résultant, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

⁵⁸⁰ Cass. Com., 22 avril 1997, Bull. Civ. IV, n° 98. 4 : « Mais attendu, en premier lieu, que la cour d'appel a retenu qu'en faisant une nouvelle offre de reprise le 20 juillet, après la date fixée pour la passation du contrat, la société Iveco avait implicitement prorogé la date d'option, qu'en notifiant à la société Mabo son refus de confirmer la commande, elle n'avait pas fait état de l'insuffisance de l'acompte ou du dépassement de la date de commande définitive ; qu'elle a constaté que les propositions des deux parties sur le prix de reprise n'étaient différentes que de 100 000 francs, ce qui ne démontrait pas une incompatibilité de point de vue entre elles ; qu'elle a observé que, dans sa lettre du 20 juillet, la société Iveco n'avait fixé aucun nouveau délai et avait employé la formule sauf « meilleurs délais » remarquant qu'une réponse dans un délai de 10 jours devait être considérée comme ayant été faite dans un délai raisonnable ; qu'en l'état de ces constatations les juges du fond ont fait ressortir que la société Iveco avait rompu brutalement et unilatéralement des négociations très engagées, et avait manqué aux règles de bonne foi dans les relations commerciales ; Attendu, en second lieu, qu'ayant caractérisé la faute de la société Iveco c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a estimé que la brutale rupture des pourparlers avait causé à la société Mabo un préjudice dont elle a apprécié le montant par l'évaluation qu'elle en a faite ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches »

⁵⁸¹ Com. 7 avril 1998, précité.

⁵⁸² Com., 11 juillet 2000, 97-18275

décide de ne pas donner suite à ce projet d'association. M. Anicet a assigné M. Lacroix en paiement de certaines sommes qu'il estimait devoir lui être dues. M. Lacroix, faisant valoir que les parties avaient conclu une promesse de société, demandait réparation de son inexécution et soutenait qu'en tout état de cause, la rupture des pourparlers alors qu'elle retenait que les pourparlers avaient été très avancés, que M. X... n'avait pas hésité à présenter M. Y... comme son associé et que celui-ci était considéré comme tel par les tiers, qu'il avait entretenu son confrère dans l'espoir d'une association à laquelle il avait finalement renoncé sans pour autant démontrer des manquements professionnels de celui-ci, mais guidé seulement par un "excès de prudence", la cour d'appel, qui avait fait ainsi ressortir que la rupture se trouvait dépourvue de motifs légitimes, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations que la rupture des pourparlers avait été abusive.

329.- La Cour de Cassation a également condamné l'auteur d'une rupture sur le fondement du caractère fallacieux du prétexte invoqué pour rompre les discussions (en l'espèce, l'auteur de la rupture avait invoqué une réponse trop tardive de l'autre partie)⁵⁸³.

Il s'agit donc des hypothèses qui indiquaient un certain degré d'aggravation de la faute dans la rupture, mais qui n'est pas concevable à la lumière des règles de la responsabilité délictuelle.

B. L'insuffisance des règles de la responsabilité délictuelle pour résoudre les questions posées par la rupture brutale des pourparlers

⁵⁸³ Cass. Com., 22 avril 1997, Bull. Civ. IV, n° 98. 4 Cass. Voir dans le même sens Cass. Com 7-1-1997, précité.

330.- On enseigne traditionnellement que dans la responsabilité délictuelle la faute ordinaire est suffisante pour retenir la responsabilité civile de l'agent du dommage⁵⁸⁴. En droit colombien, on ajoute que seulement dans le champ de la responsabilité contractuelle, la faute est susceptible d'être graduée⁵⁸⁵. En effet, une gradation de la faute dans la sphère de la responsabilité extracontractuelle n'est pas envisageable.

Assez simple en théorie, un tel critère de distinction entre la responsabilité délictuelle et contractuelle est mis en question lorsque l'on étudie la portée des arrêts concernant la rupture brutale des pourparlers sous l'angle du droit colombien.

Prévue par l'article 863 du Code du commerce colombien, la responsabilité précontractuelle peut aussi être fondée sur une faute aggravée, voire, sur un dol. La question de l'interprétation de la rupture brutale dans un récent arrêt de la jurisprudence française (1) illustre parfaitement la complexité qui s'attache à la découverte d'une gradation de la faute dans la rupture des pourparlers (2).

1. L'arrêt du 18 Septembre 2012⁵⁸⁶

331.- L'arrêt rendu le 18 septembre 2012 confirme qu'en cas de rupture fautive des pourparlers, le préjudice réparable ne s'étend pas à la perte d'une chance de conclure le contrat.

⁵⁸⁴ Voir sur ce point VISINTINI, Giovanna, Tratado de la responsabilidad civil, tomo 1, la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad, editorial ASTREA, ciudad de Buenos Aires, 1999, p.19.

⁵⁸⁵ Voir MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes, op. cit., p. 279

⁵⁸⁶ Com. 18 sept. 2012, n° 11-19.629

Dans les faits, la cour d'appel avait déduit la faute dans la rupture d'une négociation de concours bancaires à partir des indices ou critères que nous avons auparavant expliqués : le fait de créer une confiance légitime à la conclusion du contrat, en aménageant des longues négociations qui ont réussi à avancer considérablement et qui ont été rompues sans avoir justifié cette rupture de manière sérieuse.

En effet, deux sociétés avaient conclu un contrat de sous-traitance portant sur un marché de définition d'une tenue de combat avec la délégation générale de l'armement (DGA). Ces sociétés, au cours de l'année 2003 ou 2004 sont entrées en relations en vue de la sous-traitance du marché de réalisation de ces tenues. Mais, fin 2004, la société attributaire du marché de la DGA a informé son partenaire qu'il n'était pas retenu. L'attributaire a été condamné par la Cour d'appel étant donné que ses fautes ont fait perdre à la société candidate une chance sérieuse d'être désignée en qualité de sous-traitant du marché de réalisation de tenues de combat conclu avec la DGA. La Cour de cassation, au vu de l'article 1382 du Code civil, cassa cette décision en rappelant une jurisprudence assez constante consistant en ce que la rupture abusive de pourparlers au préjudice de la société candidate, ne peut donner lieu à l'indemnisation de la perte de chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat⁵⁸⁷.

Cette solution illustre parfaitement la complexité qui s'attache à la découverte d'une gradation dans la faute dans la rupture des pourparlers.

2. *La complexité de découverte dans la gradation de la faute*

⁵⁸⁷ Com. 26 nov. 2003, D. 2004, Jur. p. 869, note A.S. Dupré-Dallemange ; RTD civ. 2004, p. 80 et p. 85, obs. J. Mestre et B. Fages ; Rev. Sociétés 2004, p. 325, obs. N. Mathey ; D. Mazeaud, RDC 2004, p. 257. Voir *infra* n° 333 et s.

332.- Sous l'angle de l'article 863 du Code du commerce colombien, il est possible de donner une autre solution à ce problème à partir de deux interprétations.

1) La première concerne la notion de faute dans la rupture des pourparlers. Une rupture qui est survenue pour les faits énoncés ne serait pas considérée comme fautive en droit colombien, mais dolosive. Il faut bien saluer l'arrêt de cette réaffirmation de la qualification de la faute. Plus que jamais, dans le droit positif français, il est possible de distinguer la faute ordinaire d'une faute aggravée, même si le Code civil ne l'a pas établie.

Et c'est précisément à défaut d'une telle prévision législative que la Cour de cassation lui donne le nom de « faute », alors que dans d'autres systèmes, notamment le système colombien, elle serait plutôt constitutive d'un dol.

2) La seconde interprétation consiste en la détermination de l'étendue du préjudice précontractuel bien au contraire du dommage retenu par la Cour de cassation, étant donné que l'article 863 du Code du commerce colombien ne limite pas celle-ci aux règles de la responsabilité délictuelle. Cela signifie que, à la lumière du droit colombien, au problème posé à la Cour de cassation française consistant à savoir si la rupture abusive des pourparlers entraîne l'indemnisation de l'intérêt positif, la réponse sera positive.

Il convient d'apprécier la valeur respective de ces deux interprétations.

§ II. Le degré de responsabilité par rapport à la gravité de la rupture

333.- L'affirmation de la Cour d'après laquelle la rupture abusive des pourparlers ne peut entraîner l'indemnisation de la perte d'une chance est discutée par un secteur de la doctrine française (A). En outre, elle n'est pas convergente avec l'interprétation de l'article 863 du Code du commerce colombien (B).

A. La perte d'une chance dans la jurisprudence française

334.- La question de savoir si les négociateurs à un contrat sont tenus de réparer la perte d'une chance suite à la rupture abusive des pourparlers présente un intérêt pratique très important.

En effet, certains auteurs et certaines décisions des juges du fond français se sont très nettement prononcés en faveur de la perte d'une chance suite à la rupture abusive des pourparlers, alors que des autres la rejettent, considérant que « *la liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment les pourparlers.* »⁵⁸⁸

Ainsi, l'indemnisation de l'intérêt positif (*lucrum cessans*), ou le gain manqué du fait de la non conclusion du contrat, a varié dans le temps.

Pendant très longtemps refusée⁵⁸⁹, la perte de chance de conclure le contrat négocié avait ensuite été admise par plusieurs juridictions du fond⁵⁹⁰ avant d'être clairement écartée par le célèbre arrêt *Manoukian* du 26 novembre 2003⁵⁹¹ et pour l'arrêt du 28 juin 2006⁵⁹² en raison de l'absence de lien causal entre la faute, qui tient à l'illégitimité de la rupture, et le dommage.

Pour la doctrine, « *Cette exclusion est justifiée à la fois par une raison théorique et par une raison pratique. La raison théorique est que rien ne permet de donner effet à un contrat qui n'a jamais été conclu et à la conclusion de laquelle le*

⁵⁸⁸ CHAUVEL, Patrick, *Rupture des pourparlers précontractuels : la question de la perte de chance*, Droit & Patrimoine, n° 157, mars 2007, p.26 et s.

⁵⁸⁹ Dijon, 15 févr.1893, S.1894, 2, p.144. Voir aussi : DESHAYES Olivier. Le dommage précontractuel. *RTD Com.*, 2004, p. 187.

⁵⁹⁰ Versailles, 1^{er} avril 1999 ; Versailles, 25 sept. 2003.

⁵⁹¹ Com. 26 nov. 2003, cité.

⁵⁹² Cass. civ. 3^e, 28 juin 2006 (*cassation partielle*), pourvoi n° 04-20040, *Bull. civ.* III, n° 164, p. 136 ; *JCP éd. G* 2006, II, 10130, note O. Deshayes ; *JCP éd. G* 2006, I, 166, n° 6, obs. Ph. Stoffel-Munck.

demandeur n'avait pas droit. La raison pratique est qu'il est impossible concrètement de savoir quel aurait été le contenu du contrat définitif envisagé et partant impossible de connaître l'étendue du profit escompté »⁵⁹³

Or, si l'on prend en compte l'évolution de cette jurisprudence pour déterminer les indices d'un dol ou d'un abus dans la rupture, l'affirmation d'après laquelle « *une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels n'est pas la cause de préjudice consistant sans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* »⁵⁹⁴, ne nous convainc pas.

D'abord, l'argument d'après lequel la reconnaissance de la perte d'une chance porterait atteinte au droit d'exercer la liberté de ne pas contracter est mis en question lorsque dans d'autres arrêts la Cour de cassation admet l'indemnisation de la perte d'une chance de gains consécutive à l'impossibilité de conclure un contrat⁵⁹⁵ ; ainsi que la réparation de la perte d'une chance de conclure un contrat à des conditions plus avantageuses⁵⁹⁶, et cela parce que l'« *on en viendrait indirectement à indemniser la perte de chance dont on n'avait dit qu'elle pas réparable : celle de conclure le contrat avorté* »⁵⁹⁷. Par conséquent, l'admission de la perte d'une chance ne peut en aucun cas être analysée comme étant une négation de l'exercice de la liberté contractuelle.

⁵⁹³ LAITHIER, Yves-Maire, *La rupture des pourparlers*. Préc. p. 119 et 120. Dans le même sens, v. CHAUVEL, Patrick, *Rupture des pourparlers précontractuels : la question de la perte de chance*, Droit & Patrimoine, n° 157, mars 2007, p.26 et s.

⁵⁹⁴ Ibidem.

⁵⁹⁵ C'est l'hypothèse d'une entreprise qui n'a pas pu participer à une procédure d'adjudication de marchés publics, en raison d'une faute commise par une caisse de mutualité agricole qui n'a pas délivré les certificats requis en temps voulu. Dans cet arrêt la Cour accepte, en faveur de cette entreprise, la réparation de la perte d'une chance d'obtenir le marché : Cass. 2° civ., 3 mai 2006, n° 05-12.069. V. aussi, Revue Lamy Droit civil, n° 98, novembre 2012, p. 21.

⁵⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2007, n° 06-16.920. V. aussi, Revue Lamy Droit civil, n° 98, novembre 2012, p. 21.

⁵⁹⁷ LAITHIER, Yves-Maire, *La rupture des pourparlers*. Préc. p. 120. Dans le même sens, voir : GHESTIN Jacques, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers* », JCP 2007. I.155, n° 1 ; en ce sens voir aussi TISSEYRE Sandrine, *Op.cit.* n° 218, p. 167.

A fortiori, et c'est ce qui permet de distinguer le dommage précontractuel du dommage délictuel, la perte d'une chance est une sorte d'indemnité totalement liée au besoin de caractériser la faute précontractuelle. En effet, la démarche vers la détermination de l'abus dans la rupture ne consiste pas à assurer une indemnisation quelconque, mais une indemnisation plus élargie.

Cette démarche est bien connue par le Code civil français. Les hypothèses d'aggravation de la responsabilité du débiteur de mauvaise foi sont prévues par les articles 1153, en ce qui concerne le retard du débiteur dans l'exécution de ses obligations ; 1378 et 1379, par rapport à sa mauvaise foi, l'obligent à payer des intérêts du jour de la demande ; et 1645, s'agissant du vendeur qui connaissait les vices de la chose avant la conclusion du contrat de vente. Ainsi, « *En édictant des sanctions, le législateur vise à empêcher que soit consolidé un résultat illicite obtenu de mauvaise foi. Pour y parvenir deux voies sont possibles. Tantôt une aggravation de la responsabilité normale du débiteur sera prononcée, tantôt l'auteur de mauvaise foi perdra le bénéfice obtenu* »⁵⁹⁸.

En conséquence, parce qu'elle fait penser à une véritable pénalité de l'intention de vouloir causer un dommage, la perte d'une chance devrait être la conséquence logique de l'évolution jurisprudentielle vers la détermination de l'abus ou de la brutalité dans la rupture des pourparlers, et plus encore, de l'application de la théorie de la confiance légitime⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ GILLES Anne-Marie. *Quelques observations sur la mauvaise foi en droit privé. Les Petites Affiches*, 8 juillet 2003, n° 135, p. 6.

⁵⁹⁹ En droit Belge, par exemple, « *une partie de la jurisprudence prend également en compte le dommage positif lorsque les négociateurs ont atteint un 'point of no return' et que l'un d'eux a malgré tout rompu les pourparlers. Dans ce cas, la victime de la rupture obtient l'équivalent financier de ce qu'elle aurait retiré comme avantages de la réelle conclusion du contrat, y compris les gains que le contrat aurait générés* » : STIJNS Sophie, SAMOY Ilse. *La confiance légitime en droit des obligations, Rapport belge. La confiance légitime et l'Estoppel* / ss. dir. de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON. Paris : Société de législation comparée, 2007, p. 213.

Une telle argumentation semble être la plus convenable au contentieux de la responsabilité précontractuelle en droit français, d'autant plus pour le droit colombien.

B. La perte d'une chance dans la jurisprudence colombienne

335.- La jurisprudence colombienne, très attachée à l'esprit de la jurisprudence française, ne délivre en la matière aucune interprétation du texte 863 du Code du commerce, elle procède à appliquer le critère selon lequel la nature dudit préjudice est délictuelle et, par la suite, à limiter l'indemnisation du dommage causé par la rupture abusive des pourparlers à l'intérêt négatif⁶⁰⁰.

Toutefois, le but dans la détermination de certains caractères de la faute dans la rupture des pourparlers n'aurait aucune importance si cela ne donnait pas à la victime un avantage dans son droit d'indemnisation.

Il s'agirait donc simplement pour elle de démontrer l'abus dans la rupture et la certitude d'avoir eu une chance d'avoir conclu le contrat avec un tiers ou avec le partenaire dolosif, si celui-ci n'avait pas eu l'intention d'entrer en pourparlers pour lui causer un dommage⁶⁰¹.

En revanche, il nous semble que si la Cour Suprême de Justice colombienne et la Cour de cassation française continuent à nier l'indemnisation de ce dommage, en

⁶⁰⁰ Dans ce sens voir: CSJ, Civ., Sentencia del 23 de noviembre de 1989, M. P.: José Alejandro Bonivento; CSJ, Civ, Sentencia del 19 de diciembre de 2006, Exp. 1998-10363-01, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo; CSJ, Civ, Sentencia del 28 de junio de 1989, M. P.: Rafael Romero Sierra.

⁶⁰¹ V. en ce sens MENDIETA, Jaime. La Culpa In Contrahendo, Historia, Evolución y Estado Actual de la Cuestión. IN: Revista e-mercatoria Volumen 10, Número 2, julio – diciembre 2011. Disponible En : <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/PDF02/125.pdf>

absence d'aggravation de la peine, aucune aggravation de la faute ne serait donc nécessaire.

Puisque le dol dans la sphère contractuelle dépasse le plafond de l'indemnisation prévisible, et que la bonne foi a été élargie au stade de la formation du contrat, cette règle est susceptible d'être appliquée pour l'indemnisation des dommages intentionnellement causés à cette étape.

Quoiqu'il en soit de cette question largement débattue en droit positif français, il est remarquable de constater comment l'arrêt du 18 septembre 2012⁶⁰² a tendance à protéger la confiance légitime et l'harmonie dans les relations contractuelles.

Un critère qui se rapproche beaucoup du principe général de responsabilité précontractuelle prévue dans l'article 863 du Code du commerce colombien et qui montre d'avantage la spécificité de ce fait générateur de responsabilité précontractuelle par rapport aux faits générateurs de ses voisines.

*

* *

CONCLUSION DU CHAPITRE

336.- La mise en œuvre des convergences et des divergences des critères dans le droit colombien et le droit français afin de déterminer les faits générateurs de responsabilité précontractuelle nous ont permis d'éclairer la nature spécifique de celle-ci.

⁶⁰² Com. 18 sept. 2012, n° 11-19.629.

Conçue comme une sanction à une faute ou un dol au stade de la formation du contrat, la responsabilité précontractuelle se traduit par l'indemnisation des dommages exclusivement dérivés du degré de confiance auquel les parties sont arrivées dans les pourparlers. Une confiance qui est protégée par l'exigence d'agir de bonne foi à cette étape.

Ainsi, le critère de l'absence de contrat qui entraînait l'idée de pouvoir rompre à tout moment et sans aucune motivation les pourparlers, s'est affaibli au fur et mesure que la pratique commerciale témoignait du besoin de confiance dans les rapports contractuels.

337.- Certains exemples peuvent être mentionnés afin de consolider notre opinion.

Tout d'abord, la notion de faute dans la rupture ne peut être confondue avec le dol dans la rupture. D'une part, leur fondement est différent : la faute est une négligence qui, dans la sphère précontractuelle, correspond aux prévisions que les négociateurs faisaient lorsqu'ils sont entrés en pourparlers, alors que le dol est la négligence intentionnelle à vouloir causer un dommage au négociateur avec les pourparlers. D'autre part, leur régime est aussi distinct : la faute implique l'indemnisation du préjudice prévisible, voire, du dommage qui résulte des négociations, alors que l'indemnisation par dol peut s'étendre aux préjudices non prévus, tels que le gain manqué ou la perte d'une chance.

Ensuite, c'est aussi à partir du critère de la confiance légitime que l'on peut distinguer la responsabilité précontractuelle des autres sortes de responsabilité civile.

338.- La protection de la confiance légitime comme conséquence de l'exigence d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat ne consiste pas à limiter la liberté contractuelle mais à assurer que les parties puissent agir en sécurité. Elle entraîne un modèle de comportement pour les négociateurs. Elle est, donc, le modèle qui sert à déterminer le degré de négligence du négociateur qui décide de ne pas poursuivre les pourparlers, d'après les critères que l'on a précédemment exposés.

Elle ne peut, par conséquent, être confondue avec une obligation contractuelle, étant donné que les négociations rompues impliquent, logiquement, que le contrat n'a pas été conclu. Mais elle ne peut non plus être assimilée à la responsabilité délictuelle, car même en absence de lien contractuel, la règle d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat comporte un lien de droit entre les négociateurs.

Enfin, on a constaté que c'est justement l'absence de différenciation entre la faute et le dol dans la rupture des pourparlers qui a conduit à la Cour de cassation française à confondre le dommage précontractuel avec un dommage délictuel quelconque. En effet, le dommage précontractuel vise à procurer la liberté de contracter.

CONCLUSION DU TITRE II

339.- La comparaison des régimes colombien et français sur le rapport entre la bonne foi précontractuelle, la faute et le dol dans la rupture des pourparlers nous a permis d'éclairer la nature et la portée spécifique de la responsabilité précontractuelle.

Par sa nature, la responsabilité précontractuelle se différencie de ses voisines en ce qu'elle cherche à assurer la liberté contractuelle. En effet, face à l'exigence

d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat, cette responsabilité est un moyen de contrainte pour le négociateur, une façon de lui faire comprendre l'importance de se conduire en accord avec le modèle imposé par cette règle. Raison pour laquelle, la responsabilité précontractuelle se montre très différente de la responsabilité délictuelle, qui est étrangère à tout régime contractuel, et très spécifique vis-à-vis de la contractuelle, bien que cette liberté implique celle de ne pas contracter.

Par sa portée, lorsqu'une faute ou un dol, voire un abus, fondent la rupture des pourparlers, l'objet de l'indemnisation ne saurait se satisfaire du simple paiement de dommages-intérêts consistant en la perte subie. Il ne s'agit pas simplement de remettre le patrimoine du négociateur victime dans le même état que celui où il se trouvait avant d'être entré en pourparlers. L'objet de l'indemnisation pourrait conduire, en outre, à sanctionner l'intention de vouloir causer un dommage au co-négociateur avec les pourparlers. Autrement dit, l'abus dans la rupture des pourparlers engendre un dommage imprévisible pour les négociateurs. Ainsi, la responsabilité précontractuelle acquiert une allure bien spéciale.

*

* *

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

340.- Si la comparaison des régimes colombien et français nous a montré dans la première partie que le fait générateur de la responsabilité précontractuelle est lié aux vices du consentement, ce qui montre que cette responsabilité ne pouvait être confondue ni avec la responsabilité contractuelle ni avec la délictuelle, il en va ainsi pour les critères que nous avons exposé dans cette seconde partie, en dehors des vices du consentement.

Lorsque l'inexécution coupable ou illicite du devoir d'agir de bonne foi s'est produite, la responsabilité précontractuelle entraîne toute une série de conséquences qui échappent au régime de ses voisines. Il ne s'agit plus d'une responsabilité attachée à une autre, mais d'un véritable principe général qui s'érige au stade de la formation du contrat.

D'abord, l'existence de la responsabilité précontractuelle n'est possible qu'en présence d'une exigence, au mieux légale, au pire, jurisprudentielle d'agir de bonne foi avant et pendant la conclusion du contrat. La responsabilité revêt donc l'uniforme du gendarme, un moyen de répression pour ceux qui ne comprennent pas que la confiance est le pilier d'une vie contractuelle libre, solide et efficace. L'inexécution fautive ou dolosive de cette obligation n'est pas seulement le fondement de l'indemnisation, mais aussi un élément pour construire le contrat.

Ensuite, les critères pour déterminer la présence d'un abus dans la rupture des pourparlers constituent le pivot autour duquel s'articule la nature de la responsabilité précontractuelle. Ainsi, le dol est le fondement de l'indemnisation, mais il est

susceptible de rompre toutes les prévisions. Il s'agit d'une indemnisation que partage le régime contractuel, en absence de tout contrat.

Il a donc été démontré que les régimes colombien et français peuvent converger dans la compréhension du fait générateur de responsabilité précontractuelle comme un fait spécifique.

L'analyse de la bonne foi précontractuelle, de la liberté contractuelle, de la faute et du dol dans la rupture des pourparlers nous ont permis de faire apparaître la spécificité de la responsabilité précontractuelle dans les deux régimes comparés : il s'agit d'une sanction à l'inexécution, fautive ou dolosive, de l'obligation d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat.

*

* *

CONCLUSION GENERALE

341.- Pour clore cette étude, il convient de se rappeler de la règle de l'article 863 du Code du commerce colombien : « *Les parties devront agir de bonne foi exempte de faute dans la période précontractuelle, sous peine d'indemniser les préjudices que l'on cause.* »⁶⁰³

Il ressort de cet article que la responsabilité précontractuelle a été constituée en droit colombien comme un véritable principe général de responsabilité au stade de la formation du contrat. La comparaison du régime du fait générateur, en droit colombien et en droit français, nous a permis de comprendre son autonomie vis-à-vis des faits générateurs des deux autres espèces de responsabilité civile. En effet,

⁶⁰³ ART. 871.—*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.*

d'après cette étude, à la différence de ses voisines, la responsabilité précontractuelle repose sur un pilier fondamental : la liberté contractuelle.

D'abord, la responsabilité précontractuelle se présente comme un garant de la liberté contractuelle. Ce rôle relève de l'exigence d'agir de bonne foi. Pour l'essentiel, la responsabilité précontractuelle est directement liée au besoin de garantir la liberté contractuelle au stade de la formation du contrat. Dès lors, le négociateur ne sera pas coupable lorsqu'il aura agi de bonne foi, et il agira de mauvaise foi lorsqu'il sera réticent, qu'il mettra en place des manœuvres afin de tromper son co-négociateur ou qu'il utilisera la violence pour le convaincre de conclure le contrat⁶⁰⁴.

En effet, l'exigence d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat renvoie à l'analyse du comportement des futures parties au contrat. Au fond, le fait générateur de responsabilité précontractuelle est en parfait rapport avec la théorie des vices du consentement et matérialise le souci de garantir la liberté contractuelle par le biais de faire que ledit comportement évite la conclusion d'un contrat par erreur, avec dol ou sous l'empire de la violence.

Il est clair qu'agir avec diligence est agir de bonne foi. Au stade de la formation du contrat le comportement des futurs contractants doit donc se caractériser par le fait d'éviter la consolidation d'un vice du consentement.

Or, lorsque le contrat n'a pas pu être formé, notamment par rupture des négociations, l'exigence d'agir de bonne foi dans les pourparlers se traduit par la mise en place d'une sorte d'obligations accessoires à la bonne foi que la jurisprudence et la doctrine françaises ont davantage bien dégagés. Ces obligations

⁶⁰⁴ Dans ce sens, voir : GILLES Anne-Marie. Quelques observations sur la mauvaise foi en droit privé. *Les Petites Affiches*, 8 juillet 2003, n° 135, p. 6.

sont connues, comme celle d'informer, celle d'être discret et cohérent pendant la négociation du contrat.

L'exécution de ces obligations accessoires constitue le modèle de conduite que le juge prendra en compte au moment d'évaluer s'il existe une faute au moment de la rupture. Agir de bonne foi, voire, exécuter ces obligations peut aussi être considéré comme un fait exonérateur de responsabilité précontractuelle.

L'étude en droit comparé du fait générateur de responsabilité précontractuelle nous a aussi montré que celle-ci a pour but la protection du patrimoine de la victime de la faute ou du dol tout autant dans un contrat vicié que dans la rupture des pourparlers.

En clair, le dommage qui est important ici, est celui qui dérive directement de la faute ou du dol qui ont conduit à l'annulation du contrat, à la conclusion d'un contrat déséquilibré ou à la rupture des pourparlers.

Il conviendra de distinguer entre faute et dol au moment d'évaluer ce dommage. En effet, l'existence des obligations accessoires de bonne foi permettent aux négociateurs de prévoir à l'avance l'étendue d'une faute virtuelle dans les négociations en leur permettant de consentir des clauses forfaitaires d'indemnisation, d'une part, ou de limiter le montant de celle-ci aux pertes, telles que les frais de la négociation elle-même ou de l'annulation du contrat, c'est-à-dire, l'intérêt négatif. Toutefois, la preuve d'un dol ou d'un abus, autant pour la conclusion du contrat que pour la rupture des pourparlers pourrait rompre le plafond de cette indemnisation. L'octroi du gain manqué ou de l'intérêt positif du contrat, ainsi que de la perte d'une chance, serait-il possible ?

Sous cette perspective, la responsabilité précontractuelle se présente comme le gardien de la liberté contractuelle. Ainsi conçue, elle met l'accent sur le rôle préventif

de la responsabilité civile et non plus sur son rôle de peine. Cela semble plus convenable au changement que la notion de contrat des dernières décennies. Certes, l'indemnisation est notable pour réparer la perte patrimoniale, mais elle sera toujours insuffisante pour rétablir la confiance dans l'activité économique.

Actuellement, plus que l'indemnisation, c'est la prévention du dommage qui intéresse la vie contractuelle afin de consolider la confiance dans l'économie et dans l'entreprise. La responsabilité précontractuelle, autant dans le système colombien que français, est surtout destinée à éviter la négligence et la mauvaise foi au stade de la formation du contrat.

Par conséquent, la comparaison des régimes colombien et français de cette étude nous a permis de privilégier l'aspect préventif de la responsabilité précontractuelle sur son aspect répressif afin de trouver son essence, ce qui permet de la distinguer des autres espèces de responsabilité civile, et de la voir telle qu'elle est, et non pas telle qu'on s'en souvient.

Bibliographie

I. BIBLIOGRAPHIE CHOISIE EN LANGUE FRANÇAISE

A. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

1. Accarias, Précis de Droit romain. Tome 2. Cotillon , Paris, 1874, n° 940 et s., p. 1303 et s.
2. AUBRY Charles, RAU Charles-Frédéric. *Cours de droit civil français d'après la méthode de M. Carl Salomon Zachariae*, par BARTIN , t. IV, 6ème éd., 1942
3. BAUDRY-LACANTINERIE, Précis, etc., t. 2°, n°. 802 a 804.
4. BRUN Philippe. *Responsabilité civile extracontractuelle*. Paris : Litec, 2009
5. CABRILLAC Rémy. *Droit des obligations*. 6° éd. Paris : Dalloz, 2004
6. CARBONNIER Jean. *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*. 22° éd. Paris : P.U.F., 2000
7. CARBONNIER Jean. *Droit civil*, t. 1, *Les Personnes*, 21° éd. Paris : P.U.F. : 2000
8. DEROUSSIN David, *Histoire du droit des obligations*. Paris. Economica. 2007.
9. Domat, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, tit. I, sec. II, § 7, in Oeuvres Complètes, Paris, 1835, t° I, p. 835*
10. FABRE-MAGNAN Muriel. *Les obligations*. 1° éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2004
11. FABRE-MAGNAN Muriel. *Les obligations*. 3° éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2007
12. FAGES, Bertrand, *Droit des obligations*, 3° édition : L.G.D.J., 2011.
13. FLOUR Jacques, AUBERT Jean Luc, SAVAUX Eric. *Les obligations*, tome 1, *L'acte juridique*. 11° éd. Paris : Armand Colin, 2004
14. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.). *Les obligations*, tome 2, *Le fait juridique*, 11° éd. Paris : Armand Colin, 2005
15. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.). *Les obligations*, tome 3, *Le rapport d'obligation*, 2° éd. Paris : Armand Colin, 2001
16. FLOUR Jacques, AUBERT Jean Luc, SAVAUX Eric. *Les obligations*, tome 1, *L'acte juridique*. 15° éd. Paris : Armand Colin, 2012.
17. GAUDEMET Eugène. *Théorie générale des obligations*, publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, Sirey, Paris 1937.
18. GAUDEMET Eugène. *Théorie générale des obligations*. Paris : Dalloz-Sirey, 2004
19. GAUDEMET Jean. *Droit privé romain*. 2° éd. Paris : Montchrestien, 2000
20. GHESTIN Jacques. *Traite de droit civil, La formation du contrat*. 3° éd. Paris : L.G.D.J., 1993
21. GHESTIN Jacques. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. 1e éd. Paris : LGDJ, 2006
22. LAMBERT-FAIVRE Yvonne, LEVENEUR Laurent. *Droit des assurances*. 12° éd. Paris : Dalloz, 2005

23. LAITHIER Yves-Marie. *Droit comparé*. Paris : Dalloz, 2009
24. LARROUMET Christian. *Droit civil*, tome 3, *Les obligations : le contrat*. 5e éd. Paris : Économica, 2003
25. Le TOURNEAUD Philippe et CADIET Loïc. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris : Dalloz Action, 2003
26. MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe. *Les Obligations*. 2e éd. Paris : Defrénois, 2005
27. MAYNZ, Cours de Droit romain. Tome I. Éditeur Bruxelles : Decq, Troisième édition, Bruxelles, 1870-1874.
28. MAZEAUD Henri et Léon, TUNC Alain. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tome 1, Paris : Montchrestien, 1932
29. MAZEAUD Henri, Léon et Jean, par CHABAS François. *Leçons de droit civil*, tome 2, premier volume, *Obligations : Théorie générale*. 7^e éd. Paris : Montchrestien, 1985
30. PLANIOL Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3^{ème} éd. L.G.D.J, 1905.
31. POTHIER Robert Joseph. *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*. Paris : Debure, 1771
32. RAMPELBERG René-Marie. *Repères romains pour le droit européen des contrats ; Variations sur des thèmes antiques*. Paris : L.G.D.J., 2005
33. RIPERT Georges. *De la règle morale dans les obligations civiles*. 4e éd. Paris : L.G.D.J, 1949
34. RODIERE René (sous la direction). *Forme et preuve du contrat*. Paris : A. Pedone, 1979
35. STARCK Boris, ROLAND Henri, BOYER Laurent. *Droit civil les obligations*, tome 2, *le Contrat*. 6e éd. Paris : Litec, 1998
36. TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 5e ed. Paris : Précis Dalloz, 1993
37. TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 5e ed. Paris : Précis Dalloz, 2005
38. TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves. *Droit civil. Les Obligations*. 10e ed. Paris : Précis Dalloz, 2009.
39. TERRE (F.), LEQUETTE (Y.). *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. 11^e éd. Paris : Dalloz, 2000
40. SAVIGNY, Droit Romain, trad. Guenoux. Tome 7. Firmin Didot , Paris, 1850 VINEY Geneviève. *Traité de Droit Civil : Introduction à la responsabilité*. 2^e éd. Paris : L.G.D.J., 1995
41. VINEY G., JOURDAIN P. *Traité de Droit Civil : Les conditions de la responsabilité*. 3^e éd. Paris : L.G.D.J., 2006

B. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

1. ACCAD Fabien. *Les pourparlers*. 314p. Thèse : Droit : Paris : 1996
2. BAKOUCHE David. *L'excès en droit civil, préf. Michelle Gaubert*. Thèse. Collection Bibliothèque de droit privé, Tome 432, LGDJ, Paris, 2001.
3. BONNET David, *Cause et condition dans les actes juridiques*, Préface de Pascal de Vareilles-Sommières, Collection : Bibliothèque de droit privé Tome 449. LGDJ, Paris, 2005.

4. BOYER Yves. *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*. 450 p. Thèse : Droit : Aix-Marseille : 1978
5. CALAIS-AULOY, Jean y STEINMETZ, Frank, *Droit de la consommation*. Dalloz, Paris, p. 54 et 55.
6. CHANTEPIE Gaël. *La Lésion*. Préf. Geneviève Viney. Collection : Bibliothèque de droit privé Tome 467. LGDJ, Paris 2006.
7. CHIREZ Alain. *De la confiance en droit contractuel*. Thèse : Droit : Nice : 1977
8. DESCAMPS, Olivier. *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Préf. Anne Lefebvre-Teillard, L.G.D.J, 2005.
9. DO Van Dai, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*. Préf. Jacques MESTRE. Collection : Institut de droit des affaires (Aix-en-Provence): 2004
10. DUMAS, Romain, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*. Collection Logiques Juridiques, L'harmattan, Paris, 2008.
11. FAVRE-MAGAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*. Préf. Jaques Ghestin. Bibliothèque de droit privé, Tome 221, LGDJ, Paris, 1992
12. FIN-LANGER Laurence. *L'équilibre contractuel*. 311 p. Thèse : Orléans : 2000
13. FRANSEN Gérard, *Le dol dans la conclusion des actes juridiques*. Dissertationes ad gradum magistri in Facultate Theologica vel in Facultate Iuris Canonici consequendum conscriptae. Series II, Tomus 37. *Universitas Catholica Lovaniensis* et Gembloux (Belgique), 1946
14. IHERING (von) Rudolf. *Œuvres choisies*, trad. Par. O. MEULENAERE, tome II. A. Maresq, 1893.
15. GAZZANIGA Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, Collection : Droit fondamental Droit civil, Presses universitaires de France, Paris, 1992
16. GUELFUCCI-THIBIERGE- Catherine, *Nullité, restitutions et responsabilité*. Préf. Jacques Ghestin. Collection : Bibliothèque de droit privé Tome 218, LGDJ, Paris, 1992
17. GWENNHAEEL François. *Consentement et objectivation*. Préf. Patrick Chauvel. Collection de l'Institut de droit des affaires, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 2007.
18. IHERING, *De la culpa in contrahendo*, trad. MEULENAERE, *Œuvres choisies*, t. II, p.1 et s. 1893
19. KANT, Emmanuel, *Fondements à la métaphysique des mœurs* (1785).
20. LAITHIER Yves-Marie. *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. 660 p. Thèse. Préf. Horatia MUIR-WATT. Bibliothèque de droit privé, Tome 419, LGDJ, Paris, 2004.
21. LE GAC- PECH, Sophie. *La proportionnalité en droit privé des contrats, préf. Horatia Muir-Watt*. Bibliothèque de droit privé Tome 225. LGDJ, Paris, 2000.
22. MAZEAUD Denis. *La notion de clause pénale*. Préf. Francois Chabas. Collection : Bibliothèque de droit privé Tome 223. LGDJ, Paris 1992.
23. NICOLAS, Véronique. *Droit des contrats d'assurance*. Collection Corpus Droit Privé, dirigé par Nicolas MOLFESSIS. Economica. Paris, 2012.
24. OUERDANE-AUBERT de VINCELLES Carole. *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Préf. Yves Lequette. Collection : Nouvelle bibliothèque de thèses 19. Dalloz, Paris, 2002.
25. PICOD Yves. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. Gérard Couturier. Bibliothèque de droit privé 208, LGDJ, Paris, 1987.

26. PORTALIS. J.-E-M, in FENET P.A., Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil ; Tome I, éd. Videcoq, p. 514
27. RIHM Isabelle. *L'erreur dans la déclaration de volonté. Contributions à l'étude du régime de l'erreur en droit français*. Préf., Georges Wiederkehr. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006
28. STEINMETZ Benoit. *De la présomption de bonne foi : essai critique sur la preuve de la bonne et de la mauvaise foi*. Thèse : Droit : Strasbourg III : 2002
29. SAINT-THOMAS D'AQUIN, Somme théologique, Collection Éditions de la Revue des jeunes, Société Saint Jean l'Évangéliste Desclée, Paris, 1925
30. STOFFEL-MUNCK Philippe. *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*. Thèse. Préf. Roger BOUT. Collection Bibliothèque de droit privé Tome 337, LGDJ, Paris, 2000.
31. TISSEYRE Sandrine. *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen. Thèse. Préf. Muriel FABRE-MAGNAN. Collection de l'Institut de Droit des Affaires. Presses Universitaires d'Aix-Marseille-PUAM, Aix-en-Provence, 2012.

C. CHAPITRES D'OUVRAGES COLLECTIFS :

1. FAUVARQUE-CAUSSON Bénédicte. La confiance légitime et l'Estoppel : rapport général. Dans : *La confiance légitime et l'Estoppel* / ss. dir. de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON. Paris : Société de législation comparée, 2007, p. 9-61
2. GAUTIER Pierre-Yves. *Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation ?* Dans : Actes du colloque : *La Confiance en droit privé des contrats*. Valérie-Laure Bénabou et Muriel Chagny (ss dir. de). Paris : Dalloz, 2008, p. 109
3. FORIERS, Paul Alain. *Concurrence et preuve : Quid en cas de clause de confidentialité ?*. in : *Le droit des affaires en évolution, que dire ou ne pas dire avant de conclure un contrat ?*, Préf. Pascal de ROECK. Bruylant, Belgique, novembre 2006, p. 440.
4. HINESTROSA Fernando, CORTÉS Edgar et NAVIA Felipe, *Culture et droit civil en Colombie*. In : *Droit et Culture*. Travaux Association Henri Capitant, Tome LVIII, 2008. Bruylant, 2010
5. LAITHIER Yves-Marie. La distinction entre « intérêt positif » et « intérêt négatif » à l'épreuve des avant-contrats. Dans : *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats* / ss. dir. d'Olivier DESHAYES. Amiens : Collection CEPRISCA, 2007, p. 153-164
6. LAUDE, A, « *Le constat judiciaire des pourparlers* »RTD Com. 1998, p. 551 et s.
7. MAZEAUD Denis. Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? Dans : *L'avenir du droit - Mélanges offerts à François Terré*. Paris : Dalloz, 1999, p. 603
8. MAZEAUD Denis. La confiance légitime et l'estoppel : rapport français. Dans : *La confiance légitime et l'Estoppel* / ss. dir. de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON. Paris : Société de législation comparée, 2007, p. 247-276
9. MAZEAUD Denis. La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons. Dans : *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats* / ss. dir. d'Olivier DESHAYES. Amiens : Collection CEPRISCA, 2007, p. 13-29

10. MAZEAUD, Denis. La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : Comparaisons. Dans : « *L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats* », sous la direction d'Olivier Deshayes, Paris : P.U.F., 2008, p. 13 et s.
11. MOUSSERON Jean-Marc. *La durée dans la formation des contrats*, Mélanges offerts à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 509.
12. N'DIAYE Florence. Intervention lors de la table ronde : « Faut-il introduire un principe de confiance dans le Livre III du titre III du Code civil ? ». Dans : Actes du colloque : *La confiance en droit privé des contrats*. Bénabou Valérie-Laure, Chagny Muriel (ss dir. de). Paris : Dalloz : 2008, p. 133
13. REMY Philippe. La genèse du solidarisme contractuel. Dans : *Le solidarisme contractuel*. Paris: Economica, 2004, p. 9
14. STIJNS Sophie, SAMOY Ilse. La confiance légitime en droit des obligations, Rapport belge. *La confiance légitime et l'Estoppel / ss. dir. de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON*. Paris : Société de législation comparée, 2007

D. ETUDES ET ARTICLES

1. AMRANI MEKKI, Soraya. Recueil Dalloz 2005 p. 2836, observations sur CA Versailles, 12^e ch., 3 mars 2005, n° 03/08008.
2. ANCEL Pascal. Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat. *RTD Civ.*, 1999, p. 771
3. BAILLET BOUIN, Frédéric. Le commissaire-priseur, responsable de plein droit envers l'adjudicataire d'une œuvre d'art ? *Recueil Dalloz*, 2007, p.2.
4. BEIGNIER Bernard. La conduite des négociations. *RTD Com.*, juillet-septembre 1998, n°3, p. 463
5. BIRBES Xavier. L'objet de la négociation. *RTD Com.*, 1998, p.471
6. BOIZARD Matthias. La réception de la notion de violence économique en droit. *Les Petites Affiches*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5
7. BOULOC Bernard, Définition de la notion d'information privilégiée. *Revue des sociétés*, 1995, p. 562.
8. CARVAL Suzanne. De nouvelles précisions sur l'obligation du banquier : obligation d'éclairer le client sur l'adéquation à sa situation personnelle de la police d'assurance groupe. *R.D.C.O.*, janvier 2009, p. 101
9. CASEY Jérôme. De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat. *D.* 1998, p. 208
10. CATHIARD Audrey. Quand la bonne foi trouve un second souffle. *D.* 2005, p. 1462.
11. CEDRAS Jean. L'obligation de négocier. *RTD com.*, 1985, p. 265
12. CHABAS François. *Cent ans de responsabilité civile*. *Gazette du Palais*, Juillet/août 2000 p. 2
13. CHAUVEL Patrick. Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle. *Droit et patrimoine*, novembre 1996, p. 45
14. CHAUVEL Patrick. La violence. *Répertoire de Droit civil*, septembre 2003, p.2

15. CHAUVEL, Patrick, Rupture des pourparlers précontractuels : la question de la perte de chance, *Droit & Patrimoine*, n° 157, mars 2007, p.26 et s.
16. CHAUVEL Patrice. V° Dol, *Rép. Civ. Dalloz*, Fasc. 45, 2001, n°108 et s.
17. CHAZAL Jean-Pascal. Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil. *RTD Civ.*, 2000, p. 477
18. DESGORCES Richard. *La proportionnalité dans le droit des contrats. JCP G*, 5 novembre 2003, n°45, II, p. 10171
19. DESHAYES Olivier. Le dommage précontractuel. *RTD Com.*, 2004, p. 187
20. DUMAS, Romain, Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires. Collection Logiques Juridiques, L'harmattan,
21. FAGES Bertrand. L'importance des pourparlers. *Droit et Patrimoine*, juin 1999, n° 72, p.60
22. FAGES Bertrand. Autour de l'objet et de la cause. *R.D.C.O.*, janvier 20006 n° 1, p. 37
23. FAGES Bertrand. Plus les pourparlers sont courts, plus ils sont avancés ! *JCP E.*, 24 septembre 1998, n°39, p. 1499
24. FAGES Bertrand. Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando. *D.* 2003, p. 2386
25. FAGES Bertrand. Un nouveau droit applicable à la vente de biens de consommation. *Revue Lamy D.A.*, 81/2005, n°5064
26. FAGES Bertrand. Les autres conséquences du dol. *RTD Civ.* 2009, p. 115
27. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte. L'estoppel, concept étrange et pénétrant. *R.D.C.O.*, n° 4, 1 Octobre 2006, p. 1279
28. GALLMEISTER Ines. Responsabilité « *in solidum* » du commissaire-priseur et des experts. *Actualité Juridique*, 2007, p. 1201
29. GENICON Thomas. Erreur-obstacle : nullité pour erreur (excusable) sur l'objet. *R.D.C.O.*, 1 juillet 2008, n°3, p. 716
30. GHESTIN Jacques. *La rétention dolosive d'informations privilégiées par un dirigeant lors d'une acquisition par lui d'actions non cotées. JCP G*, 26 Juin 1996, n°26, II, p. 22665
31. GHESTIN Jacques, SERINET Yves-Marie. L'erreur. *Rep. Civ. Dalloz*, septembre 2006.
32. GHESTIN Jacques, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers* », *JCP* 2007. I.155, n° 1.
33. GILLES Anne-Marie. Quelques observations sur la mauvaise foi en droit privé. *Les Petites Affiches*, 8 juillet 2003, n° 135, p. 6
34. GODON Laurent. Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés, note sous Cass. com. 12 mai 2004, Beley c/ SA Former. *Revue des sociétés*, 2005, p. 140
35. GUELFUCCI-THIBIERGE- Catherine. Libres propos sur la transformation du droit des contrats. *RTD Civ.*, 1997, p. 358
36. GWENNHAEL François. L'absence d'alternative satisfaisante, une limite opportune au droit d'accès, imposé par la théorie des facilités essentielles. *JCP E*, n° 47, 24 novembre 2005, p.1700
37. JAMIN Christophe. Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. *RTD Civ.*, 1996, p. 1009
38. JAMIN Christophe. Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil. *D.* 2002, p. 901
39. JOURDAIN Patrice. *Le devoir de se renseigner*, D. 1983.139.

40. JOURDAIN Patrice. *La bonne foi dans la formation du contrat, rapport français*. In "La bonne foi dans la formation du contrat". Travaux Association Henri Capitant, 1992, p. 121
41. KENMOGNE SIMO Alain. La sanction du dol ayant amené à contracter à des conditions différentes. *Revue Lamy D.C.*, 09/2008, n° 52
42. LAMAZEROLLES Eddy. Rupture de pourparlers et cession d'actions. *D.* 2004, p. 2922
43. LAGARDE Xavier. Sur l'utilité de la théorie de la cause. *D.* 2007, n° 11, p. 740
44. LAMBERT-FAIVRE Yvonne. Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 : la réforme des dispositions relatives au contrat d'assurance et à la protection des assurés. *Recueil Dalloz* 1991, p. 1.
45. LASSERRE CAPTDEVILLE, Jérôme. Devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit. *Recueil Dalloz* 2009, p. 1179.
46. LASSERRE-KIESOW, Valérie. La vérité en droit civil. *Recueil Dalloz* 2010, p. 907.
47. LAUDE Anne. Le constat judiciaire des pourparlers. *RTD com.* 51, juillet-septembre 1998, n°3, p. 551
48. LAITHIER Yves-Marie. La fausseté partielle de la cause : entre confirmation et innovation. *Revue des Contrats*, 1 octobre 2007, n°4, p. 1103
49. LAITHIER, Yves-Maire, *La rupture des pourparlers*. *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 51, juillet – août 2010, pp. 117
50. LECOURT Arnaud. Vers l'émergence d'un droit subjectif au maintien des pourparlers ?. *JCP G*, 15 Oct. 2003, n° 42, II, p. 10162
51. LE GAC-PECH Sophie, *L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ?* *Revue Lamy Droit Civil*, n° 97, octobre 2012, p. 88
52. LE GALLOU Cécile. Réticence dolosive et manquement à l'obligation précontractuelle : deux faux amis. *Revue Lamy DC*, 2005, n° 20, p. 9-10.
53. LE GALLOU Cécile. *Cumul de la nullité pour dol et réparation : oui mais pour quel préjudice ?* *Revue Lamy droit civil*, n° 97, Octobre 2012, p. 12.
54. LE TOURNEAU Philippe. La rupture des négociations. *RTD com.* 51(3), juillet-septembre 1998, p. 479
55. LOISEAU Grégoire. Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion. *JCP G*, 24 Janv. 2001, n°4, II, p. 10461
56. LUCET Frédéric. Consensualisme et Formalisme. *Revue de Jurisprudence Commerciale*, n° spécial : « L'échange des consentements », novembre 1995, p. 42
57. LYON-CAEN Gérard. De l'évolution de la notion de bonne foi. *RTD Civ.* 1946, p. 83
58. MALAURIE-VIGNAL Marie. La protection des informations privilégiés et du savoir-faire. *Recueil Dalloz* 1997, p. 207.
59. MATHEY Nicolas. Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de pourparlers, note sous Cass. com. 26 nov. 2003. *Revue des sociétés*, 2004, n°2, p.325
60. MAZEAUD, Denis, « *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée* », *Droit et Patrimoine*, juillet/août 1996, p. 50.
61. MAZEAUD Denis. L'attraction du droit de la consommation. In *Droit du marché et droit commun des obligations*. *RTD Com.* 1998. 95, spéc. n° 16.
62. MAZEAUD Denis. *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* Les petites affiches, 30 septembre 1998

63. MAZEAUD Denis. Regards positifs et prospectifs sur "le nouveau monde contractuel". *Les Petites Affiches*, 07 mai 2004, n° 92, p. 47
64. MAZEAUD Denis. Le nouvel ordre contractuel. *Revue des contrats*, 1^{er} décembre 2003, n° 1, p. 295
65. MAZEAUD Denis. Mystères et paradoxes de la période précontractuelle. In *Le contrat au début du. XXIe siècle - Etudes offertes à Jacques Ghestin*. Paris : L.G.D.J., 2001, p. 637
66. MAZEAUD Denis. Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique. *Répertoire du Notariat Deffrénois*, 1998, n° 19, p. 1137
67. MAZEAUD Denis. Lésion. *Répertoire de Droit Civil*, 2007, p. 2
68. MAZEAUD Denis. La confiance légitime et l'estoppel. *Revue Internationale de droit comparé*, Année 2006, Volume 58, Numéro 2 pp. 363-392
69. MAZEAUD, Henri, *Essai de classification des obligations*, Rev. Trim. 1936, 1.
70. MESTRE Jacques. Une bonne foi décidément très exigeante. *RTD Civ.*, 1992, p. 760
71. MESTRE Jacques. *Obligations en général - d'une interruption fautive de la période précontractuelle*. *RTD Civ.*, 1994, p. 849
72. MESTRE Jacques. La période précontractuelle et la formation du contrat. *Les Petites affiches*, 5 Mai 2000, n° 90, p. 7
73. MESTRE Jacques. Violence morale et dépendance économique. *RTD Civ.*, 2002, p. 502.
74. MESTRE Jaques. Pour un principe de bonne foi mieux précisé, *RLDC*, mars 2009, n°58, p. 9.
75. MOLFESSIS Nicolas, *Remarques sur l'efficacité des décisions de justice (à propos des effets de l'arrêt Chronopost)* *RTD Civ.* 1998.213.
76. MOUSSERON Pierre. *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*. *RTD com.* 51 (2) avril-juin 1998, p. 243
77. NEAU-LEDUC Philippe. Sanction de l'obligation d'information de la banque à l'égard des co-titulaires d'un compte joint. *JCP E*, n° é3, 8 juillet 2000, p. 895
78. PARDOEL Dorothée. *Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale*. *Les Petites Affiches*, n° 131, 3 Juillet 2001, p. 13
79. PEIS-HITIER Marie-Pierre. *De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats*. *Les Petites Affiches*, 25 janvier 2006, n° 18, p. 8
80. PUJOL-REVERSAT Marie-Christine. La bonne foi, principe général du droit dans la jurisprudence communautaire. *Revue trimestrielle de droit européen* 2009, p. 201.
81. ROJOT Jacques. *La gestion de la négociation*. *RTC Com.*, 1998, p. 447
82. SALEILLES Raymond. *De la Responsabilité précontractuelle, à propos d'une nouvelle étude sur la matière*. *RTD Civ* 1907, p. 697.
83. SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna. *La sanction de la faute précontractuelle*. *RTD Civ.*, 1974, p. 46
84. SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna. *La période précontractuelle en droit français*. *Revue International de droit comparé*, Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990. pp. 545-566.
85. SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna. *L'absence de motifs légitimes de rupture de pourparlers entraîne condamnation des auteurs de la rupture et réparation du préjudice subi*. *D.*, 1999, p. 127.

86. SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna. *Rupture fautive de pourparlers ayant duré plusieurs années*. *JCP E*, n° 13, 1 avril 1999, p. 579
87. STOFFEL-MUNCK Philippe. *La rupture des pourparlers se dote d'un régime complet et cohérent*. *JCP E*, n°20, 13 mai 2004.
88. STOFFEL-MUNCK Philippe. Autour du consentement et de la violence économique. *Revue des contrats*, janvier 2006, n°. 1, p. 45
89. STOFFEL-MUNCK Philippe. Un journal d'annonces engage sa responsabilité au cas où l'une d'elles ne rend pas un compte exact de la réalité, note sous Cass. 2^{ème} civ., 10 juin 2004. *Communication - commerce électronique 2004*, n°10, p.38
90. THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine. Libres propos sur la transformation du droit des contrats. *RTD Civ.*, 1997, p. 357
91. VIOLET Franck. Rupture de manière délibérée et de mauvaise foi de pourparlers. *JCP E*, n° 6, 7 février 2001, II, 10470
92. VINEY Geneviève. L'appréciation du préjudice. *Les Petites Affiches*, n° 99, 19 mai 2005, p. 89.
93. VINEY Geneviève. Responsabilité civile. *JCP G*, n° 29, 16 juillet 2003, I 152
94. VIVIEN Georges. De l'erreur déterminante et substantielle. *RTD Civ.*, 1992, p. 305
95. WITZ Claude. La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations. *D.*, 2002, p. 3156

II. BIBLIOGRAPHIE CHOISIE EN LANGUE ESPAGNOLE

A. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

1. ANGULO RODRIGUEZ Luis (de), CAMACHO DE LOS RIOS Javier (coord.). *Cuestiones actuales del derecho de seguros*. Barcelona: Atelier Serie Mayor, 2002
2. BAENA UPEGUI Mauricio. *De las obligaciones en derecho civil y comercial*. 3a. edición: Editorial Legis, 2000
3. BELLO Andrés. *Obras completas. Proyecto de Código civil*. Segundo Tomo. Universidad de Chile: 1932.
4. BETANCOURT, Fernando. *Derecho Romano Clásico*, 3a edición, Universidad de Sevilla, España, 2007.
5. BETTI Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I., Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1969
6. CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Vol 5, de las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile.
7. DARAY Hernán. *Daño psicológico*. 2^a ed. Buenos Aires: Editorial ASTREA, 2006
8. DIEZ-PICAZO, LUIS Y PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los actos propios*, Editorial Bosch, 1963.
9. OTS CAPTDEQUI, José María, *Manual de Historia del Derecho Español y de las Indias y del Derecho Propiamente Indiano*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1945

10. ENNECCERUS Ludwig. *Tratado de Derecho Civil: Derecho civil, Parte General, Volumen Primero*. Traducido por González Blas Pérez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953
11. GHERSI Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial ASTREA, 2003
12. GIRGADO PERANDONES Pablo. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños: Una aproximación a su significado*. Granada: Editorial Comares, 2005
13. HARTEN Carlos. *El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro. Exposición y crítica del modelo brasileño y estudio del derecho comparado*. Salamanca: Ratio Legis, 2007
14. HINESTROSA Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003
15. IGLESIAS Juan. *Derecho Romano, Historia e Instituciones*. Madrid : Ariel Derecho, 1990
16. LARENZ Karl. *Derecho Civil: Parte General*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea Munich. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978
17. LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
18. ROCHA ALVIRA Antonio, par MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes, *Lecciones sobre Derecho Civil Obligaciones*. Bogota: Editorial Universidad del Rosario, 2009
19. MELICH ORSINI José. *Doctrina General del Contrato*. 5a ed. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios No. 61. 2010.
20. MOSSET ITURRASPE Jorge, PIEDECASAS Miguel. *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006
21. ORDOÑEZ ORDOÑEZ Andrés. *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*. 2e ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008
22. OSPINA FERNANDEZ Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. 4a edición, Bogotá, Temis, 1987
23. PEREZ VIVES Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I, Parte Primera, *De las fuentes de las Obligaciones*. 4a ed. Bogotá : Ediciones doctrina y Ley, LTDA, 2009
24. POTHIER Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1730
25. ROCHA ALVIRA Antonio, *De la Prueba en Derecho*. Bogotá : Editorial de la Universidad Nacional, 1949
26. RUBIO VICENTE Pedro. *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*. Madrid: Editorial Mapfre, 2003
27. TAMAYO JARAMILLO Javier. *De la Responsabilidad Civil*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999
28. THIBIERGE Catherine. *Nulidad, Restituciones y Responsabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010
29. URIBE-HOLGUIN Ricardo. *De las Obligaciones y de los Contratos en General*. Bogotá : Ediciones Rosaristas, 1980
30. URIBE-HOLGUIN Ricardo. *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*. Bogotá : Editorial Temis, 1970

31. VELEZ, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, Tomo VI, Segunda edición corregida y aumentada por el autor y por Luis-Angel ARANGO, Imprenta Paris-América, 14-16, Boulevard Poissonnière, Paris, 1926

2. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

1. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. La nulidad de los actos jurídicos No. 34. Colección Internacional. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.
2. CANTARELLI Leonor. Daño al interés negativo. *Las tesinas de Belgrano* [en ligne]. Departamento de Investigación. Universidad de Belgrano. sept. 2004 [octubre 2008], n° 152. Disponible sur : http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/152_cantarelli.pdf
3. COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE DE COMMERCE, Proyecto de Código de Comercio, Tomo II, Ministère de la Justice, Bogotá, 1958.
4. COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE DE COMMERCE, 1968 - 1971, p. 1, Actes N° 37 et 38. Disponibles au Ministère de la Justice, Bogota, Colombie.
5. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Saneamiento por vicios ocultos: las acciones edilicias, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
6. ESCOBAR SANIN, Gabriel. Contratos civiles y comerciales. Volúmen 2, Editorial Biblioteca Jurídica Dike, 1ª edición, Bogotá, 1994.
7. MANZANARES SECADES, Alberto. La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares. Anuario de derecho español, 1985, Madrid, p. 687
8. MONSALVE CABALLERO Vladimir. *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*. Colección Biblioteca de Tesis Doctorales No. 6, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010.
9. ORDOÑEZ ORDOÑEZ Andrés (compilador), *Jurisprudencia de Seguros, Corte Suprema de Justicia 1971-2000*, Acoldese y Fasecol, Bogotá, 2000.
10. SOZZO Gonzalo. *Antes del contrato: los cambios en la regulación jurídica del periodo contractual*. 1ª ed. Buenos Aires: Lexis-Nexis Argentina, 2005
11. URDANETA FONTIVEROS, Enrique. El error, el dolo y la violencia en la formación de los contratos. Serie estudios No. 83. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010.

3. ETUDES ET ARTICLES

1. BERNAL-FANDIÑO, Mariana. *El solidarismo contractual, especial referencia al derecho francés*. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 114: 15-30, julio-diciembre de 2007
2. CÉSPEDES BÁEZ, Lina María, *Colombia's Victims Law and the Liability of Corporations for Human Rights Violations*. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2012, 14 (1), pp. 177-213.

3. CODHES. *Aproximación a la realidad actual del desplazamiento y políticas de Estado*. Carta ejecutiva Noviembre. Boletín de Información gremial, Medellín : Federación Antioqueña de ONG : octubre de 2001
4. COMMISSION INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME (CIDH): *Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, Junio de 1999.
5. GONZÁLEZ CHAVARRÍA, Alexander, *Justicia transicional y reparación a las víctimas en Colombia*. Revista Mexicana de Sociología 72, núm. 4 (octubre-diciembre, 2010): 629-658.
6. GUTIÉRREZ SANÍN, Francisco, *Una relación especial: privatización de la seguridad, élites vulnerables y sistema político colombiano (1982-2002)*. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2012, 14, (1), pp. 97-134.
7. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *Sobre las acciones del comprador insatisfecho*. *in: Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2010
8. MANTILLA ESPINOSA Fabricio. *El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia*. Artículo. Revista Chilena de Derecho Privado. N° 16, Santiago, Chile, 2011, pp. 187-241.
9. MARTÍNEZ BAEZA, Sergio. *El derecho castellano-indiano en el Código Civil de Bello*. Revista Chilena de Historia del Derecho, Norteamérica, 0 4 10 2010. Consultado el nov 20, 2012, de <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewArticle/5366/5251>
10. MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes. *De la faute y de la culpa*. *In:* Fabricio MANTILLA y Carlos PIZARRO. Libro Homenaje a Christian Larroumet. Universidad del Rosario. Bogota : 2009
11. MENDIETA, Jaime. *La Culpa In Contrahendo, Historia, Evolución y Estado Actual de la Cuestión*. *In:* Revista e-mercatoria Volumen 10, Número 2, julio – diciembre 2011. Disponible En : <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/PDF02/125.pdf>
12. MONSALVE CABALLERO, Vladimir. *Disertación para una nueva Construcción en Colombia de la Culpa in contrahendo*. REVISTA DE DERECHO, N° 27, Barranquilla, 2007.
13. MONSALVE CABALLERO, Vladimir, *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea*. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 117 : 115-152, julio-diciembre de 2008, p. 130.
14. MUNÉVAR M., Dora Inés, *Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género*. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2012, 14, (1), pp. 135-175.
15. QUINTANA BRAVO, F.. *La doctrina de la claridad en el pensamiento ilustrado de Andrés Bello*. Revista Chilena de Historia del Derecho, Norteamérica, 028 08 2012. Consultado el nov 20, 2012, de <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewArticle/22145/23462>
16. OVIEDO ALBAN, Jorge, *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*. *In :* Universitas. Bogotá (Colombia) No. 115 : 83-116, enero – junio de 2008, p. 96.
17. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, *Informe estadístico de quejas recibidas por entidades vigiladas, defensores del consumidor financiero y Superintendencia Financiera de Colombia, establecimientos bancarios*, año 2011. Disponible sur : <http://www.superfinanciera.gov.co/>

18. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, Concepto 2011037237-001.
19. TAPIAS ROCHA, Hernando. *La concepción del daño en el Código de Bello*. Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet. Coordinado por MANTILLA ESIPINOSA, Fabricio y PIZARRO WILSON, Carlos. Universidad del Rosario y Fundación Fueyo. Bogotá, 2008.
20. TAPIA R., Mauricio. *Commemoración del sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: un análisis de las razones de su celebridad*. Revista Chilena de Historia del Derecho, Norteamérica, 0 4 10 2010. Consultado el nov 20, 2012, de <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewArticle/5137/5021>
21. UPRIMNY-YEPES, Rodrigo, SÁNCHEZ, Nelson Camilo, *Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2010, 12, (2), pp. 305-342

II. BIBLIOGRAPHIE CHOISIE EN LANGUE ANGLAISE ET ITALIENNE

A. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

1. CARTWRIGHT John, HESSELINK Martijn. *Precontractual Liability in European Private Law (The Common Core of European Private Law)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008
2. DE MAURO Antonio et FORTINGUERRA Fabio. *La Responsabilità precontrattuale*, Cedam, Padova, 2002.
3. LEGRAND Pierre et RODERICK Munday, *Comparative legal studies: Traditions and Transitions*. Cambridge University Press. United Kingdom, 2003
4. ZWEIGERT, Konrad and KÖTZ, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, translated by Tony Weir, Oxford University Press, third edition, Oxford, New York, 1998

B. ARTICLES D'OUVRAGES COLLECTIFS

1. CARTWRIGHT John. Protecting Legitimate Expectations and Estoppel: English Law. Dans : *La confiance légitime et l'Estoppel* / ss. dir. de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON. Paris : Société de législation comparée, 2007, p. 321-348.
2. De VRIES Gérard. Estoppel in Dutch Law. Dans : *La confiance légitime et l'Estoppel* / ss. dir. de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON. Paris : Société de législation comparée, 2007, p. 319-320.
3. FAUST Florian, WIESE Volker. Protecting legitimate expectations: the German perspective. Dans : *La confiance légitime et l'Estoppel* / ss. dir. de

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON. Paris : Société de législation comparée, 2007, p. 99-135.

4. MARINI Giovanni. Italian Report on Protecting Legitimate Expectations and Estoppel. Dans: *La confiance légitime et l'Estoppel* / ss. dir. de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON. Paris : Société de législation comparée, 2007, p. 295-303.

III. Documents juridiques

A. JURISPRUDENCE FRANÇAISE

- Cass, req. 28 mai 1888, DP 1889.1.315
- Dijon, 15 févr.1893, S.1894, 2, p.144.
- CA Chambéry, 11 janv. 1894, DP 1895.2.235
- Cass. Req. 6 avr. 1903, S. 1904. 1.505, note Waquet
- Cass. Req. 27 février 1906, DP 1907. 1.252
- Cass. Civ. 28 janv. 1913, S. 1913.1.487
- Cass. Civ. 9 avr. 1913, DP 1917.1.103 : promesse de 65000 F. pour un manque de 20 F
- Cass. Req. 13 déc. 1927, S. 1928.1.125
- Cass. Req. 7 juill. 1931, DH 1931. 445
- Req. 30 déc. 1940 : DC 1941. 107, note Carbonnier.
- Cass. civ. 3 août 1942 : DA 1943, p. 18
- CA Paris, 3 fév. 1944.71
- Cass. 1^o civ. 30 juin 1954, JCP 1954. II. 8325, obs. Y.
- Civ. 1^o, 3 nov. 1959, D. 1960.187, note Holleaux
- Civ. 1^{re}, 15 oct. 1963: D. 1963. 715.
- Cass. 3^o civ. 17 juillet 1967, D. 1967. 509
- Cass. 3^o civ. 14 mai 1970, Bull. civ. III, n^o 329
- Com., 20 oct. 1970, JCP 1971, II, 16916 note J. Ghestin
- Com., 20 mars 1972, Bull. Civ., IV, n^o 93; JCP 1973.II.17543, note SCHMIDT.
- Cass. civ. 2^o, 13 avr. 1972, Bull.civ. II, n^o 91; D. 1973, note J. ROBERT; JCP G, 1972.II.17189, note P. Level. Contre : Th . Clay, « L'Arbitre » n^o 649-651.
- Com., 20 mars 1972, Bull. Civ., IV, n^o 93 ; JCP 1973.II.17543, note SCHMIDT-SZALEWSKI ; RTD civ. 1972.779, obs. G. Durry.
- Civ. 3^o, 3 octobre 1972, Bull. civ. 1972, III, n^o 491
- Cass. 3^o civ. 18 déc. 1972, Bull. civ. III, n^o681
- Cass. 3^{ème} civ. 27 juin 1973
- Com. 4 juillet 1973: Bull. civ. IV. n^o 238 ; R. 1973-1974, p. 66., D. 1974, p. 538 Note Ghestin.
- Civ. 3^e, 5 févr. 1974: Bull. civ. I, n^o 57; Defrénois 1974, 959, note Frank.
- Cass. soc. 13 mars 1974 : Bull. civ. V, n^o 173 et Cass.
- Com., 21 oct. 1974, n^o 73-13.323, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale N. 258 P. 209.

- Cass. 1^{re} civ., 4 février 1975: JCP 1975, éd. N, II, 18100, note Christian Larroumet ; D. 1975, p. 405, note Ch. Gaury ; RTD Civ. 1975, p. 537, n° 1, obs. G. Durry ; Defrénois 1975, art. 31030, p. 1532, n° 49, obs. J.-L. Aubert
- Cass. 1^{ère} civ. 12 avril 1976, Bull. Civ. I, p. 98
- Civ. 1^{re}, 14 nov. 1979, Bull. civ. I, n° 279, p. 226, D. 1980 IR p. 264, obs. J. Ghestin, RTD civ. 1980.763, obs. F. Chabas.
- Civ. 3^e, 3 févr. 1981, D. 1984.457, note J. Ghestin
- Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 1979: Bull. civ. I, n° 279 ; D. 1980, inf. rap. P. 264, obs. J. Ghestin; RTD Civ.1980, p. 763, n° 2, obs. Fr. Chabas.
- Soc. 7 janvier 1981.
- Civ. 1^{re}, 21 janv. 1981, Bull. civ. I, n° 25, p. 23.
- CA Toulouse, 26 mars 1981, D. 1981.386, note R. Merle
- Cass. 3^{ème} civ. 23 février 1982 : JCP G 1982, IV, p. 167
- Douai, 16 juin 1982 : JCP 1983. II. 20035, note Jambu-Merlin ; RTD civ. 1984, 111, obs. Chabas.
- CA Paris, 8 juillet 1982, D. 1983.473, note Landraud.
- Com., 7 févr. 1983, n°81-15339.
- Com., 7 févr. 1983, Bull. civ. IV, n° 50.
- Cass. civ. 1^{re}, 16 février 1983, Bull., I, 1983, n° 65, p. 56.
- Cass. 3^e civ. 17 janv. 1984, Bull. civ. III, n° 13, Defrénois 1985, art. 33481, n° 11, obs. J.-L. Aubert, RTD Civ. 1985.367, obs. Mestre.
- Soc. 8 nov. 1984, Bull. civ. V., n° 423, RTD Civ. 1985.368, obs J. Mestre.
- Cass. 1^{re} civ. 22 avr . 1986, Bull. civ. I, n° 98
- Civ. 1^{re} 23 janv. 1987, D. 1987. IR p. 168
- Civ. 3^e, 25 févr. 1987, Bull, civ. III, n° 36, p. 21; Civ. 1^{re}, 12 nov. 1987, Bull. civ. I, n° 293, p. 211. *Defrénois* 1988.1092, obs. Aubert, RTD *civ.* 1988.339, obs. J. Mestre ; Com., 28 juin 2005, D. 2006.2774, note Chauvel, RTD *civ.* 2005.591, obs. Mestre et Fages.
- Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1987, in RTD civ. 1988.310, obs. Jacques Mestre.
- Cass. 1^{re} Civ., 1er mars 1988, Bull. Civ. I, No. 56, p. 37
- Com. 28 juin, JCP 1988, IV, 319.
- CA Paris, 18 mai 1989, Ungaro, D. 1990, Jur. P. 340, note L. Cadiet ; D. 1990, somm., p. 75, obs. Y. SERRA ; RTD Com. 1990, p. 581, obs. A. CHAVANNE et J. AZEMA
- Com., 23 mai 1989: JCP 1989, éd. E, I, 18761 ; RTD civ. 1989, p. 736, obs. J. Mestre
- Com. 2 mai 1990, n° 88-14.722 ; Cas. com., 9 mai 1990, n° 88-19.215 ; voir n° 4602
- Com. 4 déc. 1990 : Contrats, conc., consom., février 1991, n°28, p. 4, obs. L. Leveneur
- Cass. 1^{ère} civ 3 janvier 1991, inédit.
- Com. 28 mai 1991, Bull. civ. IV, n°120, D. 1991, somm. 385, obs. L. Aynès
- Com. 31 mars 1992, Bull. civ. 1992, IV, n° 145, p. 102.
- CA Riom 10 juin 1992, RTD civ. 1993, p. 343, obs. J. Mestre.
- Cass. civ. 1^{ère}. 12 janvier 1994, n° 90-17.660
- Com. 22 février 1994, Bull. Civ. IV, n° 79, p. 61.
- Com. 22 février 1994, Rev. jur. com. 1995.105, note Karimi.

- Com. 18 octobre 1994, Épx Poulayer c/Cts Michel et a. : JCP 1994, éd. G., IV, 2568. – Adde, J.Ghestin, La formation du contrat, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 575.
- Civ. 3^e, 1^{er} févr. 1995 : Bull. civ. III, n° 36 ; Defrénois 1995. 1400, obs. Delebecque ; RDI 1996 79, obs. Groslière et Saint-Alary-Houin ; RTD civ. 1995.879, obs. Mestre.
- CA Paris, 18 janvier 1996, D. Affaires, 1996, 292.
- Com. 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 261 ; Grands arrêts, vol. 2, n° 156 ; D. 1997. 121, note Sériaux ; ibid. 1997. Somm. 175, obs. Delebecque. JCP 1997. II. 22881, note D. Cohen. Ibid. I. 4025, n° 17, obs. Viney. Ibid. I. 4002, n° 1, obs. Fabre-Magnan ; Gaz. Pal. 1997.2.519, note R. Martin. Defrénois 1997.333., obs. D. Mazeaud. CCC 1997, n° 24, obs. Leveneur ; RTD Civ. 1997.418, obs. Mestre.
- Cass. com. 7 janv. 1997. D. 1998, Jur. P. 45, note P. Chauvel.
- Cass. 1^{re} civ. 18 février 1997, n°95-11816.
- Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1997, RJDA 6/97, n° 813, p. 548 ; D. 1997, IR p. 74
- Cass. civ. 1^{re}, 25 févr. 1997: Bull. civ. I, n° 75 ; R., p. 271 ; GAJC, 12^e éd., n° 16. D. 1997. Somm. 319, obs. Penneau ; JCP. 1997. I. 4025, n° 7, obs. Viney ; Gaz. Pal. 1997. I. 274, rapp. Sargos, note Guigue ; Defrénois 1997. 751 obs. Aubert ; LPA 16 juill. 1997, note Dorsner-Dolivet. RCA 1997, Chron. 8, par Lapoyade-Deschamps ; CCC 1997. Chron. 5, par Leveneur ; RDSS 1997, 288, note Dubouis ; RGAT 1997. 852, note Rémy ; RDT. civ. 1997. 434, obs. Jourdain.
- Cass. com. 18 févr. 1997, Bull. n° 59
- Com. 22 avril 1997, Bull. Civ. IV, n° 98. 4 Cass, obs. Patrick, CHAUVEL D.1998, jur. 45 ; D. 1998, p. 45, 2^{ème} espèce
- Com. 17 juin 1997, B. IV n° 188, D. 1998.208 note CASEY, Défrénois 1997.1424 obs. L. AYNÈS, D. Qff. 1997.929, Bull. Joly 1997.866 note Le CANNU, Droit et Société 1997 n° 152 obs. T. BONNEAU, RTD Civ. 1998, p. 100 obs. J. MESTRE, p. 157 obs. P. CROCQ, JCP 1997 éd. E II.1007 note D. LEGEAIS.
- Cass. civ. 1^{re}, 14 oct. 1997: Bull. civ. I, n° 278 ; R. p. 271 ; JCP 1997. II. 22942, rapp. Sargos ; ibid. I. 4068, n°6 s., obs. Viney ; RTD civ. 1998. 100, obs. Mestre.
- Civ. 1^{re}, 6 janvier 1998, D.A. 1998.242, J.C.P. 1998.II.10066, note Fages, Rep. not. 1998.741, obs. Mazeaud.
- Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, Bull. Civ., I, n° 7.
- Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, JCP 1998. II. 10066, note B. PAGES, notés aussi par M. VINEY, ibidem, note 645. obs. Durry
- Com. 27 janvier 1998, RTD civ. 1998.904, obs. Mestre
- Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 1998: Bull. civ. I, n° 67 ; R. p. 273 ; JCP 1998. I. 144, n° 20, obs. Viney ; LPA 6 mai 1999, note Halliez ; RTD. civ. 1998. 681, obs. Jourdain.
- Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1998, n° 96-14610, inédit
- Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1998: Bull. civ. I, n° 187 ; R., p. 273 ; D. 1998.530, note Laroche-Gisserot.
- Cass. civ. 3^{ème}, 21 juillet 1998, Cont. Conc., Cons. 1998, p. 14
- Cass. Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, Bull. civ. I, Nos. 278 et 291
- Cass. 1^{re} civ. 13 janvier 1999, Bull. civ. III, n° 11, p. 7.
- Cass. 3^e civ. 13 janv. 1999, Bull. civ. III., n° 11 ; D. 2000. 76, note Willmann ; JCP 1999.I.143, n° 1, obs. Loiseau ; Gaz. Pal. 2001. 1583, note Rovinski ; Defrénois

1999. 749, bs. Delebecque ; CCC 1999, n° 54, note Leveneur ; RTD civ. 1999. 381, obs. Mestre.
- Civ. 3^e, 10 févr. 1999, n° 90, note Leveneur
- Cass. 1^{re}, 18 janv. 2000, 97-17716
- Cass. 1^{re} civ., 15 févr. 2000, inédit.
- Civ. 1^{re} 14 juin 2000, R.J.D.A. 2000, N° 949.
- Com. 11 juillet 2000, Contrats, conc. consomm. 2000, N° 174, obs. Leveneur, Petites Affiches, 21 mars 2001, note Dagorme-Labbé, R.J.D.A. 2001, N° 26
- Civ. 1^{ère} 3 novembre 2000
- Cass. Civ. I, 21 novembre 2000, n°98-11.891 ; RGDA 2001, p.1052, note J. Kullmann
- Com., 6 févr. 2001, D. 2001, p. 1024
- Cass. civ. 3^e, 28 févr. 2001, 99-14848
- Com., 29 mai. 2001, n° 98-12.145
- Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, 00-14553
- Paris 19 janvier 2001, D. 2001.IR.677
- Civ. 3^e 21 mars 2001: Bull. Civ. III, n° 38; D- 2001. IR. 1220; JCP 2001. I. 358, n° 16 ; obs. Macorig-Vernier
- Cass. com., 26 mars 2002 : Bull. civ. 2002, IV, n° 57
- *CA Versailles, 6 oct. 2000*, Droit & Patrimoine, 2002, p. 109.
- Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, 00-12932. D. 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et note J.-P. Chazal ; *ibid.* Somm., p. 2844, obs. D. Mazeaud ; *Defrénois* 2002, p. 1246, obs. É. Savaux ; *JCP G* 2002, I, 184, n° 6 s., obs. Virassamy ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Dr. et patrimoine.*, 2002, n° 107, p. 26, étude G. Loiseau ; *Contrats Conc. Consom.* 2002, n° 8, p. 18, obs. L. Leveneur
- Civ.1^{re}, 15 mai 2002, D. 2002, IR p. 1811 ; Civ. 3^e, 11 mai 2005, *RTDciv.* 2005.590, obs. Mestre et Fages.
- Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, 00-12932. D. 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et note J.-P. Chazal ; *ibid.* Somm., p. 2844, obs. D. Mazeaud ; *Defrénois* 2002, p. 1246, obs. É. Savaux ; *JCP G* 2002, I, 184, n° 6 s., obs. Virassamy ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Droit et patrimoine.* 2002, n° 107, p. 26, étude G. Loiseau ; *Contrats Conc. Consom.* 2002, n° 8, p. 18, obs. L. Leveneur
- Cass. Com. 18 juin 2002, R.J.D.A. 2002, No. 1111, Rev. trim. dr. civ. 1984.97, obs. Mestre
- Cass. 3^e civ., 3 juill. 2002, n° 00-22.192, Sté. Poree Halvik c/ SCI Nouveau Plexi et M. Loisel, rejet, obs. Patrick CHAUVEL
- Cass. Civ. 1^e, 17 septembre 2003, Bull. Civ. I, n° 183; JCP 2004. I. 123, n°1, obs. SERINET ; Gaz. Pal. 2004. 1049, note CREVEL ; CCC. 2004, n° 2, note LEVENEUR ; LPA, 27 septembre 2004, note CABROL.
- Cass. Civ. 1^{re}, 11 mars 2003, JCP 2003. I. 142, observations J. ROCHFELD ; RDC 2003. 39, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2003. 287, observations J. MESTRE et B. FAGES.
- Cass. 1^{ère} civ. 13 mai 2003, Bulletin 2003 I N° 114 p. 89 ; Répertoire du notariat Defrénois, 2003-12-15, n° 23, jurisprudence, article 37845, p. 1568-1574, note Rémy Libchaber. JCP, Ed. g, II, 10144, p. 1625-1626, note Richard DESGORCES
- Cass. civ. 1^{ère} 13 mai 2003, Bull. civ. IV, n° 41, Rapport de la Cour de cassation, p. 251, Gaz. Pal. 1999.1. Somm. 102, obs. S. Piedelièvre.
- Cass. Civ. 1^e, 13 mai 2003, n° 01-11511, Bull.civ. I, n° 114, D. 2003, AJ. 2308 [2^e esp.], obs. V. AVENA-ROBARDET, JCP 2003. II. 10144, note R.

- DESGORCES, JCP, éd. E, 2003. 107, obs. LOISEAU, Defrénois 2003. 1568, obs. R. Libchaber, RTD civ. 2003. 700, obs. J. MESTRE et B. FAGES, Droit et Patrimoine, fév. 2004, p. 125, obs. P. Chauvel.
- Cass. civ. 13 nov. 2003, Bull. civ. IV, n° 172 ; D. 2004. AJ. 60, Obs. V. AVENAROBARDET, RTD civ. 2004.86, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
 - Com., 26 nov. 2003, n° 00-10243: D. 2004, 869, note A.-S. Dupré Dallemagne ; JCP G2004.I.163, obs. G. Viney ; JCP E 2004, 738, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RDC2004, 257, obs. D. Mazeaud ; RTDciv.2004, 80, obs. J. Mestre et B. Fages.
 - Com. 25 fév. 2004, N°: 01-13332. Inédit au bulletin
 - Civ. 1^{re}: 8 jun. 2004, Bull. civ. I, n° 166 ; D. 2004. AJ. 1897; RTD com. 2004.581, obs. D. Legeais ; JCP E 2004. 1442, note D. Legeais ; Banque et Droit 2004, n° 98, p. 56, obs. T. Bonneau
 - Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2004, 01-17258
 - Soc. 30 nov. 2004, Bull. civ. V, n° 303; D. 2005. IR. 14; RDC 2005. 378, obs. Radé
 - Civ. 2^e, 17 févr. 2005, n° 03-14.402, Bull. civ. II n° 32
 - CA Versailles, 12^e ch., 3 mars 2005, n° 03/08008
 - Com., 8 mars 2005, 02-15783
 - Civ. 3^e, 22 juin 2005, Bull. civ. III, n° 137, CCC 2005, n° 186, note Leveneur, RDC 2005.1025, obs. Stoffel-Munck.
 - Com. 28 juin 2005, N° 03-16.794, Bull. IV. n° 140.
 - Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, Bull. civ. I, n° 327 ; D. 2005. Jur. 3094, note B. Parance, AJ 2276, obs. Delpech, et 2006. Pan. 155, obs. D.R. Martin et H. Synvet ; RTD com. 2005. 820, obs. D. Legeais. RDI 2006. 123, obs. H. Heugas-Darraspen ; JCP 2005. II. 10140, note A. Gourio ; Banque et Droit 2005, n° 104, p. 80. obs. T. Bonneau
 - Cass. civ. 2^e, 8 sept. 2005, 04-12041
 - Com., 8 novembre 2005, 03-14172
 - Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2005: Bull. civ. 2005, I, n° 327.
 - Cass. 2^e civ., 3 mai 2006, n° 05-12.069. V. aussi, Revue Lamy Droit civil, n° 98, novembre 2012, p. 21
 - Com., 20 juin 2006 : Bull. civ. 2006, IV, n° 145.
 - Cass. civ. 3^e, 28 juin 2006 (*cassation partielle*), pourvoi n° 04-20040, Bull. civ. III, n° 164, p. 136 ; JCP éd. G 2006, II, 10130, note O. Deshayes ; JCP éd. G 2006, I, 166, n° 6, obs. Ph. Stoffel-Munck.
 - Cass. com., 6 févr. 2007
 - Cass. civ. 3 avril 2007: Bull. Civ. I, n° 141; D. 2007. 2288, note BAILLET BOUIN; ibid. AJ. 1201, note GALLMEISTER; CCE 2008, Chronique n°9, note HENAFF; RTD Com. 2007. 823, observation BOULOC.
 - Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, 06-19301
 - Cass. Civ. 1^{re}, 31 mai 2007, 05-21316
 - CA de Toulouse 2^e ch sect° 2, 16 oct. 2007, 05-06220
 - Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, 06-19301
 - Cass. 1^{re} civ. 12 déc. 2007, n° 06-16.920. V. aussi, Revue Lamy Droit civil, n° 98, novembre 2012, p. 21.
 - CA Agen, Ch. Civile, 25 mars 2008 N° 07/00574
 - Com., 15 avr. 2008, pourvoi n°07-12.645
 - Cass. civ. 3^e, 21 mai 2008, 07-10772

- Soc., 24 septembre 2008, n° 06-45.579, Juris. Hebdo. n° 220/2008 du 13 octobre 2008, Bull. n° 175
- Cass. civ. 3^e, 19 nov. 2008, n° 07-17.880, D. 2008.3085, note FAGES, Bertrand, RTD Civ 2009, p. 115.
- Cass. civ. 1^{re}, 18 févr. 2009, 08-11221
- Cass. ass. plén., 27 févr. 2009 : JCP. G 2009, II, 1073, note P. Callé
- Cass. civ. 1^{re}, 30 avril 2009, 08-13870
- Civ.1^{re}, 20 mai 2010 n° 09-65045 ; RDC 2010/4, 1185, obs. C. Péres
- Soc., 10 novembre 2009, n° 08-41.497 FS-PBR
- CA Paris, 25 novembre 2010, n° 0912159
- Com., 18 janvier 2011, n° 09-14.617 inédit
- Com., 10 juill. 2012, n° 11-21.954, P+B+I
- Com. 18 sept. 2012, n° 11-19.629

B. JURISPRUDENCE COLOMBIENNE

- CSJ. Civ. 9 févr. 1932, G.J. t. XXXIX, p. 463.
- CSJ. Civ. 25 de noviembre de 1.938, G.J.XLVII, 411 de 1.939, XLVIII, 191.
- CSJ. Civ. 5 octobre 1939, G.J. XLVIII, pp. 720-723
- CSJ. Civ. 2 de septiembre de 1.941, LII, 33
- CSJ. Civ. 25 de febrero de 1.942, LIII, 85
- CSJ. Civ. 31 de julio de 1.949, XLIX, 625; 2 de 625
- CSJ, Civ. 27 de marzo de 1952, G.J. T. LXX, p. 510
- CSJ, Civ. 31 de marzo de 1954, GJ. LXXVII, p. 17
- CSJ. Civ. 28 de julio de 1958, LXXXVIII, 561 a 63
- CSJ. Civ. 17 de octubre de 1962.
- CSJ, Civ. 16 décembre 1969 G.J. CXXXII-273.
- CSJ. Civ. 28 de julio de 1976, In : Jurisprudencia de Seguros, Corte Suprema de Justicia 1971-2000, Andrés Ordóñez Ordóñez (compilador), Acoldese y Fasecolda, Bogotá, 2000, p.51
- CSJ, Civ. 29 de agosto de 1980
- CSJ. Civ. mayo 3 de 1984, G.J. CLXXVI, p. 184 et ss. mayo 3 de 1984, Código Civil de hojas intercambiables de Legis, § 6597.
- CSJ, Civ, Sentencia del 28 de junio de 1989, M. P.: Rafael Romero Sierra
- CSJ. Civ. 23 Noviembre 1989. In : “*Jurisprudencia y Doctrina*”, t. XIX, No. 217.
- CSJ. Civ. 27 de junio de 1990. MP Dr. Pedro Lafont Pianetta. Expediente No. Tomo CC N° 2439. Gustavo Arango Escobar y Luis Fernando Arango Duque contra Fernando Buitrago Gómez y la sociedad Globo T.V. Ltda; In : “*Jurisprudencia y Doctrina*”, t. XIX, No. 225, Legis, Septiembre de 1990, p. 649
- CSJ, Civ. 11 de septiembre de 1991
- CSJ, Cas. Civ. 21 de marzo de 1997
- CSJ. Civ., sent. de 31 de marzo de 1998, M.P. Dr. Rafael Romero Sierra. Expediente No. 4962.
- C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de junio 7 de 2001, Expediente 13405.

- CSJ. Civ. 11 de mayo de 2000
- CSJ, Civ 2 de febrero de 2001, expediente 5670.
- CSJ. Civ. abril 5 de 2001, MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. No 5897
- CSJ. Civ. 2 de agosto de 2001, M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo
- CSJ. Civ., 13 de diciembre de 2001, Expediente No. 6775, MP Manuel Ardila Velásquez.
- CSJ, Civ. 11 de abril de 2002, Expediente No. 6825. V. aussi Ordóñez Ordóñez Andrés E. Op. cit. p. 23
- CSJ, Civ. 21 de mayo de 2002. M.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno, Expediente Nro. 7288.
- CSJ, cas. civ. 12 août 2002, M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente No. 6151.
- CSJ. Civ. 12 de septiembre de 2002
- CORTE CONSTITUCIONAL, Septiembre 2002, T-729/2002, MP. Dr. Eduardo Montealegre Lynett
- CSJ. Civ. 13 de diciembre de 2002, MP. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- CSJ. Civ. 18 de febrero de 2004
- CORTE CONSTITUCIONAL -Protección de derechos fundamentales de personas e indígenas desplazados por el conflicto armado en el marco de superación del estado de cosas inconstitucional declarado en sentencia T-025/04, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CSJ, Civ. 27 de julio de 2006. M.P. Dr. Cesar Julio Valencia Copete. Expediente No. 05001-3103-017-1998-0031-01
- CSJ. Civ., 29 de diciembre de 2006, M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. N° 1998-10363-01
- CSJ, CAS. CIV. 26 DE ABRIL DE DOS MIL SIETE (2007). REF: EXP. 11001-31-03-022-1997-04528-01. M.P. MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ
- CSJ. Civ. de 6 de agosto de 2007, Exp. No. 15701, MP. Pedro Octavio MUNAR CADENAS, Exp. No.13001 31 03 001 1999 00157 01.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-496/08: Acción de tutela, instaurada por Patricia Buriticá Céspedes en nombre propio y en representación de “Alianza Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz” (IMP), y otras mujeres víctimas de la violencia, contra el Ministerio del Interior y de Justicia y la Fiscalía General de la Nación. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 092 de 2008
- CSJ, Sala de Casación Civil, agosto 4 de 2009, MP. Edgardo VILLAMIL PORTILLA, Exp. No. 11001-3103-009-2000-09578-01
- CSJ. Civ., 4 de noviembre de 2009, MP. Pedro Octavio Munar Cadena. Expediente No. 11001 3103 024 1998 4175 01. Disponibles sur :
- <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Providencias/1998-4175-01.pdf>
- Corte Constitucional, sentencia del 8 février 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, disponible sur <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-052-12.htm>