

# Thème n° 1

## LA NOTION DE CONTRAT

### I. METHODOLOGIE

- La méthodologie des exercices juridiques.
- La recherche documentaire et l'actualité juridique.
- Le contrôle des connaissances.
- La révision de la méthode : de la dissertation, du commentaire d'arrêt et du cas pratique.

**La dissertation.** Il s'agit d'un exercice où vous allez démontrer vos talents de synthèse, en organisant vos connaissances afin d'exposer de manière réfléchie et logique, et éventuellement critique, l'état du droit sur une question.

Il est impératif de respecter une méthodologie rigoureuse, sous peine de passer à côté du sujet. Dans un premier temps, vous devez étudier les termes du sujet mot à mot afin de comprendre la problématique du sujet, c'est à dire la question qui vous est posée. Il peut s'agir par exemple de réfléchir sur une notion, ou de mener une comparaison entre deux institutions juridiques.

Une fois la problématique dégagée, il convient de rassembler tous les éléments nécessaires à la construction de votre raisonnement. Vos connaissances doivent venir comme des supports à la démonstration que vous organisez. Il faut bien avoir conscience que le seul exposé des connaissances ne vaut rien ; les connaissances doivent intervenir comme des arguments au service d'un raisonnement. A partir de là, vous devez construire votre plan. C'est une étape essentielle. Il doit être clair dans son déroulement et dans ses intitulés qui doivent être en parfaite adéquation avec ce qui sera développé dans les parties. Attention à ne pas avoir des intitulés éloignés de ce que vous allez traiter.

Il n'existe pas de plan type qui s'adapte à toutes les situations, mais il existe des armatures classiques, par exemple :

I Conditions II Effets

I Notion II Régime

I Principe II Exceptions

I Notion textuelle II Interprétation jurisprudentielle

Lors de l'examen, vous n'aurez pas le temps de rédiger au brouillon tous vos développements ; seuls l'introduction et le plan doivent être intégralement rédigés au brouillon.

L'introduction est un élément clé, elle doit donner envie de lire votre devoir. La rédaction de l'introduction doit être particulièrement soignée. L'introduction doit être présentée en partant du plus large pour aller au plus précis (méthode dite de l'entonnoir). Elle comporte les étapes suivantes : - phrase d'accroche ; - rappel de l'intitulé exact du sujet et exposé des définitions des termes du sujet ; - délimitation du sujet (expliquer éventuellement pour quelles raisons vous avez écarté tel ou tel aspect) ; - intérêt du sujet ; - problématique à laquelle l'annonce du plan doit répondre de manière logique ; - annonce du plan (les parties que vous annoncez ici doivent correspondre strictement à celles que vous développez ensuite).

**Le commentaire de décision.** Il s'agit du commentaire d'une décision de justice (en droit privé il s'agit généralement d'un arrêt de la Cour de cassation), ce qui explique que cet exercice soit spécifique à la science juridique et n'existe pas dans les autres sciences humaines.

Avant de pouvoir commenter véritablement l'arrêt, il va être nécessaire de l'analyser pour le comprendre. Cette première étape est absolument essentielle puisqu'une mauvaise compréhension de l'arrêt serait un obstacle absolu à son commentaire. Les séances de TD ont justement pour but de vous apprendre à décortiquer correctement un arrêt.

L'analyse de l'arrêt suppose de présenter successivement :

- *Les faits* : il convient de relever dans l'ordre chronologique les faits qui ont donné lieu au litige. Les faits sont souvent essentiels car ils conditionnent la solution juridique donnée par l'arrêt. On commence l'exposé des faits dans l'introduction par les expressions « en l'espèce », ou « en l'occurrence ».

- *La procédure* : il s'agit de retracer « l'histoire judiciaire » de l'affaire. Il convient de mentionner les demandeurs et défendeurs, la solution donnée en première instance si elle est connue, et la solution rendue par la cour d'appel lorsque vous commentez un arrêt de la Cour de cassation. Si vous voulez être plus léger et que la cour d'appel a adopté la même solution que les juges de première instance, vous pouvez en venir directement à l'arrêt de la cour d'appel en précisant qu'il est « confirmatif », ce qui s'oppose à un arrêt « infirmatif » qui adopte une solution différente des juges de première instance.

Attention à être très rigoureux dans l'emploi du vocabulaire de la procédure : un tribunal rend un jugement, une cour rend un arrêt et le Conseil constitutionnel rend des décisions.

On interjette appel mais on forme un pourvoi en cassation.

- *Les prétentions des parties* : il s'agit d'exposer les différents raisonnements juridiques qui ont été soutenus par les différents acteurs au procès juridique. Attention à ne pas confondre ce que soutient le pourvoi en cassation avec ce que va énoncer l'arrêt rendu par la Cour de cassation. Il faut absolument éviter les contresens, ce qui nécessite une lecture très minutieuse de l'arrêt.

Si vous commentez un arrêt de la Cour de cassation, vous devez terminer cette phase par l'exposé du raisonnement développé par le pourvoi en cassation (raisonnement de la partie qui a saisi la Cour de cassation).

- *La question de droit* : si vous avez correctement analysé le raisonnement de la décision critiquée et le raisonnement du pourvoi, vous pourrez dégager la question de droit que le pourvoi demande à la Cour de cassation de résoudre.

- *La solution* : il faut dégager la réponse donnée par la Cour de cassation en exposant soigneusement le raisonnement par lequel elle y parvient.

Une fois que vous avez ainsi décortiqué l'arrêt, il faut rassembler les éléments de connaissance dont vous disposez pour apprécier la solution dégagée par la Cour de cassation. Vous devrez notamment la mettre en perspective avec les raisonnements juridiques, les normes juridiques, la jurisprudence, les opinions doctrinales, ce qui vous permettra de construire une argumentation. Il est notamment important d'apprécier la portée de la solution, c'est à dire son importance. Il peut s'agir d'un arrêt de principe qui pose une solution générale qui est appelée à être respectée dans le temps, les indices en seront notamment qu'il s'agit d'un arrêt de cassation, que la solution est rendue par une formation spéciale de la Cour de cassation (assemblée plénière, chambre mixte, formation plénière de chambre), que l'arrêt est largement diffusé (notation P.B.R.I. ou bien à compter du 15 juin 2021, notation B.R.L.C.). Ou alors, ce peut être un simple arrêt d'espèce qui vient répéter une solution largement posée.

Vous devrez alors construire le plan de votre commentaire, qui reprend comme la dissertation deux parties et deux sous parties. En général, il faut être très proche de l'arrêt dans le IB et le II A. Vous pouvez vous éloigner un peu plus de l'arrêt et notamment développer une réflexion prospective dans le II B.

**Le cas pratique.** Cet exercice juridique vous soumet une situation de fait et vous demande d'apporter à la question qui en résulte une réponse motivée. Il vous permet de vous exercer à l'application pratique de connaissances dont vous pouvez ainsi vérifier la solidité.

Sont appréciées vos capacités à mener un raisonnement et à émettre une opinion justifiée.

Vous ne pouvez pas vous contenter d'exposer les solutions possibles sans prendre position, même si vous pouvez être nuancé dans votre réponse.

Vous devez dans un premier temps analyser les faits et reconstituer la chronologie des événements : un contresens à ce stade serait fatal. Parmi les faits, il est important de sélectionner les faits pertinents, ceux qui auront un impact sur la solution, et de laisser de côté les faits indifférents.

Vous devez ensuite qualifier juridiquement les situations : par exemple, un tel a commis un abus de droit ou a fait une promesse de contrat.

Vous devez ensuite qualifier juridiquement les prétentions : par exemple, un tel prétend obtenir la nullité du contrat car il pense remplir les conditions pour cela.

Enfin il faut formuler la réponse sur un mode dialectique, c'est à dire anticiper les contre argumentations qui pourraient être formulées contre votre réponse et y répondre d'avance.

Le plus souvent, le cas vous oblige à élaborer un raisonnement en cascade : une réponse à une question va vous mener vers une autre question, et ainsi de suite. C'est alors que vous pourrez formuler une réponse définitive qui doit être assez nuancée.

## **II. Thème de la séance : La notion de contrat**

La notion de contrat peut *a priori* sembler familière tant nous avons pour habitude de conclure des contrats : acheter une baguette de pain, un ticket de métro, faire réparer son véhicule...

Pourtant la notion de contrat continue de susciter des controverses doctrinales. Pourquoi le contrat est-il obligatoire ? Parce que les parties l'ont voulu, répondent ceux qui défendent une conception subjective. Parce que la loi le prévoit, disent ceux qui soutiennent une conception objective du contrat. Le débat n'est pas purement théorique et abstrait. Une conception subjective fait la part belle à la liberté individuelle, tandis qu'une conception objective permet un fort contrôle social.

## **DOCUMENTS**

### **I. Bibliographie antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016**

- 1) Jacques GHESTIN, La notion de contrat, *D.* 1990, chron. p. 147.
- 2) Loïc CADIET, Interrogations sur le droit contemporain des contrats, *In* Le droit contemporain des contrats, L. Cadiet (Dir.), *Economica* 1987.
- 3) Laurent AYNES, A propos de la force obligatoire du contrat, *RDC* 2003, p. 323.

### **II. Bibliographie relative à l'ordonnance du 10 février 2016**

- 4) Alain Bénabent et L. Aynès, « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.* 2016, p. 434.

## **EXERCICES**

Dissertation : Traitez au choix l'un des deux sujets suivants :

- La force obligatoire du contrat.
- Objectivisme et subjectivisme dans le contrat.

## Document 1 : Jacques GHESTIN, La notion de contrat, D. 1990, chron. p. 147.

*Il ne sera directement question ni de la fonction, ni du régime du contrat (2), mais seulement de la notion de contrat, c'est-à-dire du point de savoir ce que c'est qu'un contrat et ce qui est contrat.*

On a montré combien il était difficile de donner une définition commune du contrat, même en se limitant à quelques systèmes juridiques, tels que les droits anglo-américains, allemands, italiens et français. Certains considèrent même qu'une telle définition est impossible (3) ou que, du moins, le contrat ne peut recevoir qu'une définition fonctionnelle dont le sens sera variable en fonction du contexte (4).

Si le contrat a pu être qualifié de « pilier » du droit (5), son existence même, en tant que concept suffisamment identifiable pour être de quelque utilité, a été contestée (6). Un critère du contrat suppose un élément unique de reconnaissance ou, en tout cas, des éléments peu nombreux, qui devront être retrouvés dans tous les actes auxquels cette qualification sera attribuée.

L'anthropologie juridique donne à penser cependant que le contrat, les relations contractuelles, sont bien de l'essence des relations humaines (7).

On a montré (8) que dans les sociétés semi-complexes et, a fortiori, dans les sociétés complexes, comme nos propres sociétés, la soumission à des règles juridiques externes aux parties et sanctionnées par des organes judiciaires permet la réunion des conditions minimum permettant d'identifier des relations contractuelles : des sujets (les parties), un objet (prestation ou bien) et une sanction judiciaire.

A cet égard on observera que s'il peut éventuellement y avoir des contrats « sans loi », encore que cette opinion soit contestée, cela signifie seulement qu'un contrat pourrait n'être soumis à aucune loi étatique et n'obéir qu'à celle des marchands, la *lex mercatoria*. Mais en tout cas il ne peut y avoir de contrat sans droit ni sans juge (9).

L'évolution dans nos sociétés peut aller un temps dans le sens du développement des relations statutaires, ce qui correspond à la fin du XIXe siècle et aux trois premiers quarts du XXe siècle. La standardisation et la réglementation des contrats les font à tout le moins ressembler à des statuts (10). Elle peut aller aussi dans le sens de la prédominance des relations contractuelles, comme dans la période précédant et suivant le code civil, ou encore la période actuelle où la nouvelle société réclamée par beaucoup est présentée essentiellement comme une société contractuelle (11).

Sur le plan proprement juridique la notion de contrat (au singulier), ou tout au moins celle de contrats (au pluriel), est relativement ancienne. On connaît, en effet, l'évolution qui, à partir des contrats nommés, formalistes et concrets du droit romain, a conduit à l'élaboration d'une théorie du contrat par Domat et Pothier, qui ont en même temps orienté le code civil vers une conception « volontariste » du contrat (12).

Le mot contrat vient du latin *contractus* lui-même dérivé de *contrahere* qui signifie rassembler, réunir, conclure. Le terme n'est guère explicite en lui-même.

Pour préciser alors l'origine sémantique du mot contrat, il est en fait indispensable de se référer à la convention dont il est fréquemment le synonyme et, en tout cas, l'espèce par rapport au genre (13). Il reste alors à définir la convention et à préciser ses rapports avec le contrat.

Le mot convention vient du latin *conventio* lui-même dérivé de *convenire* qui signifie venir ensemble, d'où être d'accord. Conclure un contrat, une convention, c'est se mettre d'accord sur quelque chose. On s'accorde à définir la convention comme un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit.

Il est curieux de constater que, dans les deux éditions du Vocabulaire juridique Capitain, les mots essentiels de cette définition et ceux auxquels leur définition même renvoie, particulièrement les termes accord de volontés ou de volonté, soit au pluriel soit au singulier, volonté et consentement comportent chacun plusieurs significations. Faut-il en conclure que leur importance dans la qualification de contrat serait moins grande qu'on le pense généralement ? A moins que ce ne soit précisément leur caractère fondamental qui impose un tel flou juridique. Celui-ci, en tout cas, ne peut manquer d'influencer la notion même de contrat. Chaque fois qu'il sera question de volonté ou de consentement, il faudra choisir, en fonction du contexte, le sens le plus probable donné à ces mots.

Les droits anglais et nord-américain (14) font également de l'accord (agreement) qui est la rencontre des volontés, un élément constitutif du contrat. Mais comme le droit français ce n'est qu'une partie de ce dernier qui ne coïncide pas avec le contrat tout entier.

Le contrat est enfin classé dans les actes juridiques. Mais si le contrat au sens large de convention n'est ainsi qu'une espèce dans le genre acte juridique, il est l'acte juridique par excellence, celui auquel on se réfère constamment pour caractériser ce dernier.

Selon la deuxième édition du Vocabulaire juridique Capitant (15), « dans l'acte juridique, la volonté recèle nécessairement une intention, la recherche délibérée de l'effet de droit que l'acte est destiné à produire (volonté de vendre, d'acheter, de divorcer) ... ».

A l'intérieur des actes juridiques ce qui fait la spécificité du contrat c'est qu'il produit des effets de droit par un accord de volontés. Sa spécificité ne se situe donc pas en aval, dans le but ou l'objet des règles qu'il pose. Elle réside dans la procédure qui aboutit à poser ces règles. Cela conduit nécessairement à se demander d'où vient la compétence des sujets actifs de cette procédure.

Autrement dit pourquoi l'accord de deux ou plusieurs volontés donne-t-il naissance à des règles de droit dont il sera possible de demander aux pouvoirs publics qu'ils en imposent le respect, alors qu'elles ont été posées en dehors de ces pouvoirs ?

Il faut alors s'interroger sur les relations entre les volontés individuelles et les pouvoirs publics. C'est que, au-delà de la technique juridique, le contrat exprime une véritable idéologie volontariste des relations humaines. En droit public le contrat n'a-t-il pas servi de fondement aux relations personnelles hiérarchisées caractérisant la société féodale ; puis, en justification d'abord, en réaction ensuite, à l'égard de l'absolutisme des princes, n'a-t-on pas fait état d'un contrat dit « social » ? Même en droit privé, dans la mesure où il est source de règles, même particulières, le contrat est contraignant. Réalisé normalement par de simples particuliers, d'où lui vient cette force obligatoire ?

Kelsen situe expressément les contrats individuels dans l'enchaînement des normes objectives constituant le droit objectif. Il ajoute, en effet, le contrat aux sources de règles qui, bien que particulières et non générales, n'en sont pas moins des règles de droit propres aux parties contractantes (16). Selon l'article 1134 du code Napoléon, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

La qualification de contrat peut être liée à une question de compétence dans l'édition de règles de droit positif. Le droit administratif français fait une application systématique de cette idée. L'Etat, les personnes de droit public ont compétence pour agir par voie d'autorité ou par voie contractuelle selon les compétences qui leur sont attribuées.

En fait la question ne se pose en ces termes que lorsque l'une des parties à la relation dispose du pouvoir d'édicter de façon unilatérale des règles qui s'imposeront à des sujets ou des assujettis. L'emploi du mode contractuel lui reste ouvert, mais dans les limites des compétences qui lui sont accordées. Il ne s'agit bien que de compétences.

En droit privé la question semble a priori se poser en termes différents. Le contrat est source de droit. D'où ses auteurs, généralement de simples particuliers, dépourvus de toute compétence personnelle les autorisant à édicter des règles unilatérales, tiennent-ils ce pouvoir, cette compétence ? La réponse semble aller de soi : de ce qu'ils ont accepté de se soumettre dans leurs relations aux règles juridiques qu'ils ont eux-mêmes posées par leur accord de volontés. Ici c'est l'accord de volontés qui est le seul moyen de lier autrui par des règles auxquelles il aura en principe consenti.

Finalement, ce qui caractérise le contrat c'est une procédure et des effets, c'est la procédure, un accord de volontés, par laquelle il est destiné à produire des effets de droit. Ces deux éléments essentiels doivent être précisés l'un après l'autre.

## **I. - Le contrat est un accord de volontés**

Une fois précisé le fondement de la force obligatoire du contrat, il devrait être possible de déterminer le rôle de la volonté comme critère du contrat.

### **A. - Le fondement de la force obligatoire du contrat**

La théorie de l'autonomie de la volonté, qui a dominé l'enseignement du droit des contrats depuis le début du siècle, n'est plus affirmée aujourd'hui que par la doctrine civiliste la plus traditionnelle (17). Elle fait l'objet de vives critiques, dont les plus fondamentales ont été présentées par les positivistes. Entre ces thèses opposées divers essais de conciliation ont été tentés. Il est aujourd'hui

permis, après avoir écarté la théorie « classique » de l'autonomie de la volonté, de proposer un fondement de la force obligatoire du contrat dont finalement les racines sont plus anciennes et qui est déduit de son utilité et de sa conformité à la justice.

Kelsen (18) a montré que l'autonomie de la volonté ne pouvait constituer une explication suffisante de la force obligatoire du contrat. Elle n'explique pas pourquoi, en effet, c'est la volonté passée, volonté morte, qui devrait prévaloir sur la volonté présente, volonté vivante, de celui qui refuse d'exécuter le contrat.

Pour expliquer ce phénomène il faut faire intervenir une règle extérieure à la volonté : *pacta sunt servanda*, qui, elle-même, dans la construction pyramidale bien connue de Kelsen, trouve sa légitimité dans sa conformité aux normes qui lui sont supérieures. Comme on l'a observé « le contact des volontés individuelles formant le contrat ne crée pas plus d'énergie juridique que le doigt actionnant le commutateur ne crée d'énergie électrique : dans les deux cas, l'énergie vient d'ailleurs » (19).

Kelsen a cependant dépassé cette construction formelle. La question portant sur la raison de la force obligatoire des contrats peut avoir pour lui un autre sens. On peut se demander, en effet, quelles sont les raisons qui ont amené le législateur à instituer (ou plus exactement sans doute à sanctionner) la convention comme état de fait créateur de droit. « Il s'agit ici », pour lui, « d'une question de politique juridique à laquelle il faut répondre : parce que le législateur veut laisser aux sujets de droit le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts économiques et autres, et parce qu'il estime qu'une réglementation indépendante et autonome de ces intérêts est la solution la mieux indiquée et la plus juste » (20).

Un législateur peut faire ce choix ; un autre un choix différent ; alors que le dogme de l'autonomie de la volonté refuse ce pouvoir au législateur. C'est toute la différence. Le fondement logique de la force obligatoire du contrat devient neutre vis-à-vis de la liberté contractuelle. Il ne l'exclut pas ; mais, à la différence de l'autonomie de la volonté, il ne l'impose pas davantage. Il n'y a en tout cas aucune incompatibilité entre l'analyse de Kelsen et le libéralisme.

En fait la théorie de l'autonomie de la volonté ne se survit plus aujourd'hui qu'en raison d'une ambiguïté.

La deuxième édition du Vocabulaire juridique Capitant définit l'autonomie de la volonté (21) comme la « théorie fondamentale selon laquelle la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propre loi, d'où ... l'affirmation que la volonté des parties est la source de l'obligation de contracter ... et celle de l'interprétation du contrat ». Il s'agit bien d'une autonomie entendue comme un pouvoir souverain, égal en droit à celui du législateur, avec lequel il doit sans doute composer, mais sans lui être subordonné.

Or ce même ouvrage montre que le droit international public donne à l'autonomie des significations diverses, auxquelles il peut être intéressant de se référer : « 1) au sens le plus étendu, capacité que possède tout sujet du droit international à l'effet de librement exercer la plénitude de ses propres compétences ... ; 2) dans un sens plus restreint, capacité que possède une collectivité non souveraine au regard du droit international à l'effet de librement déterminer les règles juridiques auxquelles elle entend se soumettre dans la limite des compétences qu'elle exerce en propre ».

L'autonomie de la volonté entendue comme l'exercice d'un pouvoir souverain parallèle et concurrent à la loi semble bien être écartée aujourd'hui par la plupart des auteurs. Elle est en tout cas incompatible avec l'état actuel du droit positif. En revanche, une fois écartée la volonté des parties comme pouvoir souverain, fondement de la force obligatoire des contrats, rien n'interdit de reconnaître une certaine compétence déléguée, octroyée, aux volontés individuelles, afin qu'elles fixent elles-mêmes, ou tout au moins choisissent, les règles qui régiront leurs relations particulières pour une opération juridique déterminée. Il reste alors possible de parler d'une certaine autonomie de la volonté, indissociable d'une certaine liberté contractuelle. Mais la question étant alors précisément de déterminer quelles sont les justes limites de cette autonomie et de la liberté contractuelle, plus rien ne justifie a priori de faire de cette dernière le principe général de solution de tous les éléments constitutifs de la théorie générale du contrat. Il faut se demander ce qui justifie cette autonomie, en tant qu'octroi d'une certaine compétence reconnue aux volontés individuelles dans l'agencement de leurs relations. De là se déduiront les limites d'une liberté qui ne peut plus être que limitée. Pour préciser le fondement et les justes limites de l'exercice de cette liberté des volontés individuelles, puisque celle-ci n'est plus par définition souveraine, il est permis de se référer alors à des valeurs

traditionnelles et fondamentales et d'affirmer que le fondement de la force obligatoire reconnue au contrat par le droit objectif se déduit de son utilité sociale et de sa conformité à la justice contractuelle.

A partir des observations de Kelsen on peut dire que le contrat tire sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner. On peut ajouter également que le législateur, conformément au droit objectif qui le dépasse, ne sanctionne le contrat que parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste.

De ce que l'accord des volontés est l'instrument d'opérations socialement utiles, il résulte également que ce sont ces opérations elles-mêmes, au moins autant que les volontés instrumentales, qui constituent l'essentiel.

Dans cette optique on examinera l'opération concrète, que tend à réaliser le contrat, autant que les volontés qui déterminent ses conditions. Le centre de gravité du contrat, d'abord placé dans le consentement, puis par réaction dans l'ordre public, se situerait alors de façon plus équilibrée dans les « éléments réalistes, matérialistes du contrat » (22).

Cette conception réaliste des relations contractuelles tend également à déplacer l'intérêt vers les contrats spéciaux (23), dont on constate qu'ils permettent la réalisation « des besoins essentiels de l'homme et de la vie en société » (24).

L'accord de volontés des parties n'en conserve pas moins un rôle important à raison de sa propre utilité sociale.

## B. - La fonction de l'accord de volontés

Nous allons voir que cette conception du fondement de la force obligatoire du contrat n'est pas incompatible avec la reconnaissance de l'accord des volontés comme mode spécifique de création de règles contractuelles. Il faut pour cela situer l'accord des volontés au regard de l'utilité sociale et de la justice contractuelle avant de montrer qu'il reste le critère du contrat, en tant que procédure spécifique de création d'effets de droit.

### 1. - L'accord des volontés au regard de l'utilité sociale et de la justice contractuelle.

Le contrat est l'instrument indispensable des prévisions individuelles. C'est surtout dans sa fonction principale d'échange par la création d'obligations qu'apparaît cette utilité du contrat. Une telle opération à terme, dont l'utilité est certaine, est inconcevable sans la force obligatoire du contrat qui est nécessaire à la confiance du créancier et au crédit. On rejoint ici la confiance légitime du créancier dont M. Gorla fait le fondement de la force obligatoire du contrat (25). C'est, sur le plan moral, l'aspect positif du respect de la parole donnée. C'est aussi, sur le plan social et économique, la condition du crédit sur lequel repose l'économie libérale moderne. Toute restriction à la force obligatoire du contrat diminue la confiance du créancier et porte atteinte au crédit dont dépendent de nombreuses opérations d'une utilité sociale incontestable (26).

La primauté du droit objectif ne fait pas obstacle au rôle de la volonté comme instrument privilégié de la liberté et de la responsabilité des individus. Le respect de la parole donnée est une règle morale, qui, dans son principe tout au moins, paraît admise de façon unanime, même si elle n'est pas toujours respectée. Elle apparaît naturellement comme le prolongement de la liberté de s'engager. Les inconvénients de la contrainte et les avantages corrélatifs du libre contrat, sous le contrôle du juge, ont été soulignés (27), particulièrement l'ineffectivité partielle des lois impératives et leurs effets pervers (28). Ces diverses considérations incitent à laisser à chacun sa liberté et la responsabilité qui en est le complément nécessaire.

La règle morale du respect de la parole donnée peut être ainsi justifiée par son utilité sociale. Mais cette règle est également considérée comme juste. La force obligatoire du contrat vient donc également de ce qu'il est juste.

Considéré dans sa fonction principale d'instrument des échanges de biens et de services, le contrat est, comme les obligations en général, soumis au principe de justice commutative. Il ne faut pas qu'il détruise l'équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines ; ce qui implique que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne (29). Il y a lieu pour cela de présumer que le contrat, conclu par des individus libres et responsables, est de ce fait conforme à la justice. Mais il ne s'agit que d'une simple présomption (30). La constatation d'un déséquilibre excessif entre les

prestations, ou la preuve que l'une des parties n'a pas été en situation d'apprécier ou de défendre normalement ses intérêts justifie l'intervention des pouvoirs publics.

Il est finalement permis d'affirmer que le contrat n'est obligatoire que parce qu'il est utile et à la condition d'être juste, c'est-à-dire conforme à la justice contractuelle. L'utile et le juste apparaissent ainsi comme les principes fondamentaux de la théorie générale du contrat. Cependant, en tant que procédure spécifique de création d'effets de droit, l'accord des volontés reste le critère du contrat.

## 2. - L'accord des volontés critère du contrat

La création de règles juridiques par un accord de volontés apparaît comme le trait commun de tous les contrats dont elle constitue ainsi le critère. Il reste alors à préciser qu'il doit s'agir de volontés manifestées, mais qu'en revanche la négociation n'est pas de l'essence du contrat.



### a) La création de règles juridiques par un accord de volontés, trait commun des contrats.

Le contrat se caractérise par la participation des assujettis à l'élaboration de la règle qu'il crée. Le contrat est créateur d'effets juridiques dont la reconnaissance et la sanction dépendent du droit objectif. C'est ce dernier qui reconnaît l'efficacité juridique de cette procédure spécifique. Certes, un accord de volontés peut exister en dehors de toute reconnaissance par le droit positif. Mais ce qui caractérise le contrat c'est d'être à la fois un accord de volontés et de se voir reconnaître le pouvoir de créer des effets juridiques par le droit objectif. L'accord des volontés reste ainsi le critère du contrat. Il est une procédure spécifique de création d'effets juridiques.

Mais l'accord des volontés est ainsi un critère qui peut être entendu de façon souple.

Une fois admis que la volonté n'est pas le fondement de la force obligatoire du contrat, il devient tout à fait légitime d'accepter une définition juridique et non plus psychologique, réelle, de la volonté, et même l'utilisation de divers substituts, tels que la représentation par exemple.

Il n'y a pas non plus d'inconvénient sérieux à tenir pour contractuelle toute obligation née d'un accord de volontés, même si celui-ci n'en a pas déterminé le contenu. La liberté, dans le rôle plus modeste qui reste le sien, suffit à caractériser le contrat lorsque celui-ci a été consenti. Il n'est pas indispensable qu'en outre le contenu du contrat ait été déterminé, avec une égale liberté des parties, par l'accord des volontés.


L'évolution des contrats et de leur régime juridique a suscité d'importantes réflexions doctrinales sur ce que l'on a appelé un « déclin » ou une « crise » du contrat  (31). En fait s'il y a crise ou déclin du contrat elle ne concerne qu'une certaine conception de ce dernier fondée sur le dogme de l'autonomie de la volonté, impliquant de ce fait la liberté non seulement de s'engager, mais de fixer librement le contenu du contrat et de choisir en toute liberté son cocontractant  (32).

Les atténuations de l'effet relatif du contrat et les restrictions à la liberté contractuelle ne font pas obstacle à la qualification de contrat. La question est de savoir à quel degré de participation volontaire il est juste et utile de subordonner la soumission d'une personne à des obligations qu'elle n'a pas directement assumées. Parallèlement à la création de créances et de dettes par le contrat, celui-ci est de plus en plus pris en considération en tant que fait social. Aujourd'hui, la jurisprudence, devant la complexité des relations contractuelles, admet, de façon générale, que les contrats peuvent, en tant que faits sociaux, être opposés aux tiers par les parties, et même par les tiers aux parties.

Quant à l'intervention de règles d'ordre public visant à réglementer le contenu du contrat ou à en imposer la conclusion, il convient d'apprécier dans chaque situation si c'est finalement l'accord des volontés qui donne naissance au contrat, même avec les incitations préalables, voire les modifications imposées ultérieurement, ou si cet accord de volontés fait défaut. C'est seulement dans ce dernier cas que la qualification de contrat devra être écartée.

Encore faut-il cependant qu'il s'agisse de volontés déclarées.

### b) La nécessité du concours de déclarations de volonté.

Le contrat, étant par définition un accord de volontés, suppose nécessairement une extériorisation réciproque de celles-ci. Il n'y a d'accord concevable que sur des volontés manifestées. Cette extériorisation est également nécessaire pour faire la différence entre la simple intention dépourvue d'effet juridique, et la volonté de s'engager, auquel le droit reconnaît certains effets  (33). En principe seule la volonté active, exprimée, peut faire naître un contrat.



La manifestation de volonté peut être a priori définie comme « tout comportement, actif ou passif, qui permet de conclure à l'existence d'une certaine volonté » (34). La difficulté essentielle est ici de distinguer les comportements qui révèlent une véritable volonté de contracter de ceux qui ne traduisent qu'une simple intention, sans valeur juridique. L'un des inconvénients du principe du consensualisme est de rendre la distinction incertaine, en l'absence de tout critère formel (35).

Cette incertitude est atténuée cependant par le choix d'un critère objectif. Ce n'est pas la valeur que l'intéressé a entendu attribuer à son comportement qui doit être prise en considération, mais la signification objective que les tiers, et spécialement le cocontractant, ont pu légitimement lui attribuer. Tout comportement, actif ou passif, peut ainsi manifester la volonté de son auteur, dès l'instant qu'il est d'usage de lui reconnaître une telle signification, ou même que celle-ci résulte normalement des circonstances de l'espèce (36). Cette solution est imposée par le principe de sécurité juridique (37).

En droit italien « la recherche de la volonté commune » c'est celle « du résultat ou du produit de la rencontre des deux déclarations (c'est-à-dire de ce qui a paru objectivement et qui pouvait être entendu par une personne de diligence normale) » (38).

Les droits anglais et américain adoptent la même solution. Quelle que soit la forme sous laquelle se manifeste la volonté de chacune des parties il faut, et il suffit, qu'elle fasse naître chez son destinataire l'attente raisonnable d'un véritable engagement (39).

c) La négociation n'est pas de l'essence du contrat.

Quoi qu'on en ait dit (40), nous allons voir qu'en réalité l'absence de négociation ne suffit pas à écarter la qualification de contrat. Réciproquement l'existence d'une négociation ne suffit pas à justifier cette qualification.

1° L'absence de négociation ne suffit pas à écarter la qualification de contrat.

Il y a contrat dès l'instant que c'est par l'accord de leurs volontés que les parties se soumettent à un régime impératif.

Se trouve également justifiée cette même qualification contractuelle que la doctrine civiliste s'accorde aujourd'hui à reconnaître au contrat d'adhésion.

Saïlles (41) l'avait qualifié de « prétendu contrat » et y voyait l'oeuvre d'une volonté unilatérale dictant sa loi à une collectivité. Il en déduisait qu'il devait s'interpréter comme une loi proprement dite. A sa suite, les publicistes Hauriou et Duguit (42) ont analysé l'opération en un règlement élaboré unilatéralement par l'une des parties auquel l'autre volonté venait simplement adhérer (43).

Le contrat d'adhésion reste formé par un accord de volontés. Malgré l'absence de négociation, qui n'est pas essentielle, le contrat pré-rédigé n'acquiert force obligatoire à l'égard de l'adhérent qu'à partir du moment où ce dernier a donné son consentement. Avant son intégration dans le contrat individuel, ce n'est qu'un projet (44). Il importe peu, également, quant à la qualification de l'opération, qu'un projet uniforme soit proposé à un nombre indéterminé de cocontractants. « Les consentements distincts feront les contrats distincts » (45). C'est évident puisque, en lui-même, le contrat type pré-rédigé n'a aucune force obligatoire.

Le contrat d'adhésion est donc à juste titre considéré comme un contrat par la doctrine civiliste et la jurisprudence dans leur ensemble (46). C'est également l'opinion qui prévaut à l'étranger (47).

2° L'existence d'une négociation ne suffit pas à justifier la qualification de contrat. L'efficacité de l'action de l'Etat dans le domaine économique et social semble exiger une certaine coopération des particuliers et des collectivités concernées. Le procédé réglementaire, unilatéral et contraignant, a paru de ce fait moins adapté que la voie contractuelle (48). Si le thème est aujourd'hui « archi-classique ... depuis 1981 ... les procédés conventionnels servent à traduire dans les faits de nouvelles orientations ; décentralisation, planification, nationalisations, autant de choix qui appellent le contrat » (49).

On s'accorde cependant à admettre que ces multiples contrats, par lesquels l'Etat s'efforce d'organiser les activités économiques et sociales, n'ont « plus grand-chose de commun avec la théorie du contrat du droit civil » (50). On observe que les notions de concertation et d'économie contractuelles sont essentiellement politiques (51) et que de nombreux accords passés entre les pouvoirs publics et les personnes privées n'ont de contractuel que le nom (52). Leur analyse juridique est en tout cas

difficile car « la volonté politique d'établir des relations de type conventionnel avec les intéressés a masqué parfois la nature véritable des actes édictés par la puissance publique. Ainsi de nombreuses techniques faisant appel à la terminologie contractuelle ne sont-elles que des formes déguisées de l'action unilatérale » (53). Finalement la technique « contractuelle » utilisée par les pouvoirs publics concerne surtout la phase préparatoire de négociation. Il s'agit sans doute davantage de règlements « négociés » ou « concertés » que de véritables contrats (54).

Or, si l'absence de négociation ne suffit pas à écarter la qualification de contrat, de même la négociation ne suffit pas davantage à justifier cette qualification. Autrement dit la négociation n'est pas le critère du contrat. Ce qui est essentiel c'est que finalement la règle naisse d'un accord de volontés et non de la décision unilatérale de l'une des parties, même si dans cet accord le poids de l'une des volontés a pesé particulièrement lourd et que le consentement de l'autre ait été fait de beaucoup de résignation. La question est alors de savoir à partir de quel degré de contrainte la volonté manifestée par l'une des parties doit se voir refuser toute valeur obligatoire. Il peut être considéré dans ce cas que l'on n'est plus en présence d'un contrat ou que ce contrat est nul, ce qui peut être rationnellement distingué, mais recouvre la même réalité, l'absence d'accord de volontés réel.

Ce qui caractérise le contrat c'est donc finalement d'être un accord de volontés. Mais tout accord de volontés n'est pas un contrat. Il faut encore qu'il soit destiné à produire des effets de droit.

## **II. - Le contrat est destiné à produire des effets de droit**

Pour justifier cette qualification le contrat doit certainement produire des effets de droit. Il faut cependant se demander si le contrat n'est pas limité à la création de certains effets de droit.

A. - Le contrat doit produire des effets de droit.

Pour qu'un accord soit véritablement contrat il faut qu'il ait été conclu en vue de produire des effets juridiques (55). De nombreux accords se situent ainsi en dehors du domaine du droit et, de ce fait, ne comportent pas de sanction juridique (56). Ils appartiennent au non-droit. D'autres accords ne sont pas non plus des contrats parce qu'ils sont dépourvus de véritable caractère obligatoire.

1. - Les accords de volontés non destinés à produire des effets de droit.

En droit français pour qu'un accord soit véritablement contrat, il faut qu'il ait été conclu en vue de produire des effets juridiques (57). De nombreux accords se situent en dehors du domaine du droit et, de ce fait, ne comportent pas de sanction juridique (58). Dans les relations mondaines l'acceptation d'une invitation ne crée aucune obligation juridique (59). On tend à considérer que les prestations gratuites de services ne font pas naître un contrat (60), notamment lorsqu'il s'agit d'entraide entre voisins ou parents, ou de soins médicaux (61).



Cette solution ne peut être admise cependant de façon générale. C'est ainsi que la Cour de cassation, le 19 mars 1975 (62), a invité les juges du fond à rechercher si un contrat n'était pas intervenu entre un père et sa fille en raison des soins qu'elle lui avait donnés en tant qu'aide familiale (63).


La volonté de tenir certains contrats comme des affaires strictement privées conduit à écarter par principe tout recours au juge, et même à l'arbitrage. Cette attitude se rencontre assez souvent dans les relations d'affaires unissant de grands groupes industriels. Le contrat sert de fondement au règlement des relations entre les parties, mais il est entendu tacitement, et surtout imposé par une certaine permanence des relations et son caractère vital pour au moins l'une des parties, que sa force obligatoire ne sera pas mise en oeuvre devant une quelconque autorité extérieure. Dans la mesure où le propre des règles juridiques est d'être sanctionnées par l'Etat ou, le cas échéant, une autorité supra-étatique, de tels accords peuvent-ils encore être considérés comme des contrats ?


Certains accords, dont les parties connaissent le caractère illicite et, par là, l'absence de sanction juridique, sont cependant conclus. Ils se situent en dehors du droit (64). Il en est ainsi, par exemple, des dettes de jeu, qualifiées de « dettes d'honneur ».

Les différents accords privés de la sanction des pouvoirs publics peuvent être rapprochés des Gentlemen's agreements que connaît la pratique anglo saxonne (65). Comme l'a souligné Lord Atkin ces accords doivent rester « en dehors du règne du contrat ».

L'exemple de la promenade convenue, cité par M. Atiyah (66) comme exemple de relation non contractuelle, peut être rapproché de la jurisprudence qui admettait, en France, la responsabilité

contractuelle du transporteur bénévole. On sait, d'autre part, que le droit français, aujourd'hui, tout en leur reconnaissant une certaine spécificité, tient les pactes familiaux, même extrapatrimoniaux, comme des contrats  (67). Quant aux accords patrimoniaux entre époux ce sont évidemment des contrats, dès l'instant du moins que les intéressés ont entendu se lier juridiquement. Le fait, par exemple, pour le mari de verser mensuellement une somme déterminée sur le compte de sa femme pour les besoins du ménage ne semble pas, sauf circonstances particulières, pouvoir faire naître une obligation contractuelle, ce qui rejoindrait la solution admise en droit anglais dans l'arrêt classique *Balfour v. Balfour*  (68).


Se situent également à la limite des engagements moraux et juridiques, combinant d'ailleurs parfois les uns et les autres, les lettres dites « de confort » par lesquelles une société fait savoir qu'elle fera tout le nécessaire pour que sa filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour faire face à ses obligations, notamment à l'égard d'un établissement financier  (69).

On s'est également demandé si les conventions collectives de travail conclues entre employeurs et syndicats traduisaient, au moins de la part de ces derniers, une intention véritable de s'obliger juridiquement  (70). Il n'est pas niabile cependant que les conventions collectives produisent des effets de droit, qui sont d'ailleurs particulièrement importants.

Les contrats préparatoires posent avec une acuité particulière la question du domaine du contrat. A partir de quel moment y a-t-il contrat dans la période préalable à la conclusion du contrat définitif ? La qualification de contrat doit être encore écartée lorsque l'accord des volontés n'a pas donné naissance à des effets pourvus d'une force juridique obligatoire.

2. - Les accords dépourvus de véritable force obligatoire.

Une fois formé par l'accord des volontés le contrat ne peut plus être modifié que par un nouvel accord. Les volontés de chacune des parties ne peuvent en écarter unilatéralement l'exécution ou en changer les termes. Ce principe de la force obligatoire du contrat, posé dans l'art. 1134 c. civ., est toujours fermement affirmé par la jurisprudence.

Il est toutefois incontestable que le législateur et le juge, soit avec la permission de la loi, soit sous le couvert d'une interprétation déformante du contrat, peuvent modifier ce dernier  (71).

La véritable question est de savoir si un contrat dont l'une des parties peut modifier le contrat substantiellement le contenu de façon unilatérale mérite encore cette qualification.

C'est particulièrement à l'égard des contrats administratifs que s'est posée la question de savoir si la possibilité pour l'une des parties de modifier le contrat en cours d'exécution autorisait à lui garder cette qualification.

Dans la mesure où il y a eu un accord de volontés à l'origine d'une situation comportant des effets juridiquement obligatoires, le fait que ces effets, selon les dispositions expresses ou tacites de cet accord de volontés, puissent être modifiés par l'une des parties ne change pas la qualification de contrat, dès l'instant du moins que cette faculté n'autorise pas cette partie à se libérer en fait de toute obligation réelle.

D'ailleurs la faculté donnée à l'une des parties de modifier un contrat de droit privé n'entraîne pas, dans l'opinion commune, une disqualification de cette opération, à moins qu'elle ne donne aux obligations de l'une des parties un caractère potestatif rendant l'accord de volontés parfaitement illusoire.

Se trouve ainsi posée la question de savoir si la qualification de contrat doit être réservée aux contrats valables et, plus largement, si le contrat est limité à la production de certains effets de droit.

B. - Le contrat est-il limité à la production de certains effets de droit ?

Trois questions peuvent être posées : la qualification de contrat doit-elle être réservée aux contrats valables ; aux opérations qui réalisent un échange économique à l'exclusion des libéralités ; ou aux accords de volontés qui ne font pas naître une institution ou un statut ?

1. - La qualification de contrat doit-elle être réservée aux contrats valables ?

Cette question conduit à s'interroger sur un risque de confusion entre ce qui est qualification de contrat et conditions de validité de ce dernier.

En droit français le contrat, on l'a vu, est généralement défini comme un accord de volontés en vue de produire des effets de droit. Un juriste italien  (72) a reproché à cette définition française du

contrat d'être une synecdoque, c'est-à-dire une figure poétique indiquant la partie pour le tout. Pour cet auteur, la cause, élément essentiel de validité du contrat selon l'art. 1108 c. civ. français, devrait figurer dans la définition rationnelle du contrat. Mais à ce titre c'est aussi le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, et un objet certain qui devrait également figurer dans cette définition. On pourrait même aller au delà des éléments constitutifs traditionnels du contrat et inclure dans sa définition toutes ses conditions de validité, et en tout cas sa conformité aux règles d'ordre public dont dépend sa validité, c'est-à-dire sa sanction par le droit positif.

On peut répondre à cette objection en précisant la définition en ces termes : le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets. Du même coup toutes les conditions de validité du contrat résultant du droit positif français sont incorporées dans sa définition. En outre celle-ci reste applicable aux autres systèmes juridiques dont les conditions de validité sont différentes.

Les droits anglais et nord-américain retiennent une telle définition. C'est ainsi que pour Treitel le contrat est « an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognized by law » (73).

Il faut toutefois revenir sur la question des éléments constitutifs du contrat. S'il semble logique, en effet, de distinguer deux étapes, consistant la première à retenir la qualification de contrat avant d'examiner, dans un second temps, si ce contrat est valable, la distinction devient difficile lorsque les éléments de validité ont vocation à être en même temps les éléments constitutifs du contrat.

Quant au consentement et à l'objet, on peut a priori considérer que c'est seulement leur inexistence qui permet d'écarter l'existence même d'un contrat.

Reste la question de la cause, qui est précisément celle que soulevait notre juriste italien. A travers cette notion, du moins quant à son existence même, raison d'être ou but du contrat, c'est la question de l'utilité individuelle et sociale de cette opération juridique qui se trouve nécessairement posée. Fondamentalement c'est le point de savoir si le contrat suppose la recherche, voire l'obtention d'une contrepartie, ou s'il reste lui-même en l'absence d'un tel but, dont tiendra lieu, selon la formule même de Domat (74), « quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien ».

La considération à l'existence de laquelle la common law subordonne en principe la qualification d'engagement obligatoire peut être rapprochée ici de la cause.

Comme il n'y a pas d'engagement concevable de la part d'une personne raisonnable sans motif, la cause tend à se confondre avec le consentement lui-même, ce qui autorise certains systèmes juridiques, notamment le droit allemand, à en faire, au moins formellement, l'économie. Dans la définition française du contrat le but, sinon la cause, dont la définition est discutée et les sens multiples, est intégrée dans le fait que l'accord des volontés doit être destiné à produire des effets de droit. Ne convient-il pas cependant de faire une place à la définition de la cause entendue comme la contrepartie, c'est-à-dire l'autre terme de l'échange dont le contrat est l'instrument essentiel ? Cela pose la question de savoir si la qualification de contrat ne doit pas être réservée aux échanges économiques.

## 2. - La qualification de contrat doit-elle être réservée aux échanges économiques ?

Le mot grec synallagma, qui signifie contrat, est plus précis que le mot latin contractus, puisqu'il désigne un échange.

Dans le code civil le contrat synallagmatique est précisément celui qui réalise un échange. Selon l'art. 1102 c. civ. « le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ». C'est la réciprocité des obligations qui caractérise ainsi le contrat synallagmatique. La plupart des contrats présentent ce caractère. Cette réciprocité des obligations réalise l'échange des biens et des services qui est la fonction économique essentielle du contrat.

Il est significatif d'observer que selon l'art. 1106 c. civ. « Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose ». Comme on l'a observé c'est la définition même du contrat synallagmatique. Autrement dit l'échange est de la nature du contrat à titre onéreux auquel l'art. 1105 c. civ. oppose le contrat de bienfaisance qui est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

D'entrée on réalise que ces deux catégories de contrats sont profondément différentes, même si l'on admet que l'absence de contrepartie pécuniairement évaluable peut être remplacée par l'attente d'une contrepartie morale ou affective, la reconnaissance du bénéficiaire ou d'un tiers, ou plus simplement la satisfaction de faire plaisir. La différence conduit d'ailleurs à se demander s'il est logique de désigner d'un même nom ces opérations. M. Atiyah (75) considère le bargain, qui est « an agreement between two parties for an exchange of performances, either executed or promised » (76), c'est-à-dire un échange de prestations ou d'obligations, comme le noyau fondamental du contrat. On sait qu'en droits anglais et nord-américain les donations ne sont pas classées parmi les contrats (77).

On pourrait ainsi envisager d'appliquer, cumulativement avec l'accord de volontés, un autre critère, celui de la réalisation d'un échange économique, dont le contrat est l'instrument essentiel, tout au moins dans les sociétés dont l'économie n'est pas planifiée de façon plus ou moins complète et impérative. Sous cette réserve l'importance du contrat dans les échanges économiques des sociétés plus ou moins libérales permet-elle de faire de ces derniers un critère complémentaire de cette qualification ? Cela reviendrait à exclure des contrats les donations, ce qui n'est pas conforme à notre droit positif ni à notre tradition juridique.

On pourrait certes faire valoir en ce sens que ces donations supposent pratiquement le respect de formes particulières qui interdisent de les considérer comme de simples accords de volontés. On pourrait également faire état de ce que dans les donations l'accord des volontés est souvent assez illusoire, la volonté du donateur ayant normalement une tout autre importance que celle du donataire. Enfin la justice contractuelle, en tant que justice commutative ou correctrice, n'a guère de place dans les donations dont la caractéristique est de ne pas comporter de contrepartie.

Si ces observations suffisent à montrer le particularisme des donations à l'intérieur des contrats, elles ne semblent pourtant pas constituer des arguments décisifs en faveur de leur exclusion rationnelle de cette qualification. Il arrive d'abord que la volonté du donataire joue un rôle important, qu'il refuse la donation ou qu'il la réclame. L'accord des volontés existe donc bien ici encore. L'exigence de formes solennelles est aujourd'hui si développée, notamment par l'effet de l'ordre public de protection, que cette caractéristique ne peut plus être invoquée pour écarter la qualification de contrat. En outre il peut être admis qu'à leur égard c'est l'utilité sociale qui doit être le principe directeur, complétée par la justice distributive, prenant ici le relais de la justice commutative ou correctrice. Enfin il faut tenir compte de ce qu'entre l'acte à titre onéreux et l'acte de bienfaisance existent une série de situations intermédiaires entre lesquelles il serait difficile de tracer une ligne de démarcation suffisamment rigoureuse.

On a vu en outre que les accords de volontés relatifs aux relations extrapatrimoniales dans la famille pouvaient être considérés comme de véritables contrats.

Sans perdre de vue l'importance de l'échange économique dans la théorie générale du contrat, il est donc préférable de ne pas en faire l'un des critères du contrat et de s'en tenir à son mode de formation : l'accord des volontés. Les droits anglais et nord-américain distinguent d'ailleurs le contract du bargain, de l'échange de prestations ou d'obligations.

3. - La qualification de contrat doit-elle être réservée aux accords de volontés qui ne font pas naître une institution ou un statut ?

La doctrine de droit public oppose classiquement à l'analyse de Kelsen, dont nous nous sommes inspirés, celle de Duguit et de son école, réactualisée par les travaux de A. de Laubadère et particulièrement le traité des contrats administratifs de ce dernier et de MM. Delvolvé et Moderne (78). Duguit (79) n'a guère eu d'influence sur la doctrine de droit privé.

Il donne du contrat une définition très restrictive, qu'il oppose à celle de la convention. Il faut pour qu'il y ait contrat que les parties aient des intérêts opposés et poursuivent des buts différents. En revanche il y a « union » quand elles s'accordent pour créer une institution ou pour établir un statut comparable à un règlement.

A partir de là les « contrats de programme » conclus naguère entre l'Etat et les entreprises nationales, de même que les « contrats de ville moyenne » ou « de pays » entre l'Etat et des collectivités locales seront qualifiés d'unions créant un statut objectif et permanent. De même les contrats « de plan »,

malgré la loi de juillet 1982 portant réforme de la planification, qui leur reconnaît expressément une nature authentiquement contractuelle (80), seront tenus pour des contrats discutables (81).

Appliquée au droit privé cette distinction conduira à exclure des contrats les accords de volontés donnant naissance à une société ou une association.

Cette distinction est trop réductrice de la réalité et de la diversité des objectifs poursuivis par les parties. La logique de la distinction proposée par Duguit conduirait à refuser la qualification de contrat aux accords de coopération à long terme fréquents dans les relations industrielles, notamment pour l'exploitation en commun d'un site où se développeront des activités complémentaires entre sociétés juridiquement et même effectivement distinctes. La permanence des relations contractuelles et la poursuite d'un but partiellement commun sont trop fréquents et surtout trop relatifs pour permettre de tracer une ligne de séparation suffisamment significative entre deux catégories d'actes juridiques. Comme on l'a observé « voilà donc que se dessine une nouvelle façon de considérer le contrat, comme une union d'intérêts équilibrés, instrument de coopération loyale, oeuvre de mutuelle confiance - sous l'égide d'un juge qui sait être, quand il le faut, juge d'équité » (82).

Dans le même esprit une partie de la doctrine de droit public exclut de la qualification de contrat les conventions qui ont pour effet de déclencher l'application d'une situation réglementaire, telles que les « contrats » de recrutement d'agents publics ou les « contrats » d'abonnement téléphonique par exemple, et les conventions qui créent elles-mêmes ces situations réglementaires, telles que les conventions de sécurité sociale ou les concessions de services publics. Il s'agirait d'actes-condition, dont la singularité serait de pouvoir être invoqués par les tiers et de pouvoir leur être opposés (83).

Mais en fait cette situation n'est pas particulière aux contrats administratifs. Tous les contrats sont opposables aux tiers. En outre l'accord des volontés une fois réalisé échappe à ses auteurs. Son contenu peut dépendre dans une certaine mesure de leur commune volonté. Mais il est toujours plus ou moins imposé de l'extérieur, par la loi, ou le juge. S'il s'agit de l'adhésion à une situation réglementaire il reste que celle-ci a été initialement consentie. La qualification de contrat ne doit être écartée que si cette situation réglementaire a pour résultat d'enlever tout effet obligatoire à l'égard de l'une des parties.

#### Conclusion

Il est possible de préciser maintenant une définition traditionnelle qui reste trop liée à la théorie de l'autonomie de la volonté dont nous avons vu qu'elle devait être rejetée.

Le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets.

Nous avons vu, en effet, que le contrat se caractérise par sa procédure spécifique de création d'effets de droit : un accord de volontés (84). Cet accord de volontés doit être destiné à produire des effets de droit, condition nécessaire pour donner aux volontés leur pleine signification. Ces deux éléments figurent déjà dans la définition généralement retenue du contrat.

Mais nous avons vu qu'il fallait lui apporter deux précisions importantes.

Tout d'abord tout contrat exige essentiellement le concours de deux ou plusieurs déclarations de volontés (85).

Ensuite, et surtout, l'accord des volontés ne produit des effets de droit que parce que le droit objectif lui reconnaît un tel pouvoir et dans les limites définies par celui-ci (86).

Cette définition laisse à l'accord des volontés son rôle spécifique dans la création d'effets de droit. Mais l'autonomie ainsi reconnue aux parties, qui sont autorisées à régler elles-mêmes, par leur accord, leurs relations, n'est pas indépendance, ni souveraineté. Elle ne s'exerce que dans les limites plus ou moins étroites des compétences qui leur sont reconnues par le droit objectif.

(1) Cette chronique reprend en substance un rapport présenté en 1989 au Centre de philosophie du droit de l'Université de Paris II.

(2) V. L. Cadiet, Interrogations sur le droit contemporain des contrats, in *Le droit contemporain des contrats*, 1987, p. 13, n° 6, sur la distinction.

(3) V. G. Alpa, Le contrat « individuel » et sa définition, *Rev. int. dr. comp.* 1988.327 s., spéc. p. 333, citant Atiyah, *An introduction to the law of contract*, Londres, 1961.

(4) G. Alpa, préc.

- (5) J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 5e éd., 1983, p. 253 à 283.
- (6) V. notamment, D. Truchet, *Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés*, in *Le droit contemporain des contrats*, sous la dir. de L. Cadet, 1987, p. 186, qui observe que « parler de critère renvoie implicitement à l'idée qu'il y aurait une notion fondamentale de contrat, une essence contractuelle, des contrats par nature », et ajoute « or je ne crois pas à une telle notion ».
- (7) N. Rouland, *Anthropologie juridique*, 1988, n° 158-159.
- (8) E. Le Roy, *Cours d'anthropologie historique et juridique des contrats*, multigr., Paris-Brazzaville, 1972-1973, p. 90 s., principalement fondé sur l'étude de sociétés négro-africaines, cité in N. Rouland, préc., p. 267 s., n° 160.
- (9) Cf. Ph. Rémy, *Droit des contrats : questions, positions, propositions*, in *Le droit contemporain des contrats*, sous la dir. de L. Cadet, 1987, p. 277, n° 22, citant : *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes Goldmann, 1982, spéc. les art. de G. Farjat (p. 47), Ph. Kahn (p. 89), P. Lagarde (p. 125), P. Sanders (p. 281), J. Stoufflet (p. 361), M. Virally (p. 373).
- (10) Cf. Ph. Rémy, op. cit., p. 272, n° 6.
- (11) V. L. Cadet, op. cit., p. 12, qui cite : L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, 1985, spéc. le chapitre I : « Vers la société contractuelle » ; J. M. Varaut, *Le droit au droit. Pour un libéralisme institutionnel*, spéc. p. 181 à 189. - Adde, A. Laurent, *De l'individualisme. Enquête sur le retour de l'individu*, 1985 ; Gallo, *La troisième alliance. Pour un nouvel individualisme*.
- (12) V. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, t. 1, p. 591 à 594, n° 194 à 195 ; Cf. J. Prévault, *Les fondements philosophiques du code Napoléon, « studi urbinati »*, Milan, 1975-1976, n° 28, p. 143 s.
- (13) *Vocabulaire juridique Capitant*, 2e éd., sous la dir. de G. Cornu, v° Contrat. *Vocabulaire juridique*, Ire éd., 1930, sous la dir. de H. Capitant, v° Contrat.
- (14) V. G. Alpa, préc., *Rev. int. dr. comp.* 1988.329.
- (15) v° Volonté.
- (16) V. J. Ghestin, *Le contrat : Formation*, n° 306-1.
- (17) Cf. Ph. Rémy, préc., p. 273, n° 7 et 8, citant en ce sens not. Gorla, Rouhette et Villey.
- (18) *La théorie juridique de la convention*, *Arch. phil. droit* 1940.33 à 76.
- (19) X. Martin, *Anthropologie et code Napoléon*, *Bull. soc. fr. idées et hist. relig.*, n° 1, 1984, p. 39 à 62, spéc. p. 43 ; *Nature humaine et code Napoléon*, in *Droits*, n° 2, 1985, p. 117 à 128, spéc. p. 120. - Adde, L. Cadet, préc., 1987, p. 9.
- (20) Kelsen, préc., p. 48.
- (21) Préc., v° Autonomie.
- (22) V. en ce sens, J. Carbonnier, *Flexible droit*, 3e éd., 1976, p. 242. - C'est l'un des thèmes essentiels de la thèse de M. G. Rouhette, préc.
- (23) Cf. G. Cornu, *Regards sur le titre III du livre III du code civil*, *Cours DEA droit privé Paris II*, 1976-1977, p. 148 à 150, qui observe que les rapports de la Cour de cassation de 1971 à 1975 ne comportent aucune rubrique générale relative au contrat, le droit commun étant redistribué sous les rubriques du droit spécial.
- (24) P. Hébraud, *ibid.*
- (25) V. J. Ghestin, op. cit., n° 166. - Adde A. Chirez, *De la confiance en droit contractuel*, thèse Nice, 1977.
- (26) V. A. von Mehren, in *International Encyclopedia of comparative law. A general view of contract*, n° 25.
- (27) Ph. Rémy, préc. note (8), p. 273-274, n° 9 s.
- (28) *Le contrat : Formation*, n° 155-5.
- (29) V. J. Ghestin, *Traité de droit civil, Introduction générale*, par J. Ghestin et G. Goubeaux, n° 192 et 193. - Cf. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, thèse 1912, p. 358-359 : « Chacun cède ou promet pour obtenir lui-même. Un bien ne sort de mon patrimoine, mon activité ne se met au service d'autrui, je n'assume une obligation quelconque que parce qu'une valeur correspondante m'est actuellement fournie ou, ce qui revient au même, m'est promise, et qu'ainsi un dédommagement vient rétablir l'intégrité première de mon patrimoine. En sorte que si ... nous pénétrons à l'intérieur du contrat ... c'est un principe de justice commutative que, dès l'abord, nous rencontrons ». - Cf. N. M. K. Goma, *Théorie des sources de l'obligation*, thèse Paris, 1968, LGDJ, préface J. Carbonnier, p. 236 à 241 et p. 249.
- (30) V. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, p. 387-388.
- (31) V. not. R. Savatier, *Métamorphoses économiques et sociales du droit civil*, t. 1, 2e éd., p. 19 à 105, spéc. chapitre III, « La technique de l'éclatement des contrats » ; G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, p. 269 s., p. 322 ; G. Morin, *La loi et le contrat*, 1927, p. 111 et 112 ; *La désagrégation de la théorie contractuelle du code*, *Arch. phil. droit* 1940.7 s. ; A. Barreyre, *L'évolution et la crise du contrat*, thèse Bordeaux, 1937 ; G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, thèse Montpellier, 1944, p. 17 ; Cf. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, § 2 ; H. Batiffol, *La « crise du contrat » et sa portée*, *Arch. phil. droit* 1968.13 s. ; P. Hébraud, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, *Mélanges Maury*, t. 2, p. 420.

- (32) Cf. Ph. Rémy, op. cit., note (8), p. 272, n° 5.
- (33) Cf. P. Godé, Volonté et manifestations tacites, thèse Lille, 1977, préface J. Patarin, spéc. p. 19 à 21, n° 11 et 12.
- (34) A. Rieg, Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, Travaux Assoc. H. Capitant, 1968, p. 43, n° 3.
- (35) La paumée dans les foires traduisait bien cette utilité du formalisme.
- (36) Cf. A. Rieg, préc., p. 43, n° 3.
- (37) V. J. Ghestin, Le contrat : Formation, n° 179.
- (38) G. Alpa, art. préc., p. 346-347.
- (39) V. en ce sens, cités in G. Alpa, art. préc., p. 330 à 332 : Treitel, Howarth, The meaning of objectivity in contrat, 100 L. Q. Rev. 265 (1984) ; Corbin, Kessler et Gilmore, Contracts, Toronto-Londres, 1970, p. 97 ; V. Gray, Handbook of the law of contracts, 1985, p. 85 ; Farnsworth, Meaning in the law of contracts, 76 Yale L. J. 939, 1967, et Dispute over omission in contracts, 68 Colum. L. Rev. 860, 1968. - Adde, G. Rouhette, La révision conventionnelle du contrat, Rev. int. dr. comp. 1986.369 ; Zaki, Le formalisme conventionnel. Illustration de la notion de contrat-cadre, Rev. int. dr. comp. 1986.1057.
- (40) V. not. L. Cadiet, préc., p. 15-17, n° 9 et 10.
- (41) De la déclaration de volonté, p. 229 et 230, n° 89 et 90.
- (42) Hauriou, note sous Cons. d'Et. 23 mars 1906, S. 1908.3.17 ; Duguit, Les transformations du droit privé, 1912, p. 121 à 126.
- (43) Cf. N. M. Gooma, op. cit., note (28), n° 49, p. 69, qui considère qu'il n'y a pas de contrat dès l'instant que le contenu de celui-ci n'est pas l'oeuvre commune des deux parties. Cet auteur considère que la volonté doit être l'élément décisif du contrat et, surtout, il définit celui-ci comme un accord de volontés entre deux parties égales (op. cit., n° 13, p. 31), ce qui explique sa position quant au contrat d'adhésion. - Adde : A. Rieg, Contrat type et contrat d'adhésion, Travaux et recherches Inst. dr. comp. Paris, t. XXXIII, 1970, p. 111 ; A. Popovici, Les contrats d'adhésion, un problème dépassé ?, Mélanges L. Baudoin, 1974, p. 173 ; A. Seube, Les conditions générales des contrats, Mélanges Jauffret, p. 628.
- (44) V. en ce sens, not. J. Carbonnier, Obligations, § 17.
- (45) J. Carbonnier, op. cit., § 17.
- (46) V. A. Rieg, op. cit., p. 111.
- (47) V. P. A. Crépeau, Rapport général au VIIIe congrès international de droit comparé, Pescara, 1970, Contrat d'adhésion et contrat type, Mélanges L. Baudoin, p. 70, qui fait état, en ce sens, des rapports français, belge, italien, ouest-allemand, et suisse. - V. également en ce sens, pour le Québec, A. Popovici, préc., p.173-174.
- (48) V. Rivero, Action économique et évolution administrative, Rev. économique 1962.886 ; Delvolvé, Le principe d'égalité devant les charges publiques, LGDJ, 1969, spéc. p. 110 ; M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel, RTD civ. 1964.5 s., spéc. n° 20 s.
- (49) J. Caillosse, Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, in Le droit contemporain des contrats, sous la dir. de L. Cadiet, 1987, n° 9, p. 93.
- (50) M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel, RTD civ. 1964.48, n° 28 ; B. Starck, Obligations, n° 1048 ; Flour et Aubert, Obligations, vol. 1, n° 126.
- (51) Ce qui correspond à la fréquence des déclarations gouvernementales ou autres faisant appel à ces notions.
- (52) V. J. Chevallier, Les formes actuelles de l'économie concertée, Publications Fac. Droit Amiens, 1971-1972, n° 1, p. 67 s.
- (53) M. Hecquard-Théron, Essai sur la notion de réglementation, thèse Toulouse, 1977, LGDJ, préface J. A. Mazères, p. 242.
- (54) V. M. Hecquard-Théron, thèse préc., p. 249 s., et les auteurs cités. - Adde, pour une étude approfondie de la notion de contrat administratif, A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, LGDJ, t. 1, 2e éd., 1983, n° 3 s. ; J. Caillosse, Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, préc. ; Cf. Ph. Langlois, Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation, Dr. soc. 1975.284, qui observe à propos de la convention nationale passée entre la caisse nationale d'assurance maladie et les organisations syndicales de médecins : « La négociation existe. Mais, en réalité, les médecins adhèrent individuellement à une convention type de nature réglementaire ».
- (55) V. A. Viandier, La complaisance, JCP 1980.I.2987, n° 16 s.
- (56) V. J. Carbonnier, Flexible droit, 3e éd., 1976, p. 20 s., spéc. p. 31-32.
- (57) V. A. Viandier, préc.
- (58) V. J. Carbonnier, préc.
- (59) V. E. H. Perreau, Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence, RTD civ. 1914.481 s.
- (60) V. en ce sens Ripert et Boulanger, t. 2, n° 61 ; Weill et Terré, Obligations, n° 30.



- (61) V. Rouast, La prestation gratuite de travail, Etudes Capitant, p. 695 ; Boitard, Les contrats de services gratuits, thèse Paris, 1941 ; Grua, L'acte gratuit en droit commercial, thèse Paris I, 1978. - La question s'est posée de savoir si le transport bénévole d'un passager (auto-stop) donnait naissance à un contrat susceptible d'engager la responsabilité contractuelle du conducteur en cas d'accident (V. Josserand, Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobiles, D. H. 1926. Chron. 21 ; Thénard, Le transport gratuit, Rev. crit. 1939.171). - V. cependant, pour l'entraide entre agriculteurs, J. Ghestin, Le contrat : Formation n° 19-1. (62) Bull. civ. I, n° 117, p. 99 ; D. 1975. Somm. 75.
- (63) V. J. Carbonnier, Flexible droit, p. 32, qui fait état de l'hospitalité gratuite, mais durable, considérée comme une sous-location prohibée par Civ. Ire, 7 févr. 1962, JCP 1962.II.12727, note Désiry ; D. 1962. Somm. 89.
- (64) V. J. Carbonnier, Introduction, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier, 1985, PUF, 1986, p. 38.
- (65) Cf. Weill et Terré, Obligations, n° 31, sur la pratique de tels accords dans le fonctionnement des sociétés commerciales. - V. également, B. Oppetit, L'engagement d'honneur, D. 1979. Chron. 107 ; J. Terray, La lettre de confort, Rev. Banque 1980.329 ; M. de Vita, La jurisprudence en matière de lettres d'intention, Gaz. Pal. 1987.2. Doctr. 667 ; Ph. Simler, Le cautionnement, 1982, n° 30.
- (66) An introduction to the law of contract, Londres, 1961, p. 132.
- (67) Ph. Rémy, op. cit., note (8), p. 276, n° 18 ; G. Creff, Les contrats de la famille, ibid., p. 245 s. ; J. Ghestin, Le contrat : Formation, n° 110.
- (68) C. App., 1919, 2 KB 571, cité par G. Alpa, art. préc., p. 335.
- (69) V. P. Voisin, Les lettres de confort, Petites Affiches, 7 déc. 1987, p. 5 s.
- (70) V. M. D. Cruège, Le concept contractuel et les négociations collectives, thèse Paris I, 1974 ; J. Savatier, La révolution de mai et le droit du travail, Dr. soc. 1968.438 ; G. Lyon-Caen, Les journées de mai et les accords de Grenelle, Dr. soc. 1968.446 ; Javillier, La partie obligatoire des conventions collectives, Dr. soc. 1971.259 ; M. Voisset, Concertation et contractualisation dans la fonction publique, Dr. soc. 1970.409 et spéc. p. 424. - Le droit anglais tenait d'ailleurs les conventions collectives de travail pour des Gentlemen's Agreements jusqu'à la loi sur les relations industrielles de 1971, dite loi Carr (V. G. Caplat, Un tournant dans les relations industrielles en Grande-Bretagne : la loi sur les relations industrielles de 1971, Dr. soc. 1973.286). - Adde : sur la nature juridique et la sanction civile des voeux religieux, Cornu, RTD civ. 1977.789.
- (71) V. J. Ghestin, op. cit., n° 147 s.
- (72) Monateri, La sinecdoque française, Rev. int. dr. comp. 1984.21 s.
- (73) Cité par G. Alpa, art. préc., p. 330, qui cite également l'Osborne concise dictionary par J. Burke, mentionnant comme définition du contrat an « agreement enforceable at law ».
- (74) Lois civiles, Ire partie, titre 1er, section 1, p. 237, n° 8.
- (75) An introduction to the law of contract, Londres, 1961, p. 18, cité par G. Alpa, art. préc., p. 331.
- (76) V. G. Alpa, Le contrat « individuel » et sa définition, Rev. int. dr. comp. 1988.329, citant Corbin, On contracts, Saint-Paul, Minn., 1952, p. 1155.
- (77) V. G. Alpa, art. préc., p. 332.
- (78) V. J. Caillosse, Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, in Le droit contemporain des contrats, sous la dir. de L. Cadiet, 1987, p. 111, n° 42.
- (79) V. L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 3e éd., 1927, t. 1. - Cf. pour une présentation critique de l'analyse de Duguit, J. Carbonnier, Obligations, § 10 ; Weill et Terré, Obligations, n° 64 ; J. Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, thèse Paris, 1971, LGDJ, préface P. Raynaud, n° 44 s., p. 56 s. ; P. Hébraud, Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, Mélanges Maury, t. 2, p. 422-423, note 10 ; G. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse Paris, 1965, p. 42 à 45 et p. 48.
- (80) V. J. Caillosse, préc., n° 20.
- (81) V. A. de Laubadère, Delvolvé et Moderne, Traité des contrats administratifs, p. 243 s. ; J. Caillosse, préc., n° 43.
- (82) Ph. Rémy, art. préc., p. 279-280, n° 30.
- (83) V. J. Caillosse, préc., n° 49, citant Madiot, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral. Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français, LGDJ, 1971, et Traité des contrats administratifs, LGDJ, préc.
- (84) V. J. Ghestin, Le contrat : Formation, n° 178.
- (85) V. J. Ghestin, op. cit., n° 78.
- (86) V. J. Ghestin, op. cit., n° 156 s.

## Interrogations sur le droit contemporain des contrats

Loïc CADIET  
par  
Professeur à la Faculté de Droit de Rennes

1. Faut-il encore écrire sur le droit des contrats ? Tout n'a-t-il pas d'ores et déjà été dit ? N'y a-t-il pas quelque imprudence, voire quelque impudence à consacrer un cycle de quatorze conférences à un sujet aussi battu et rebattu à propos duquel tous les auteurs, ou peu s'en faut, se sont exprimés ?

N'a-t-on pas observé, du reste, que « la réflexion juridique en matière d'obligations et, plus spécialement, de contrats, s'est longuement développée en une algèbre blanche et glacée affinée par 2000 ans de réflexions aigues »<sup>1</sup> ?

Les rédacteurs du Code Civil, en tout cas, devaient bien en être persuadés, pénétrés qu'ils étaient du sentiment de recueillir, à travers les règles relatives aux contrats, venues des Romains, un « immense et précieux dépôt » devant contribuer « à la civilisation du globe entier, dépôt dans lequel toutes les nations policées se félicitent de reconnaître la Raïson Écrite »<sup>2</sup>. Ils doutaient, d'ailleurs, « que l'on pût encore faire des progrès dans cette partie de la science législative »<sup>3</sup>.

L'histoire leur donnerait-elle raison ? L'interrogation peut paraître légitime lorsqu'on note que, pour l'essentiel, le droit des contrats est toujours, en 1986, dans le Code Civil, celui qu'il était en 1804<sup>4</sup>.

Alors ? N'est pas Évariste Gallois qui veut !

2. Alors, il ne faut pas s'en laisser accroire. Le contrat a beau être un des « piliers du droit »<sup>5</sup>, ce pilier repose sur des fondations qui bougent et qui bougent de plus en plus tellement que l'édifice se lézarde au point de menacer ruine ; et puis, la loi n'est pas tout le droit.

1. J.M. Mousseron, Préface à la thèse de B. Teyssié, Les groupes de contrats, L.G.D.J., 1975, p. XV.

2. et 3. F. Bigot de Préamenu, Exposé des motifs du titre III du livre III du Code Civil, not. in P.A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, t. XIII, Paris, 1828, p. 216.

4. V. G. Cornu, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général (Essai de lecture d'un titre du Code), Les cours de droit, 1976-1977, 215 P., spéc. p. 3 n° 1.

5. Selon l'expression de M. le Doyen Carbonnier : Flexible Droit (Textes pour une sociologie du droit sans rigueur), L.G.D.J., 5<sup>e</sup> éd. 1983, 368 p., spéc. p. 253 à 283.

Mais, cela aussi a été écrit !

On a déjà écrit que le contrat, aujourd'hui, n'est plus celui qu'il était hier, en 1804. On a minutieusement décrit, par le détail, ces phénomènes de multiplication et de spécialisation des contrats, de socialisation, de collectivisation, de publicisation des contrats, d'agglomération des contrats en groupes, chaînes ou ensembles, plus ou moins dépendants, plus ou moins complexes. Cela fait déjà quelque décennies qu'on a dit des contrats qu'ils devenaient imposés, dirigés, forcés ; on a même parlé de contrat légal!

Ces bouleversements-du-paysage contractuel napoléonien, marqué par l'individualisme libéral, vivant sous le règne de l'autonomie de la volonté, ont été perçus relativement tôt par la doctrine. Mais, il a fallu attendre encore quelques années pour que la portée de ces transformations soit pleinement appréhendée et que la doctrine civiliste en vienne à parler de « l'éclatement de la notion traditionnelle de contrat »<sup>4</sup> ou, carrément, de la « crise du contrat »<sup>5</sup> dans laquelle Ripert voyait une des lignes de déclin du droit<sup>6</sup> — sans que l'on sache à vrai dire exactement s'il s'agissait d'une crise de croissance ou d'une crise de vieillesse! Le trouble justifiait qu'en 1968 le comité de direction des Archives de Philosophie du Droit consacra un volume de sa collection aux notions du contrat.<sup>7</sup> Il y a peu de temps encore, deux auteurs tiraient leur article : « Le contrat déstabilisé ».<sup>8</sup>

L'opinion dominante, devenue commune — c'est une antique du droit des contrats — est qu'à l'ombre de l'Etat-Moïoch (ou Cyclope, selon l'expression de Paul Valéry), le droit s'est publié, entraînant dans son sillage une socialisation du contrat dont les manifestations les plus claires sont les nombreuses restrictions apportées à la liberté contractuelle,

1. L. Josteraud, Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal, D.H. 1940, chron., p. 5 et s.

2. C'est, du moins, l'opinion dominante, émise, du reste, à l'endroit du code civil dans son ensemble : v. p. ex. J. Ghestin et G. Goubeaux, Traité de droit civil, t. I : Introduction générale, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd. 1983, 757 p., spéc. p. 96 n° 137. Le point est, toutefois, contesté : v. la-dessus, la remarquable étude de X. Martin, Sur l'essor et l'essence de l'individualisme libéral en France, Bull. de la Soc. Franç. d'Hist. des Idées et d'Hist. Relig., n° 3, 1986, p. 37 à 85.

3. Notamment, avec la thèse de E. Goumor, L'origine de l'autonomie de la volonté en droit privé — Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, A. Rousseau, Paris, 1912, 470 p.

4. R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 1952, 314 p., spéc. p. 19 à 105.

5. H. Batifol, La « crise du contrat » et sa portée, in Archives de Philosophie du Droit, t. XIII, Sur les notions du contrat, Sirey, 1968, p. 13 à 30.

6. G. Ripert, Le déclin du droit — Études sur la législation contemporaine, L.G.D.J., 1949, 225 p., spéc. le chapitre 2. Tout devient, droit public, p. 37 à 66.

7. E. Terre, Sur la sociologie du contrat, in Arch. Philo. Dr. préc., p. 71 à 88, spéc. p. 71.

8. T. XIII préc. Sur les notions du contrat.  
9. M. Armand-Prevoist et D. Richard, Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel), J.C.P. 1979, I.2952.

au fond comme dans la forme, et les multiples atteintes portées à la force obligatoire du contrat, à l'égard des contractants, autant que, s'agissant des tiers, à l'effet relatif des conventions.<sup>4</sup>

Du coup, on est venu à douter que les contrats aient jamais été « les registres de nos volontés libres et joyeuses »<sup>5</sup>, que la volonté individuelle soit le principe du contrat, la source de sa force obligatoire. Ce ne serait là qu'une vue de l'esprit, « un produit de la pensée moderne, un cadavre fait aux juristes par un certain groupe de philosophes de l'Europe moderne (...) parfaitement ignorants du droit ».<sup>6</sup> A la lecture volontariste ou spiritualiste de l'article 1134 C.C., quelques auteurs, retrouvant en quelque sorte le système romain des pactes vêtus, ont substitué une lecture objectiviste ou positiviste faisant découler la force obligatoire du contrat de la sanction que lui garantit le droit objectif.<sup>7</sup> Le « solo consensus obligat » n'aurait jamais été reçu dans la pratique. Le volontarisme des contractants aiderait seulement à créer une situation de fait dont le droit ferait dériver la force obligatoire du contrat en ouvrant une action au créancier.<sup>8</sup> Selon l'image suggestive d'un auteur, « le contact des volontés individuelles formant le commutateur ne crée d'énergie électrique : dans les deux cas, l'énergie vient d'ailleurs »<sup>9</sup>. En définitive, « on contracterait des dettes comme on contracte les fièvres : par un décret d'une puissance supérieure ».<sup>10</sup>

1. Atteintes à la liberté contractuelle qui consistent, au nom de l'ordre public, dans la multiplication des contrats interdits ou imposés, contrôlés, si ce n'est réglementés. V. J. Ghestin, Traité de droit civil, t. 2 : Le contrat, L.G.D.J., 1980, 846 p., spéc. p. 93 à 105, n° 129 à 147.

2. Avec le développement du formalisme. V. not. Ph. Le Tourneau, Quelques aspects de l'évolution des contrats, in Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349 à 380, spéc. p. 361 à 368, n° 27 à 39.

3. Le contrat est modifié par la loi ou par les tribunaux : v. J. Ghestin, *op. cit.*, n° 148 à 154, p. 105 à 112.

4. V. J. Ghestin, *op. cit.*, n° 155 p. 112 et 113. Ce sont surtout les accords collectifs et les groupes de contrats qui incombent à mal le principe de l'effet relatif des conventions : sur le premier point, v. not. G. Rouhette, L'extension à des tiers des effets d'un accord de volonté (les accords collectifs en droit français), Rev. Intern. dr. comp. 1979, n° spéc., p. 55 à 82 ; sur le second, v. p. ex. J. Mestre, L'évolution du contrat en droit privé français. Rapport aux Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des contrats, Poitiers, 24 et 25 octobre 1985, P.U.F., 1986, p. 40 à 60, spéc. p. 59 et 60.

5. G. Rouhette, Encyclopædia Universalis, v° Contrat, in fine.

6. M. Villey, Préface historique à l'étude des notions de contrat, in Arch. Philo. Dr. préc., p. 1 à 11, spéc. p. 3 et 4.

7. V. not. G. Rouhette, *op. cit.*, v. surtout, de cet auteur, sa thèse : Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Paris, 1965. Sur cette thèse, v. J. Ghestin, *op. cit.*, n° 165 à 168, p. 125 à 128 et L. Castro, Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat, in Arch. Philo. Dr. préc., p. 51 à 58, spéc. p. 52 à 55. Comp. J. Ghestin, *op. cit.*, n° 131 à 192, p. 131 à 149.

8. V. J. Ghestin, n° 173, p. 131 à 132.

9. X. Martin, Anthropologie et Code Napoléon, Bull. Soc. Franç. Hist. Idées et Hist. Relig., n° 1, 1984, p. 39 à 62, spéc. p. 43. Une version condensée de cet article a paru sous le titre : Nature humaine et Code Napoléon, in Droits, n° 2, 1985, p. 117 à 128, spéc. p. 120.

10. G. Rouhette, *op. cit.*, in Encycl. Univ., in fine.

3. Mais, il n'y a pas que le contrat qui ait évolué. Semblablement — et cette évolution prolonge la précédente — le droit des contrats de notre siècle vieillissant n'est plus qu'en apparence celui de 1804 : sous la lettre à peu près immobile du Code, est apparu et s'est développé, sous l'influence conjuguée de lois spéciales, de la jurisprudence et de la pratique contractuelle, commerciale ou notariale, un droit vivant différent du droit écrit, un droit des contrats en dehors de la lettre figée du Code. M. le Doyen Cornu a résumé la situation de manière définitive : « *Des mutations fondamentales se sont opérées en dehors ou sous l'égide formelle de la loi. Le titre des contrats n'a pas changé dans sa lettre. Mais la décalage s'est opéré entre la forme et le fond. Le titre des contrats ne contient plus le vrai droit des obligations (...). La loi écrite est dépassé par le droit vivant* »<sup>1</sup>.

L'analyse, du reste, n'est pas nouvelle. Elle participe de tout un courant de littérature évolutionniste, amorcé par Gabriel Tarde<sup>2</sup>, puis développé par d'autres auteurs, dont Gaston Morin qui, en 1944, écrivait « *la révolte du droit contre le code* »<sup>3</sup> en analysant notamment les transformations de la théorie contractuelle du Code Civil<sup>4</sup>.

4. Ce qui est nouveau aujourd'hui, c'est le sentiment que le point de rupture est atteint et qu'il importe, sans tarder, de poser, en législation, le problème de la réforme du droit des obligations, spécialement du droit des contrats. Ce sentiment est d'autant plus aigu que, depuis une vingtaine d'années, le Code Civil a par ailleurs été progressivement remanié, d'abord même si, déjà, apparaissent, ici et là, de nouveaux motifs d'obsolescence et de nouveaux défis législatifs<sup>5</sup>.

Certes, la réforme a été envisagée ; mais, elle a été, selon l'expression de M. le Doyen Carbonnier, « *laissée délibérément en jachère* ». L'absence d'une unification du droit contractuel, au sein de la communauté européenne<sup>6</sup> ainsi que l'urgence de mettre un terme aux archaïsmes

1. G. Cornu, *op. cit.*, n° 27 p. 19 et 20. Pour une analyse de ces mutations, v. cet auteur, *op. cit.*, n° 29 à 34, p. 20 à 24.

2. G. Tarde, *Les transformations du droit* - Étude sociologique, F. Alcan, Paris, 1893, 210 p., spéc. p. 126 note 1 : « *La permanence trompeuse du Droit, formal dissimulé (...), les mutations du Droit vivant* ».

3. G. Morin, *La révolte du Droit contre le Code* - La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété), Sirey, 1944, 121 p.

4. *Op. cit.*, p. 9 à 59.

5. On est même à réformer la réforme avec la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens de leurs enfants mineurs (J.C.P. 1986, III, 58067).

6. On pense essentiellement au développement des familles mono-parentales et aux progrès de la biologie en matière de procréation.

7. et 8. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I : Introduction, les personnes, P.U.F. 15<sup>e</sup> éd., 1984, 431 p., spéc. p. 77 n° 14.

intolérables du droit familial ont été les deux causes, externe et interne, de la carence législative.

Seulement voilà, depuis vingt ans, l'eau a coulé sous les ponts : l'évolution du droit des contrats s'est accélérée, amplifiée et rien n'a point à l'horizon communautaire.

Plus que jamais, la question de la réforme du droit des contrats se pose donc. Au reste, l'acuité de la question ne manque pas d'être soulignée par son actualité doctrinale croissante<sup>7</sup> :

C'est là, nous semble-t-il, une première raison décrite encore et toujours sur les contrats et sur le droit des contrats. Il faut même écrire sans désespérer jusqu'à ce qu'une nouvelle impulsion politique vienne relancer les projets de réforme. Sans doute, ainsi que M. le Doyen Cornu en faisait la remarque, « *on n'aperçoit pas le programme politique qui marque un intérêt quelconque pour la réforme de la théorie générale des contrats et des obligations* ». Le propos date de 1976 et, en 1986, il reste largement vrai.

5. Pourtant, les choses, de ce côté, sont peut-être en train d'évoluer et c'est, alors, une deuxième raison d'alimenter la source doctrinale du droit des contrats.

Le reflux libéral provoqué par les élections législatives du 16 mars 1986 commence comme un jeu de dés. On ne parle plus que de dénationalisation, de dés-étatisation et, surtout, comme si ce mot était un programme à lui seul, de dé-réglementation.

L'idée était dans l'air depuis quelque temps, équivoque dans sa formulation, ambiguë dans son inspiration, nourrie qu'elle a été en partie par la redécouverte des vertus d'un modèle américain revigoré par la foi reaganienne conquérante.

Cette idée, en tout cas, a aujourd'hui les moyens politiques de prendre corps et il faut reconnaître que ce thème de la déréglementation, quand on ne revient pas du mot une acception extrême et péjorative, dévoile des aspects éminemment positifs<sup>8</sup>.

La déréglementation, de ce point de vue, ne conduit pas à l'anomie. Ce n'est pas le recul de la règle. Il s'agit simplement de libérer la société

1. G. Cornu, *op. cit.*, n° 26 p. 19.

2. V. p. ex. outre I. Mestre, *op. cit.*, et Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, G. Cornu, L'évolution du droit des contrats en France, *Rev. Intern. Dr. Comp.*, 1979, n° spéc., p. 447 à 463 ; M. Cabritiac, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, *Mélanges Marty*, Toulouse, 1978, p. 235 à 254 ; G. Roinchetti, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, *Mélanges Kodière*, Dalloz, 1981, p. 247 à 272 ; B. Berlioz-Houin et G. Berlioz, Le droit des contrats face à l'évolution économique, *Mélanges Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3 à 33.

3. G. Cornu, *op. cit.*, et loc. cit.

4. V. sur ce thème de la déréglementation, la publication remarquable de la faculté de droit de Poitiers : *La déréglementation*, P.U.F., 1986, 190 p., spéc. p. 183 à 187, le rapport de synthèse par Y. Madior, Ph. Ligneau, M. Moreau et J. Pradel.

civile du corset dont l'État l'enserme et entrave ses mouvements, de restreindre la réglementation étatique pour redonner à la société civile le pouvoir de s'organiser elle-même, de produire elle-même le droit. Il s'agit de substituer au droit d'en-haut, droit imposé par l'État, un droit d'en-bas, négocié au sein de la société civile entre ses différents acteurs, au modèle de régulation étatique de la société un modèle d'auto-régulation!

Or, c'est le contrat qui est au cœur de cette problématique et ce n'est pas un hasard si cette « nouvelle société » qu'appellent de leurs vœux les penseurs français, sociologues de métier ou d'occasion, est baptisée « société contractuelle »? Ce n'est pas davantage un hasard si cette pensée contractuelle s'accompagne d'un retour en force de l'individu dans les thématiques de la sociologie et de la philosophie contemporaines! Qui plus est — le fait est suffisamment rare pour être noté — cette réflexion contractualiste transcende, pour l'essentiel, les clivages traditionnels de la politique partisane!

Il y aurait beaucoup à dire sur cette mutation culturelle en cours! Elle constitue un champ d'observations et de réflexions que ne doivent pas ignorer, encore moins dédaigner le juriste en général, le civiliste en particulier. Le sociologue du droit des contrats y trouverait peut-être, pour sa matière, sinon de nouvelles hypothèses d'évolution, du moins de quoi enrichir des hypothèses déjà esquissées.

Plus immédiatement, cette mutation permet d'affirmer que toutes les conditions sont réunies pour que la question de la réforme du droit des contrats soit enfin posée en termes législatifs. Il n'est pas même excessif de penser que si cette question n'est pas posée maintenant, elle ne le sera jamais.

Quoi qu'il en soit, n'hésitons pas à dire que c'est au regard de cette nouvelle donne socio-politique que doit être abordé, aujourd'hui, le droit

1. Sous cet angle, la déségénération n'est pas plus la « déjuridification » que la désatiation est l'amodristissement de l'Etat. Le mot d'ordre n'est pas « moins d'Etat », mais de droit.  
 2. V., principalement, L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'état* — Sur la démocratie en France et en Amérique, P.U.F., 1985, 206 p., spéc. le chapitre premier : Vers la société contractuelle, p. 5 à 27. V., également, J.M. Varaut, *Le droit au droit* — Pour un libéralisme institutionnel, P.U.F., 244 p., qui voit dans le « laisser-contracter » (p. 181 à 189) un des vecteurs de cette société « dialogale » et « polyjuridique ».  
 3. V. les nombreuses références données par J.M. Varaut, *op. cit.*, p. 155 à 159, parmi lesquelles A. Laurent, *De l'individualisme* — Enquête sur le retour de l'individu, P.U.F., 1985, 192 p.  
 4. Ce qui signifie pas, bien entendu, que l'analyse soit la même : comp. p. ex. H. Arvon, *Les libéralismes américains* — De l'anarchisme individualiste à l'anarchocapitalisme, P.U.F., 1983, 160 p. et M. Gallo, *La troisième alliance* — Pour un nouvel individualisme, Fayard, 223 p., pour lequel (p. 195) « il doit (...) se tisser une relation contractuelle entre l'individu et la collectivité. Tout ce qui relève de l'absolu, de l'uniforme, du règlement, doit dans la mesure du possible en être banni ».  
 5. V. L. Cohen-Tanugi, *op. cit.*, p. 15 à 24 et p. 191 à 194.

des contrats et c'est à cette double veine d'effervescence doctrinale, la juridique et la sociologique, qui vient d'être évoquée, que ce séminaire entend se rattacher.

6. Mais, concrètement, dans quelle direction marcher ? Quel doit être l'objet propre de ce séminaire ?

La notion du contrat ? Non. Les positions sont connues! Le choix entre les tenants de la volonté individuelle et ceux des pactes vêtus est affaire de raison ou de passion. En vérité, peu importe, au moins dans la perspective qui est la nôtre. A supposer que l'autonomie de la volonté ne soit qu'un mythe<sup>2</sup>, de toute façon, le mythe a pris corps<sup>3</sup>. Au surplus, la lettre de l'article 1134 C.C. laisse la porte ouverte à toutes les interprétations (à tous les fantasmes<sup>4</sup>). Passée la querelle sur le statut et le rôle exacts de la volonté des contractants dans la force obligatoire du contrat, il suffit d'observer — ce qui peut faire l'unanimité — que la présentation du contrat que retient l'article 1134 C.C. est tout à fait susceptible de constituer le fondement exemplaire d'une société authentiquement contractuelle<sup>5</sup>.

Dès lors, si l'on ne veut perdre de vue ni les prémisses sociologiques, ni les perspectives législatives du séminaire, il reste à s'attacher à la fonction et au régime du contrat, à s'interroger sur le rôle que remplit le contrat dans la société française d'aujourd'hui et à se demander de quelle manière son organisation juridique lui permet de remplir ce rôle. Concrètement, deux interrogations sont alors susceptibles d'innover la réflexion des conférenciers et d'apparaître comme les fils conducteurs de ce séminaire. Primo : le contrat décline-t-il ou progresse-t-il ? La technique contractuelle de régulation sociale manifeste-t-elle un progrès par rapport aux modes réglementaires, institutionnels ou bien, est-ce le contraire ? Secundo : comment le droit des contrats, partagé entre la théorie générale et les règles spéciales a-t-il résisté à l'évolution de la matière contractuelle ? Le progrès du contrat, si progrès il y a, a-t-il constitué un progrès du droit commun ou, au contraire, un progrès des droits spéciaux ? Cette évolution marque-t-elle un progrès encore accru des règles spéciales ou manifeste-t-elle enfin un reflux vers le droit commun ?

1. V. supra n° 2, p. 9 et notes.  
 2. Comme source de la force obligatoire du contrat, s'entend : à ne pas confondre avec le principe de liberté contractuelle. Là-dessus, v. F. Terre, *Sur la sociologie juridique du contrat*, in Arch. Philo. Dr. préc., p. 71 à 88, spéc. p. 77 à 79. Le sort réservé, par le droit français, aux engagements d'honneur est une confirmation — ce n'est pas la seule — du caractère mythique de l'autonomie de la volonté : v. B. Oppetit, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, Chr. 107 à 116, spéc. p. 115 et 116 n° 19.  
 3. G. Cornu, *art. préc.*, n° 7 p. 449. V. également, J.M. Varaut, *op. cit.*, p. 181 à 183.  
 4. V., en ce sens, L. Cohen-Tanugi, *op. cit.*, p. 16. On rejoint, par là, l'opinion selon laquelle un Code Civil serait concevable composé seulement de l'article 1134 C.C., de l'article 1382 C.C. et du principe fondant l'action de in rem verso, selon lequel nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui.  
 5. Le plan retenu pour la publication et la présentation des conférences repose sur ces deux questions, ce qui ne va pas sans arbitraire. Tels contrats qui illustrent le progrès du phénomène contractuel posent aussi la question des rapports entre la théorie générale

## Déclin ou progrès du contrat ?

7. La question n'est pas fautive. Les réponses contrastées qui lui sont données attestent sa validité. Cette question, d'ailleurs, n'est pas seulement hexagonale. L'analyse comparative révèle qu'il existe, sur ce point, une convergence d'intérêts dans les recherches juridiques de langues italiennes, anglaise et française.

Cependant, l'interrogation peut être abordée sous deux angles différents, au moyen de deux éclairages distincts qui n'excluent pas, du reste, les chevauchements.

8. Cette question renvoie, tout d'abord, au débat classique déjà évoqué sur la crise du contrat. On a dit les positions divergentes auxquelles ce débat a donné lieu. Dans cette discussion, il s'agit, en réalité, d'étudier la crise d'une certaine conception du contrat : celle dont on croit porter le Code Civil et que l'on pare, à tort ou à raison, des vertus de l'individualisme libéral. Le doyen Savatier l'avait bien vu : c'est « la notion traditionnelle de contrat »<sup>3</sup> qui est alors en cause. Sur ce terrain, le déclin supposé du contrat tient à ce que « l'autonomie des contractants va chaque jour en diminuant devant une réglementation étatique croissante à laquelle l'on ne peut se soustraire »<sup>4</sup>. Mais, ce débat, montre assez vite ses limites. Ainsi que l'a justement noté M. Terre,<sup>5</sup> il est « lié à une détermination préalable de l'essence du contrat ». Ou bien, on considère que cette essence réside avant tout dans la décision de s'engager ou de ne pas s'engager, et alors, « on peut discerner, en dépit des différences de surface, le signe d'une profonde continuité »<sup>6</sup> ni déclin, ni progrès : permanence. Ou bien, on estime que l'essence du contrat implique davantage, notamment la liberté de déterminer le contenu obligationnel de la convention, auquel cas, l'évolution du contrat depuis le Code Civil peut être analysée comme un déclin et la situation contemporaine, comme une crise du contrat.

9. C'est pourquoi, déplaçant l'éclairage, il est permis de substituer à cette conception de la crise du contrat, sorte de conception interne, une autre analyse, externe, celle-ci. Le problème est alors de savoir quelle est aujourd'hui la place du contrat parmi les techniques de régulation sociale, de sonder la vitalité du phénomène contractuel dans l'organisation et le fonctionnement de la société française des années 1980. L'éclairage est plus sociologique ; ce qui ne signifie pas qu'il soit plus neuf.

du contrat et le droit des contrats spéciaux : on pense, notamment, aux contrats d'affaires ou aux contrats de la famille. Il faut donc compter avec ces nuances.

1. V. G. Alpa, L'avenir du contrat : aperçu d'une recherche bibliographique, *Rev. Intern. Dr. Comp.* 1985, p. 7 à 26.
2. V. supra n° 2.
3. R. Savatier, *op. cit.*, V. spéc. le chapitre I<sup>er</sup>. Les aspects et les limites de l'éclatement des contrats, p. 19 à 37, n° 16 à 40.
4. G. Morin, *op. cit.*, p. 1.
5. F. Terre, *op. cit.*, p. 71 et 72.
6. F. Terre, *op. cit.*, p. 72.

En effet, envisagé sous cet angle, le débat n'est pas sans évoquer l'opposition classique du contrat et du statut. Les sociologues du droit, soutenus d'ailleurs par l'évolution du contrat dans des sortes de lois scientifiques, ont procédé, sur cette base, selon la terminologie consacrée, à des recherches d'évolution. La « loi » fondamentale à laquelle il est toujours fait référence en pareil cas, formulée au siècle dernier par Sir Henry Maine, est que le mouvement d'évolution des sociétés serait allé jusqu'à présent du statut au contrat. Deux raisons pourraient expliquer cette antériorité. D'une part — mais cette raison n'en est pas vraiment une — le contrat ne saurait être primitif parce qu'il ne peut consister qu'à modifier le statut originel, qu'à ajouter de nouvelles relations aux relations existantes. D'autre part — cette raison est plus convaincante — les rapports sociaux, à l'origine, ont été dominés par le groupe. Le statut, c'est la loi du groupe, c'est-à-dire, en définitive, la loi du patriarché et, par extension, tout droit contraignant. Le contrat, au contraire, suppose une autonomie individuelle et une égalité entre les individus qui ne sont apparues que plus tard.

Mais, la loi de Maine reste très hypothétique. Elle n'a d'ailleurs pas fait l'unanimité<sup>7</sup> et, qui plus est, l'observation de l'évolution du droit des contrats depuis 1804 donnerait même à penser que le parcours se fait peut-être davantage en sens inverse : du contrat au statut, du droit volontaire au droit imposé, de la liberté contractuelle au dirigisme étatique, des relations conventionnelles aux situations institutionnelles.

Ces divergences d'appréciation soulignent la vanité de ces recherches d'antériorité, de ces hypothèses d'évolution, fautes d'instruments et d'éléments d'analyse fiables et pertinents<sup>8</sup>. On peut, cependant, retenir une chose de cette discussion. C'est que, pour l'essentiel, deux techniques se partagent l'organisation des relations sociales : la technique contractuelle<sup>9</sup> et la technique réglementaire<sup>10</sup>. Le droit peut être imposé ou négocié ; il peut y avoir distorsion ou identité entre les auteurs et les destinataires de la règle. On en revient à la problématique de l'Etat et

1. J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., p. 254.

2. J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 254 à 357 ; v. également F. Terre, *op. cit.*, p. 76 et 77.

3. Sir Henry James Sumner Maine (1822-1889). Cette thèse est énoncée in L'ancien droit, Paris, 1871, 376 p., spéc. p. 162 où Sumner Maine parle d'état plutôt que de statut dans la traduction établie par J.G. Courcelle Segnel.

4. C'est l'opinion de Durkheim, rapportée par F. Terre, *op. cit.*, p. 76.

5. J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 255.

6. V., à la fin du siècle dernier, l'opinion de Tardé, *op. cit.*, p. 103 à 108, spéc. p. 106. Aujourd'hui, v., au contraire, l'opinion de Gilmore, évoquée par G. Alpa, *op. cit.*, p. 23.

7. J. Carbonnier, *op. cit.*, et loc. cit. Cette opinion a notamment été développée à propos du contrat de travail : v., sur ce point, G. Couturier, Le contrat de travail en droit français, in *Rev. Intern. Dr. Comp.* 1979, n° spéc., p. 553 à 573, p. 554 à 558, n° 3 à 11.

8. Comp. J. Carbonnier, *op. cit.*, et loc. cit.

9. Ou volontaire, conventionnelle.

10. Ou institutionnelle, statutaire.

de la société civile, des deux modes de régulation sociale, l'étatique et le contractuel!

10. A dire vrai, la distinction est peut-être schématique et la réduction du règlement à l'étatique excessive. On peut en effet se demander si, dans l'ordre même du contrat, des phénomènes comme le développement des conventions standardisées<sup>2</sup> et l'accroissement des accords collectifs<sup>3</sup> manifestent vraiment un essor des modes contractuels de régulation sociale?

La réponse passe sans doute par une distinction téléologique. Si l'accord collectif et la convention standardisée ont pour finalité de rétablir, en droit, une égalité entre les contractants, rompue, dans les faits, par la puissance économique ou la compétence technique de l'un d'eux, ils traduisent alors, selon toute vraisemblance, un progrès du contrat dans la mesure où ils visent à rétablir les règles du jeu contractuel. Si, au contraire, ces accords collectifs et conventions standardisées ont pour but d'agir directement sur le contenu des relations contractuelles individuelles, à des fins de dirigisme économique ou social, ils constituent plutôt un déclin du mode contractuel de régulation sociale sous l'apparence d'un progrès de la forme contractuelle : ce ne sont alors que règlements dans le corps de contrats.

Dès lors, le passage de l'individuel au collectif n'est pas forcément un avatar contemporain du passage du contrat au statut exprimant, ce faisant, un déclin plutôt qu'un progrès du contrat. Il peut y avoir une autonomie des volontés collectives<sup>4</sup> et le collectif peut être un moyen de protéger l'individuel! L'important, somme toute, le critère essentiel de

1. V. L. Cohen-Tannugi, *op. cit.*, p. 5 à 11. Les qualifications varient : le modèle contractuel de régulation sociale est appelé modèle d'auto-régulation ou de régulation autonome. La société contractuelle est aussi appelée société juridique ou « *dialogale* », « *polypragmatique* » (J.M. Varaut, *op. cit.*, p. 122 à 126). A l'inverse, le modèle étatique est dit modèle négalomique (J.M. Varaut, *op. cit. et loc. cit.*) ; la société investie par l'État est appelée société réglementée. On oppose encore le légalisme et l'étatisme (L. Cohen-Tannugi, *op. cit.*, p. 127 à 166). Toutes ces expressions se valent. On ne saurait accepter, en revanche, en raison de l'analogie inexact et pervers qu'elle opère, l'assimilation du modèle de régulation étatique au « *social-étatisme* » et au « *jouréisme-légitimisme* » : v. pour tant J.M. Varaut, *op. cit.*, p. 7 à 14. Colbert, Napoléon et De Gaulle : « *jouréistes-légitimistes* » ? Jaures : légitimiste ?

2. Sur ces conventions standardisées, v. J. Ghustin, *op. cit.*, p. 40 à 61, n° 61 à 87. accord de volonté (les accords collectifs en droit français), *préc.*, étant précisés que les deux phénomènes se combinent parfois et qu'il existe une négociation collective des contrats-types : v. J. Ghustin, *op. cit.*, n° 86 p. 59 et 60.

3. Comp. J.M. Varaut, *op. cit.*, p. 185 et 186.

4. Par exemple, seule une collectivisation de l'action en justice dans les litiges de la consommation permettrait au petit consommateur isolé parmi d'autres d'assurer la défense de ses intérêts. V. en ce sens, L. Cohen-Tannugi, *op. cit.*, p. 154, à propos des « *classes* » de F. Chabreau, Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe, R.T.D. Civ. 1985, p. 247 à 276, et les propositions pré-legislatives de la commission de

la distinction des deux modes, c'est la négociation. C'est l'absence ou l'existence d'une négociation de la règle qui permet de faire le départ entre le droit imposé et le droit autonome, la régulation contraignante et la régulation contractuelle! Le problème de l'évolution-du droit des contrats ne tient donc pas, comme pourrait le faire croire une analyse hâtive du phénomène, à la substitution d'une philosophie collectiviste à la philosophie individualiste traditionnelle en matière contractuelle ; elle réside davantage dans le fait que le contrat, technique d'auto-régulation de la société civile, technique tantôt individuelle, tantôt collective, est de plus en plus investie par l'État, c'est-à-dire, de plus en plus dirigé et de moins en moins libre?

11. Partant de là, comment s'établit, dans la France d'aujourd'hui, le partage entre les modes réglementaires et contractuels de régulation sociale ? En réponse à cette question, les indices sont nombreux d'un progrès du contrat, mais des nuances s'imposent.

12. Hors le domaine juridique, le progrès est patent.

13. Ce progrès, tout d'abord, est net dans les esprits. Le développement des thèmes du contrat, lié ou non à l'individu, dans la sociologie et la philosophie contemporaines a déjà été évoqué. On pourrait encore y raccrocher, sans excès, tout un courant de la sociologie américaine — qu'on peut appeler sociologie de la démassification — qu'y a Alvin Toffler<sup>1</sup> à John Naisbitt<sup>2</sup>, décrit aussi les axes d'évolution des sociétés post-industrielles vers le modèle d'auto-régulation sociale que constitue la société contractuelle.<sup>3</sup>

réfonce du droit de la consommation : J. Calais-Auloy, Propositions pour un nouveau droit de la consommation, La documentation française, 1985, 221 p., spéc. p. 121 à 133.

1. V. L. Cohen-Tannugi, *op. cit.*, p. 144 à 163, spéc. p. 162, qui souligne justement que la négociation est « *la voie royale vers la société contractuelle* », dès lors qu'elle « *se solde par des contrats véritables* » et qu'elle s'affranchit « *de la tautologie étatique* » : de ce point de vue, « *la société contractuelle* » n'est ni la « *politique contractuelle* », ni l'« *économie concertée* ».

2. Dans le dictionnaire classique de l'individualisme libéral, le problème vient moins des attitudes portées à l'individualisme que de celles portées au libéralisme du moins, si l'on accepte cette opinion commune, ce qui ne va pas forcément de soi, ainsi que vient de l'établir brillamment X. Martin, Sur l'essor et l'essence de l'individualisme libéral en France, *préc.*, spéc. p. 63 à 67, pour lequel une méprise fondamentale a été d'identifier « *libéral* » à « *liberté* » quand l'épithète provenait, plus strictement, de « *liberté* ».

3. A. Toffler, Le choc du futur, Contihier, 1971, 640 p. ; La troisième vague, Demoiè-Gonthier, 1982, 640 p. ; Les cartes du futur, Contihier, 1971, 640 p. ; La troisième vague, Demoiè-Gonthier, 1982, 640 p. ; Les cartes du futur, Demoiè, 1983, 276 p.

4. J. Naisbitt, Megatrends — Ten new directions transforming our lives, Warner Books, 1981, 333 p., paru en France sous le titre : Les dix commandements de l'avenir, Sand, 1981, 318 p.

5. Du centralisme à la décentralisation, du « *big* » au « *small* », la beauté du « *small* », de la hiérarchie pyramidale aux réseaux, de la production standardisée à la diversification, de la Nation-État au Monde et aux Régions, du droit imposé au droit négocié, du modèle unique aux innovations plurielles, du monopole de l'information aux radios-télévisions locales, du journal aux satellites de communications, de la démocratie représentative à la démocratie directe.

Ce sont là, en vrac, quelques axes d'évolution dans lesquels le développement des technologies démassificatrices liées à l'électronique joue un rôle fondamental : l'accélération et l'amplification de l'évolution.

De même, dans la mesure où cette évolution manifeste une certaine faille de la politique, plutôt que du Politique<sup>1</sup>, c'est-à-dire, une crise de la représentation traditionnelle par les partis politiques et les organisations syndicales, il n'est pas étonnant que les thèses contractualistes progressent également dans l'esprit et le discours des responsables politiques et syndicaux. Implicites, la plupart du temps, ces thèmes ont été clairement développés par des hommes comme Jacques Delors<sup>2</sup>, auquel s'est attachée l'expression de « *politique contractuelle* », ou Edmond Mairet<sup>3</sup>.

14. Mais, le progrès n'opère pas exclusivement dans les esprits ; il s'inscrit également dans les faits. La décentralisation, le développement de la vie associative et, plus généralement, de l'économie sociale, la libération de l'audio-visuel et les lois Auroux sont, péle-mêle, des espaces de liberté gagnés par le contrat et il faut espérer que la législation actuelle, sachant fermer sagement ses oreilles aux sirènes de l'ultra-libéralisme,

<sup>1</sup> Individu dans une société de l'hyper-choix, d'où la déliquescence de l'uniformité et des techniques massifiantes qui la traduisent, comme, par exemple, le règlement. Pour une analyse des thèses de Toffler, v. F. Baile, Médias et sociétés, Montchristien, 1980, 750 p., spéc. p. 693 à 697. On trouve, sous certains aspects, un écho de cette sociologie de la démasification in M. Gallo, *op. cit.*

<sup>2</sup> Comp. A. Cohen-Fanugi, *op. cit.*, p. 16. Sur cette question, v. l'ouvrage fondamental de J. Donzelot, L'invention du social — Essai sur le déclin des passions politiques, Fayard, 1984, 267 p., spéc. p. 251 à 263.

<sup>3</sup> J. Delors, Changer, Stock, 1975, 343 p., spéc. p. 211 à 283. Sur le détorisme, v. E. de Bohdan et B. Richard, Changer les relations sociales, Les éditions d'organisation, 1976, 218 p., spéc. p. 127 à 165 ainsi que J. Donzelot, *op. cit.*, p. 224 à 251, spéc. p. 231 à 234. Au sein de la communauté politique, J. Delors n'est pas le seul à défendre ardemment ces thèmes, v. aussi M. Ricard, A l'épreuve des faits — Textes politiques 1979-1985, Éd. du Seuil, 219 p., spéc. p. 170 à 171 (le compromis social), p. 193 à 198 (la société négociée), p. 201 et 202 (l'exigence d'autonomie), p. 203 à 205 (la redécouverte de l'individu), ainsi que p. 181 à 182 (le champ social), qui déclare : « Reconnaître le compromis social, cela veut dire qu'une société comme la nôtre, parce qu'elle est démocratique, parce qu'elle se veut libre, parce qu'elle se veut souple, doit évoluer plutôt par la négociation des partenariats sociaux, des responsables entre eux, des agents économiques avec l'Etat, que par le mandatement, l'ordre, la loi, le décret, le règlement, l'arrêté » (p. 181). Mais, la philosophie contractualiste n'a pas vraiment de parti : v. ex. L. Stoleru, Politique contractuelle, politique actuelle, Le Monde, 13 juin 1978, sauf à préciser que la « *politique contractuelle* », comme l'*économie concertée* », pour participer vraiment de la société contractuelle, doit vent cesser, précisément, d'être des politiques, sociale et économique, en se désinvestissant de la présence étatique. En ce sens, L. Cohen-Fanugi, *op. cit.*, p. 150. Cela ne signifie pas, toutefois, que l'Etat est chassé du jeu social : au contraire, lorsque la régulation sociale est contractuelle, l'Etat — qui n'est pas fait pour produire, ni pour diriger aux autres comment produire — revient à son rôle naturel qui est de veiller au fonctionnement satisfaisant des relations contractuelles.

<sup>4</sup> Souvent cité : v. L. Cohen-Fanugi, *op. cit.*, p. 162 ; J.M. Varaut, *op. cit.*, p. 27 et 28. Allons-y à notre tour car le morceau est exemplaire : « La France est un pays de tradition législative et réglementaire qui se méfie du contractuel, de la diversité, du mesure. A tout problème, il jure une solution générale, nationale. C'est ainsi que notre Code du Travail atteint mille six cents pages. Il a grossi de 600 pages depuis 1968 ! Or, tout chef d'entreprise est censé l'appliquer comme tou salarier est censé connaître l'intégralité de ses droits... » (Le débat sur la flexibilité de l'emploi, Le Monde, 2 novembre 1984).

apporter, à son tour, une pierre à l'édification de la société contractuelle. Certaines des réformes annoncées par le Ministre des affaires sociales, M. Philippe Seguin, pourraient aller dans ce sens dès lors qu'elles s'accompagnent d'un renforcement de la négociation collective entre les partenaires sociaux.

15. On peut, alors, insensiblement, dans le domaine juridique qui paraît témoigner lui aussi, dans une première vue, d'un essor spectaculaire de la technique contractuelle<sup>1</sup>. Peut-être est-ce même la principale leçon de l'histoire des obligations ? Qu'elles sont loin les XII tables ! Depuis la procédure antique des actions de la loi jusqu'à nos jours, l'évolution n'est-elle pas celle d'un progrès croissant des contrats et du droit dont ils sont l'objet ? La liberté contractuelle a-t-elle été conquise et, dès lors, le génie de la pratique étant sans bornes<sup>2</sup>, les espèces de contrats n'ont cessé de se multiplier engendrant, par là-même, des difficultés de qualification grandissantes<sup>3</sup> ?

Le constat historique ne saurait, toutefois, suffire. Le droit positif doit bien confirmer cet essor.

16. Sur ce terrain, le droit du travail est un instrument d'observation privilégié<sup>4</sup>. D'un point de vue quantitatif, on est tenté de penser que la progression de la technique contractuelle est spectaculaire : il y a loin des quelques alinéas de l'article 1780 et l'article 1781 C.C. consacrant au louage des domestiques et ouvriers, aux milliers d'articles dont se composent les différents codes relatifs au travail<sup>5</sup>. Les espèces de contrats de travail ont elles-mêmes proliféré : le droit du travail n'est plus le droit du contrat de travail : il est devenu le droit des conventions de travail<sup>6</sup>. On touche là, à vrai dire, à l'aspect qualitatif de la progression de la technique contractuelle car c'est un progrès incontestable du contrat que manifestent le passage de la norme patronale à la norme négociée, l'extension du rôle joué par la convention collective et le renouveau de la négociation jusques y compris en matière de relations individuelles de travail<sup>7</sup>. Dans les années qui viennent, la science économique va même, probablement,

<sup>1</sup> Déjà observé par L. Josseland, L'essor moderne du concept contractuel, Études Gemy, 1936, t. 2, p. 333 à 346, ainsi que M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel : les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, RTD. Civ. 1964 p. 5 à 48.

<sup>2</sup> Piantoli n'en était pas convaincu : v. son Traité élémentaire de Droit civil, L.G.D.J., 9<sup>e</sup> éd. 1923, t. 2, 1114 p., spéc. p. 461 note 1.

<sup>3</sup> Cette question sera l'objet de la conférence d'A. Lainguet, Les contrats spéciaux dans l'histoire des obligations.

<sup>4</sup> G. Lyon-Caen, Défense et illustration du contrat de travail, in Arch. Philo. Dr. préc., p. 59 à 69, spéc. p. 69.

<sup>5</sup> Dont le Code du travail est le principal.

<sup>6</sup> Qui seront étudiées, dans sa conférence, par H. Blaise, Les conventions de travail.

<sup>7</sup> L'histoire à la carte a été une des premières manifestations de ce renouveau qui touche, maintenant, à la rémunération elle-même avec la notion de salaire individualisé ou personnalisé.



par la nécessité d'assurer une flexibilité optimale des structures de l'entreprise, induire un renforcement, voire une amplification de la négociation contractuelle. Mais, tout compte fait, ce progrès-ci n'est pas surprenant.

17. Il y a davantage lieu d'être étonné lorsqu'on constate que la technique contractuelle semble réaliser une percée dans des domaines qui lui sont traditionnellement, sinon hostiles, du moins rétifs.

Cette percée a déjà été relevée en droit fiscal<sup>1</sup>. On pourrait encore l'observer en droit pénal<sup>2</sup>. Elle l'est, en tout cas, en droit de la famille<sup>3</sup> et connaît même, dans cette matière, des applications pour le moins notables puisqu'elles touchent à un des actes fondateurs de la famille : la procréation<sup>4</sup> ; mais, traditionnellement, le contrat n'est pas vraiment inconnu en droit familial.

Aussi, dans cette veine, deux autres secteurs doivent plus particulièrement retenir l'attention.

18. Le premier est celui de la solution des litiges civils.

Sans doute, il a toujours existé, par opposition aux modes juridiques de règlement des litiges, des modes volontaires, parmi lesquels figure en première ligne la transaction<sup>5</sup>. Il n'empêche que, depuis quelques années, le contrat connaît un très net essor dans la solution des litiges civils<sup>6</sup>, y compris, d'ailleurs, dans l'ordre des modes de règlement juridiques<sup>7</sup>. Il faut sans doute voir dans cette progression l'effet du temps : la crise de l'institution judiciaire, aux rôles surchargés, favoriserait la recherche de solutions en dehors du juge. L'explication ne saurait, toutefois, suffire car la solution d'un litige peut être cherchée en dehors du juge sans pour autant être trouvée dans le convention des parties<sup>8</sup>. Il n'est

1. V. là-dessus, la thèse de M. Weitzman, professeur au MIT, sur « *L'économie de partage - *Vaire la stagflation* »*. Ed. L'expansion du 7 février 1986, p. 67 à 71. Signe des temps ? Illustration supplémentaire des thèses de la démassification ? Devant la faille des approches macro-économiques, les solutions à la crise sont maintenant recherchées dans l'analyse micro-économique.

2. V. G. Timsit, *Les contrats fiscaux*, D. 1964, Chr. 115 et s.

3. La procédure pénale demeure inquisitoire, mais semblent apparaître des conventions sur la peine : v. not. un des projets du Gardé des Sceaux, Ministre de la Justice, M. Albin Chalaudon, in *Le Monde* du 19 juillet 1986 ; M. Albin Chalaudon crée de nouveaux chantiers de jeunesse.

4. V. infra G. Creff, *Les contrats de la famille*.

5. Ce qui ne signifie pas que les contrats de la procréation soient licites. Sur ce point, v. en dernier lieu, Ch. Atlas, *Le contrat de substitution de mère*, D. 1986, Chr. 67.

6. V. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, P.U.F., 1958, 609 p., spéc. p. 41 à 68.

7. Le fait sera étudié, dans sa conférence, par F. Kernalguen, *La solution conventionnelle des litiges civils*.

8. C'est le fameux débat sur le contrat de procréation. V. not. P. Esroup, *Le contrat de procréation en appel*, D. 1985, Chr. 195 à 198 ; M. Caratini, *Le « Contrat de procréation » : une illusion ?* Gazette du Palais, 15 novembre 1985, p. 2 et 3 ; L. Gaudin, *Le contrat de procréation ? Une troisième voie*, Gazette du Palais, 31 janvier 1986, p. 2 à 4.

9. P. Delvolvé, *La justice hors du juge*, J.C.P. éd. Entreprise 1984, supplément au n° 27 du 5 juillet 1984, p. 16 à 23.

donc pas interdit de penser que le développement du contrat dans la solution des litiges civils tient à des raisons plus profondes : on peut y voir, notamment, la manifestation d'une défiance à l'égard d'un juge dit étatique, dont l'indépendance et le pouvoir se sont considérablement réduits depuis la révolution de 1789 et, plus singulièrement, depuis 1958. Mais, ce n'est sans doute pas une défiance à l'égard de la fonction juridique elle-même. Au contraire, l'émergence de la société contractuelle devrait s'accompagner d'un renforcement du pouvoir des juges car la régulation judiciaire est un des instruments majeurs de l'auto-régulation sociale<sup>1</sup>.

19. Plus paradoxal encore, le deuxième secteur dans lequel l'essor du contrat ne manque pas d'étonner est celui de l'action administrative elle-même. André de Laubadère le notait, il y a quelques années déjà<sup>2</sup>. Depuis lors, le phénomène est devenu essentiel, qu'il s'agisse de l'aide des collectivités publiques aux entreprises du secteur privé, des contrats de plan ou des contrats qui accompagnent le processus de décentralisation.

Mais, précisément, est-ce bien alors d'un progrès véritable de la technique contractuelle qu'il est question ? Quelle est la liberté des contractants de l'administration quand celle-ci utilise le contrat comme un instrument de sa politique économique<sup>3</sup> ? Quelle égalité peut-il y avoir entre le Prince et ses partenaires dans une société pyramidale dominée par l'Etat, détenteur de la puissance publique et protecteur de l'intérêt général<sup>4</sup> ? Qui dit contrat dit liberté et égalité. Les contrats de l'Etat ne sont pas des contrats véritables quand ils ne sont, pour lui, que le moyen de réunir des financements ou la manière d'imposer sa volonté à des collectivités sous tutelle. La progression des techniques contractuelles d'administration, dans ces conditions, ne serait-elle pas plutôt le progrès de l'idéologie contractuelle permettant à l'Etat, confronté à la crise du modèle bureaucratique<sup>5</sup>, non pas de désinvestir la société civile, mais de l'investir autrement, de légitimer son pouvoir par un discours de séduction, bref, de reculer pour mieux sauter<sup>6</sup> ? Quelle que soit la réponse, avec l'étude de la progression des techniques contractuelles d'administration, c'est au cœur de la problématique de l'Etat et de la société civile qu'on se trouve projeté<sup>7</sup>.

20. L'impression se confirme ainsi que le progrès du contrat ne signifie pas nécessairement le progrès du modèle contractuel de régula-

1. Ce point est capital. V. là-dessus, L. Cohen-Jannuzi, *op. cit.*, p. 86 à 94 et p. 153 à 163, ainsi que J.M. Varaut, *op. cit.*, p. 85 à 121 (Le droit au juge) et p. 123 à 150, not. p. 125. Outre que le schéma accusatoire et contradictoire du procès civil est transposable à la société contractuelle, le rôle du juge s'accroît proportionnellement à la décline de la réglementation étatique et au regain du droit commun.

2. A. de Laubadère, *Administration et contrat*, Mélanges Bratke de la Gressaye, Éd. Bratke, 1967, p. 453 et s.

3. M. Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, Éd. du Seuil, 1963, 382 p.

4. C'est l'objet de la conférence de J. Callouse, *Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration*.

tion sociale. L'âme réglementaire dans un corps conventionnel semble être un hybride beaucoup plus répandu qu'on ne le croit. Le droit privé, d'ailleurs, n'est ce pas en reste. On peut y trouver de nombreuses manifestations de cette relativité (ambiguïté ?) du succès contractuel. Deux exemples ont été retenus dans le cadre de ce séminaire.

21. Le droit des sociétés, tout d'abord, connaît bien ces démons réglementaires. Au siècle dernier, il fallait une autorisation administrative pour créer une société par actions<sup>5</sup> et, depuis lors, si la liberté de constituer une société s'est accrue, la liberté dans la constitution des sociétés a incontestablement reculé. Chacun sait que le droit des sociétés est extrêmement formaliste. Admettons que ce formalisme soit protecteur plus que dirigiste et la philosophie contractuelle est sauve. Soit. Mais, à l'heure où le droit des affaires est grand pourvoyeur de figures contractuelles nouvelles, manifestant ainsi la vitalité du phénomène contractuel<sup>6</sup>, n'est-ce pas un authentique démenti qu'apporte la loi du 11 juillet 1985 ouvrant les portes du droit français à la société unipersonnelle<sup>7</sup>? Le contrat de société existe-t-il encore? Quel diagnostic porter sur la place du contrat en matière de sociétés<sup>8</sup>?

L'impression très nette se dégage en tout cas que le progrès du contrat, si sa réalité est établie, n'est pas d'un bloc : il n'est ni linéaire, ni homogène et les voies qu'il emprunte paraissent parfois impénétrables.

22. Le droit des entreprises en difficulté, récemment renouvelé<sup>9</sup>, confirme, à son tour, l'impression.

Les contrats de l'entreprise — c'est une autre manière de nommer les contrats d'affaires — sont sans doute, avec les conventions de travail, ceux qui manifestent le plus et le mieux la vigueur du phénomène contractuel, en quantité : ils sont une source inépuisable de création contractuelle<sup>6</sup>, et en qualité : le principe de la liberté des conventions y a un contenu très dense et l'affirmation de la volonté des parties n'est pas, à leur propos, une pétition de principe<sup>7</sup>.

1. G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, L.G.D.J., 11<sup>e</sup> éd. 1984, par R. Roblot, 1171 p., spéc. p. 703 et 704, n° 1002 à 1004.
2. V. infra J. Paillussseau, *Les contrats d'affaires*.
3. Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée (J.C.P. 1985 III 57433). Sur l'E.U.R.L., v. en dernier lieu, J. Paillussseau, L'E.U.R.L., ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle, J.C.P. 1986 I 3242.
4. Ce sont les questions que se posera, dans sa conférence, Cl. Champaud, *Le contrat de société existe-t-il encore?*
5. V. not. la loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises et la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.
6. J. Mestre, *op. cit.*, p. 44 et 45. V. M. Cabrillac, *op. cit.*, p. 235 à 238, n° 1 à 6 et J.M. Laloux, *La création de contrats par la pratique commerciale*, Rapport lors des Journées René Savatier déjà citées sur l'évolution contemporaine du droit des contrats, *op. cit.*, p. 167 à 177.
7. V. J. Paillussseau, *op. cit.* ; les contrats d'affaires.

Il faut cependant espérer, pour ces contrats, que les affaires des entreprises qui les concluent sont prospères. Viennent-elles à connaître des difficultés? Alors, l'entreprise, qui est source d'emploi et, par conséquent, en négatif, cause virtuelle de chômage, va faire l'objet, au nom de l'ordre public économique, des soins empreints d'un interventionnisme étatique décidé qui se traduit, plus que par un droit spécial, par un véritable droit contractuel d'exception. Tout devient subordonné aux exigences du redressement de l'entreprise : la continuation des contrats en cours sera prescrite; certains contrats, frappés de suspicion plus ou moins légitime, seront annulés; la conclusion de contrats nécessaires à l'activité de l'entreprise sera, le cas échéant, ordonné, fût-ce en imposant au cocontractant du débiteur une substitution de partenaire. On chercherait en vain, dans ces solutions, les marques de la bonne fortune contractuelle; c'est bien plutôt d'une épreuve qu'il s'agit pour le contrat!

23. En définitive, quant à la première interrogation : progrès ou déclin du contrat, le diagnostic doit vraisemblablement être celui d'un optimisme mesuré. Le contrat semble progresser; mais, il ne progresse pas partout, ni partout de la même manière. Ce diagnostic doit être d'autant plus mesuré que l'essor du contrat, dans sa fonction de régulation sociale, soulève, à son tour, un nouveau problème : celui de la cohérence technique du droit contractuel, du régime des contrats.

**Progrès du droit commun ou progrès des droits spéciaux ?**

24. Dans une première vue, cette seconde interrogation paraît d'une densité juridique plus forte que la précédente. Ce n'est pas à dire toutefois que la réflexion sociologique y trouve moins prise.

M. TERRE a eu l'occasion de noter qu'il y a « une diversité sociologique des contrats, que des règles particulières tendent à rejoindre, tandis qu'éclaire le droit commun<sup>1</sup> ». De fait, il y a certainement matière à analyse, pour le sociologue du droit, dans les variations et les métamorphoses des espèces particulières de contrat<sup>2</sup>. Le contrat de vente, notamment, a fait l'objet d'études de cette sorte<sup>3</sup>. Dans cette voie, mais d'un point de vue plus général, on pourrait également rapprocher la spécialisation croissante des contrats de la fameuse loi de diversification des relations sociales formulées par SPENCER<sup>4</sup>. Mais, cette nouvelle recherche d'évolution donnerait une moisson bien maigre. Le constat de diversification est banal et, surtout, ce n'est pas parce que les contrats se diversifient

1. C'est le diagnostic porté, dans sa conférence, par D. Martin, *Le contrat à l'épreuve du redressement judiciaire*.
2. F. Terre, *op. cit.*, p. 75.
3. F. Terre, *op. cit.*, p. 77.
4. V. J. Carbonnier, *Flexible droit préc.*, p. 264 à 277.
5. Herbert Spencer (1820-1903), contemporain de Sir Henry Sumner Maine et, comme lui, influencé par le transformisme de Darwin. C'est d'ailleurs à sa théorie que sera donné le nom d'évolutionnisme. V. not. de cet auteur, *Les principes de sociologie*, t. 2., Paris, 1879, 424 p., spéc. p. 170 à 190.

que le droit des contrats a nécessairement vocation à s'émietter en statuts de plus en plus spéciaux.

Encore une fois, c'est plutôt dans les rapports de l'État et de la société civile, des modes contractuel et étatique de régulation sociale, que le sociologue du droit peut espérer trouver quelque aliment. L'hypothèse est que le mode contractuel de régulation sociale favorise le développement du droit commun au détriment des droits spéciaux quand, à l'inverse, le mode étatique de régulation sociale impliquerait plutôt le renforcement des droits spéciaux au détriment du droit commun<sup>1</sup>. Dans cette voie, il est topique d'observer que c'est essentiellement avec le déploiement de l'interventionnisme étatique que le législateur a multiplié les « *statuts de contrats* » engagé une politique de « *consommation contractuelle forcée* » surveillée, le cas échéant, par le juge pénal lui-même<sup>2</sup>. Le législateur s'est engouffré dans la brèche de l'ordre public, mettant, du coup, le doigt dans l'engrenage de l'hyper-réglementation tant il est vrai que toute réglementation d'ordre public appelle une réglementation d'ordre public supplémentaire pour combler les lacunes de la précédente<sup>3</sup>. N'est-ce pas, du reste, à propos du droit des contrats spéciaux, qu'un auteur a dénoncé, de façon singulièrement décapante, la « *décretionnisme*, » voire la « *décretionnisme* » du législateur contemporain<sup>4</sup> ?

25. Notre deuxième interrogation reprend alors un tour plus juridique que car c'est le problème de la cohérence du droit des contrats que la spécialisation croissante et la réglementation excessive des figures contractuelles conduisent à poser.

Il semble que cette cohérence ne peut être sauvegardée qu'à la condition d'un renforcement du droit commun et d'un affaiblissement des droits spéciaux.

26. La spécialisation du droit des contrats n'est pas un phénomène inévitable ou irréversible. L'histoire donne plutôt le sentiment d'un mouvement pendulaire qui déplacerait le centre de gravité du droit des contrats du général au spécial et inversement<sup>5</sup>.

A Rome, en effet, le droit des contrats était exclusivement un droit des contrats spéciaux, plus exactement, un droit des contrats nommés<sup>6</sup>.

1. V. J.M. Varaut, *op. cit.*, p. 159 à 161, spéc. p. 160 ; L. Cohen-Jaquin, *op. cit.*, p. 127 à 139, spéc. p. 131.

2.3. Selon les expressions suggestives de Ph. Jestaz, L'évolution dans la loi du droit des contrats spéciaux depuis 1945, rapport lors des Journées René Savatier, déjà citées, sur L'évolution contemporaine du droit des contrats, *op. cit.*, p. 117 à 135, spéc. p. 117 et p. 124.

4. V. P. ex. les articles 24 à 26 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

5. En ce sens, Ph. Jestaz, *op. cit.*, p. 127.

6. Ph. Malaurie, *Droit civil — Contrats spéciaux*, Les cours de droit, 1984-1985, Fascicule I ; Venet, 351 p., spéc. n° 2, p. 6 et 7.

7. Sur les rapports de la théorie générale et des statuts spéciaux, v. Ph. Malaurie, *op. cit.*, p. 40 à 61, n° 24 à 32.

8. V. A. Languin, *op. cit.*

En raison de la nature procédurale du droit romain, il n'y avait que des espèces de contrats dotés d'actions spécifiques. Les Romains ne connaissent pas de théorie générale du contrat.

27. Le premier mouvement a donc été un mouvement de généralisation. Les juriconsultes ont dégagé des différents statuts spéciaux des règles plus ou moins communes qui ont fini par s'appliquer à l'ensemble des contrats. En une vaste synthèse, s'est ainsi constitué un droit commun composé de règles générales applicables à tous les contrats. C'est l'ancien droit français qui a ainsi renversé la tendance. L'octroi à toute personne d'un droit général d'action et la consécration du principe de la liberté contractuelle ont été les instruments de ce renversement de tendance qu'à fixé, en dernier lieu, POTHIER, dans son traité des obligations, et qui est devenu le droit positif légal en 1804. Dans le système du Code, l'essentiel du droit contractuel relève ainsi de la théorie générale du contrat, telle qu'elle est exposée dans le titre III du livre III. Pour l'essentiel, le régime des contrats spéciaux n'en est que l'application plus ou moins pure et simple.

L'article 1107 donne un instantané de cette structure du droit contractuel : « *Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.* »

*Les règles particulières à certains-contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce.* »

28. Mais, au lendemain du code, le balancier a oscillé dans le sens opposé et c'est ce mouvement-ci, mouvement de spécialisation, qui n'a pas cessé de se développer jusqu'à nos jours. Cette spécialisation s'est d'ailleurs opérée doublement.

D'une part, le centre de gravité du droit contractuel s'est déplacé de la théorie générale vers le droit spécial. La théorie générale s'est émietlée au bénéfice des statuts spéciaux qui se sont multipliés jusqu'à revendi-quer, parfois, leur autonomie complète. Le contrat de travail constitue le

1. Cette structure du droit contractuel n'est pas plus intemporelle qu'universelle. Un regard porté outre-manche révèle que cette présentation du droit des contrats n'est pas traditionnelle en Angleterre. Historiquement, la Common Law ignore la notion de contrats spéciaux (comme le droit romain ignorait la notion de théorie générale) ; elle ne connaît pas le droit des contrats, mais le droit du contrat (*law of contract*, et non pas *law of contracts*). Les raisons de cette situation sont diverses (v., sur ce point, R. David et D. Pugsley, *Les contrats en droit anglais*, avec la collaboration de F. Grivart de Kerstul, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd. 1985, 382 p., spéc. n° 88 p. 64). Cela explique, en tout cas, que l'évolution du droit des contrats a suivi des chemins divergents en France et en Angleterre. Cette divergence importante, qui n'exclut pas les rapprochements, est établie par la conférence de D. Pugsley, *L'évolution du droit des contrats vue par un comparatiste*. Sur le droit comparé des contrats, v. également H.G. Leser, *L'évolution du contrat en droit comparé* (droit allemand, common law), rapport lors des Journées René Savatier, déjà citées, sur L'évolution contemporaine du droit des contrats, préc., p. 73 à 96, ainsi que G. Alpa, *op. cit.*

meilleur exemple de cette première manifestation du mouvement de spécialisation, qu'on peut qualifier d'externe.

D'autre part, à l'intérieur du droit spécial, le mouvement de spécialisation a poursuivi son œuvre puisque les statuts spéciaux se sont, à leur tour, émis en plus en plus nombreux. M. MALAURIE, qui a lumineusement décrit le processus<sup>2</sup>, parle, à ce propos, d'un phénomène de scissiparité. Le droit spécial des contrats paraît obéir à une stratégie du mille-feuilles. Les espèces de contrats se divisent en sous-espèces qui se subdivisent, à leur tour, en sous-sous-espèces de contrats, chacune de ces figures dominant lieu à des formes, donc à des règles différenciées, de telle sorte que, pour une espèce donnée de contrat, les réglementations s'imbriquent les unes dans les autres<sup>3</sup>. Le résultat est parfois stupéfiant. C'est ainsi que le droit applicable aux sociétés coopératives de commerçants détaillants<sup>4</sup> résulte de la combinaison, au moins en théorie, de sept niveaux de règles : la théorie générale des contrats, le droit commun des sociétés, les règles du droit des sociétés commerciales, celles du droit des sociétés anonymes, sans omettre le droit des sociétés coopératives, non plus que celui des sociétés à capital variable, ni, bien sûr, les règles très spéciales que la loi n° 72-652 du 11 juillet 1972 réserve aux seules coopératives de commerçants détaillants. L'exemple est sans doute extrême. Mais il n'en reste pas moins que, dans le code civil, entre la théorie générale du contrat et la variété des contrats individuels, il n'y avait que les règles spéciales propres à chaque type de contrat, règles qui n'avaient, au surplus, qu'une portée réduite en raison de leur caractère supplétif, alors qu'aujourd'hui, c'est une législation spéciale à plusieurs étages, le plus souvent impérative, qui s'intercale entre le droit commun et les contrats individuels.

29. La situation prêterait à sourire si cette spécialisation croissante du droit des contrats ne présentait pas de sérieux dangers que la doctrine contemporaine ne manque pas, d'ailleurs, de dénoncer de plus en plus.

Le sentiment se repand que le progrès du droit contractuel ne peut venir que du droit spécial, que les ressources de la théorie générale sont

1. Sur cette question de l'*autonomie* du contrat de travail, v. les développements de Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 6, p. 11 à 14. Pour une des dernières évolutions de la controverse, dans le sens de l'indépendance, v. H. Sinaÿ, Un nouveau recuil de l'article 1142 du code civil en droit du travail : la nullité du licenciement post-grève (loi du 25 juillet 1985), D. 1986, Ch. 79 à 81.

2. Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 26, p. 41 à 53. En ce sens, v. également Ph. Remy, La jurisprudence des contrats spéciaux : quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil, rapport lors des Journées René Savatier, déjà citées, sur L'évolution contemporaine du droit des contrats, qui parle de « *sur-spécialisation* » des contrats, *op. cit.*, p. 103 à 115, spéc. p. 110.

3. Le phénomène est bien connu en ce qui concerne la vente : v. Ph. Malaurie, *op. cit.*, p. 44 ; mais, à vrai dire, aucune espèce de contrat n'y échappe.

4. Sur lesquelles, v. G. Ripert par R. Kohler, *op. cit.*, n° 1641 p. 1088 et 1089.

5. Comp. J. Ghestin, *op. cit.*, n° 91 p. 63.

6. V. p. ex. B. Berthoz-Houin et G. Berthoz, *op. cit.*, spéc. p. 30 à 33.

7. V. J. Ghestin, *op. cit.*, et *loc. cit.*

insuffisantes, notamment lorsqu'elle est confrontée aux ensembles de contrats. A la limite, la règle spéciale semble rendre compte de la totalité du régime juridique d'un contrat donné.

A cette allure, dans les esprits comme dans les faits, la théorie générale du contrat se réduit comme une peau de chagrin ; elle apparaît de plus en plus comme un droit mort quand le droit spécial incarne le droit vivant ; elle tourne à vide ; son utilité n'est plus évidente. Dès lors, à quoi bon une théorie générale ? Mieux vaut une bonne règle spéciale à la bonne place ! Cette interrogation est amplifiée par le fait que, dans la lex scripta, le droit commun a moins bien vieilli que le droit spécial dont les dispositions ont été plus souvent remaniées depuis 1804. Le décalage entre la loi écrite et le droit vivant est beaucoup plus manifeste à l'endroit de la théorie générale qu'à l'égard du droit spécial. Au soupçon d'infirmité, s'ajoute le grief d'archaïsme.

Seulement, on ne peut pas se passer d'un droit commun, d'une théorie générale. Sans théorie générale du contrat, par contre coup, c'est l'ensemble du droit des contrats qui est menacé d'éclatement et de disparition. On risque, alors, de n'avoir plus qu'une collection disparate de statuts autonomes, un droit catégoriel, démantelé au profit d'un droit de la construction, d'un droit de la consommation ou de tout autre droit proclamant son autonomie comme le droit du travail affirme la sienne.

Cette situation, noircie à dessein, ne serait pas dommageable si le droit spécial pourvoyait à tout, ce qui est inconcevable. Mais alors, que faire dans le silence du statut spécial ? Appliquer le résidu de droit commun ? C'est risquer de porter atteinte à la cohérence du statut spécial, à supposer, bien entendu, que le droit spécial soit cohérent, ce qui n'est pas forcément le cas. Il arrive au contraire, le fait est avéré en matière de sociétés, que la multiplicité des règles édictées rende impossible la détermination certaine de la règle applicable<sup>4</sup>. Le constat est fâcheux si l'on voit dans la prévisibilité de la règle de droit un élément de la sécurité des relations humaines.

30. Il est vital, dans ces conditions, de mettre un terme au mouvement de spécialisation que connaît notre droit des contrats depuis 1804, d'en revenir à la théorie générale, non pas, évidemment, celle qu'exprime le code civil, mais à une théorie générale renouvelée : directement, par les

1. M. Cabrillac, *op. cit.*, p. 251 à 254 n° 25 à 28.

2. Dans la pratique judiciaire, la propension est grande, à l'occasion des litiges contractuels, à aller chercher le verbe spécial du juris-classeur spécial. Il faut un effort particulier pour ouvrir le code civil au titre III du code civil et poser le problème au regard de la théorie générale des obligations. Dans ce compolement, les facilités de droit ont une responsabilité majeure qui, durant quelques années, ont eu trop tendance à multiplier les enseignements spéciaux au détriment des matières fondamentales.

3. Sur ce vieillissement comparé de la théorie générale et du droit spécial, v. G. CORNU, art préc., n° 30 à 35, p. 456 et 457.

4. V. D. Randox, La spécialisation des sociétés, Mélanges Weill, Dalloz-Litec, 1983, p. 471 à 493, spéc. p. 487.

quelques modifications législatives dont elle a été l'objet depuis le siècle dernier, grâce au travail effectué par la jurisprudence à partir, voire en dehors des textes du Code, et indirectement, en retirant des règles spéciales accumulées par la loi, la jurisprudence et la pratique, ce qui peut être généralisé à l'ensemble des contrats: Il faut débarrasser le général de demain sous le spécial d'aujourd'hui.

31. Peut-être est-ce même dans la logique de l'histoire que cette recomposition de la théorie générale? Peut-être que le balancier de l'histoire historique, après être passé du spécial au général, puis du général au spécial, doit revenir, nécessairement, du spécial au général? Le droit est couronné de ce genre d'évolution dialectique?

TROPIONG, au lendemain du Code civil, portait sur l'ensemble du droit civil le jugement suivant: jusqu'au Code, écrivait-il: l'office du juriste a été de résumer le droit civil; il doit être maintenant de l'étendre. Ce sera l'œuvre de ce qu'on appellera plus tard l'Exégèse.

Mais, à force d'extension, le droit civil, notamment, pour ce qui nous concerne, le droit des contrats, s'est spécialisé à un point tel qu'on peut se demander si la doctrine française ne se trouve pas, en ce XX<sup>e</sup> siècle vieillissant, dans la situation des juristes de l'ancien droit déclinant, si l'on ne doit pas porter sur le droit des obligations, en général, et sur le droit des contrats, en particulier, un jugement inverse de celui que TROPIONG portait sur l'ensemble du droit civil au lendemain du Code: l'office des juristes, depuis 1804, a été d'étendre le droit des contrats; il doit être maintenant de le résumer.

32. Impliquée par la logique de l'histoire, cette reconstruction de la théorie générale du contrat est, en outre, conforme aux nécessités du temps présent. A l'heure de la construction communautaire, la parole est au droit commun. D'ores et déjà, avec l'Europe des Juges, un Droit Commun de l'Europe prends corps? Du coup, ce sont les lois spéciales qui

1. Comp. J. Ghestin, *op. cit.*, n° 91 p. 63 à 65.

2. Il est curieux d'observer que le droit anglais qui, historiquement ne connaît pas les contrats spéciaux (v. supra n° 27 note 1), paraît, quant à lui, dans une certaine mesure, évoluer du « général » au « spécial » avec la réglementation par le législateur d'un certain nombre de contrats spéciaux: v. R. David et D. Pugsley, *op. cit.*, n° 89 p. 64 et 65.

3. V. Ed. Bertrand, Le rôle de la dialectique en droit privé positif, D. 1951 Ch. 151 et s.

4. R. Th. Tropiong, Le droit civil expliqué t. XIX: du nantissement, Ch. Hingray, 1847, 568 p., préface p. XII.

5. Sur l'œuvre exacte de l'Exégèse, v. Ph. Remy, *Éloge de l'Exégèse*, Droits, n° 1, 1985, p. 115 à 123 et Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du droit au XX<sup>e</sup> siècle, *Annales d'histoire des Facultés de Droit et de la science juridique*, n° 2, 1985, p. 91 à 105.

6. V. là-dessus, I.M. Varaut, *op. cit.*, p. 240 à 244, qui souligne, avec raison, la place essentielle que prend, depuis quelque temps, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La dimension européenne est d'autant plus notable qu'à Strasbourg, Luxembourg, Bruxelles et La Haye, c'est une société contractuelle qui se met en place, comparable sur bien des points à la société américaine: en ce sens, v. L. Cohen-Janugi, *op. cit.*, p. 180 à 189 (Américanité, Hexagonalité et « Wordliness »).

doivent être taxées d'archaïsme car elles ne peuvent jamais produire que du droit français. Si l'on admet, en outre, que l'émergence d'un modèle contractuel de régulation sociale suscite un repli des droits spéciaux au profit du droit commun, on sera aisément convaincu de la nécessité et de l'actualité d'un retour en force au droit commun des contrats.

33. Au demeurant, cette renaissance est déjà à l'œuvre, dans la doctrine juridique<sup>1</sup>, si ce n'est dans la loi positive<sup>2</sup>. La synthèse doctrinale est le préalable de la réforme législative.

34. Le travail de la doctrine peut, d'abord, consister à dégager des directives générales, « suggestions législatives sans doute, mais déjà, *leçons positives de droit général, qui portent en elles une nouvelle façon de considérer le contrat* ». Dans cette veine, une des directives majeures est vraisemblablement, dans la genèse du contrat, l'importance prise par la période précontractuelle avec, notamment, l'apport des lois consuméristes qui ne sont pas, en outre, sans influencer la théorie classique des vices du consentement<sup>4</sup>.

35. L'ouvrage peut aussi résider, ceci pouvant d'ailleurs faciliter cela, dans une mise en ordre des contrats spéciaux, dans une recherche des points de convergence et des traits de différenciation, susceptibles de faire apparaître, par contre-coup, dans « *le foisonnement surabondant les espèces du règne contractuel* », des règles plus ou moins communes de nature à nourrir le renouvellement de la théorie générale: la règle nominale de l'article 1895 C.C. n'est-elle pas de celles-là? La classification des contrats spéciaux est, peut-être, le passage obligé vers la recomposition de la théorie générale. Quelques auteurs s'y sont essayés<sup>5</sup>. Mais, la tâche,

1. De plus en plus nombreux sont les auteurs qui s'efforcent de discipliner les droits spéciaux pour les rapporter à la théorie générale: v. not. J. Ghestin, *op. cit.*, p. 371 à 412, n° 455 à 508, à propos de la théorie classique des vices du consentement et de la réglementation consumériste sur la protection du consentement. Comp. M. Borysiewicz, Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats — Réflexions à propos de la loi du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, Mélanges Kayser, Aix-Marseille, 1979, p. 91 et s., ainsi que G. Rouhette, « Droit de la consommation » et Théorie générale du contrat, Mélanges Rodière, Dalloz, 1981, p. 247 à 272.

2. Quelques-uns ont soigné les raisons profondes, le projet du Ministère de l'équipement, des transports et du logement, M. Prière Méhaignerie, d'étendre progressivement le statut spécial issu de la loi n° 48-1360 du 1<sup>er</sup> septembre 1948, en matière de bail civil, particulièrement, à partir pas, de ce mouvement. Sur ce projet, v. Th. Brehier, La nouvelle politique du logement, *Le Monde* du 24 juillet 1983. Ce projet est devenu la loi n° 86-1290 du 23 décembre (Gaz. Pal. 7 janvier 1987, p. 15 à 29): v. spéc. les art. 25 à 35 de cette loi et les modifications qu'ils apportent à la loi de 1948.

3. G. Cornu, art. préc., n° 45 p. 460.

4. Dans cette veine, on peut se demander si les lois spéciales sur la protection du consommateur ne devraient pas amener, de lege ferenda, à remplacer, dans la théorie générale des vices du consentement, le vice de violence par le vice de séduction: J. Carbonnier, *Flexibilité droit préc.*, p. 259; v. également, J. Mestre, *op. cit.*, p. 48.

5. G. Cornu, Cours de droit civil, Les cours de droit, 1972-1973, spéc. p. 290.

6. A commencer par M. Pignatelli, Essai de classification synthétique des contrats spéciaux, *Rev. crit.* 1904, p. 470 à 490. V. aussi J.F. Oestrike, Essai de classification des contrats spéciaux, L.G.D.J. 1969, 273 p. et G. Cornu, Cours de droit civil préc., spéc. p. 310 à 315.

redoutable, est-elle réalisable ? Elle suppose d'intercaler, entre le droit commun du contrat, considéré en général, et les droits propres à chaque espèce de contrat, considérée en particulier, une sorte de théorie générale des contrats spéciaux. Se distinguant du droit commun et du droit spécial, cette théorie générale intermédiaire suppose de regrouper les espèces de contrats au sein de familles de contrats. Le principe est simple, mais son application ? Quel critère de regroupement retenir si l'on écarte les classifications abstraites des articles 1102 à 1106 C.C., qui ne rendent pas compte de la matière des contrats, de l'objet des opérations convenues ?

36. On peut estimer que le Code civil ne méconnaissait pas cette notion de famille de contrats, qu'il en comptaient au moins deux qu'il soumettait, hors la théorie générale, à des corps de règles différents : la famille des contrats civils et la famille des contrats commerciaux, des « *transactions commerciales* » selon l'expression de l'article 1107, spécifiées par des règles de forme, de preuve, de procédure, voire de fond, différentes<sup>2</sup>. On peut estimer également que, prenant prétexte de la législation révolutionnaire, le Conseil d'État a progressivement constitué une nouvelle famille de contrats : celle des contrats administratifs<sup>3</sup>. Et ces trois familles de contrats, devenues classiques, se développaient tranquillement à l'ombre du droit commun avec lequel elles entretenaient, d'ailleurs, des relations plus ou moins serrées : de plus à moins, des contrats civils aux contrats administratifs en passant pas les contrats commerciaux. La matière reposait sur des catégories traditionnelles aux dessins et aux contenus apparemment fermes et assurés.

37. Le malheur est que ces catégories ont été mises à mal par l'évolution contemporaine du droit des contrats, au point qu'on peut se demander si elles existent encore.

38. La distinction des contrats civils et des contrats commerciaux ? Elle paraît avoir connu le sort de la distinction du droit civil et du droit commercial, ébranlée par l'émergence du droit de la consommation, qui a hypertrophié le domaine des contrats mixtes, et du droit des affaires qui, tissé des règles civiles, commerciales, sociales, fiscales, transcende la distinction traditionnelle. La distinction des contrats civils et des contrats commerciaux est semblablement dépassée par le développement de la catégorie des contrats d'affaires qui se nourrit autant de la théorie générale du contrat qu'ils l'alimentent en retour<sup>4</sup>. Quel vivre, du reste, pour le professeur de droit civil qui a charge d'enseigner le droit des contrats !

1. G. Cornu, *op. cit.*, et *loc. cit.*

2. Sur cette distinction, v. H., L., et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. III, 2<sup>e</sup> vol., Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd. 1984 par M. de Juglart, 378 p., spéc. n<sup>o</sup> 749, p. 4 à 6.

3. A propos de quels v. l'ouvrage fondamental de A. de Laubadère, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd. 1983 pour le tome I et 1984 pour le tome II, par F. Moderne et P. Delvolvé, spéc. t. I, p. 15 à 468 sur la notion de contrat administratif.

4. C'est, sans doute, un des enseignements de la conférence de J. Paillasson, *Les contrats d'affaires*.

39. La distinction des contrats civils et des contrats administratifs ? Sa réalité ou, à tout le moins, sa netteté n'est pas d'avantage évidente. Outre que les administrativistes ne se sont jamais mis d'accord sur la notion de contrat, partagés qu'ils sont entre dunguistes et kelséniens<sup>1</sup>, la doctrine la plus récente s'attaque aux fondements mêmes de la présentation traditionnelle de la question. Pour certains auteurs, en quête de paradigme, l'analyse classique du contrat administratif ne vaut que pour la concession de service public, dont on peut douter qu'elle soit vraiment un contrat, et non pas pour les marchés publics, qui sont les seuls vrais contrats administratifs et qui sont, précisément, beaucoup moins soumis aux règles spéciales du droit administratif qu'à la théorie générale des contrats civils<sup>2</sup>. Pour d'autres auteurs, c'est la notion même de contrat administratif qui est suspectée : dans une analyse fonctionnelle, le contrat administratif ne serait que la qualification juridique d'un accord de volontés beaucoup plus qu'une notion qui aurait une nature propre<sup>3</sup>. A cela, on peut ajouter que le développement du droit administratif français, dont l'existence semble fort curieuse aux juristes étrangers<sup>4</sup>, est liée à la prépondérance de l'État dans l'organisation et le fonctionnement de la société française. Que ce rôle diminue et le particularisme des contrats administratifs devrait s'estomper, voire s'effacer complètement<sup>5</sup>.

40. Ces certitudes ébranlées, à quelles assurances s'accrocher dès lors qu'il faut former de nouvelles familles de contrats ? Comment opérer les alliances ? Comment établir les filiations ? Des regroupements s'ébauchent, plus ou moins spontanément : les contrats de la construction, les contrats de la consommation, les contrats de la vie courante, les contrats entre amis, les contrats relatifs au logement, les contrats de technologie ; mais, quel crédit scientifique, quelle valeur normative peut-on leur reconnaître ? Les points de vue et les niveaux d'analyse ne sont pas les mêmes, ce qui entraîne, au minimum, des chevauchements. Les familles de contrats proposées à l'admiration de nos contemporains ne sont peut-être que de fausses familles de contrats, des regroupements formels d'inspiration purement corporatiste ou des assemblages fonctionnels à finalité pédagogique. La recherche vaut, cependant, d'être entreprise.

41. Trois pistes ont été retenues.

1. V. J. Callouse, *op. cit.*

2. R. Drago, *Paradoxes sur les contrats administratifs*, Mélanges Flour, Defrénois, 1979, p. 151 à 162.

3. Depuis quelques années, il y a, en tout cas, en législation, ce qui souligne quand même certaines convergences, une manière de traiter ensemble des contrats de droit privé et des contrats de droit public : v. p. ex. la loi n<sup>o</sup> 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance et la loi n<sup>o</sup> 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

4. C'est à cette analyse fonctionnelle que se livre, dans sa conférence D. Truchet, *Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volonté*.

5. V. pour les États-Unis, L. Cohen-Fanugi, *op. cit.*, p. 95 à 126 et, pour l'Angleterre, R. David et D. Pngley, *op. cit.*, p. 67 à 73 n<sup>o</sup> 93 à 100.

6. De même que l'intérêt général, le mythe de l'intérêt général, expression d'une tout aussi mythique volonté générale. Comp. L. Cohen-Fanugi, *op. cit.*, p. 110 à 123.

42. Les contrats ruraux constituent-ils une famille de contrats ? Le particularisme traditionnellement invoqué du monde agricole pourrait le faire croire. Mais, est-il possible d'affirmer l'existence d'une spécificité des contrats des paysans quand s'efface la spécialité des contrats des commerçants ? L'affirmation est douteuse, surtout que se développe le concept d'entreprise agricole, que les progrès de l'industrie agro-alimentaire font entrer l'agriculture française dans le monde des affaires et que, en droit positif comme dans la pratique contractuelle, des convergences apparaissent de plus en plus nettement entre les règles du droit rural et celles des autres disciplines.

43. Serait-on plus heureux avec les contrats de l'informatique ? On peut en douter. Certes, l'expression est à la mode<sup>2</sup> comme la chose. Mais, précisément, le propre de la mode est de se démoder. L'engouement passé, il faut se rendre à l'évidence. Les contrats ayant l'informatique pour objet sont les contrats ordinaires ; ils ne sont pas spécifiques eu égard à leur nature. Seules les particularités factuelles de leur objet les singularisent. Il n'y a rien là que de très banal qui ne suffise pas à fonder une famille. Quant aux règles particulières que ces contrats peuvent avoir en commun, elles ne leur sont pas propres ; elles tiennent moins à l'objet spécifique qui est le leur : l'informatique, qu'au type de rapport contractuel qu'induit cet objet de haute technologie, ce qui explique que les contrats de l'informatique peuvent être, tantôt des contrats de la consommation, quand ils unissent un profane et un professionnel, tantôt, des contrats d'affaires, lorsque la relation se noue entre des professionnels, catégories qui, l'une et l'autre ne constituent pas des familles de contrats.

44. Alors, il restie peut-être les contrats de la famille. D'intuition, on sent bien qu'il y a là des contrats présentant une nature irréductible propre à fonder une famille particulière. Il existe un fort particularisme familial, sociologique autant que juridique. Faut-il encore définir la catégorie ? Or, cette définition réserve peut-être quelque petite surprise car s'il existe des contrats intrinsèquement familiaux, dont l'exemple-type est le contrat de mariage, il existe d'autres contrats, qui sont les contrats de tout le monde, mais qui, en raison de leur rapport avec la famille, rapport objectif, il sont conclus pour la famille, rapport subjectif : ils sont conclus par un membre de la famille, se verront appliquer un régime juridique

1. C'est à cette question qu'est consacrée la conférence de L. Lorraille, Y a-t-il une spécificité des contrats ruraux ?

2. V. p. ex. I. de Lambertie, Les contrats en informatique, Litec, 1983, 200 p.

3. Ce sera peut-être un des enseignements de la conférence de F. Colliard-Dutilleul, Les contrats de l'informatique.

4. C'est net s'agissant des contrats d'affaires dont les règles se nourrissent essentiellement de la théorie générale. Quant aux contrats de la consommation, il suffirait d'une réforme de la théorie classique des vices du consentement pour que ces contrats deviennent une application pure et simple de la théorie générale du contrat ; de toute façon, la spécificité des contrats de la consommation ne vaut pas parallèlement pour tous les contrats ; elle se manifeste surtout pour les ventes : il n'y a pas de quoi faire la une famille de contrats.

modifié. Si famille de contrats il y a, cette famille n'est donc pas unie. Mais, y a-t-elle famille de contrat ? Le fait que le lien de famille conduise à remettre en cause le contrat ou, au contraire, à renforcer la stabilité du contrat crée-t-il pour autant une famille de contrats ? Ici, encore, c'est la doute qui domine : le législateur n'a pas hésité, ces dernières années, à ruiner les traits les plus spécifiques du droit contractuel familial<sup>2</sup> et s'il reste, en effet, quelques contrats spécifiquement familiaux, comme le contrat de mariage, déjà évoqué, ou les conventions de divorce, ces contrats forment une bien pauvre famille et, en dehors d'eux, que de contrats orphelins<sup>3</sup> !

45. Le résultat de la recherche est désolant pour qui croit aux familles de contrats : l'opinion exprimée dans ces lignes, en tout cas, si elle ne demande qu'à être corroborée, doit avouer, pour l'heure, son scepticisme. Un des enseignements de ce séminaire sera peut-être qu'une classification synthétique des contrats, prenant appui sur l'élaboration de familles de contrats, est impossible ou inutile, au moins du point de vue de la législation.

D'une part, ce qui fait la spécificité d'un contrat, c'est sa nature définie au regard de son objet juridique : créer une obligation consistant à faire, à ne pas faire ou à donner quelque chose.

La notion de famille de contrats, à notre avis, n'aurait de sens que si elle visait à regrouper ensemble des contrats présentant une nature spéciale identique : par exemple, les contrats translatifs de propriété, appartenant des règles particulières comparables.

Le critère tiré de l'objet économique de l'opération ne sert à rien du point de vue des familles de contrats car il n'explique rien. En revanche, mais il s'agit d'une autre utilité, il peut permettre de déceler pour une opération donnée, l'existence d'un groupe de contrats, présentant des natures spéciales distinctes mais ordonnées, autour de la même fin. Cette identité d'objet économique crée une indivisibilité propre à affecter le régime juridique habituel de chacun des contrats assemblés.

D'autre part, et de toute façon, un contrat n'a pas la franchise évidente d'un instrument de musique : la nature des bois, des cordes et des cuivres est objective ; celle des contrats l'est de moins en moins, est de moins en moins identifiable : la multiplication des figures contractuelles et leur insertion croissante au sein de groupes de contrats ont provoqué la profération des contrats innommés ou *sui generis*. En outre, l'accroissement des statuts réglementaires de contrats a bien souvent dissocqué le régime juridique du contrat de sa nature spéciale. Autrement dit, que peut-on

1. V., s'agissant des contrats entre époux, J. Carbonnier, Droit civil t. 2 : La famille, Les incipacités, P.U.F., 12<sup>e</sup> éd. 1983, 720 p., spéc. n° 47 p. 156 et 137.

2. V., notamment, la suppression de la prohibition des ventes entre époux par la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 préc.

3. C'est à la recherche de cette famille de contrats que se livre dans sa conférence, G. Creff, Les contrats de la famille.

espérer des familles de contrats quand, à la base, il est devenu si difficile, voire inutile, d'identifier les espèces de contrats ? La connaissance de celles-ci est pourtant nécessaire à la constitution de celles-là.

Le moins qu'on puisse penser, en tout cas, est qu'il ne faut pas attendre cette classification doctrinale des contrats pour passer à l'acte législatif, car tel est bien l'objectif majeur dont l'urgence et la nécessité ont été soulignées.

46. On devine, d'emblée, l'ampleur et les difficultés de l'œuvre à accomplir. Dresser un bilan, définir des perspectives, puis, les écrire dans des règles.

Quel bilan, d'abord, quelles perspectives ?

Comment passer du droit positif à la *lex ferenda* ? C'est sur cette question que doit déboucher le séminaire.<sup>1</sup>

Le principe de la réforme étant acquis, tout reste à définir. La méthode : légiférer ou se contenter de codifier ? L'objet : réformer la seule théorie générale ou toucher également les droits spéciaux ? Le domaine : à l'heure où l'on constate la décodification du droit commercial<sup>2</sup> et où l'on parle de codification du droit de la consommation, la réforme doit-elle intégrer ces apports matériels ? La philosophie : libérale ou dirigiste ? Confiante dans le rôle de l'administration, comme pour les clauses abusives, ou dans celui du juge, comme pour les clauses pénales ? Et puis, à l'évidence, le contenu, mais les paramètres en sont trop nombreux pour être même esquissés dans ces lignes.

On ne parle pas bien entendu des embûches institutionnelles.<sup>4</sup>

47. Formons le vœu, en toute hypothèse, que les choses avancent ! S'il est permis d'exprimer une préférence, ce sera pour une codification<sup>3</sup> de la théorie générale du contrat, renouvelée par les apports spéciaux, notamment ceux du droit de la consommation qui n'a pas besoin d'un code<sup>5</sup> ; ce sera pour une libération des initiatives conventionnelles, individuelles et collectives et, afin de sauvegarder la

1. Cette délicate clôture du séminaire, en une manière de synthèse nourrie des conférences antérieures, revient à Ph. Remy, *Droit des contrats : questions, positions, propositions*.

2. B. Oppetit, *La décodification du droit commercial français*, Mélanges Rodière, Dalloz, 1981, p. 197 à 207.

3. J. Calais-Auloy, *op. cit.*, p. 141 à 221, le projet de code de la consommation.

4. Constitutionnelles, avec la répartition des compétences entre le parlement et le gouvernement que semble indiquer l'article 34 de la constitution de 1958 ; parlementaires avec la procédure législative qui réserve toujours des surprises.

5. Ne serait-ce qu'en raison du fait qu'il « y a toujours une *élegantia juris* à mettre le modèle législatif en harmonie avec la pratique effective » : J. Caronier, *Flexibilité du droit préc.*, p. 262. Mais, il y a plus : c'est que « le Code civil a fait nos mœurs avant qu'il a été fait par elles » et qu'« il est toujours la moelle de notre droit » : Ph. Remy, *Le rôle de l'Exécutif dans l'enseignement du droit au XIX<sup>e</sup> siècle préc.*, p. 105.

6. Qui n'a pas besoin, à tout le moins, d'un code des contrats de la consommation !

justice contractuelle, l'attribution au juge d'un très large pouvoir modérateur et régulateur !

Ce retour à la théorie générale, ce renouveau du droit commun sur fond de société contractuelle sont une chance considérable pour le civiliste car c'est l'espoir, pour le droit civil, de redevenir ce qu'il n'aurait jamais dû cesser d'être : le droit de la société civile.

1. Si ce n'est normatif, dans une autre conception des sources du Droit, une fois calmée la grande frayeur de l'équité des parlements.



**Document 3 : Laurent Aynès, A propos de la force obligatoire du contrat, RDC 2003, p. 323.**  
**Pourquoi le contrat oblige-t-il les parties ?**

Cette question ressurgit à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, en même temps que la réponse : - parce que le débiteur l'a voulu - et la critique de la réponse : l'autonomie de la volonté n'explique pas grand-chose ; elle laisse intacte la question de savoir pourquoi l'ordre juridique confie aux volontés individuelles, chancelantes, égoïstes et influençables, le pouvoir de créer l'obligation.

La tentation est grande de fonder alors l'obligation contractuelle sur une délégation de la loi. S'ouvre une longue période de trouble, dominée par les collectivismes de tous bords, auxquels le XX<sup>e</sup> siècle a payé un lourd tribut. Les parties sont un législateur délégué, opérant à l'échelon laissé libre par la loi, sous le contrôle étroit de celle-ci. Le contrat est une « procédure » de création de normes, à l'instar de la procédure parlementaire. La force obligatoire dépend d'un double contrôle : celui de la procédure initiale et celui de la norme créée, que l'on appréciera de manière objective, au regard de critères qui ne doivent rien à la volonté des parties : justice, utilité, équilibre, proportion... L'idée de « procédure » conduit à porter un regard obsessionnel sur la formation du contrat, où l'on tente de débusquer l'inégalité des parties au processus. Quant à la « norme contractuelle », elle est placée sous la surveillance du juge, qui pourra la modifier, l'adapter, ou la faire disparaître, en considération de ses effets. Le régime des clauses abusives marque le triomphe de cette conception : il s'attache aux défauts de la procédure contractuelle, tout autant qu'aux effets jugés néfastes de celle-ci. On niera, finalement, l'originalité du phénomène contractuel, ramené à la fonction d'une source subordonnée.

Cette conception du contrat n'a pas réussi à étouffer l'accord des volontés. Au contraire, le contrat a gagné des domaines qui lui étaient jusque là inconnus, celui de l'action des pouvoirs publics, par exemple, ou bien encore celui des rapports collectifs. Des institutions opposent un démenti formel au concept de « procédure » contractuelle. L'engagement par volonté unilatérale n'a cessé de progresser, et même l'obligation fondée sur la création unilatérale d'une espérance. Par ailleurs, au sein des contrats successifs, une place de plus en plus large est faite à l'acte unilatéral, qu'il s'agisse de modifier, d'adapter ou de dénoncer le contrat. N'y a-t-il pas incompatibilité entre le contractuel et l'unilatéral ?

Nous en sommes là en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle. Certains se hâteront de dénoncer une nouvelle crise du contrat, où n'éclate peut-être qu'une crise du regard sur le contrat.

Celui-ci est tributaire de deux conceptions apparemment opposées, qui pourtant l'une et l'autre, débouchent sur une même impasse. Pour les uns, le contrat est un lieu d'affrontement d'intérêts contraires, où l'on court le risque d'être piégé par l'autre ; imposons donc aux parties une régulation modératrice. Pour d'autres, le contrat est un lieu de générosité, où chacune des parties veut servir l'intérêt de l'autre ; pourchassons l'abus, qui fait injure à la fraternité.

La réalité des rapports humains paraît plus simple : l'homme a besoin de l'autre. La satisfaction de son propre intérêt passe par la satisfaction de celui de l'autre. Telle est la solidarité humaine. Si bien que le contrat, loin d'être un lieu d'affrontement ou de concorde, est un point de rencontre entre deux intérêts, qui demeurent distincts, mais ont besoin de s'associer. Ce qu'exprime au fond la théorie de la cause : l'engagement est nécessaire à la satisfaction du débiteur lui-même. Ainsi se manifeste dans l'ordre juridique une donnée fondamentale de l'humanité : l'homme ne peut s'accomplir qu'en s'alliant.

Sans doute faudrait-il nuancer, en considération de la variété infinie des contrats : l'intensité de l'alliance n'est pas la même dans un contrat instantané permettant de se procurer une chose - les actes de consommation ne sont peut-être même pas de véritables contrats, où la part laissée à la volonté individuelle est réduite - , et dans une convention successive où l'on promet un comportement, plus encore qu'une prestation. Mais dans tous les cas, le fondement de la force obligatoire peut être trouvé dans l'alliance : la promesse oblige, non tant parce qu'elle a été voulue, que parce qu'elle constitue un signe sur lequel autrui a pu compter. À cet égard, force obligatoire et responsabilité ne sont pas si éloignées l'une de l'autre.

Dans cette vision des choses, l'acte unilatéral ne s'oppose pas au contrat. Et la rupture unilatérale pour manquement grave de l'autre partie, loin de faire injure à la force obligatoire, traduit seulement une rupture d'alliance. De même encore, rien ne s'oppose à ce que l'une des parties dispose du pouvoir d'agir unilatéralement au sein du contrat, dès lors qu'elle se conforme à la foi contractuelle.

La notion féconde de « champ contractuel », qui délimite les attentes réciproques, montre précisément que l'obligation n'est pas mesurée à ce qui a été voulu, mais à ce qui a été reçu comme promesse. Et le formalisme qui imprègne certains contrats oblige justement à ne s'attacher qu'à certains signes caractérisés.

On comprend alors que le rôle du juge en matière contractuelle consiste à administrer le remède qui, dans le respect de l'alliance initiale, permettra au contrat de surmonter la crise, que l'imprévisibilité de l'avenir ne manquera pas de faire surgir. Plutôt qu'un gardien intraitable de la « procédure contractuelle », c'est la viabilité du contrat qu'il doit servir. Et n'user qu'avec une extrême prudence de l'anéantissement rétroactif, par lequel on prétend d'un trait de plume nier l'histoire.

Relier la force obligatoire du contrat à l'humanité, constater qu'avant la loi, sans la loi ou en dépit de la loi, la dignité de l'homme est de promettre aujourd'hui ce qu'il sera demain, interdit de priver quiconque, fût-il économiquement faible, dominé, dépendant, du droit de s'engager. Que la loi interdise certains contrats, certaines clauses, certains engagements est une chose. Mais aucune société ne peut exister, humaine, sans un respect scrupuleux du contrat.

#### **Document 4 : Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général, D. 2016, p. 434**

Alain Bénabent, Agrégé des Facultés de droit

Laurent Aynès, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)

La réforme du droit des contrats, des obligations et de la preuve, dont le processus est entamé depuis plus de dix ans, vient de trouver un achèvement par la publication de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 au *Journal officiel* du 11 février 2016.

Le livre III du code civil est réécrit, principalement en trois titres nouveaux : les sources des obligations (titre III), le régime général des obligations (titre IV) et la preuve des obligations (titre V). Ces nouvelles règles entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Elles s'appliqueront aux contrats conclus après cette date, seules trois dispositions s'appliquant immédiatement aux contrats en cours, toutes trois relatives aux interpellations interrogatoires créées par les nouveaux articles 1123, 1158 et 1183.

Il est difficile de déceler dans ce nouvel ensemble une philosophie bien nette des rapports sociaux. C'est plutôt une oeuvre de compromis qui puise son inspiration dans la convergence des projets Catala et Terré, ainsi que des Principes européens du droit des contrats (PEDC). Le nouveau texte se veut réaliste et pragmatique, partagé entre le libéralisme (suppression de la cause) et un socialisme tempéré (violence économique, clause abusive), le souci de l'efficacité (rupture unilatérale, fixation et réduction unilatérales du prix, simplification de la cession de créance) et celui de l'équilibre (traitement de l'imprévision).

Nombre d'institutions ignorées jusque-là du code font leur entrée, comme les négociations, l'obligation d'information, la promesse unilatérale et le pacte de préférence, la cession de contrat, la résolution unilatérale, la représentation, les restitutions, la cession de dette... Il s'agit bien souvent d'une consécration à droit constant de la jurisprudence et de la pratique contractuelle, qui se trouvent ainsi stabilisées et publiées, afin de donner du droit français une vue complète et facilement accessible. Mais parfois, la jurisprudence est combattue ou modifiée à l'occasion de son incorporation.

On distinguera les véritables innovations, peu nombreuses mais significatives, des consécration du droit antérieur modifié à la marge et des maintiens purs et simples. Et cela, que l'on aille de la formation du contrat (I) à ses effets (II), puis aux quasi-contrats (III) et au régime de l'obligation (IV).

## **I - La formation du contrat**

L'ordonnance comporte d'abondantes dispositions relatives à la formation du **contrat**, là où le code de 1804 était presque muet. En particulier, le processus de formation (offre et acceptation, **contrats** préparatoires) entre désormais dans le code civil. En revanche, la classification romaine des obligations (faire, ne pas faire, donner) est totalement bannie.

### **A - Les innovations**

**Dispositions préliminaires.** Des dispositions préliminaires (art. 1101 à 1111-1) font leur apparition. Elles énoncent trois principes : liberté contractuelle (art. 1102), force obligatoire du contrat (art. 1103) et bonne foi (art. 1104). Le principe de *bonne foi* dans la formation du contrat est nouveau, et s'ajoute à l'obligation d'information et au dol par réticence. Viennent ensuite les définitions de sept catégories de contrats - la plus innovante étant celle du *contrat d'adhésion* (art. 1110), au demeurant problématique - , précédées de la réaffirmation de la validité des contrats innommés (art. 1105).

**Cause licite.** L'existence d'une cause licite n'est plus une condition de validité de l'obligation contractuelle : seuls suffisent désormais le consentement des parties, leur capacité et un « contenu » licite et certain (art. 1128). Cependant, le contrat ne peut déroger à l'ordre public (*exit* les bonnes moeurs) par son « but » (art. 1162). Et un contrat à titre onéreux est nul lorsque la contrepartie convenue au profit du débiteur est « illusoire ou dérisoire » au moment de sa formation (art. 1169).

Dans les contrats d'adhésion, toute clause créant un « déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des parties, apprécié abstraction faite de l'objet principal du contrat et de l'adéquation du prix à la prestation, est réputée non écrite (art. 1171).

**Violence économique.** Une nouvelle définition de la violence économique est donnée à l'article 1143, en trois éléments : état de dépendance de la victime, abus déterminant et avantage manifestement excessif.

**Rétractation.** La rétractation de la promesse unilatérale de contrat (appelée « révocation ») n'empêche pas la formation du contrat promis (art. 1124, al. 2).

**Interpellations interrogatoires.** Trois *interpellations interrogatoires* permettent de purger une situation juridique incertaine à la veille de la conclusion du contrat, en demandant au destinataire de prendre parti : en présence d'un pacte de préférence ou d'un soupçon de pacte de préférence (art. 1123, al. 3 et 4) ; en cas de doute sur l'étendue des pouvoirs du représentant (art. 1158) ; en cas de menace d'action en nullité (art. 1183).

### **B - Les consécutions**

Il s'agit de l'organisation légale de créations de la pratique ou de la jurisprudence, sans modification notable, mais avec parfois des précisions permettant de dissiper des flottements jurisprudentiels :

- la liberté de rupture des *négociations* précontractuelles et l'exclusion de la compensation de la perte des avantages attendus du contrat non conclu en cas de faute (mais non de celle de la perte de chance, art. 1112) ;

- l'obligation d'*information précontractuelle* et le régime de la preuve (art. 1112-1), ainsi que l'obligation de *confidentialité* (art. 1112-2) ;

- la théorie de l'*offre* et de l'*acceptation* (art. 1113), le régime de la *rétractation* de l'offre (art. 1115 et 1116) et de l'acceptation (art. 1118) ; le régime des *conditions générales* (art. 1119) ; la formation du **contrat** au lieu et au moment de la *réception* de l'acceptation (art. 1121) ;

- le *pacte de préférence* (art. 1123) et la *promesse unilatérale de contrat* (art. 1124) ;
- le *dol par réticence* (art. 1137, al. 2) ainsi que le *dol commis par un tiers* (art. 1138) ; le caractère toujours *excusable* de l'erreur, même sur la valeur ou le motif, provoquée par un *dol* (art. 1139) ;
- les règles relatives à la capacité (art. 1145 à 1152) ;
- la théorie de la *représentation* (art. 1153 à 1161) ;
- une définition large de la *déterminabilité* de la prestation, objet du contrat (art. 1163, al. 3) ;
- l'admission de l'unilatéralisme dans la fixation du *prix*, à l'égard des contrats-cadres (art. 1164) et des contrats de prestation de services (art. 1165), et le régime de celui-ci (en particulier, l'obligation de *motiver* le montant) ;
- la consécration des jurisprudences *Chronopost* et *Faurecia* : la clause privant de sa substance l'obligation essentielle est réputée non écrite (art. 1170) ;
- le principe du *consensualisme* (art. 1172) et les exceptions à ce principe (contrats solennels et contrats réels) ;
- la perpétuité de l'*exception de nullité* (art. 1185) ;
- la *caducité* du contrat lorsque vient à disparaître l'un de ses éléments essentiels (art. 1186, al. 1<sup>er</sup>) ; en particulier, en présence d'un *groupe de contrats* nécessaires à la réalisation d'une même opération (art. 1186, al. 2 et 3).

## C - Les maintiens

Avec ou sans « réécriture contemporaine » et précisions rédactionnelles, on retrouve de très nombreux textes actuels, dont la numérotation et la place ont évidemment changé. On se limitera aux principaux :

- les *vices du consentement* (erreur, dol, violence), avec quelques précisions issues de la jurisprudence (art. 1130 à 1144) ;
- les règles relatives au contrat conclu par *voie électronique* (art. 1125 à 1127-6) et aux solennités en ce cas (art. 1174 à 1177) ;
- la théorie des *nullités* (art. 1178 à 1187), les restitutions relevant désormais du régime de l'obligation (*V. infra*).

## II - Les effets du contrat

Après une reprise concentrée des règles relatives à l'*interprétation* (art. 1188 à 1192) dont le seul sang neuf est d'ouvrir le droit français à l'interprétation objective par référence à une « personne raisonnable » (art. 1188, al. 2) et d'exprimer explicitement le principe d'interprétation des contrats d'adhésion contre leur rédacteur (art. 1190), l'ordonnance consacre aux effets du contrat cinq sections (art. 1193 à 1231-7), abri très large allant jusqu'à inclure, au-delà de la force obligatoire (art. 1193 s.) et de l'effet relatif (art. 1199), les transferts de propriété (art. 1196 s.), le porte-fort et la stipulation pour autrui (art. 1203 s.), la durée des contrats (art. 1210 s.), la cession de contrat (art. 1216 s.) et les conséquences de l'inexécution (art. 1217 s.).

## A - Les innovations

Cette partie comporte trois véritables innovations : l'admission de l'imprévision, celle de l'« *exceptio timoris* » et celle de la réduction du prix parmi les sanctions d'une exécution imparfaite.

**L'imprévision (art. 1195).** Elle est définie comme un changement de circonstances imprévisible rendant l'exécution « excessivement onéreuse » et ouvre une série de réactions graduées : d'abord une renégociation sans suspension d'exécution ; puis, en cas d'échec ou de refus, la possibilité de choisir en commun soit une résolution conventionnelle, soit une saisine conjointe du juge pour qu'il « adapte » le contrat ; enfin, après un « délai raisonnable », saisine unilatérale du juge qui peut « réviser le contrat ou y mettre fin ».

**L'« exceptio timoris » (art. 1220).** Inspirée des Principes européens (art. 9 : 201), elle consiste à faire jouer l'exception d'inexécution à titre préventif : lorsqu'il « est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas », une partie peut lui notifier qu'elle « suspend » l'exécution de sa propre obligation. Le texte n'en dit pas plus, ce qui renvoie à l'exception d'inexécution classique, toujours provisoire et soulevée aux risques et périls de son auteur.

**La réduction du prix (art. 1223).** Elle apparaît comme une sorte de généralisation de l'action estimatoire de l'actuel article 1644 : une exécution imparfaite peut être acceptée en contrepartie d'une réduction de prix, « sollicitée » avant paiement ou « notifiée » après paiement, qui doit être « proportionnelle » (sous le contrôle éventuel du juge qui devra ainsi quantifier un déficit de qualité).

## **B - Les consécutions**

**Effet translatif.** L'effet translatif de tout **contrat** transférant la propriété d'un bien (art. 1196 s.) est précisé à la fois quant à sa date (transfert « *solo consensu* » généralisé : art. 1196), quant à ses conséquences (transfert des risques et obligation de conserver : art. 1196 et 1197), et quant aux concours entre acquéreurs successifs (« *prior bona fide, potior tempore* », renversant la jurisprudence actuelle en matière immobilière : art. 1198).

**Durée du contrat (art. 1210 s.).** Elle donne lieu à une explication claire et pédagogique des règles de **droit** positif : les notions sont définies (prorogation, renouvellement, tacite reconduction), le principe de prohibition des engagements perpétuels affirmé et sa sanction, maltraitée en jurisprudence, enfin clarifiée (traitement en **contrat** à durée indéterminée : art. 1210).

**Cession de contrat.** Elle fait son entrée dans la loi (art. 1216 s.) avec un régime général précisant qu'elle porte sur la « qualité de partie au contrat », qu'elle exige un écrit à peine de nullité, qu'elle doit recevoir l'accord - et non le consentement - de l'autre partie (qui peut être anticipé) et qu'elle ne libère le cédant pour l'avenir qu'avec le consentement exprès du cédé.

**Exception d'inexécution (art. 1219).** Elle est consacrée avec la précision qu'elle ne peut répondre qu'à une inexécution « suffisamment grave » (seul le rapport au président de la République mentionnant un caractère proportionné qui évoquerait une exception partielle).

**Exécution forcée en nature (art. 1221 s.).** Consacrée dans ses deux versions (par le débiteur ou par remplacement), elle fait l'objet d'une dérogation nouvelle (inspirée de l'art. 9 : 102 PDEC) lorsqu'existe « une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».

**Résolution du contrat (art. 1224 s.).** Elle fait l'objet d'une refonte regroupant clause résolutoire, résolution unilatérale et résolution judiciaire, ces deux dernières subordonnées à une « inexécution suffisamment grave ». Est ainsi notamment consacrée la résolution unilatérale, après mise en demeure et sur notification (art. 1226).

Les effets de la résolution sont précisés et clarifiés (art. 1229), en particulier quant à sa date (avec un cantonnement de la rétroactivité qui justifie le maintien du terme de résiliation).

## **C - Les maintiens**

**Force obligatoire.** Le célèbre article 1134 actuel est maintenu mais éclaté, ses trois alinéas se retrouvant aux nouveaux articles 1103, 1104 et 1193.

**Effet relatif.** L'actuel article 1165 est repris à l'article 1199 et complété à l'article 1200 (la situation juridique issue du **contrat** s'impose aux tiers).

**Simulation.** Le régime des contre-lettres et dessous de table est repris aux articles 1201 et 1202.

**Porte-fort.** L'article 1204 complète peu le régime actuel (seul le rapport au président de la République distinguant, mais pour les assimiler, porte-fort de conclusion, de ratification et d'exécution).

**Stipulation pour autrui.** Les articles 1205 à 1209 développent (sans nouveauté de fond) la description du mécanisme.

**Force majeure.** L'article 1218 (à relier aux art. 1351 et 1351-1) synthétise la définition moderne, et envisage les conséquences de l'empêchement, selon qu'il est temporaire ou définitif.

**Responsabilité contractuelle.** Reprise à droit constant aux articles 1231 et suivants, avec regroupement des dispositions sur la clause pénale (art. 1231-5).

### III - Les quasi-contrats

Après un simple changement de numérotation pour la responsabilité délictuelle et les articles 1382 et suivants (devenus art. 1240 s.), l'ordonnance consacre aux quasi-contrats les articles 1300 à 1303-4.

**Enrichissement injustifié.** L'entrée dans le code de l'enrichissement injustifié (art. 1303 s.) ne relève pas de l'innovation mais de la simple consécration de la jurisprudence (deux précisions : la faute de l'appauvri n'a qu'un effet modérateur et la mauvaise foi de l'enrichi (?) change le calcul de l'indemnité : art. 1303-2 et 1303-4).

**Gestion d'affaires (art. 1301 s.).** Elle est reprise à **droit** constant, avec un ancrage accru sur le mandat.

**Paiement de l'indu (art. 1302 s.).** Il l'est pareillement, allégé pour ses effets par un renvoi au bloc de règles **générales** régissant les restitutions (art. 1352 s.).

### IV - Le régime général des obligations

Après avoir recentré le titre III du livre III du code sur les sources des obligations, l'ordonnance consacre le titre IV à leur régime général, auquel est annexé un titre IV *bis* relatif à leur preuve. Sont successivement traités :

- les modalités des obligations (condition, terme, pluralité d'objets ou de sujets : art. 1304 à 1320) ;
- les opérations sur obligation (cessions de créance et de dette, novation, délégation : art. 1321 à 1340) ;
- les actions ouvertes au créancier (actions oblique, paulienne, directe : art. 1341 à 1341-3) ;
- l'extinction des obligations (paiement, subrogation, compensation, confusion, remise de dette, impossibilité d'exécution : art. 1342 à 1351-1) ;
- les restitutions (art. 1352 à 1352-9) ;
- la preuve des obligations (art. 1353 à 1386-1).

### A - Les nouveautés

C'est sur cinq points que se porte l'attention dans cette partie de la réforme : la suppression de l'effet rétroactif des conditions suspensives, la simplification de la cession de créance, l'apparition de la cession de dette, le remplacement des offres réelles par une mise en demeure du créancier et la création d'un bloc de règles sur les restitutions.

**Obligation conditionnelle (art. 1304 s.).** Elle fait l'objet d'une réécriture qui n'innove que sur un point : l'accomplissement de la condition suspensive rend l'obligation pure et simple et n'opère donc plus rétroactivement, sauf clause contraire (art. 1304-6), recul de la fiction de la rétroactivité dont le souci s'est déjà traduit dans le régime de la résolution (art. 1229).

**Cession de créance (art. 1321 s.).** Elle est simplifiée par suppression de la fameuse signification de l'article 1690 actuel. Il faut un écrit *ad validitatem*, dont la date s'impose tant entre les parties qu'envers les tiers, hormis le débiteur pour qui l'opposabilité est subordonnée à une notification ou une prise d'acte.

Pour le reste (exceptions opposables par le débiteur au cessionnaire, garantie due à celui-ci par le cédant), c'est le droit positif qui est reconduit, étant souligné que le retrait litigieux n'est nullement supprimé (maintien des art. 1699 à 1701).

**Cession de dette (art. 1327 s.).** La cession de dette, qu'il vaut sans doute mieux appeler « reprise de dette », fait son apparition dans le code. Protection du créancier obligé, la symétrie avec la cession de créance se limite à la dénomination : l'accord du créancier est nécessaire (art. 1327) et le débiteur initial reste tenu solidairement, sauf décharge expresse (art. 1327-2).

Est aussi précisé le régime des exceptions opposables par le débiteur substitué (art. 1328), tout comme le sont des sûretés (art. 1328-1).

**Remplacement des offres réelles par une mise en demeure du créancier (art. 1345 s.).** Cela constitue une véritable création simplificatrice et énergique pour vaincre « l'obstruction » du créancier qui refuse son paiement : une mise en demeure restée deux mois sans effet, et voici le débiteur autorisé à séquestrer la chose due (à la Caisse des dépôts pour les fonds, chez un professionnel pour les meubles), ou tout simplement libéré pour les autres obligations (c'est-à-dire les prestations de services).

**Restitutions (art. 1352 s.).** Elles font l'objet bienvenu d'un corps de règles ayant vocation à une application générale, quel que soit le titre auquel sont dues des restitutions (annulation ou résolution du contrat, répétition de l'indu, voire action réhabilitatoire, etc.).

Ce corps reprend essentiellement les règles qui étaient énoncées pour la répétition de l'indu, augmentées de celles dégagées *cahin-caha* par la jurisprudence, à l'exception remarquable de la valeur de la jouissance de la chose, qui doit désormais être prise en compte (art. 1352-3).

## **B - Les consécutions**

Il n'y a guère à mentionner à ce chapitre que la *subrogation légale* (art. 1346) qui fait l'objet d'une définition élargie consacrant son extension jurisprudentielle à ceux qui étaient virtuellement tenus envers le créancier : c'est le critère de « l'intérêt légitime » à payer qui suffit à déclencher la subrogation légale dès lors que le paiement a libéré en tout ou partie le débiteur final.

## **C - Les maintiens**

C'est sans doute dans cette partie qu'ils sont les plus nombreux, avec quelques réécritures, et l'on ne peut ici les mentionner que pour mémoire :

- le *terme* (art. 1305 s.) ;
- la *pluralité d'objets* (art. 1306 s.) énumérant obligation cumulative (art. 1306), alternative (art. 1307 s.) et facultative (art. 1308), véritable alliance de mots désignant une obligation substituable au gré du débiteur ;
- la *solidarité*, active ou passive (art. 1310 s.) ;
- l'*indivisibilité* (art. 1320) renommée obligation « à prestation indivisible » ;
- la *novation* (art. 1329 s.) ;

- la *délégation* (art. 1336 s.) ;
- l'*action oblique* (art. 1341-1) ;
- l'*action paulienne* (art. 1341-2) ;
- l'*action directe* (art. 1341-3) ;
- le *paiement* (art. 1342 s.) ;
- la *subrogation conventionnelle* par le créancier ou par le débiteur (art. 1346-1 s.) ;
- la *compensation* (art. 1347 s.) ;
- la *confusion* (art. 1349) ;
- la *remise de dette* (art. 1350) ;
- les *intérêts légaux* (art. 1231-6 s.) ;
- le *droit de la preuve* (art. 1353 s.).

\*\*\*

*En guise d'annexe, on trouvera une première liste (sans doute incomplète) des renversements de jurisprudence résultant des nouveaux textes.*

### Quelques abandons de jurisprudence

Solution jurisprudentielle	Nouvelle disposition
<b>Rétractation du promettant</b>	
Obstacle à la formation du <b>contrat</b>	N'empêche pas cette formation ( <i>art. 1124</i> )
<b>Imprévision</b>	
Refus de prise en compte	Renégociation et révision ( <i>art. 1195</i> )
<b>Acquéreurs successifs du même immeuble</b>	
Premier publié, même de mauvaise foi	Priorité subordonnée à la bonne foi ( <i>art. 1198</i> )
<b>Excès de pouvoir du mandataire</b>	
Action réservée au pseudo-représenté	Action ouverte au tiers contractant ( <i>art. 1156</i> )
<b>Engagements perpétuels</b>	
Sanction : nullité	Sanction : ouverture du <b>droit</b> à résiliation ( <i>art. 1210</i> )
<b>Enrichissement injustifié</b>	
Faute de l'appauvri : privation de toute indemnité	Simple minoration de l'indemnité ( <i>art. 1303-2</i> )
<b>Restitutions</b>	
Refus de toute indemnité pour la jouissance	<b>Droit</b> à restitution pour la jouissance ( <i>art. 1352-3</i> )



## Thème n° 2

# LA FORMATION DU CONTRAT :

## I. LES POURPARLERS, L'OFFRE ET L'ACCEPTATION

Le contrat se forme par la rencontre des volontés. L'offre émise par l'une des parties est acceptée par l'autre. Certains contrats supposent en outre une phase préalable de négociations ou pourparlers. L'ordonnance du 10 février 2016 a introduit dans le Code civil des dispositions concernant les négociations, ainsi que l'offre et l'acceptation. Ces dispositions consacrent le plus souvent les solutions qui avaient été dégagées par la jurisprudence antérieurement.

### DOCUMENTS :

#### I. Généralités

1) J.-E.-M Portalis, Extrait du discours préliminaire de présentation du projet de Code civil en Conseil d'Etat, Fenet, t. 1, p. 463 et s.

#### II. Les pourparlers

2) Civ. 3, 28 juin 2006, n° 04-20040

3) Civ. 3, 7 janvier 2009, n° 07-20783

3 bis) L'obligation d'information : V. art. 1112-1 C. civ.

#### III. L'offre

##### **. Caducité de l'offre en cas de décès**

4) Civ. 3, 10 mai 1989, *Bull. civ. I*, n° 187 ; *D.* 1990, p. 365, note Virassamy (non reproduite).

##### **. L'offre avec délai**

5) Civ. 3, 7 mai 2008, *Bull. civ. II*, n° 79 ; *CCC* 2008, comm. 194, note L. Leveneur ; *RDC* 2008, obs. T. Génicon.

5 bis) Soc., 30 mai 2018, n° 17-10.888 ; *RTDciv.* 2018, p. 652, obs. H. Barbier ; *RDC* 2018, p. 434, obs. G. Loiseau.

##### **. L'offre sans délai**

6) Civ. 3, 20 mai 2009, *Bull. civ. III*, n° 118.

#### IV. L'acceptation

7) Com., 25 juin 1991, *Bull. civ. V*, n° 234

8) Civ. 1, 12 janv. 1988, *Bull. civ. I*, n° 8

9) Com., 18 janv. 2011, pourvoi n° 09-69831

## **V. Bibliographie**

10) O. Deshayes, « La formation des contrats », *RDC* 2016, n° spécial, p. 21.

**EXERCICE** : commentaire de Soc., 30 mai 2018 (doc 5 bis).

**Document n° 1** : Portalis, Discours préliminaire de présentation du projet de Code civil au Conseil d'Etat.

« En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent, leurs contrats se multiplient autant que leur besoins. [...] Il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles. [...] La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique. [...] On gouverne mal, quant on gouverne trop. 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. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité, et cette surveillance dégènerait elle-même en inquisition. [...] Sans doute, il ne faut pas que les hommes puissent se tromper mutuellement en traitant ensemble ; mais il faut laisser quelque latitude à la confiance et à la bonne foi. Des formes inquiétantes et indiscretes perdent le crédit, sans éteindre les fraudes ; elles accablent sans protéger...»

**Document n° 2 : Cour de cassation, chambre civile 3, 28 juin 2006, n° 04-20040**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nouméa, 29 juillet 2004), que la société Antineas a mené des négociations avec la société civile immobilière Longson (la SCI) et les consorts X... Y... pour la vente d'un terrain destiné à la construction d'un immeuble ; qu'un projet de "protocole" de vente n'ayant pu être signé et la société Antineas ayant vendu le bien à un tiers, la SCI et M. Phiet X... Y... l'ont assignée en paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive des pourparlers ;  
Sur le second moyen :

Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu que pour condamner la société Antineas à payer des dommages-intérêts à la SCI l'arrêt retient que la cour dispose d'éléments suffisants pour évaluer le préjudice de celle-ci consistant en la perte d'une chance sur le manque à gagner résultant de la disparition du programme immobilier envisagé ;  
Qu'en statuant ainsi, alors qu'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers pré-contractuels n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE

**Document n° 3 : Civ. 3 , 7 janvier 2009, n° 07-20783**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 25 septembre 2007) que, par acte du 21 juillet 1997, la société civile immobilière Norimmo (SCI) a donné à bail commercial, un immeuble à la société Regal Lezennes ; qu'en décembre 2002, M. X... s'est présenté à la SCI pour négocier la cession du bail ; que la SCI a donné son accord à la cession sous réserve de certaines conditions ; que la société Animal Food and System (AFS) est intervenue dans la négociation ; que la SCI a finalement refusé le projet mis au point entre la société Regal Lezennes et la société AFS ; que la société Regal Lezennes a assigné la SCI et la

société AFS afin d'obtenir la réparation des préjudices subis du fait de la rupture des pourparlers précontractuels ; Attendu que pour accueillir la demande l'arrêt retient, par motifs adoptés, que d'une part, la société Regal sollicitait la somme de 250 000 euros de dommages-intérêts pour résistance abusive et en réparation du préjudice créé du fait du défaut d'exploitation du local, que d'autre part, par la réalisation de ce droit au bail, la société AFS faisait l'acquisition d'un immeuble particulièrement bien placé dans l'une des plus importantes zones de chalandise situé au voisinage immédiat de la métropole lilloise en vue de réaliser une nouvelle implantation et remplacer à l'identique une implantation perdue par éviction dans un autre centre commercial de la métropole lilloise à compter de janvier 2004, qu'elle indiquait également avoir subi depuis la date où elle aurait dû prendre les lieux un préjudice indiscutable du fait de l'impossibilité dans laquelle elle avait été d'ouvrir le nouvel établissement qu'elle souhaitait adjoindre à sa chaîne, que le tribunal disposait des éléments suffisants pour évaluer le préjudice de la société Regal Lezennes à la somme de 250 000 euros et celui de la société AFS à celle de 150 000 euros ;

Qu'en statuant ainsi alors que la faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne peut être la cause d'un préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser des gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE,

#### **Document n° 4 : Civ. 3, 10 mai 1989**

*Remarque : Les SAFER (sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural) sont des sociétés sans but lucratif pouvant acquérir des terres ou des exploitations librement mises en vente, destinées à être rétrocédées après aménagement éventuel, afin d'améliorer la configuration des exploitations. Les SAFER bénéficient d'un droit de préemption, qui leur permet d'acquérir par préférence à toute personne un bien que son propriétaire offre de céder.*

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 8 juillet 1987), que Mme X..., propriétaire d'une maison et de parcelles de terre, a signé le 12 juillet 1981, en faveur de M. Z... " un compromis de vente " relatif à ces immeubles, stipulant comme condition suspensive la renonciation des collectivités concernées à leur droit de préemption ; qu'en réponse à la notification que lui avait adressée, le 21 juillet 1981, le notaire chargé de la vente, la SAFER de Rhône-et-Loire (SAFER) a notifié à ce dernier, le 18 septembre 1981, sa décision de préempter ; que Mme X... étant décédée le 10 août 1981, son héritière, Mme Y..., a assigné la SAFER pour faire constater que le droit de préemption de celle-ci était devenu caduc ;

Attendu que la SAFER de Rhône-et-Loire fait grief à l'arrêt d'avoir, pour constater la caducité de la préemption, retenu que par son assignation du 16 septembre 1983 Mme Y... a modifié ses prétentions en manifestant son intention de conserver la propriété du bien mis en vente par son auteur et que cette modification de l'offre ouvrait un délai de deux mois à la SAFER pour faire connaître, à peine de forclusion, son acceptation ou son refus alors, selon le moyen, « que Mme Y..., héritière de la venderesse, n'était aucunement en droit de se dégager unilatéralement de la vente définitivement formée, selon les propres constatations de l'arrêt attaqué, entre son auteur et la SAFER, la pollicitation faite le 21 juillet 1981 par une personne vivante et maîtresse de ses droits qui ne l'avait pas rétractée avant son décès et l'acceptation par la SAFER notifiée dans le délai légal de deux mois ayant rendu parfait l'échange des consentements ; que l'assignation délivrée à la requête de ladite héritière ne constituait donc pas un acte « renouvelant la procédure » au sens de l'article L. 412-9, alinéa 2, du Code rural applicable seulement dans le cas, qui n'était pas celui de l'espèce, où le propriétaire persiste dans son intention de vendre, fût-ce à des conditions différentes, en sorte que la SAFER n'avait pas à réitérer, dans les deux mois de cette assignation, la préemption déjà exercée par elle auparavant et qu'elle n'a pu encourir aucune forclusion pour ne l'avoir pas fait ; que pour avoir décidé le contraire et déclaré ladite préemption caduque, bien qu'elle eût elle-même constaté que celle-ci avait rendu la vente parfaite, la cour d'appel a violé tant

l'article 1583 du Code civil que les articles L. 412-8 et L. 412-9 du Code rural, de même que l'article 7 de la loi du 8 août 1962 rendant ces textes applicables à l'exercice du droit de préemption des SAFER » ;

Mais attendu que la notification d'une vente sous condition suspensive au titulaire du droit de préemption, par le notaire chargé d'instrumenter, ne constituant pas une promesse de vente mais une simple offre, celle du 22 juillet 1981 devenue caduque par l'effet du décès de Mme X... survenu le 11 août 1981, ne pouvait être l'objet postérieurement à cette date d'une acceptation de la part de la SAFER ;

Que par ces motifs de pur droit, substitués à ceux erronés retenus par la cour d'appel, l'arrêt se trouve légalement justifié ;

PAR CES MOTIFS :REJETTE le pourvoi.

### **Document n° 5 : Civ. 3, 7 mai 2008,**

Sur le premier moyen :

Vu l'article 1134 du Code civil

Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Pau, 17 oct. 2005), que par acte du 24 juin 2000, Mme X. a signé, par l'intermédiaire d'un agent immobilier, une proposition d'achat d'un immeuble appartenant aux consorts Y., avec remise d'un dépôt de garantie ; qu'elle a retiré son offre d'achat le 26 juin, tandis que l'agent immobilier lui adressait le 27 juin un courrier l'informant de l'acceptation de cette offre par les consorts Y. ; que Mme X. a assigné ces derniers en restitution de la somme versée et en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que pour accueillir cette demande, l'arrêt retient la validité de la rétractation de son offre d'achat par Mme X., celle-ci étant intervenue par lettre recommandée expédiée le 26 juin 2000, antérieurement à l'émission, par les consorts Y., de leur acceptation par lettre recommandée expédiée le 27 juin 2000 ;

Qu'en statuant ainsi, alors que si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque, et alors qu'elle avait constaté que les consorts Y. disposaient d'un délai jusqu'au 27 juin 2000 pour donner leur accord, et qu'il en résultait que Mme X. s'était engagée à maintenir son offre jusqu'à cette date, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen : Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 17 octobre 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Pau ;

### **Note Laurent Leveneur :**

L'offre de contracter n'étant qu'une manifestation unilatérale de volonté, elle ne suffit pas, tant qu'elle n'a pas rencontré une acceptation, à lier son auteur : celui qui l'a émise peut en principe toujours changer sa volonté, et rétracter son offre. À ce principe de libre révocabilité, la jurisprudence apporte toutefois classiquement une exception dans le cas où le pollicitant a indiqué un délai aux destinataires de son offre pour l'accepter (V. aussi, pour l'obligation de maintenir pendant un délai raisonnable l'offre faite sans stipulation de terme, du moins lorsqu'elle est adressée à une personne déterminée, Cass. 3e civ. 25 mai 2005 : Contrats, conc. consom. 2005, comm. 166 ; [JurisData n° 2005-028546](#)) : d'élémentaires considérations de protection de la sécurité juridique des personnes qui ont eu connaissance de cette offre et de son délai conduisent à retenir à la charge du pollicitant une obligation de respecter le délai qu'il a lui-même fixé. La Cour de cassation emploie à cet égard une formule limpide : « Si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque » (V. déjà Cass. 1re civ., 17 déc. 1958 : D.1959, jurispr. p. 33. – Cass. 3e civ., 10 mai 1968 : Bull. civ. 1968, III, n° 209).

On remarquera qu'ici, l'offre (une proposition d'achat d'un immeuble, adressée aux propriétaires de ce bien) était assortie d'un délai d'acceptation jusqu'au 27 juin. Le 26 juin, l'offrant avait retiré sa proposition d'achat ; le 27 juin, dernier jour du délai, mais lendemain de la rétractation, les destinataires

de l'offre s'étaient décidés à l'accepter et avaient émis leur accord par lettre recommandée. Logiquement le contrat était formé (cf. en ce sens Cass. 1re civ., 17 déc. 1958, préc. – J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations : Sirey, 12e éd., n° 140) et les acceptants auraient pu exiger la réalisation forcée de la vente. Cependant l'espèce ne fournira pas d'illustration pratique d'une telle conséquence (illustration, qui, semble-t-il, ne se rencontre concrètement que très rarement en jurisprudence : cf. en ce sens, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations : Dalloz, 9e éd., n° 118), car les propriétaires du bien se sont contentés de conserver le dépôt de garantie dont l'offrant avait accompagné sa proposition d'achat, et qui prenait dès lors la tournure d'une clause pénale. C'est l'offrant qui a ici agi en justice pour essayer d'obtenir la restitution de cette somme, en se prévalant de sa rétractation, avec succès devant la cour d'appel, mais pas devant la Cour de cassation.

### **Document 5 bis : Soc., 30 mai 2018, n° n° 17-10. 888**

Sur le moyen unique du pourvoi du salarié, pris en ses deux premières branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 22 novembre 2016), que M. X... a été engagé par la société Jacques Borel à compter du 2 mars 1964, son contrat de travail étant transféré à la société Accor (la société) ; qu'un accord du 1er octobre 1992 a fixé les conditions d'indemnisation du salarié dans l'hypothèse où il quitterait le groupe ; que, le 16 décembre 1996, la société a adressé au salarié une offre prévoyant de nouvelles conditions d'indemnisation que celui-ci a acceptée le 16 juin 1998 ; que le salarié a été mis à la retraite le 15 avril 2006 ; qu'il a sollicité l'application de l'accord du 1er octobre 1992 ;

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de limiter les condamnations prononcées à l'encontre de l'employeur au titre de l'indemnité de départ et des congés payés afférents et de le débouter de ses autres demandes, alors, selon le moyen :

1°/ que seule l'acceptation d'une offre en cours de validité peut valablement former le contrat ; que les engagements perpétuels sont prohibés ; qu'en l'absence de date butoir, le changement des circonstances dans lesquelles l'offre a été émise, par perte de pouvoirs ou de qualité de l'offrant, représentant d'une personne morale, en raison du changement de structure d'une société par modification de son mode de gouvernance, impose la réitération de toute offre non acceptée à la date dudit changement ; qu'à défaut, l'offre devient caduque et ne formera pas le contrat en dépit de son acceptation ; qu'en décidant que l'offre faite à M. X... n'était pas caduque après avoir relevé le changement de gouvernance intervenu en 1997, postérieurement à l'émission de l'avenant litigieux, en date du 16 décembre 1996 et sa signature, en 1998, par M. X..., la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé l'article 1101 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

2°/ que seule l'acceptation d'une offre en cours de validité peut valablement former le contrat ; que les engagements perpétuels sont prohibés ; qu'en l'absence de date butoir, la validité de l'offre, qui n'est pas encore un contrat, doit être vérifiée au jour de son acceptation ; que M. X... avait rappelé dans ses conclusions que le 7 janvier 1997 la société Accor était devenue une société à directoire et conseil de surveillance, relevant que les organes de direction du groupe avaient été modifiés, M. A..., anciennement président-directeur général devenant président du conseil de surveillance et M. B..., anciennement, directeur général de la société, devenant vice président du conseil de surveillance ; qu'il avait ajouté que le 16 juin 1998, MM. A... et B... n'avaient plus qualité pour engager la société, la théorie de la permanence de la personne morale n'étant pas applicable à l'offre ; qu'en se référant au principe de sécurité juridique des

conventions, à l'égard d'une offre, la cour d'appel a encore violé l'article 1101 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

Mais attendu que la cour d'appel qui a relevé que l'offre du 16 décembre 1996 avait valablement engagé la société, qui, nonobstant le changement de direction, ne l'avait ni rétractée, ni dénoncée au moment de l'acceptation le 16 juin 1998, seul l'offrant pouvant se prévaloir d'un délai d'expiration de l'offre ou de l'absence de pouvoir du mandataire, a légalement justifié sa décision ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen unique du pourvoi du salarié, pris en ses troisième et quatrième branches, sur le premier moyen et sur le second moyen du pourvoi de l'employeur, ci-après annexés, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

**Document n° 6 : Civ. 3, 20 mai 2009**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1101 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 15 janvier 2008) que le département de la Haute-Savoie a adressé le 17 mars 1995 à M. X... une offre de rétrocession d'une partie d'un terrain que celui-ci lui avait vendu en 1981 en se réservant un droit de préférence ; que le 8 décembre 2001 M. X... a enjoint au département de signer l'acte authentique de vente ; que Mme X..., venant aux droits de son père décédé, l'ayant assigné le 28 janvier 2004 en réalisation forcée de la vente, le département s'est prévalu de la caducité de son offre ;

Attendu que pour accueillir la demande, l'arrêt retient que l'offre contenue dans la lettre du 17 mars 1995 a été renouvelée dans le courrier du 7 octobre 1996 sans être assortie d'aucun délai et qu'en conséquence M. X... a pu l'accepter par courrier du 8 décembre 2001 ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'acceptation était intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 janvier 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Chambéry ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Chambéry, autrement composée ;

**Document n° 7 : Com. 25 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 234**

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 6 décembre 1989), que la Société Entreprise industrielle a été chargée par l'Administration de la construction d'un pont dont la livraison devait intervenir le 6 juillet 1984 ; qu'elle a sous-traité à la Société nouvelle forage et canalisations (Société nouvelle) la réalisation de fondations spéciales ; qu'assignée par la Société nouvelle en paiement du solde du marché, la société Entreprise industrielle a soutenu qu'elle était en droit d'appliquer des pénalités de retard à sa cocontractante ;

Attendu que la Société nouvelle fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli cette prétention en articulant les griefs de méconnaissance de la loi des parties et de manque de base légale reproduits en annexe et alors, en

outre, selon le pourvoi, que la clause pénale n'est opposable qu'au cocontractant qui l'a effectivement acceptée avant la formation du contrat ; que l'acceptation certaine de la clause ne peut résulter de la seule exécution du contrat la contenant, a fortiori quand il n'a même pas été signé par les parties ; qu'en l'espèce, la cour d'appel déduit l'applicabilité de la clause stipulant une indemnité de retard de la seule exécution par la Société Nouvelle des travaux commandés par la Société Entreprise industrielle par convention non signée du 17 février 1984 sans aucunement justifier en quoi la Société nouvelle avait nécessairement accepté cette clause tandis qu'elle soutenait au contraire précisément avoir refusé de signer le contrat prévoyant cette indemnité en raison des aléas du chantier inévitablement liés à la nature incertaine du sous-sol où les travaux de forage devaient être exécutés ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134, 1152 et 1228 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir relevé que parmi les stipulations d'un document adressé le 20 février 1984 par la société Entreprise industrielle à la Société nouvelle et portant sur les conditions de la réalisation des travaux litigieux figurait une clause fixant leur délai d'exécution ainsi que les modalités d'application de pénalités de retard en cas de dépassement et que la Société nouvelle n'avait émis aucune protestation à la réception de courriers des 12 et 21 mars 1984 modifiant ce délai et précisant que tout dépassement entraînerait, conformément au marché, des pénalités de retard, la cour d'appel a souverainement considéré que cette société avait accepté la clause pénale par l'exécution du contrat en connaissance de cause, peu important l'absence de signature de ce contrat ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant constaté, hors toute violation de la loi du contrat, que la date d'achèvement des travaux confiés à la Société nouvelle avait été reportée au 11 mai 1984, soit 12 jours ouvrables après la date prévue " selon les dernières conventions des parties ", et que ce report n'avait d'autre cause que le retard accumulé par le sous-traitant dans l'exécution de ces travaux, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;  
PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

**Document n° 8 : Civ. 1, 12 janv. 1988, Bull. civ. I, n° 8**  
Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Limoges, 15 octobre 1985), que par acte sous seing privé du 11 février 1981, les époux X... ont promis de vendre aux époux Y..., pendant un délai de dix-huit mois, une attraction foraine, pour un prix à déterminer d'un commun accord ou, à défaut, par un arbitre ; que, par acte d'huissier du 22 avril 1981, M. X... a confirmé aux époux Y... cette offre de vente, leur rappelant le délai dans lequel devait intervenir la " levée d'option chiffrée " qu'il se réservait d'accepter ou de refuser dans la quinzaine de celle-ci, et leur laissait, pour saisir l'arbitre, un délai supplémentaire de quinze jours à l'expiration duquel il serait délié de la promesse ; que le 5 janvier 1982, les époux Y... ont informé les époux X... qu'ils levaient l'option au prix de 100 000 francs ; que le 11 février 1982, les époux X... ont notifié aux époux Y... leur refus d'accepter le prix offert et leur intention de saisir l'arbitre ; que les époux Y... ont assigné les époux X... pour faire juger que la vente de l'attraction foraine pour un prix de 100 000 francs était parfaite ;

Attendu que les époux X... font grief à l'arrêt d'avoir fait droit à cette demande alors que, selon le moyen, la convention faisait obligation aux parties de déterminer le prix d'un commun accord et à défaut d'accord, de saisir un arbitre ; que la cour d'appel, en l'absence d'un accord manifeste sur le prix qui ne pouvait se déduire d'un silence des époux X... pendant un délai de quinze jours, a méconnu la convention des parties qui prévoyait le recours à une procédure d'arbitrage, d'ailleurs mise en mouvement mais qui n'a pu aboutir par suite d'un refus de l'arbitre de remplir sa mission, ce qui ne pouvait qu'entraîner la nullité de la vente ; qu'ainsi, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1592 du Code civil ;

Mais attendu qu'après avoir justement énoncé que le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire en l'absence de toute autre circonstance à faire la preuve contre lui de l'obligation alléguée, la cour

d'appel, par une appréciation souveraine des circonstances de la cause et de l'intention des parties, retient qu'en s'imposant un délai pour accepter ou refuser le prix offert par les époux Y..., les époux X... s'étaient obligés à manifester expressément leur désaccord si le prix proposé ne leur convenait pas, et que le silence par eux gardé pendant ce délai valait acceptation du prix ; que la cour d'appel en a justement déduit, sans violer les textes visés au moyen, que la vente était parfaite ; que le moyen ne peut donc être accueilli ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

#### **Document n° 9 : Com. 1, 18 janv. 2011**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 23 juin 2009), que M. X... exerçait son activité médicale au sein de la Selarl du Dôme, dont il était représentant légal, dans les locaux et avec le matériel appartenant à la Scm du Dôme, dont il était associé ; que la Selarl du Dôme était liée à la Sa Clinique la bastide (la clinique), ses membres en étant actionnaires, par une convention d'exercice privilégié ; que, le 12 septembre 2001, M. X... a été nommé président du conseil d'administration de la clinique ; que, le 4 octobre 2001, la clinique a été mise en redressement judiciaire avant que, le 28 janvier 2002, un plan de continuation ne soit arrêté, les actionnaires actuels et les médecins pratiquant à la clinique ayant pris l'engagement d'apporter en compte courant en capital la somme de 304 898 euros et les nouveaux praticiens celle de 76 224, 50 euros ; que, faute d'exécution de ces engagements, la clinique a été mise en liquidation judiciaire, le 1er octobre 2002, à la suite de la résolution de son plan, Mme Y... étant désignée liquidateur ; que, par jugement du 21 janvier 2008, le tribunal a débouté Mme Y..., ès qualités, de sa demande en condamnation des actionnaires et praticiens défaillants à verser les sommes correspondant à leurs engagements respectifs ; que la Scm du Dôme est intervenue volontairement à l'instance ;

Attendu que M. X... et la Scm du Dôme font grief à l'arrêt d'avoir condamné le premier à payer à Mme Y..., ès qualités, la somme de 91 469, 41 euros, alors, selon le moyen :

1°/ que, d'une part, tout jugement doit être motivé et que le défaut de réponse à conclusions équivaut au défaut de motifs ; qu'en l'espèce, M. X... soutenait que le fait qu'il ait, le 14 janvier 2001, signé l'engagement de financer le redressement de la société Clinique La Bastide à hauteur de 91 469, 41 euros, sans autre précision, ne démontrait pas qu'il avait pris cet engagement en son nom personnel et il prétendait, au contraire qu'il avait pris cet engagement en sa qualité de représentant de la Selarl du Dôme et de la Scm du Dôme ; qu'en preuve de cette affirmation il faisait valoir que la Selarl du Dôme et la Scm du Dôme avaient effectivement réglé une somme de 91 469, 41 euros, ce qu'elles n'auraient pas fait si elles ne s'étaient pas engagées à le faire ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen péremptoire qui établissait que l'engagement du 14 janvier 2001 avait été conclu par M. X..., non pas en son nom personnel, mais en sa qualité de représentant desdites sociétés, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de réponse à conclusions et a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que, d'autre part, le silence ne vaut acceptation que si l'offre a été faite dans l'intérêt exclusif du destinataire ; qu'en l'espèce, si la clinique La Bastide avait un intérêt à voir prolonger son activité, c'est surtout son associé majoritaire, la Selarl du Dôme, qui exerçait son activité au sein de cette clinique, qui avait intérêt au redressement de celle-ci ; qu'en affirmant péremptoirement, pour retenir l'engagement personnel de M. X..., que l'offre faite par le praticien à la société Clinique La Bastide correspondait à l'intérêt exclusif de la clinique qui n'avait donc pas à l'accepter explicitement, sans rechercher ainsi qu'elle y était invitée, si la Selarl du Dôme n'avait pas également intérêt au redressement de la clinique, ce dont il résultait que l'offre n'avait pas été faite dans l'intérêt exclusif de celle-ci, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article 1101 du code civil ;

Mais attendu, d'une part, qu'ayant relevé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis, qu'il ressortait de la lecture de l'engagement d'honneur souscrit le 14 octobre 2001 que, contrairement à ses affirmations, M. X... ne s'était pas engagé en qualité de représentant de la Selarl du Dôme, ni de la Scm du Dôme et que les affirmations de la Scm du Dôme en



page 16 de ses conclusions ne changeaient rien au libellé de l'engagement qu'il avait signé, la cour d'appel a ainsi répondu aux conclusions prétendument délaissées ;

Attendu, d'autre part, que, contrairement à ce que soutient M. X..., pour retenir son engagement personnel, la cour d'appel n'a pas déclaré que l'offre qu'il avait faite à la clinique correspondait à l'intérêt exclusif de celle-ci qui n'avait donc pas à l'accepter explicitement, mais, relevant que l'engagement de M. X... n'avait pas fait l'objet d'une acceptation expresse de la clinique et que si, en principe, le silence gardé par le destinataire d'une offre n'en valait pas acceptation, elle a indiqué qu'il n'en allait pas de même lorsque les circonstances permettaient de donner à ce silence la signification d'une acceptation tel l'engagement pris par M. X... pour permettre à la clinique de présenter un plan crédible à l'homologation du tribunal, cette circonstance donnant à son silence la signification d'une acceptation ; qu'elle en a déduit que l'accord était valablement formé ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

**Document n° 10 : La formation des contrats**, Olivier Deshayes, Professeur à l'université de Cergy-Pontoise, *Revue des contrats* 2016, n° Hors-série, page 21

La matière de la formation des contrats est désormais régie par 87 dispositions, ce qui constitue un enrichissement considérable du Code civil. Pour beaucoup d'entre eux, les textes nouveaux codifient la jurisprudence. Il y a donc peu d'innovations. Plusieurs de celles qui étaient attendues et dont la charge symbolique est forte (disparition de la cause, introduction d'une obligation générale d'information, sanction du déséquilibre significatif, introduction du vice de dépendance) ont fait l'objet d'ajustements de dernière minute qui devraient apaiser les craintes d'une transfiguration du droit antérieur, porteuse d'insécurité.

La codification civile a constitué, dans l'avènement des États-nations d'Europe, une étape historique. Cette histoire-là est achevée. Notre époque est celle de la re-codification, dont les ambitions et la portée symbolique sont tout autres et en l'occurrence bien moindres.

L'objectif principal de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 est de faire mieux correspondre les textes écrits avec la réalité positive du droit, d'ancrer dans le Code civil des solutions qui se sont développées entre ses lignes espacées, voire à l'encontre de sa lettre parfois dépassée. Il est d'offrir au lecteur du Code un accès plus direct au droit, de remettre le droit dans la loi, afin de résorber la fracture entre le su (le savoir des juristes) et le lu (les textes).

Évidemment, il y a aussi des changements. Il y en a beaucoup. Il y en a des volontaires, qui sont par conséquent certains : l'ordonnance tranche un certain nombre de difficultés jusque-là mal résolues (en prenant par exemple un parti clair en faveur de la théorie de la réception de l'acceptation ou en précisant le régime de la cession de contrat), vient contrecarrer certaines solutions jurisprudentielles jugées gênantes (spécialement en matière d'exécution forcée en nature des promesses unilatérales ou d'invocation des règles de la publicité foncière par un second cessionnaire d'immeuble de mauvaise foi), rénove certaines institutions qui n'étaient plus adaptées (spécialement la cession de créance) ou innove d'une manière qui est hors de portée de l'action des tribunaux (consécration de plusieurs actions interpellatoires, apparition de la cession de dette, modification de lieu de paiement des obligations monétaires, création d'un nouveau régime de la demeure du créancier, etc.). Il y a d'autres changements qui sont involontaires et pour l'heure incertains mais dont l'importance est considérable : ils procèdent de malfaçons ou pourraient résulter de la pétrification dans le Code de solutions jurisprudentielles dont la richesse ou la subtilité rend la consécration en quelques mots potentiellement infidèle ou sclérosante.

Mais quoi qu'il en soit de ces modifications (réelles ou virtuelles), le sentiment général domine d'une vaste entreprise de consolidation qui n'est que prudemment réformatrice. Cela est particulièrement vrai de la partie relative à la formation des contrats, sur laquelle je vais à présent m'arrêter. Cela est particulièrement vrai de cette partie, dont chacun sait qu'elle est la grande oubliée du Code de 1804 et

pour la rénovation de laquelle il fallait donc, plus que pour toute autre, mettre en texte deux cents ans de solutions et de constructions doctrinales. Pour un grand nombre d'entre elles, les dispositions nouvelles relatives à la formation du contrat ont donc « d'abord, l'immense mérite d'exister »<sup>1</sup>. Puisqu'il est impossible de les examiner toutes, je me propose de formuler dans un premier temps quelques remarques générales avant de m'arrêter, dans un second temps, sur quelques-unes des règles qui méritent plus particulièrement l'attention ou suscitent le plus de crainte.

## **I – Observations générales**

Quatre observations générales peuvent être formulées.

### **A – Plan**

Le plan retenu dans l'ordonnance est clair et convaincant. Le chapitre II sur la formation du contrat est divisé en quatre sections : la conclusion du contrat, la validité du contrat, la forme du contrat, les sanctions. À chaque fois que cela était possible, les subdivisions sont logiques ou chronologiques<sup>2</sup> : d'abord la conclusion du contrat puis sa validité. S'agissant de la conclusion : d'abord les négociations précontractuelles puis la rencontre de l'offre et de l'acceptation. S'agissant des avant-contrats : d'abord le pacte de préférence puis la promesse<sup>3</sup>. S'agissant du consentement : d'abord son existence, puis les vices qui peuvent l'atteindre.

Le plan est toutefois pris à défaut dans trois cas.

Premièrement, les contrats électroniques, qui étaient régis par les articles 1108-1 et 1108-2 ainsi que par les textes du chapitre sur les contrats sous forme électronique (art. 1369-1 et s.) sont désormais régis à deux autres endroits : dans une sous-section sur le contrat conclu par voie électronique (de la section sur la conclusion des contrats) ainsi que dans un paragraphe sur les « dispositions propres au contrat conclu par voie électronique » (dans la section sur la forme du contrat). Ces nouvelles places disent mal que les textes en question ne sont pas tous relatifs à la conclusion du contrat et n'intéressent pas tous les contrats conclus sous forme électronique : certains sont relatifs à l'exécution du contrat et/ou peuvent s'appliquer à des contrats qui ne sont pas conclus par voie électronique. Ainsi en est-il par exemple des articles 1126-6 et 1126-7, qui régissent respectivement la lettre simple ou la lettre recommandée « relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat »<sup>4</sup>.

Deuxièmement, il a été fait le choix de faire figurer les règles générales sur la représentation à côté de celles sur la capacité, c'est-à-dire dans la section relative à la validité des contrats. Ce choix peut se comprendre : il est usuel d'associer capacité et pouvoir de représentation. Pour autant, la « représentation » n'est pas une condition de formation du contrat (l'existence d'un pouvoir ne figure d'ailleurs pas parmi les conditions de validité énumérées à l'article 1127). Les règles qui lui sont consacrées dépassent au demeurant la seule question de la validité des contrats conclus par un représentant.

Enfin, troisièmement, les règles sur la caducité (figurant dans la section « sanctions ») ne relèvent pas, à proprement parler, de la formation du contrat. La caducité frappe en effet un contrat valablement formé, ainsi qu'il résulte désormais explicitement de l'article 1186 : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ».

Il s'agit là toutefois de réserves mineures puisque la situation d'un article dans le plan, si elle est susceptible d'influer sur l'interprétation d'une disposition ambiguë, n'empêche pas les textes clairs de produire leurs effets, le cas échéant au-delà du domaine qu'implique leur localisation.

### **B – Dimension pédagogique de la réforme**

L'ordonnance consacre 87 articles à la formation du contrat, qui viennent remplacer 41 dispositions antérieures (lesquelles se trouvaient au demeurant dispersées dans le Code).

Ce qui frappe, à la lecture des textes, est la dimension pédagogique de la réforme<sup>5</sup>. S'agissant de l'offre, l'article 1114 indique ainsi que lorsqu'une proposition de contrat n'est pas suffisamment ferme et/ou

précise « il y a seulement invitation à entrer en négociation ». S'agissant de l'acceptation, l'article 1118 indique que si elle n'est pas conforme à l'offre, elle « est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle ». Dans un autre registre, l'article 1179 consacre l'opposition entre nullités relative et absolue ainsi que le critère dit « moderne » de distinction, toutes choses auxquelles les juristes français sont familiers mais qui, au regard des faiblesses techniques de la distinction, auraient pu être laissées de côté.

Plus encore, il semble que le brevet de « codifiabilité » n'ait été donné qu'aux notions ou solutions les moins contestées, celle dont l'incorporation dans le Code est la plus consensuelle. Chaque fois qu'un doute subsistait en jurisprudence ou en doctrine sur la définition d'une notion ou sur le contenu de son régime, chaque fois qu'une difficulté n'a pas dépassé le seuil d'attention qui la rend « classique », le parti a consisté à demeurer silencieux ou à en dire le moins possible. Les rédacteurs de l'ordonnance ont cherché moins à résoudre ou devancer des difficultés pratiques qu'à consacrer des notions ou solutions ayant fait leur preuve<sup>6</sup>.

De là découlent des écarts dans l'attention portée aux différents pans de la formation des contrats qui peuvent paraître étonnants au regard de l'importance pratique relative des thèmes traités. S'agissant par exemple de la difficulté classique de la rencontre de l'offre et de l'acceptation, l'ordonnance (comme les projets qui l'ont précédée) est assez bavarde. Elle va jusqu'à envisager l'hypothèse de la rétractation de l'acceptation, au sujet de laquelle l'article 1118 dispose : « Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation ». S'agissant en revanche des avant-contrats, l'ordonnance passe plus rapidement : une disposition pour la promesse unilatérale, une autre pour le pacte de préférence, aucune sur la promesse synallagmatique. C'est tout. C'est peu<sup>7</sup>. Il n'est rien dit par exemple des cas dans lesquels des promesses croisées valent promesse synallagmatique ou bien des effets dans le temps d'un pacte de préférence sans indication de durée, ou bien encore de l'application de la préférence contractuelle en cas de conclusion d'un contrat ayant un objet plus large que celui visé dans le pacte.

La dimension pédagogique de la réforme se trouve, au surplus, accentuée par la présence de dispositions de faible portée normative voire sans portée normative.

On trouve ainsi dans l'ordonnance des dispositions de déclinaison, qui ne font que rappeler les conséquences de l'application à tel ou tel cas concret d'une règle générale qui pourrait à elle seule suffire. Les dispositions sur les négociations précontractuelles en fournissent un bon exemple. Les solutions qui s'y trouvent consacrées, exception faite de l'obligation précontractuelle d'information, n'ajoutent rien à l'application des principes de la responsabilité délictuelle (sur laquelle la jurisprudence s'était au demeurant fondée pour aboutir aux solutions aujourd'hui consacrées)<sup>8</sup> : chacun est tenu de négocier loyalement, sous la sanction de la mise en jeu de sa responsabilité délictuelle en cas de faute. Nul ne peut utiliser ou divulguer une information confidentielle obtenue lors des négociations. La faute commise dans le cours des négociations ne peut conduire à l'indemnisation du gain attendu du contrat négocié (art. 1112 et 1112-2).

On trouve aussi dans l'ordonnance des dispositions d'orientation, qui font office de boussole, situant le lecteur dans l'arborescence des connaissances et l'invitant le cas échéant à se reporter à d'autres textes ou d'autres codes. En voici deux exemples frappants. Selon l'article 1122, « La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement ». Selon l'article 1172 : « Les contrats sont par principe consensuels (al. 1). Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation (al. 2). En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose (al. 3) ».

Les inconvénients de cet excès de pédagogie sont connus : au mieux disposer pour ne rien dire, au pire donner prise à des interprétations conférant une portée normative inattendue à un texte qui ne se voulait que déclaratif. Les modifications apportées à l'ordonnance, nous y reviendrons, ont permis en plusieurs

endroits de parer ce dernier risque. Il subsiste néanmoins un cas potentiellement problématique. Il s'agit de l'article 1144.

Selon ce texte, qui vise à consacrer le principe de spécialité de la capacité des personnes morales, « Les personnes morales sont dotées d'une capacité de jouissance spéciale, qui recouvre les actes utiles à la réalisation de leur objet, tel qu'il est défini par les statuts, dans le respect des règles applicables à la personne morale considérée, ainsi que les actes qui sont les accessoires des précédents ». La difficulté tient à ce que le texte se trouve placé dans la sous-section sur la capacité, c'est-à-dire parmi les conditions de validité du contrat. Aussi un acte contraire à l'objet de la personne morale est-il nul, de nullité relative. En droit des sociétés, la sanction paraissait plutôt être l'inopposabilité de l'acte à la personne morale<sup>9</sup>. Il faudra par ailleurs composer avec les dispositions du Code de commerce qui protègent les tiers contre les actes passés en dépassement de l'objet social des sociétés de capitaux en déclarant que de tels actes engagent la société (sauf preuve de la mauvaise foi du tiers) : l'acte est nul au regard des règles du Code civil mais il lie néanmoins la personne morale en application des règles du droit des sociétés. Il n'est pas certain que l'adage *specialia generalibus derogant* suffise à expliquer cela.

### **C – Évolutions intervenues depuis la publication du projet d'ordonnance**

À la suite de la consultation publique et lors des échanges avec le Conseil d'État, l'ordonnance a été modifiée en de très nombreux endroits du chapitre sur la formation du contrat.

Deux tendances fortes apparaissent.

La première est la prise en compte des nombreuses critiques de détails, ce qui a permis l'amélioration formelle d'un grand nombre de dispositions, lesquelles deviennent ainsi soit plus claires soit plus conformes au droit positif antérieur. En voici les exemples les plus significatifs, dans l'ordre des textes : article 1112 et 1112-2 (relatifs à la responsabilité encourue en raison de fautes commises lors des négociations)<sup>10</sup>, article 1115 (relatif à la rétractation de l'offre)<sup>11</sup>, article 1222 (relatif aux délais de réflexion et de rétractation)<sup>12</sup>, article 1124 (relatif à la promesse unilatérale)<sup>13</sup>, article 1132 (relatif au caractère excusable de l'erreur)<sup>14</sup>, article 1136 (relatif à l'erreur sur la valeur)<sup>15</sup>, article 1156 (relatif au mandat apparent)<sup>16</sup>, article 1178 (relatif aux effets de la nullité)<sup>17</sup>, article 1180 et suivants (relatifs à l'invocation de la nullité)<sup>18</sup>, article 1184 (relatif à la nullité d'une clause d'un acte)<sup>19</sup>.

La seconde tendance consiste dans la prise en compte des critiques plus substantielles pointant du doigt les risques d'effets secondaires mal maîtrisés des dispositions initiales, voire de déstabilisation des règles contractuelles. Sur plusieurs points importants, le Gouvernement a accepté de revenir en arrière en supprimant ou limitant certaines innovations. Le climat général est donc celui d'une restriction des ambitions et aussi des dangers possibles de la réforme. Les craintes d'une insécurité juridique ont donc été largement entendues. Sept modifications doivent ici être présentées.

Article 1112-1, relatif à l'obligation d'information précontractuelle. Ce texte a été déplacé dans la sous-section relative aux négociations, ce qui est une bonne chose. Surtout, le contenu de l'obligation a été précisé : la notion d'information déterminante, déclencheur de l'obligation, se trouve définie : « Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties » (al. 3). Les règles relatives à la charge de la preuve ont également été fixées (dans le sens qui était celui de la jurisprudence antérieure)<sup>20</sup> et il a été expressément ajouté que l'obligation d'information « ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation ». Nous verrons toutefois qu'en dépit de cet ajout, les craintes d'un renversement de la jurisprudence Baldus demeurent (v. infra).

Article 1138, relatif au dol. Le projet prévoyait que le dol soit une cause de nullité même lorsque les manœuvres émanent d'un tiers pourvu que le cocontractant en ait eu connaissance et en ait tiré avantage. La rédaction retenue n'est pas aussi ouverte : il n'y a dol, en cas de manœuvres émanant d'un tiers, que si ce dernier est de « connivence » avec le cocontractant, ce que la jurisprudence admettait déjà.

Article 1143, relatif à l'abus de dépendance, vice du consentement. Devant la crainte d'une utilisation trop fréquente du texte qui aurait conduit à l'annulation de conventions en raison de l'état de faiblesse de l'une des parties, état potentiellement inconnu de l'autre, l'ordonnance a fait le choix d'en restreindre doublement l'application : tout d'abord seul l'état de dépendance est désormais visé (la référence à l'état de faiblesse a disparu), ensuite la nullité n'est encourue que lorsque le cocontractant a tiré un avantage excessif de la situation<sup>21</sup>.

Articles 1164 et 1165, relatifs à la fixation du prix. Au sujet de cette question aussi, l'ordonnance a réduit la voilure. Finalement, la possibilité d'une fixation unilatérale du prix par l'une des parties n'est consacrée que dans les contrats-cadre et les contrats de prestation de services, ce qui laisse entendre que le prix doit, en dehors de ces hypothèses, être déterminé ou déterminable en vertu des indications du contrat sans plus pouvoir dépendre de la volonté d'aucune des parties. Il était envisagé que la fixation unilatérale soit aussi possible pour les contrats à exécution successive. Ce n'est finalement pas le cas. Accentuant cette approche « minimaliste »<sup>22</sup>, l'ordonnance n'a pas consacré la possibilité d'une révision judiciaire du prix en cas d'abus dans la fixation unilatérale. Les seules sanctions prévues en cas d'abus sont, pour les contrats-cadre, celles qu'avait dégagées la Cour de cassation dans ses arrêts d'assemblée plénière du 1er décembre 1995 : une indemnisation du préjudice et la résolution. S'agissant des contrats de prestation de services : l'abus ne peut être sanctionné que par l'allocation de dommages et intérêts<sup>23</sup>.

Article 1171, relatif au déséquilibre significatif. Ce texte emblématique de la réforme (sur lequel, v. infra) est revenu dans le lit dans lequel la lutte contre les clauses abusives peut, sans risque pour la sécurité juridique, faire partie de l'arsenal de droit commun des contrats : la disposition n'a finalement vocation à s'appliquer que dans les contrats d'adhésion<sup>24</sup>. Par ailleurs la sanction du déséquilibre significatif a été clarifiée : il n'est plus question de la possibilité de demander au juge de supprimer la clause, elle est « réputée non écrite », comme en droit de la consommation.

Article 1183, relatif à l'erreur vice du consentement. Le projet prévoyait un moyen original d'échapper à la nullité, qui était la possibilité pour le cocontractant de proposer l'exécution du contrat aux conditions comprises par l'errans. Cette innovation a été supprimée. Les parties peuvent évidemment refaire le contrat si elles le souhaitent ou confirmer l'acte, mais il ne peut être question de le modifier tout en faisant qu'il reste le même. Le sort des sûretés en ressort indirectement clarifié.

Article 1186, relatif à la caducité. Le projet d'article était flou quant aux circonstances emportant caducité d'un contrat. Il comportait notamment cette formule : il y a caducité « lorsque vient à faire défaut un élément extérieur au contrat mais nécessaire à son efficacité ». Elle a disparu du texte final, dont la lettre a au surplus été clarifiée au sujet de la caducité dans les ensembles contractuels (v. infra).

## **D – Liste des innovations**

Si l'on met de côté la codification des solutions jurisprudentielles antérieures (passant sous silence les risques ponctuels mais réels que cette codification soit partiellement déformante), les véritables innovations de l'ordonnance en matière de formation des contrats ne sont pas aussi nombreuses qu'il pourrait sembler. Sous le bénéfice d'un inventaire plus précis, il est possible d'identifier les suivantes :

- limitation du préjudice réparable au seul intérêt négatif en cas de révocation illicite d'une offre (C. civ., art. 1116) (sur ce point v. infra) ;
- caducité de l'offre en cas de décès ou d'incapacité de l'offrant (C. civ., art. 1117) ;
- consécration de la théorie dite de la « réception » au sujet de la rencontre de l'offre et de l'acceptation (C. civ., art. 1121) ;
- apparition d'une action interpellatoire en matière de pacte de préférence (C. civ., art. 1123) ;
- affirmation du droit à l'exécution forcée en nature des promesses unilatérales (C. civ., art. 1124) ;
- règle nouvelle en matière de qualité de la prestation due : à défaut d'indication, c'est une qualité conforme aux « attentes légitimes des parties » qui doit être fournie (C. civ., art. 1166) ;
- éviction des clauses créant un déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion (C. civ., art. 1171) ;
- apparition d'une action interpellatoire en matière de nullité (C. civ., art. 1183) ;
- affirmation d'un principe de caducité des contrats dans les ensembles contractuels (C. civ., art. 1186).

## **II – Observations de détail**

Six points retiennent plus particulièrement l'attention.

### **A – Le régime juridique de l'offre**

La définition de l'offre de contrat et les modalités de rencontre de l'offre et de l'acceptation n'appellent pas de commentaire particulier, sinon qu'il est regrettable que l'ordonnance n'ait pas clarifié la question de la date de formation des contrats conclus par voie électronique. L'article 1127-2 reconduit en effet la règle antérieure, selon laquelle la partie qui reçoit l'acceptation doit en accuser réception sans délai injustifié, sans que l'on sache si le contrat se forme lors de la réception de l'acceptation (c'est désormais la règle de droit commun) ou bien au moment de la réception de l'accusé réception de l'acceptation.

Ce qui retient surtout l'attention est le régime de la révocation de l'offre, qualifiée de rétractation. Figure désormais dans le Code une règle claire, suivant laquelle la rétractation de l'offre, pendant le délai fixé pour accepter ou, à défaut d'un tel délai, pendant un délai raisonnable implicite d'acceptation, empêche la formation du contrat. Les doutes suscités par une décision de la Cour de cassation de 2008 sont désormais levés : l'exécution forcée du contrat en nature du contrat est exclue<sup>25</sup>. Seuls des dommages et intérêts peuvent être dus lorsque la révocation a causé au destinataire de l'offre un dommage. L'article 1116 précise qu'ils le sont alors sur le fondement de la responsabilité délictuelle, dans les conditions de droit commun. Il ajoute que la condamnation encourue ne peut aboutir à obliger l'offrant à « compenser la perte des gains attendus du contrat ». C'est la même formule que celle de l'article 1111, relatif à la responsabilité encourue en cas de faute commise dans le cours de négociations. Son sens est clair : l'indemnisation de l'« intérêt positif » est exclue en cas de rétractation illicite d'une offre de contrat. La solution est inattendue. Car si on doutait de la possibilité d'une conclusion forcée du contrat, il ne semblait en revanche faire aucun doute que les dommages et intérêts devaient aboutir à placer le destinataire de l'offre dans la même situation que si l'offre n'avait pas été révoquée... c'est-à-dire dans la situation d'un contrat conclu.

Traiter la révocation de l'offre comme une simple rupture des pourparlers revient tout simplement à nier l'obligation de maintien de l'offre, pourtant explicitement consacrée par l'article 1116. D'un point de vue théorique, cela dispense d'avoir à trouver un fondement à l'effet obligatoire de l'offre... puisque cet effet n'est plus<sup>26</sup>. On ajoutera que cette nouveauté, si elle s'accorde bien avec la caducité de l'offre en cas de décès ou d'incapacité de l'offrant, s'accorde en revanche fort mal avec la lettre – inchangée – des dispositions sur les contrats électroniques, dont il résulte que le fait que l'auteur d'une offre « reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait » (C. civ., art. 1127-1).

### **B – Les avant-contrats**

L'affaiblissement de l'offre confère un intérêt supplémentaire aux avant-contrats pour sécuriser le processus de formation des conventions. Le fossé qui sépare désormais les négociations non contractualisées de celles pour l'encadrement desquelles il est recouru aux avant-contrats est d'autant plus grand que les sanctions applicables en cas de violation de ces derniers se trouvent quant à elle renforcées.

La grande nouveauté, en la matière, consiste dans la consécration d'une exécution forcée des promesses unilatérales, venant définitivement clore le long épisode ouvert par l'arrêt Godard en 1993<sup>27</sup>. Il n'est plus nécessaire de stipuler expressément la possibilité d'une telle exécution pour que le bénéficiaire obtienne effectivement la conclusion du contrat promis. L'article 1124 dispose, dans son alinéa 2, que « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». L'expression « exécution forcée » ne convient d'ailleurs plus et devrait être abandonnée : ce que le bénéficiaire peut demander au juge, c'est de constater la conclusion du contrat promis en dépit de la prétendue révocation du promettant. Une telle constatation suppose, évidemment, que le bénéficiaire ait lui-même levé l'option dans le délai stipulé. Aussi, face à une prétendue révocation, la bonne stratégie consiste à la tenir pour non avenue et à lever l'option.

Il n'est pas prévu de règle semblable pour le pacte de préférence, ce qui se comprend parfaitement : le bénéficiaire d'un tel pacte n'a aucun droit à la conclusion du contrat objet de la préférence : son seul droit est d'obtenir la priorité pour le cas où le promettant se déciderait à conclure le contrat. La révocation d'un pacte de préférence n'a aucun sens : on n'a pas à reprendre (révocation) ce qui n'a pas été promis (la conclusion du contrat objet du pacte).

Deux autres différences existent entre la promesse unilatérale et le pacte de préférence. Elles apparaissent lorsque le promettant a conclu avec un tiers un contrat en violation de la promesse ou du pacte de préférence. Lorsque c'est une promesse qui a été violée, il n'est prévu par l'article 1124 qu'une seule sanction : l'annulation du contrat conclu avec le tiers, sous la condition que ce dernier ait eu connaissance de la promesse au moment où il a agi. Lorsque c'est un pacte de préférence qui a été violé, l'article 1123 prévoit que le bénéficiaire peut faire annuler le contrat conclu avec le tiers mais aussi se faire substituer à lui dans le contrat conclu, sous la double condition que le tiers ait eu connaissance du pacte et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir au moment où il a agi.

S'agissant de la nature de la sanction encourue, la différence est justifiée par la différence d'objet entre les deux avant-contrats. Le contrat de promesse unilatérale conférant un droit à la conclusion du contrat promis, il n'est pas nécessaire de doter le bénéficiaire d'une faculté de substitution dans le contrat conclu avec le tiers : il suffit au bénéficiaire de lever l'option. À cet égard, comme pour le cas de révocation, le bénéficiaire devra se souvenir que la bonne stratégie consiste à lever l'option, même si un obstacle semble se dresser sur la route de la conclusion du contrat promis, obstacle qui sera par la suite écarté par l'annulation du contrat conclu avec le tiers. Il faut ajouter que la substitution dans le contrat conclu avec le tiers est non seulement inutile en cas de promesse unilatérale, elle est aussi inopportune : elle aboutirait à faire supporter par le bénéficiaire ou à faire profiter ce dernier de conditions contractuelles qui ne sont pas nécessairement celles convenues dans la promesse. Or si le bénéficiaire a un droit à la conclusion du contrat promis, ce n'est qu'aux conditions prévues dans la promesse. Les choses sont différentes en présence d'un pacte de préférence puisque le bénéficiaire n'a pas droit au contrat objet de la préférence mais simplement à une priorité dans la conclusion du contrat. La substitution dans le contrat conclu avec le tiers est donc pour lui le seul moyen d'exercer son droit. Par ailleurs, la substitution ne modifie pas – dans la grande majorité des cas du moins – les conditions auxquelles le bénéficiaire du pacte contracte avec le promettant le contrat objet de la préférence. Il est rare en effet que le pacte de préférence indique les conditions exactes du contrat à conclure : c'est aux conditions négociées avec les tiers que la préférence s'exercera. Aussi la substitution est-elle le seul moyen de savoir à quelles conditions le contrat objet de la promesse peut être conclu avec le bénéficiaire<sup>28</sup>.

La différence entre la promesse unilatérale et le pacte de préférence quant aux conditions auxquelles l'annulation ou la substitution peut être prononcée est plus difficile à expliquer. Certes, la seule connaissance par le tiers de la promesse unilatérale établit a priori que ce dernier avait conscience de participer à la violation de son engagement par le promettant puisque le propre de la promesse est de conférer au bénéficiaire un droit exclusif au contrat pendant le délai d'option. En présence d'un pacte de préférence, en revanche, la conclusion du contrat avec un tiers n'est pas empêchée : elle est simplement suspendue à la purge du droit de priorité contractuelle conféré au bénéficiaire. Le tiers peut donc, de bonne foi, conclure le contrat pensant ne pas empiéter sur les droits du bénéficiaire dès lors qu'il pense que le droit de priorité a été purgé ou croit savoir que le bénéficiaire ne souhaite pas exercer son droit. Aussi la condition de connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte apparaît-elle dans ce cas justifiée. Elle avait été posée par la Cour de cassation dans un arrêt de chambre mixte de 200629. Mais le raisonnement n'est pas aussi imparable qu'il paraît. On peut tout aussi bien dire du tiers ayant connaissance d'une promesse unilatérale qu'il peut, de bonne foi, conclure le contrat objet de la promesse dès lors qu'il pense que le bénéficiaire a renoncé au bénéfice de la promesse ou bien que le délai d'option a expiré. Aussi, et puisque l'ordonnance n'a malheureusement pas retenu comme critère la bonne foi du tiers, aurait-il été plus convaincant de décider que la connaissance du pacte de préférence comme celle de la promesse autorise le déclenchement des sanctions que sont l'annulation ou la substitution, sauf à doter le tiers d'un moyen de s'en prémunir sous la forme de l'action interpellatoire. Cette dernière a bien été prévue par l'article 1123, qui institue un droit de purge de la préférence conventionnelle à l'initiative du tiers, mais elle ne présente guère d'intérêt

dans la mesure où le tiers est à l'abri de toute sanction tant qu'il n'a pas connaissance de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte. Le doute profitant au tiers, quel intérêt a-t-il à le lever ? Ce sont seulement les notaires qui inciteront, peut-on penser, à l'utilisation du mécanisme lorsque, chargés d'instrumenter une vente immobilière, ils auront connaissance d'un pacte de préférence.

### **C – L'obligation d'information et le dol par réticence**

Les liens entre l'obligation d'information et le dol par réticence sont connus. Chaque fois qu'ils sanctionnent la rétention intentionnelle d'une information au moyen du dol, les tribunaux révèlent, en négatif, l'existence d'une obligation d'information. Réciproquement, chaque fois qu'ils entendent exclure le dol par réticence, les tribunaux peuvent se contenter d'affirmer qu'il n'existait pas, in casu ou de jure, d'obligation d'information à la charge de telle partie au contrat. C'est très précisément le raisonnement retenu par la Cour de cassation dans l'arrêt Baldus de 2000 afin d'exclure l'obligation pour l'acheteur d'informer le vendeur de la valeur réelle du bien que ce dernier s'apprête à vendre. La solution a été confirmée dans un arrêt remarqué rendu en 2007, dont il résulte que « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis ». Contrairement au projet d'ordonnance de février 2015<sup>30</sup>, l'ordonnance procède à un découplage de l'obligation d'information et du dol par réticence (ce que confirme au demeurant le rapport au Président de la République). Ce découplage n'est pas simplement formel, il est substantiel : désormais le dol par réticence peut être sanctionné lorsque les conditions d'existence d'une obligation d'information ne sont pas réunies. Il suffit, d'après la lettre de l'article 1137 (al. 2), qu'une partie garde intentionnellement pour elle une information qu'elle sait déterminante pour son cocontractant. Aucune référence n'est faite à la réunion des conditions d'existence d'une obligation d'information. Cela permet, entre autres choses, de consacrer la jurisprudence selon laquelle le dol et la réticence dolosive rendent toujours excusable l'erreur provoquée. La victime d'une erreur qui lui est imputable (en ce sens que son cocontractant n'avait pas à l'informer au regard des critères d'existence de l'obligation d'information) pourra ainsi obtenir l'annulation sur le fondement de la réticence dolosive dès lors que son cocontractant a intentionnellement gardé pour lui une information qu'il savait déterminante (v., explicitement en ce sens, C. civ., art. 1139). Cela étant dit, le découplage dont il est question ne se limite pas à rendre excusable ou légitime l'ignorance de la victime du dol, il prive de toute application la disposition sur l'obligation d'information en cas de dol. Or c'est cette disposition qui vise à maintenir la jurisprudence Baldus en prévoyant que : « ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation » (C. civ., art. 1112-1, al. 2). On doit donc déduire des textes que cette réserve est indifférente en cas de réticence dolosive, ce qui revient à dire que le fait pour un acheteur de garder intentionnellement pour lui l'information que la chose vendue est d'une valeur supérieure au prix de vente constitue désormais une cause de nullité de la convention. Il est douteux que l'intention des rédacteurs ait été d'aboutir à un tel résultat. Mais le nouvel article 1137 (al. 2) est en lui-même clair : « constitue un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ». La rédaction du nouvel article 1139 laisse encore moins de place au doute : « L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation (...) »<sup>31</sup>.

### **D – L'abus de dépendance**

L'article 1143 introduit dans le Code civil un nouveau vice du consentement : l'abus de dépendance. Plus exactement il fait de cet abus une nouvelle hypothèse de violence. Selon ce texte, « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». À regarder les choses de loin, il s'agit de consacrer une solution adoptée par un arrêt remarqué rendu le 3 avril 2002<sup>32</sup>. Les ressemblances sont nombreuses : tout d'abord le rattachement de ce vice à la violence et non à la lésion<sup>33</sup> ; ensuite, la référence à l'état de dépendance ; enfin, la condition que le cocontractant ait tiré de la situation un avantage excessif. Dans le compte-rendu du Conseil des ministres du 10 février 2016, il est d'ailleurs donné pour exemple le cas d'un salarié qui consent une cession de droits d'auteurs dans la crainte d'une compression du personnel<sup>34</sup>, ce qui correspond aux faits ayant donné lieu à l'arrêt de 2002. Le texte du projet d'ordonnance était autrement plus large. Ainsi qu'il a été dit (v. supra), le Gouvernement a entendu les critiques formulées et a considérablement durci les conditions d'application du texte, rapprochant ce



dernier de la solution jurisprudentielle de 2002. Mais la ressemblance n'est pas l'identité. Deux observations le laisseront voir.

Tout d'abord l'article 1143 vise l'état de « dépendance » et non seulement l'état de « dépendance économique » auquel la Cour de cassation avait fait référence dans son arrêt de 2002. On doit en déduire que son champ d'application est plus large que celui de cet arrêt<sup>35</sup>. Devraient ainsi tomber dans le champ du texte les dépendances psychique (emprise psychologique) ou sentimentale. Toute référence à la faiblesse ayant en revanche disparu du texte, il ne devrait pas suffire que le cocontractant soit fragile ou vulnérable : un véritable lien de dépendance entre les parties doit exister, soit que ce lien, extérieur au contrat, puisse être rompu si le contrat n'est pas conclu ; soit qu'il résulte d'une situation à laquelle le contrat conclu offre une issue<sup>36</sup>.

Ensuite, la Cour de cassation exigeait dans son arrêt de 2002 que le cocontractant ait exploité l'état de dépendance pour en tirer profit, ce qui supposait qu'il ait menacé le cocontractant dans le but d'obtenir la conclusion d'un contrat à son avantage. Au demeurant, dans cet arrêt, la Cour de cassation a cassé la décision d'appel qui avait annulé le contrat, lui reprochant précisément de n'avoir pas établi que l'employeur avait menacé le salarié d'un licenciement s'il ne concluait pas le contrat de cession. Le nouvel article 1143 n'est pas aussi explicite. Il fait certes référence à l'abus (« abusant »), mais en semblant admettre que cet abus résulte des conditions excessivement avantageuses obtenues : « il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». Il est donc possible que le texte soit appliqué pour faire annuler un contrat dont la conclusion n'a été entourée d'aucune menace : le seul état de dépendance, ressenti par une partie, suffirait à faire annuler le contrat excessivement avantageux obtenu par l'autre, indépendamment de toute instrumentalisation active de la situation de dépendance, indépendamment de toute menace. Si tel devait être le cas, l'abus de l'état de dépendance relèverait franchement du contrôle de la lésion et non de la violence.

## **E – La cause**

En dépit des inconvénients de la mesure et du faible bénéfice à en attendre au plan de la simplification du droit des contrats, la cause a été supprimée : elle ne figure plus parmi les conditions de validité des contrats. Il est trop tôt pour dire si cette ablation va assécher la matière ou si les besoins nouveaux vont être assouvis par le recours à d'autres institutions dont la flexibilité permettra à la jurisprudence de retrouver la marge de manœuvre qu'elle s'était octroyée sur le fondement de l'article 1131 du Code civil. Pour le moment, il faut observer que les fonctions qui étaient celles de la cause, à travers le contrôle de son existence ou de sa licéité, sont reconduites par des dispositions qui en traitent directement, sans nommer l'institution (v. C. civ., art. 1162 et s.). Les solutions pour demain sont donc au moins celles d'hier<sup>37</sup>.

Ainsi le contrat ne peut « ni par ses stipulations, ni par son but » porter atteinte à l'ordre public, et ce, que le but illicite « ait été connu ou non par toutes les parties » (C. civ., art. 1162). De même, « le contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire » (C. civ., art. 1169), ce qui permet d'annuler les contrats dans lesquels l'obligation de l'un des contractants est sans contrepartie ou reçoit une contrepartie tellement dérisoire qu'elle doit être tenue pour inexistante. Ce texte permettra notamment le maintien de la jurisprudence antérieure sur les conventions dites de « management fees » ou de révélation de succession, ainsi que les solutions fondées sur la vileté du prix dans les ventes.

On ajoutera que même certaines des fonctions « nouvelles » de la cause ont été traduites en texte. C'est le cas de la jurisprudence sur les clauses portant atteinte à l'obligation essentielle du contrat, dont on sait qu'elle était initialement fondée sur la cause (v. l'arrêt Chronopost<sup>38</sup>). L'ordonnance, comme le projet, a fait le choix de consacrer la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt Faurecia II de 2010<sup>39</sup> : une clause, quelle que soit son objet (clause de non obligation, limitative ou exclusive de responsabilité, de répartition des risques), est réputée non écrite lorsqu'elle « prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur »<sup>40</sup>. Il appartiendra à la jurisprudence de déterminer ce que sont les

obligations essentielles et à quel stade d'allègement des conséquences de l'obligation leur substance se trouve atteinte. On rappellera tout au plus que les clauses portant sur des obligations (qu'elles concernent une obligation essentielle ou non) ne sont valables, au regard du seul droit commun, que si elles ne créent pas un déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion (C. civ., art. 1171 nouv.), et sont privées d'efficacité, dans tous les cas, en cas de faute lourde ou de dol (C. civ., art. 1231-3 nouv.).

### **F – Le déséquilibre significatif**

Disposition phare du projet d'ordonnance, le texte sanctionnant le déséquilibre significatif sur le fondement du droit commun des contrats<sup>41</sup> a été cantonné aux seuls contrats d'adhésion dans l'ordonnance (v. supra). La portée de l'innovation s'en trouve considérablement restreinte.

Les conditions de mise en jeu du texte ainsi que la sanction du déséquilibre significatif sont largement inspirées de celles prévues par l'article L. 132-1 du Code de la consommation portant sur les clauses abusives : se trouve stigmatisée la clause qui « crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » ; elle est « réputée non écrite », étant entendu que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Aussi l'introduction de cette disposition n'apportera-t-elle rien aux consommateurs ou non-professionnels en mesure de se prévaloir des règles du droit de la consommation. Celles-ci sont au demeurant plus protectrices, en raison notamment de la présence des listes noires et grises des clauses abusives (C. consom., art. R. 132-1 et R. 132-2), de l'obligation faite au juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause (C. consom., art. L. 141-4) ainsi que de l'existence d'amendes administratives (C. consom., art. L. 132-2).

Le texte n'apporte rien non plus aux professionnels en mesure de se prévaloir de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, érigeant en pratique restrictive de concurrence le fait pour « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». D'autant que, là encore, le texte issu du droit spécial est plus protecteur que celui du Code civil : il s'applique même si le déséquilibre porte sur l'adéquation entre la prestation en nature et le prix ; les sanctions prévues incluent le prononcé d'amendes si l'action est introduite par le ministre de l'Économie ou le ministère public.

Le nouvel article 1171 n'est donc pas une machine à rayer les clauses des contrats. Il présente d'utilité que dans le domaine résiduel où ne s'appliquent ni les textes du Code de la consommation ni ceux du Code de commerce relatifs aux pratiques restrictives de concurrence, c'est-à-dire (en schématisant) entre certains professionnels libéraux. C'est sans doute mieux ainsi, puisque la définition du contrat d'adhésion, donnée par le nouvel article 1110, est loin d'être claire : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Que sont les « conditions générales » ? Quand peut-on dire qu'elles sont « soustraites à la négociation » ? Suffit-il que les parties n'en aient pas modifié les termes ? Ou bien faut-il que celui qui en est l'auteur ait refusé in casu d'en modifier les termes ? Ou bien encore faut-il que celui qui en est l'auteur soit doté d'une puissance de négociation tellement supérieure à celle de l'autre que la possibilité d'une modification des conditions générales soit exclue ? Les tribunaux auront à le dire.

### **G – La caducité dans les ensembles contractuels**

L'ordonnance a fait le choix, poussant plus loin une jurisprudence encore incertaine, de renverser la solution de principe suivant laquelle l'extinction d'un contrat n'a pas d'incidence sur l'efficacité d'autres contrats avec lequel le premier est lié (C. civ., art. 1186). Cette indivisibilité dans les ensembles contractuels, caractérisée indépendamment de toute clause ayant cet objet ou de volonté implicite des parties<sup>42</sup>, n'était reconnue que par des dispositions spéciales (spécialement celle sur les prêts de consommation) et par la Cour de cassation s'agissant des contrats s'inscrivant dans une location financière<sup>43</sup>. Deux arrêts récents, rendus le 10 septembre 2015, paraissent étendre la solution au cas d'un prêt et d'une vente échappant à la législation consumériste<sup>44</sup>. Quoi qu'il en soit, l'indivisibilité dans les ensembles contractuels est désormais la règle. Cette indivisibilité est objective et non subjective : elle ne repose pas sur la volonté – même implicite – des parties de lier le sort des multiples

contrats mais bien sur des données objectives, qui sont en l'occurrence au nombre de trois. Premièrement, il faut que l'exécution des contrats soit « nécessaire à la réalisation d'une même opération ». Deuxièmement, il faut que l'extinction d'un des contrats affecte l'autre, soit en rendant son exécution impossible, soit en privant son exécution d'intérêt pour une partie qui avait fait de l'exécution de l'autre contrat la condition déterminante de son propre engagement<sup>45</sup>. Enfin, troisièmement, il faut que le contractant contre lequel la caducité est invoquée ait connu « l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement », ce qui est exigence minimale afin d'éviter qu'il ne soit surpris par la caducité mais ne peut être regardé comme un consentement implicite à l'indivisibilité.

Il est regrettable que l'ordonnance n'indique pas si la disposition est d'ordre public. En faveur de la licéité des clauses de divisibilité en droit commun, on peut néanmoins faire valoir l'argument suivant. La caducité dans les ensembles contractuels est un moyen de répartir égalementement entre contractants les risques d'inexécution ou de disparition de l'intérêt à l'exécution des contrats en raison de l'extinction d'une autre convention que chacun d'entre eux sait objectivement liée au contrat conclu. Il n'y a donc aucune raison que les parties ne puissent convenir de faire peser sur l'une d'elles de tels risques, sauf, en droit commun, l'application du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion<sup>46</sup>. Libres de faire peser sur l'une d'elles le risque d'anéantissement d'un contrat lié, les parties peuvent évidemment procéder à une répartition inégalitaire, voire distinguer suivant les causes d'anéantissement<sup>47</sup>.

#### Notes de bas de page

1 – B. Haftel, « La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations » : Gaz. Pal., 30 avr. 2015, p. 8, n° 222e1.

2 – Ce sur quoi insiste, de manière générale, le rapport au Président de la République.

3 – Le projet d'ordonnance prévoyait l'ordre inverse. Le renversement opéré permet de présenter les avant-contrats par ordre croissant d'aliénation par le « promettant » de sa liberté de conclure le contrat définitif.

4 – Attirant justement l'attention sur ces textes, v. G. Guerlin, « Articles 1126-6 à 1126-8 : la lettre électronique » : RDC 2015, p. 745. Sur les contrats électroniques en général : v., à propos du projet d'ordonnance, J.-L. Augagneur, « Le projet de réforme du droit des contrats : le destin manqué de la transformation numérique » : RLDI, 2015, n° 117. Adde, au sujet de l'avant-projet de la chancellerie, G. Loiseau, « Le contrat 2.0 dans le projet de réforme du droit des contrats : états des lieux, état des vœux » : Comm. com. électr. 2014, étude 17.

5 – Pour une appréciation comparable, au sujet du projet d'ordonnance, v. N. Molféssis, « La formation du contrat » : JCP G 2015, supplément au n° 21, 25 mai 2015, p. 6 et s. ; P.-Y. Gautier, « Morceaux de code » : D. 2015, 1112.

6 – Comp. le rapport au Président de la République, à propos de la section sur la conclusion du contrat : « La présente ordonnance vise ainsi à renforcer la sécurité juridique, en mettant fin aux incertitudes de la jurisprudence sur des questions particulièrement importantes en pratique ».

7 – Rapp. P.-Y. Gautier, « Morceaux de code » : D. 2015, 1112.

8 – B. Haftel, « La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations » : Gaz. Pal., 30 avr. 2015, p. 8, n° 222e1 ; N. Molféssis, « La formation du contrat » : JCP G 2015, supplément au n° 21, 25 mai 2015, p. 6 et s.

9 – V. par ex. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 5e éd., Montchrestien, 2013, n° 252.

10 – Il avait été fait remarquer que la précédente rédaction n'englobait pas toutes les hypothèses de faute concevables. Seules la conduite ou la rupture fautive des négociations (et non l'initiative) ou l'utilisation d'une information confidentielle (et non sa divulgation) étaient visées. L'ordonnance vise désormais la « faute commise dans le cours des négociations » (ce qui est assez large pour englober toutes les hypothèses, y compris l'initiative fautive) ainsi que « celui qui utilise ou divulgue » une information confidentielle.

11 – Le projet indiquait que l'offre peut être rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à la connaissance de son destinataire. L'ordonnance retient une date différente : le moment où l'offre parvient à son destinataire, ce qui est plus objectif et plus conforme aux solutions par ailleurs adoptées dans l'ordonnance, laquelle ne prend pas en compte la connaissance effective de l'offre ou de l'acceptation mais sa seule réception.

12 – Le projet définissait ces délais d'une manière qui pouvait faire croire qu'il fixait aussi leur régime. Or l'ébauche ainsi esquissée n'était pas satisfaisante : il semblait que les parties ne pouvaient renoncer avant terme à un délai de réflexion pourtant conventionnel, ce qui serait excessif (Dans le même sens, v. N. Molféssis, « La formation du contrat », art. préc., n°14). Pour tuer dans l'œuf toute difficulté d'interprétation, l'ordonnance retient la formulation présentée plus haut, dont il résulte cette fois clairement que la disposition ne fixe en rien le régime des délais évoqués.

13 – La définition de cet avant-contrat dans le projet comportait, en incise, l'indication que le promettant bénéficie « pendant un certain temps » du droit d'opter pour la conclusion du contrat. Cette indication était de nature à faire

craindre qu'un contrat de promesse sans indication de délai d'option serait nul (également en ce sens, v. M. Mekki et T. Semere, « Les contrats préparatoires : un peu de consolidation, beaucoup d'innovations » : JCP N 2015, n° 47, 1208, n°18 ; v. N. Molfessis, « La formation du contrat », art. préc. n° 17). L'ordonnance ne la contient finalement plus.

14 – L'ancienne rédaction pouvait faire craindre que la preuve du caractère excusable ne pèse sur l'errans, ce qui n'aurait pas été conforme au droit jurisprudentiel antérieur (en ce sens, v. Y.-M. Serinet, « Observations » : LPA 4 sept. 2015, p. 60). La formule adoptée lève le doute : l'erreur, « à moins qu'elle ne soit excusable », est une cause de nullité (...). Il faut comprendre que c'est au cocontractant de l'errans, s'il s'oppose à la nullité invoquée par ce dernier, d'établir que l'erreur était inexcusable.

15 – Dans la définition de l'erreur sur la valeur, les mots « prestation due » ont été remplacés par une référence à la « prestation » (ce qui évite que la formule ne soit interprétée comme ne visant que la prestation de l'errans)

16 – Le projet d'ordonnance impliquait une restriction des hypothèses dans lesquelles la jurisprudence fait actuellement jouer la théorie du mandat apparent en prévoyant que l'acte passé sans pouvoir était néanmoins opposable au prétendu représenté lorsque le tiers « a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, en raison du comportement ou des déclarations du représenté ». L'ordonnance a ajouté l'adverbe « notamment », ce qui indique que le mandat apparent peut trouver à s'appliquer en dehors des hypothèses où l'apparence d'une représentation procède du comportement ou des déclarations du représenté.

17 – Ce texte présentant les effets de la nullité n'indiquait pas, dans le projet, que la nullité a un effet rétroactif (le regrettant, v. Y.-M. Serinet, art. préc., n° 177, p. 59 et s.). L'ordonnance y remédie, en ajoutant un nouvel alinéa 2, aux termes duquel : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé ».

18 – Les textes ont été corrigés de manière à ce qu'il ne soit plus fait référence à l'invocation de la nullité mais à la demande (ce qui est plus conforme à la règle suivant laquelle la nullité doit être prononcée par le juge et donc authentiquement demandée).

19 – Afin de préciser dans quel cas l'annulation d'une clause justifie le maintien du contrat pour le reste, l'ordonnance ajoute un alinéa au texte présenté dans le projet : « Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien » (suggérant cet ajout, v. Y.-M. Serinet, obs. préc.).

20 – C. civ., art. 1112-1, al. 4 : « Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie ».

21 – Sur le fait que cet ajout pourrait interdire l'application du texte aux libéralités, V. P. Chauviré et A.-M. Gruel, « Les dangers de la période d'échange des consentements » : JCP N 2015, n° 47, 1207, pour qui l'application de la condition d'avantage excessif aux libéralités n'aurait « aucun sens ».

22 – Sur laquelle, v. C. Aubert de Vincelles, « Article 1163 : la fixation unilatérale du prix » : RDC 2015, p. 752.

23 – Ce qui pose la question du maintien de la jurisprudence sur la révision des honoraires.

24 – Souhaitant cette restriction, v., entre autres, F. Chénéde, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme » : D. 2015, 1226 ; R. Boffa, « Juste cause (et injuste clause), Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats » : D. 2015, 335 ; N. Sauphanor-Brouillaud, « Observations sur l'article 1169 du projet » : LPA 4 sept. 2015, p. 70 et s. ; contre l'introduction d'un tel texte, v. S. Bros, « Article 1169 : le déséquilibre significatif » : RDC 2015, p. 761.

25 – Cass. 3e civ., 7 mai 2008, n° 07-11690 : JCP G 2008, I, 179, n° 1, obs. Y.-M. Serinet ; Contrats conc. consom. 2008, comm. 194, note L. Leveneur ; LPA 25 févr. 2009, p. 6, note C. Juillet ; RDC 2008, p. 1109, obs. T. Genicon.

26 – En ce sens, v. égal. S. Pimont, « Article 1117 : la révocation de l'offre – a new french touch » : RDC 2015, p. 743.

27 – Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10199 : D. 1994, 230, obs. O. Tourmafond ; D. 1995, 87, obs. L. Aynès ; JCP G, 1995, II, n° 22366, note D. Mazeaud ; RTD civ., 1994, p. 588, obs. J. Mestre.

28 – En présence d'un pacte de préférence à prix imposé, la solution de la substitution est en revanche mauvaise. Sur les conditions requises pour qu'un pacte de préférence de cette sorte soit valable, v. Cass. 3e civ., 23 sept. 2009, n° 08-18187 : JCP G 2009, 479, note G. Pillet ; RTD civ. 2009, 717, obs. B. Fages.

29 – Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19376 : GAJC n° 258 ; D. 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier et D. Mainguy ; RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud et RDC 2006, p. 1131, obs. P. Collart-Dutilleul ; Defrénois 30 août 2006, p. 1206, obs. E. Savaux ; RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages.

30 – V. son article 1136 : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou par la dissimulation intentionnelle d'une information qu'il devait lui fournir conformément à la loi » (mis en italique par nous).

31 – On observera que le mot « dol », employé dans la loi, désigne aussi bien le dol par commission que la réticence dolosive : v. C. civ., art. 1137, al. 2.

32 – Cass. 1re civ., 3 avr. 2002, n° 00-12932 : D. 2002, 1860, note J.-P. Gridel et J.-P. Chazal ; Defrénois 15 oct. 2002, p. 1246, obs. E. Savaux.

33 – Sur ce point, v. déjà Cass. 1re civ., 30 mai 2000, n° 98-15242 : Bull. civ. I, n° 169.

- 34 – Compte-rendu disponible sur le site Internet <http://www.gouvernement.fr/comptes-rendus-du-conseil-des-ministres>.
- 35 – En ce sens, v. le rapport au Président de la République, paragraphe sur les vices du consentement : « En effet toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles ».
- 36 – Contra, au sujet du projet d'ordonnance, J. Klein, « Le consentement » : JCP G 2015, supplément au n° 21, 25 mai 2015, p. 14 et s., n° 9, qui considère que le terme dépendance vise tant la dépendance économique que « d'autres types de dépendance (psychique, liées à un état de santé, à l'âge, ...) ».
- 37 – Sur la suppression de la cause, en l'état du projet d'ordonnance, v. not. G. Wicker, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? » : D. 2015, 1557 ; T. Genicon, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats, à propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations » : D. 2015, 1551 ; C. Grimaldi, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots » : D. 2015, 814 ; R. Boffa, « Juste cause (et injuste clause), Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats » : D. 2015, 335.
- 38 – Cass. com., 22 oct. 1996, Chronopost : GAJC, 13e éd. Dalloz, 2015, n°157 et les références citées.
- 39 – Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841, FP-PBRI, Faurecia II : JCP G 2010, n° 28, 787, note D. Houtcieff ; RDC 2010, p. 1253, obs. O. Deshayes.
- 40 – V., au sujet du projet d'ordonnance, P. Delebecque, « Article 1168 : la clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat » : RDC 2015, p. 759.
- 41 – Sur lequel v. not. N. Sauphanor-Brouillaud, « Observations sur l'article 1169 » : LPA 4 sept. 2015, p. 70 et s. ; S. Bros, « Article 1169 : le déséquilibre significatif » : RDC 2015, p. 761.
- 42 – Sur le fait que la jurisprudence ne reconnaissait d'indivisibilité dans les ensembles contractuels qu'en se fondant sur la volonté des parties, v. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, La formation du contrat, t. 2, l'objet et la cause – les nullités, 4e éd., LGDJ, 2013, n° 2613 et s.
- 43 – Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, nos 11-22768 et 11-22927 : Bull. ch. mixte, n° 1 ; D. 2013, p. 1658, note D. Mazeaud ; Gaz. Pal. 4 juill. 2013, p. 18, obs. D. Houtcieff ; JCP G 2013, 673, note F. Buy, et 674, note J.-B. Seube ; JCP E 2013, 1403, note D. Mainguy ; RDC 2013, p. 1331 et les obs. ; RTD civ. 2013, p. 597, obs. H. Barbier.
- 44 – Cass. 1re civ., 10 sept. 2015, 2 arrêts, nos 14-13658 et n° 14-17772 : RDC 2016, n° 112t6, obs. Y.-M. Laithier ; J. Lasserre Capdeville : JCP G 2015, 1138 ; M. Latina : LEDC oct. 2015, p. 1.
- 45 – Le projet d'ordonnance se contentait de prévoir que l'extinction du premier contrat rende impossible l'exécution de l'autre ou prive cette exécution de son intérêt pour l'une des parties. L'ordonnance remplace la référence à la disparition de l'intérêt pour une partie par la condition plus exigeante que l'exécution de l'autre contrat ait été une condition déterminante du consentement d'une des parties au contrat lié.
- 46 – En faveur de la licéité de telles clauses sous l'empire des textes antérieurs : v. not. Cass. 1re civ., 28 oct. 2010, n° 09-68014 : Bull. civ. I, n° 213 ; D. 2011, p. 566, note D. Mazeaud ; Defrénois 30 avr. 2011, p. 808, obs. J.-B. Seube ; Dr. et patr. juin 2011, p. 72, obs. L. Aynès ; JCP E 2011, 1326, note C. Aubert de Vincelles.
- 47 – V. R. Jafferali, La rétroactivité dans le contrat, préf. P. A. Foriers, Bruylant, 2014, n° 331, spéc. p. 769 et 770, cité par Y.-M. Laithier, obs. préc. sous Cass. 1re civ., 10 sept. 2015.

## Thème n° 3

# LA FORMATION DU CONTRAT :

## II. LES CONTRATS PRÉPARATOIRES

Les contrats les plus importants sont bien souvent précédés de contrats préparatoires, ou avant-contrats. On veillera à ne pas confondre le contrat préparatoire ou avant-contrat avec l'offre : le premier est un contrat (formé par un accord de volontés) tandis que la seconde est un acte unilatéral (le produit d'une seule volonté).

L'ordonnance du 10 février 2016 a introduit dans le Code civil le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat, qui sont les contrats préparatoires les plus courants. Les dispositions nouvelles consacrent le plus souvent les solutions qui avaient été dégagées par la jurisprudence, avec cependant quelques innovations. La promesse synallagmatique, en revanche, n'a pas retenu l'attention du législateur. Ce silence peut s'expliquer au regard de sa nature juridique : elle n'a en principe aucune existence autonome par rapport au contrat promis.

### DOCUMENTS

#### I. Le pacte de préférence

1) Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, *D.* 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier et p. 1684 note D. Mainguy ; *RTDciv.* 2006 p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP G* 2006, II, 10142, obs. L. Leveneur ; I, 176, obs. F. Labarthe ; *Deffrénois* 2006, 1207, obs. E. Savaux ; *RDC* 2006, 1080, obs. D. Mazeaud, 1131, obs. F. Collart Dutilleul.

#### II. La promesse unilatérale

2) Soc., 21 sept. 2017, *JCP G* 2018, 144, note J.-F. Cesaro ; *CCC*, comm. 238, obs. L. Leveneur.  
3) Civ. 3, 15 déc. 1993, *JCP G* 1993, II, 22366, note D. Mazeaud.  
4) Civ. 3, 11 mai 2011, *D.* 2011, édito p. 1273 ; *D.* 2011, p. 1457, note D. Mazeaud et p. 1460, note D. Mainguy, *Deffrénois* 2011, p. 1023, note L. Aynès.  
4 bis) Civ. 3, 23 juin 2021, n° 20-17.554

#### III. La promesse synallagmatique

5) Civ. 3, 10 mai 2005, n° 03-19238 ; *RDC* 2005, p. 1076, obs. F. Collart-Dutilleul. La règle selon laquelle promesse de vente vaut vente n'a qu'un caractère supplétif.  
6) Civ. 3, 17 déc. 2008, n° 07-18062, *Bull. civ.* III, n° 211. La date butoir constitue le point de départ de la date d'exécution forcée du contrat.

#### IV. Bibliographie

A. Bénabent, « Les nouveaux mécanismes », *RDC* 2016 n° spéc., p. 17 (non reproduit)  
O. Deshayes, « La formation des contrats », *RDC* 2016 n° spéc. p. 21 (reproduit dans la fiche n°2).

## **EXERCICES (au choix de l'enseignant)**

**I.** Chercher les définitions des termes suivants : *acceptation, avant-contrat, caducité, contrats entre absents, indemnités d'immobilisation, offre, offre avec réserves, sollicitation, pourparlers contractuels, promesse unilatérale de contrat, promesse synallagmatique de contrat, théorie de l'émission, théorie de la réception.*

**II.** Répondre par écrit aux questions suivantes, après étude des arrêts cités dans les documents ci-dessus :  
- Présentez les fautes susceptibles d'être commises en période précontractuelle selon ces arrêts.  
- Comment sont-elles sanctionnées ?

**III.** Commentez cet extrait de l'article 1589 du Code civil : « La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ».

**IV.** Préparer les cas pratiques suivants :

Cas pratique n°1

M. X a signé le 1<sup>er</sup> janvier 2018 une promesse de vente d'un appartement de la part de M. Z, aux termes de laquelle il dispose d'un délai de deux mois pour lever l'option. Cependant, le 20 janvier 2018 M. Z adresse un courrier à M. X lui notifiant son refus de vendre.

Aussitôt M. X vient vous consulter. Il souhaite acquérir le bien selon les conditions prévues. Qu'en pensez-vous ?

Cas pratique n°2

Laurent doit s'équiper en matériel informatique. Il prend contact avec différents vendeurs. La société MEG@COMPUTER lui fait une proposition intéressante en lui offrant de lui vendre dix appareils (marque : *Gigasoft*, modèle : *X.36-15*) pour la somme de 1.000 € pièce. Laurent accepte à condition que le vendeur lui consente un rabais de 90 € par appareil, et qu'il ne trouve pas moins cher dans le délai d'une semaine. La société MEG@COMPUTER accepte, et Laurent ne trouve pas d'offre plus intéressante. Mais, à présent, Laurent qui craint de ne plus disposer de locaux pour installer son entreprise et de devoir renoncer à son projet, se demande s'il sera obligé d'acheter les ordinateurs. Il vient vous consulter. *Quid juris ?*

Cas pratique n°3

Par acte notarié du 4 janvier 2009, Mme X s'est engagée à vendre à M. Y un appartement de grand luxe en bordure des pistes de ski en Haute-Savoie, pour le prix de 500 000 €. M. Y a fait préciser dans l'acte qu'il ne pourrait acquérir le bien qu'après avoir vendu quelques actions.

Ayant obtenu la somme nécessaire à l'achat, M. Y a fait savoir à Mme X qu'il était d'accord pour acquérir l'appartement au moyen de deux lettres recommandées envoyées le 9 mai 2009. Convoquée chez le notaire le 17 juin suivant, Mme X a refusé de signer l'acte de vente, en prétendant qu'elle n'était plus décidée à vendre depuis le décès de sa belle-fille survenu le 4 avril 2009.

M. Y est furieux parce que l'acte notarié du 4 janvier 2009 stipulait qu'il devait prendre sa décision avant le 30 juin 2009 à 18 heures. Il souhaiterait donc contraindre Mme X à lui vendre l'appartement. Mais ce désir lui semble contrarié par le fait qu'il vient d'apprendre que Mme X a signé un « compromis de vente » au profit de M. Z, pour un prix de 550 000 €.

Qualifiez juridiquement les accords intervenus entre des parties. Précisez ensuite quels sont les droits de chacun des intervenants et indiquez quel est le véritable propriétaire du bien, d'abord selon le droit applicable aux actes en question et ensuite en application des textes nouveaux découlant de l'ordonnance du 10 février 2016.

**Doc 1 : Cour de cassation, chambre mixte, 26 mai 2006, n° 03-19376**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Papeete, 13 février 2003), qu'un acte de donation-partage dressé le 18 décembre 1957 et contenant un pacte de préférence a attribué à Mme Adèle A... un bien immobilier situé à Haapiti ; qu'une parcelle dépendant de ce bien a été transmise, par donation-partage du 7 août 1985, rappelant le pacte de préférence, à M. Ruini A..., qui l'a ensuite vendue le 3 décembre 1985 à la SCI Emeraude, par acte de M. B..., notaire ; qu'invoquant une violation du pacte de préférence stipulé dans l'acte du 18 décembre 1957, dont elle tenait ses droits en tant qu'attributaire, Mme X... a demandé, en 1992, sa substitution dans les droits de l'acquéreur et, subsidiairement, le paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que les consorts X... font grief à l'arrêt d'avoir rejeté la demande tendant à obtenir une substitution dans les droits de la société Emeraude alors, selon le moyen :

1 / que l'obligation de faire ne se résout en dommages-intérêts que lorsque l'exécution en nature est impossible, pour des raisons tenant à l'impossibilité de contraindre le débiteur de l'obligation à l'exécuter matériellement ; qu'en dehors d'une telle impossibilité, la réparation doit s'entendre au premier chef comme une réparation en nature et que, le juge ayant le pouvoir de prendre une décision valant vente entre les parties au litige, la cour d'appel a fait de l'article 1142 du code civil, qu'elle a ainsi violé, une fausse application ;

2 / qu'un pacte de préférence, dont les termes obligent le vendeur d'un immeuble à en proposer d'abord la vente au bénéficiaire du pacte, s'analyse en l'octroi d'un droit de préemption, et donc en obligation de donner, dont la violation doit entraîner l'inefficacité de la vente conclue malgré ces termes avec le tiers, et en la substitution du bénéficiaire du pacte à l'acquéreur, dans les termes de la vente ; que cette substitution constitue la seule exécution entière et adéquate du contrat, laquelle ne se heurte à aucune impossibilité ; qu'en

la refusant, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1138 et 1147 du code civil ;

3 / qu'en matière immobilière, les droits accordés sur un immeuble sont applicables aux tiers dès leur publication à la conservation des hypothèques ; qu'en subordonnant le prononcé de la vente à l'existence d'une faute commise par l'acquéreur, condition inutile dès lors que la cour d'appel a constaté que le pacte de préférence avait fait l'objet d'une publication régulière avant la vente contestée, la cour d'appel a violé les articles 28, 30 et 37 du décret du 4 janvier 1955 ;

Mais attendu que, si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ; qu'ayant retenu qu'il n'était pas démontré que la société Emeraude savait que Mme X... avait l'intention de se prévaloir de son droit de préférence, la cour d'appel a exactement déduit de ce seul motif, que la réalisation de la vente ne pouvait être ordonnée au profit de la bénéficiaire du pacte ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

**Document n° 2 : Cass. soc., 21 septembre 2017.**

Vu les articles 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause, et L. 1221-1 du code du travail ;

Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016- 131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ;

Attendu que l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation,



constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur ; Attendu, en revanche, que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X..., joueur international de rugby, a reçu courant mai 2012 du club de rugby, société Union sportive carcassonnaise, une offre de contrat de travail pour la saison 2012/2013, à laquelle était jointe une convention prévoyant l'engagement pour la saison sportive 2012/2013, avec une option pour la saison suivante, une rémunération mensuelle brute de 3 200 euros, la mise à disposition d'un véhicule et un début d'activité fixé au 1er juillet 2012 ; que dans un courrier électronique adressé le 6 juin 2012 à l'agent du joueur, le club indiquait ne pas pouvoir donner suite aux contacts noués avec ce dernier ; que le 12 juin 2012, le joueur faisait parvenir le contrat au club, alors que, le lendemain, son agent adressait la promesse d'embauche signée ; que soutenant que la promesse d'embauche valait contrat de travail le joueur a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement de sommes au titre de la rupture ;

Attendu que pour condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre de rupture abusive du contrat de travail l'arrêt retient qu'il résulte d'un courrier électronique adressé, le 25 mai 2012, par le secrétariat du club qu'une promesse d'embauche a été transmise à l'agent et représentant du joueur de rugby, que la convention prévoit l'emploi proposé, la rémunération ainsi que la date d'entrée en fonction, de sorte que cet écrit constitue bien une promesse d'embauche valant contrat de travail, que dans la mesure où le joueur a accepté la promesse d'embauche il en résultait qu'un contrat de travail avait été formé entre les parties et il importe peu que le club de rugby ait finalement renoncé à engager le joueur, même antérieurement à la signature du contrat par le joueur, que la promesse d'embauche engage l'employeur même si le salarié n'a pas manifesté son accord ;

Qu'en statuant ainsi, sans constater que l'acte du 25 mai 2012 offrait au joueur le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que son consentement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE (...).

### **Document n° 3 : Civ. 3, 15 déc. 1993, JCP G 1993, II, 22366, note D. Mazeaud**

LA COUR ; - (...) Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Paris, 8 nov. 1990), que Mme Godard, qui avait consenti, le 22 mai 1987, aux consorts Cruz une promesse de vente d'un immeuble, valable jusqu'au 1er septembre 1987, a notifié aux bénéficiaires, le 26 mai 1987, sa décision de ne plus vendre ; que les consorts Cruz, ayant levé l'option le 10 juin 1987, ont assigné la promettante en réalisation forcée de la vente ;

Attendu que les consorts Cruz font grief à l'arrêt de les débouter de cette demande, alors, selon le moyen, que, dans une promesse de vente, l'obligation du promettant constitue une obligation de donner ; qu'en rejetant la demande des bénéficiaires en réalisation forcée de la vente au motif qu'il s'agit d'une obligation de faire, la cour d'appel a ainsi violé les [articles 1134 et 1589 du Code civil](#) ;

Mais attendu que la cour d'appel, ayant exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquiescer, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer, le moyen n'est pas fondé ;

Rejette le pourvoi (...).

**Note D. Mazeaud.**

- 1. - Colonne du temple contractuel, l'[article 1134, alinéa 1er, du Code civil](#) vient de subir, en raison de l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 15 décembre 1993 <sup>Note 1</sup>, un coup de boutoir propre à le faire vaciller.

Alors qu'il était engagé dans les liens d'un contrat de promesse unilatérale de vente, un promettant avait promptement rétracté son consentement. Croyant, bien naïvement, que le principe de la force obligatoire avait encore droit de cité dans notre droit contractuel, les bénéficiaires de la promesse, après avoir levé l'option dans le délai contractuellement prévu, avaient assigné le promettant en réalisation forcée de la vente promise.

Leur invraisemblable audace (pensez ! S'il faut maintenant donner raison à un contractant qui invoque le respect de la parole donnée !) fut "châtée" par les juges du fond qui les déboutèrent.

Et comme ces plaideurs impénitents s'entêtaient, la Cour de cassation entonnant un hymne vibrant à la liberté contractuelle (la liberté de ne pas exécuter son obligation), leur tint, à peu près, ce langage :

- Primo, tant que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente n'a pas levé l'option, l'obligation du promettant ne constitue qu'une obligation de faire.

- Secundo, la levée de l'option, lorsqu'elle intervient après la rétractation du promettant, exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer.

Résumons : en cas de promesse de vente, l'intérêt de l'option et la formation de la vente promise dépendent, durant le délai d'option, de la volonté exclusive du promettant.

2. - Liberté, liberté chérie...

Que les auteurs d'ouvrages relatifs au droit des obligations qui osent, pour décrire l'évolution du droit des contrats, affirmer que la liberté contractuelle est en déclin retournent à leurs chères études. Désormais, les conventions, plus précisément les contrats tiennent de loi à ceux qui les... respectent !

Que la pratique notariale, car il se dit que certains notaires pratiquent encore, les inconscients, la promesse unilatérale de vente, fasse passer le message dans les études : la vitalité de la promesse unilatérale dépend désormais du bon vouloir du promettant. Nul doute que, désormais, le compromis va envahir... Paris !

3. - Plus sérieusement, qu'il nous soit permis de mettre en doute, après d'autres <sup>Note 2</sup>, les vertus de l'arrêt précité auquel, nous semble-t-il, il est concevable de reprocher non seulement l'inexactitude de la motivation (I) mais encore l'inopportunité de la solution (II).

## **I. - L'INEXACTITUDE DE LA MOTIVATION**

4. - Inexacte, la motivation de l'arrêt l'est, d'une part, au regard de la situation juridique du promettant (A), d'autre part, au regard du champ d'application de l'exécution forcée (B).

### **A. - Au regard de la situation juridique du promettant**

5. - Affirmer, comme le fait la Cour de cassation, que l'engagement souscrit par le promettant constitue une obligation de faire révèle un goût immodéré pour l'archaïsme. Depuis près d'un demi-siècle, en effet, la doctrine après la démonstration décisive de Louis Boyer <sup>Note 3</sup>, a montré de façon irréfutable que l'obligation engendrée par le contrat de promesse unilatérale de vente n'était pas une obligation de faire : "On ne saurait dire (...) que le titulaire de l'option a le droit d'exiger de l'autre partie la réalisation du contrat : c'est de sa volonté, et d'elle seule, que dépend la formation de ce dernier" <sup>Note 4</sup>. Et, en effet, une fois la promesse conclue, le promettant n'est pas débiteur d'une obligation de faire, il lui reste uniquement à exécuter la vente promise, à laquelle il a définitivement consentie, dès que le bénéficiaire aura levé l'option. Et comme l'a très judicieusement précisé M. Collart Dutilleul "(...) , le maintien de la promesse concerne l'exécution du contrat : c'est le propre de tout contrat que d'être exécuté et ce serait pur artifice que de prendre pour objet d'une obligation de faire cette exécution que l'article 1134 suffit à justifier" <sup>Note 5</sup>.

6. - D'ailleurs, et l'artifice de l'analyse de la Cour de cassation apparaît encore plus nettement, l'obligation de faire implique nécessairement une prestation positive à accomplir. Or, ce qui caractérise la situation du promettant, une fois la promesse conclue, c'est la passivité. Il en est contractuellement réduit à attendre la décision du bénéficiaire quant à la vente promise <sup>Note 6</sup>.

Reste alors à déterminer en quoi consiste la situation juridique du promettant et, plus utilement encore, les effets de la promesse.

Plusieurs thèses ont été développées à ce sujet : obligation de ne pas faire souscrite par le promettant pour certains <sup>Note 7</sup> ; obligation de donner à la charge de celui-ci pour d'autres <sup>Note 8</sup> ; rejet de toute référence à un quelconque droit de créance du bénéficiaire contre le promettant et recours à la notion de droit potestatif pour d'autres encore <sup>Note 9</sup>.

La controverse n'est pas close et il serait irréaliste et prétentieux, dans une étude qui se veut brève, de se prononcer pour l'une ou l'autre opinion. En revanche, il paraît difficilement contestable que l'analyse retenue par la Cour de cassation, qui fait fi des réflexions doctrinales pourtant extrêmement raffinées avec une certaine désinvolture, est inexacte tout comme l'est son attachement, implicite, à une conception dépassée du domaine de l'exécution forcée.

## **B. - Au regard du champ d'application de l'exécution forcée**

7. - Même si on se résout à absoudre la Cour de cassation de l'inexactitude de son analyse concernant la situation juridique du promettant, force est de constater que sa motivation doit, en outre, être dénoncée sur le terrain de l'exécution forcée.

Les juges du fond avaient rejeté la demande du bénéficiaire en s'appuyant sur l'objet de l'obligation du promettant : obligation de faire qui, en tant que telle, n'est pas susceptible d'exécution forcée.

Certes, la cour n'a pas explicitement repris cette analyse à son compte mais, en rejetant le pourvoi qui la contestait, elle ne l'a pas condamnée non plus.

Est-il besoin de rappeler le caractère suranné de cette appréhension du champ d'application de l'exécution forcée ? Chacun est censé savoir que, quelle que soit l'obligation qu'il a souscrite, le débiteur défaillant peut être contraint par son créancier à l'exécuter <sup>Note 10</sup>. Comme l'a souligné M. Mestre <sup>Note 11</sup>, "la jurisprudence a progressivement mis entre parenthèses les termes de l'article 1142 pour faire du droit à l'exécution forcée le principe (...) ". Et l'obligation de faire n'échappe pas à ce "triomphe de la loi contractuelle" <sup>Note 12</sup>, si ce n'est le cas dans lequel "la liberté individuelle du débiteur paraît aux yeux du juge plus forte encore que le droit du créancier" <sup>Note 13</sup> ou celui dans lequel le droit d'un tiers de bonne foi ne peut être sacrifié.

Appliqués à la promesse de vente, ces principes qui régissent le droit à l'exécution forcée expliquent, d'une part, que le bénéficiaire qui, après avoir levé l'option, se heurte à la résistance du promettant, peut agir en exécution forcée de la vente promise <sup>Note 14</sup> ; d'autre part, que le droit du bénéficiaire doit céder face à celui du tiers acquéreur de bonne foi auquel le promettant, en dépit de la promesse, a vendu le bien promis <sup>Note 15</sup>.

En revanche, ces mêmes principes ne sont pas conciliables avec la solution donnée par l'arrêt commenté. Rien ne justifie que le bénéficiaire doive faire son deuil de l'exécution de la vente lorsque le promettant s'est rétracté avant l'expiration du délai d'option.

8. - Pour justifier cette exclusion de l'exécution forcée, la Cour de cassation affirme que la rétractation du promettant excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir.

Une telle affirmation trahit une appréhension hasardeuse du contrat de promesse unilatérale de vente. En effet, il nous semble, tout au contraire, que la rétractation du promettant pendant le délai d'option n'exerce aucune influence sur la formation de la vente promise. Dès la conclusion du contrat de promesse, le promettant a, d'ores et déjà donné son consentement à la vente, consentement définitif et irrévocable. La formation de la vente promise ne dépend plus alors que d'une condition : la levée de l'option. Condition nécessaire et suffisante ; la conclusion de la vente est, en raison de la promesse, indépendante de toute manifestation de volonté future du promettant. Elle est exclusivement subordonnée à l'expression du consentement du bénéficiaire. Par conséquent, la perfection de la vente promise est, non seulement, exclusive de toute nouvelle manifestation de volonté positive du promettant, qui n'a pas à réitérer un consentement déjà définitivement donné, mais encore, imperméable à une manifestation de volonté négative de ce même promettant.

En bref, en raison de la promesse, la volonté du promettant est fixée, figée une fois pour toutes. Elle n'a pas à être exprimée de nouveau ; elle ne peut pas non plus être modifiée. Par conséquent, en dépit de la rétractation du promettant, il y a bien rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir puisque seule celle du bénéficiaire restait libre de se manifester et que la vente promise ne supposait plus, pour sa conclusion, que l'expression de sa volonté d'acquérir.

La rétractation du promettant ne fait donc pas obstacle à la conclusion de la vente promise puisque celle-ci est formée par la seule volonté du bénéficiaire ; elle s'oppose uniquement, et provisoirement, à l'exécution de la vente.

On l'a compris, par l'effet de la promesse de vente, le promettant, s'il reste propriétaire jusqu'à la levée de l'option, est déjà considéré comme vendeur. Sa volonté n'a donc désormais plus aucune prise sur la formation de la vente promise ; tout au plus, peut-elle contrarier son exécution mais un tel comportement fautif du promettant ne saurait faire échec au principe de la force obligatoire du contrat et donc à l'action en exécution forcée de la vente.

9. - Parce qu'elle fait dépendre l'exécution de la vente promise de la volonté du promettant, la décision de la Cour de cassation peut difficilement échapper à la critique. Critique justifiée en raison de l'inexactitude de l'analyse qui sous-tend la motivation de l'arrêt et de l'inopportunité de la solution qui en découle.

## **II. - L'INOPPORTUNITÉ DE LA SOLUTION**

10. - L'arrêt rendu paraît totalement inopportun et cela, qu'on l'envisage au regard de la sécurité juridique (A), ou de la spécificité de la promesse unilatérale de vente (B).

### **A. - Au regard de la sécurité juridique**

11. - Inutile d'insister sur le coup porté par la Cour de cassation à la vitalité de la promesse unilatérale de vente. En permettant au promettant d'anéantir l'option du bénéficiaire selon son bon vouloir, la cour prive le contrat de promesse unilatérale de la plus élémentaire sécurité. A quoi bon, en effet, être doté d'une option si la pérennité de celle-ci dépend de la volonté du promettant, libre de décider du sort de la vente promise. Au fond, désormais, la promesse unilatérale se caractérise, non seulement, par la liberté d'acquiescer du bénéficiaire, mais encore, par la liberté d'exécuter la vente du promettant. Autant dire que cette liberté réciproque pendant le délai d'option ôte à la promesse unilatérale de vente tout intérêt.

12. - Au surplus, cette solution est en parfaite inadéquation avec le droit positif de la promesse unilatérale de vente. D'abord, elle frappe de caducité la règle unanimement admise selon laquelle la levée de l'option produit effet à condition qu'elle ait lieu pendant le délai contractuellement prévu. Désormais, il faut en outre que le promettant ne soit pas revenu sur son engagement d'exécuter la vente pendant ce même délai ! Ensuite, elle rend inutile la règle en vertu de laquelle le bénéficiaire peut obtenir la nullité de la vente conclue par le promettant avec un tiers de mauvaise foi comme l'a relevé M. Tournafond <sup>Note 16</sup>, pour éviter qu'une telle vente soit dorénavant anéantie, il suffira, au préalable, que le promettant rétracte son consentement. Autant dire que la Cour de cassation fait, grâce à son arrêt, la part belle à la fraude et à la mauvaise foi. Enfin, la cour opère une distinction totalement infondée entre les sanctions infligées au promettant selon qu'il se rétracte après que l'option aura été levée ou avant que celle-ci ait eu lieu. Du moment que le bénéficiaire lève l'option en temps utile, le principe de la force obligatoire du contrat doit jouer à plein. Pendant le délai d'option, la situation du promettant est une et indivisible : il est irrévocablement engagé dans les liens de la vente promise et seule la volonté du bénéficiaire a le pouvoir de sceller ou de desceller de tels liens.

C'est peu de dire que l'arrêt commenté est incompatible avec les solutions traditionnellement admises. Mais même si l'on peut espérer que cette décision ne soit pas irréversible, il convient d'imaginer les parades propres à atténuer ses effets néfastes sur la sécurité du contrat de promesse.

13. - Puisque la rétractation du promettant constitue une inexécution illicite de la vente promise, on pourrait, en premier lieu, penser à stipuler dans la promesse une clause pénale destinée à sanctionner lourdement cette fraude. Le procédé, outre sa vertu comminatoire, présenterait l'avantage d'évaluer forfaitement les dommages-intérêts dus au bénéficiaire. Car, inutile de le préciser, la rétractation du promettant entraîne sa responsabilité contractuelle mais le bénéficiaire peut légitimement craindre que cette seule perspective, en raison des incertitudes qui entourent l'évaluation judiciaire du préjudice, soit insuffisamment dissuasive. D'où l'intérêt de prévoir une clause pénale fixant une forte sanction pécuniaire.

Mais cette parade n'est pas, elle-même, imparable, puisque si la peine fixée est manifestement excessive eu égard au montant du préjudice, le promettant pourra obtenir du juge qu'il la réviser sur le fondement de [l'article 1152, alinéa 2, du Code civil](#).

14. - Aussi, peut-on préférer le mécanisme de la clause de dédit pour, suprême paradoxe, injecter un peu de sécurité dans la promesse ! En vertu de cette clause, le promettant peut, en effet, se délier librement de son engagement, autrement dit, ne pas exécuter la vente promise, à charge pour lui de verser un dédit au bénéficiaire. Au fond, par l'insertion d'une telle clause, il s'agit d'autoriser contractuellement le promettant à se rétracter, autrement dit de lui permettre d'échapper à l'exécution forcée malgré l'inexécution de la vente.

L'intérêt de cette anticipation contractuelle nous paraît, au regard de l'arrêt commenté, indiscutable dès lors qu'on prendra la précaution de fixer un dédit suffisamment élevé pour que le promettant y regarde à deux fois avant de se dédire.

L'avantage d'un tel procédé est que le dédit fixé dans la clause devra être intégralement versé par le promettant quelle que soit son importance et quel que soit le montant du préjudice effectivement subi par le bénéficiaire. En effet, le dédit ne constitue point la réparation du préjudice subi en raison de l'inexécution, il est simplement le prix du droit au regret, du droit de repentir contractuellement accordé au promettant. Dès lors, il exclut tout aléa inhérent à l'évaluation judiciaire du préjudice. Par ailleurs, et c'est en cela que, dans l'intérêt du bénéficiaire, il est plus avantageux qu'une clause pénale, le promettant ne peut pas échapper à son paiement intégral en réclamant sa réduction sur le fondement de [l'article 1152, alinéa 2, du Code civil](#). En effet, la Cour de cassation réserve l'application de ce texte aux seules clauses pénales <sup>Note 17</sup>. Or, la clause de dédit n'est pas une clause pénale puisque celle-ci a pour cause la garantie de l'exécution de l'obligation souscrite par le débiteur, tandis que celle-là a pour cause la liberté d'une telle exécution <sup>Note 18</sup>.

15. - En définitive, pour éviter au bénéficiaire les inconvénients de l'inexécution de la vente promise par le promettant, mieux vaut, contractuellement, en autoriser le principe et en prévoir les conséquences ! En somme, le monde à l'envers, mais la responsabilité en incombe à la Cour de cassation qui fragilise, par son arrêt, la promesse unilatérale de vente, et remet, en outre, en cause la spécificité de ce contrat.

## **B. - Au regard de la spécificité de la promesse unilatérale de vente**

16. - Par son arrêt, la Cour de cassation aligne (abaisse devrait-on dire) le régime de la promesse unilatérale de vente sur celui de la simple offre de vente. En effet, lorsque l'offre a été émise avec un délai pour l'acceptation, la rétractation de l'offre avant l'expiration de ce délai, et avant l'acceptation, est constitutive d'une faute du pollicitant, sanctionnée par des dommages-intérêts. La solution de l'arrêt qui n'accorde au bénéficiaire que des dommages-intérêts lorsque le promettant a rétracté son consentement pendant le délai d'option entraîne donc, sur ce point, une assimilation "parfaite" du contrat de promesse unilatérale de vente à l'offre de vente. Inutile de dire que cette identité de régime, cette dégénérescence de la promesse unilatérale, sonne le glas de ce contrat en le privant de toute sécurité et, par conséquent, de toute utilité pratique.

D'autant plus que beaucoup d'auteurs, à propos de la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai d'acceptation, enseignent que l'acceptation intervenue entre ces deux événements entraîne la formation du contrat (19).

La boucle est alors bouclée : le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est dans une situation plus fragile que le destinataire d'une offre. On croit rêver !

Plaise à la cour que le réveil ne soit pas trop douloureux et qu'elle affirme le plus rapidement possible que le bon vouloir du promettant ne peut pas empêcher le bénéficiaire, qui exerce son droit d'option dans le délai contractuellement prévu, d'obtenir, comme le contrat de promesse lui en donnait la légitime certitude, la réalisation de la vente promise.

---

[Note 1](#) D. 1994, somm. (Vente) p. 230, obs. O. Tournafond ; Defrénois 1994, art. 35845, note Ph. Delebecque. - V. aussi, M. Azencot, Promesse de vente et rétractation : AJPI 10 mai 1994, p. 351 s.

[Note 2](#) Ph. Delebecque et O. Tournafond, notes préc.

[Note 3](#) Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats : RTD civ. 1949, p. 1 s.

[Note 4](#) Ibid. n° 27.

[Note 5](#) Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Sirey 1988, spéc. n° 231.

[Note 6](#) En ce sens, F. Collart Dutilleul, op. et loc. cit. - B. Gross et Ph. Bihr, Contrats, t. I, Thémis 1993, spéc. p. 73.

[Note 7](#) En ce sens, V. A. Bénabent, Droit civil, Les contrats spéciaux, Domat, Montchrestien 1993, spéc. n° 93. - F. Collart Dutilleul, op. cit., n° 227. - Contra L. Boyer, préc., n° 28. - B. Gross et Ph. Bihr, op. et loc. cit.

[Note 8](#) En ce sens, V. P. Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente : RTD civ. 1988, n° 673, et spéc. n° 34.

[Note 9](#) En ce sens, V. L. Boyer, préc. n° 27. - Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les contrats spéciaux, Cujas 1994/1995, spéc. n° 114. - I. Najjar, Le droit d'option ; contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatérale, LGDJ 1967, spéc. nos 19 s.

[Note 10](#) En ce sens, V. [l'article 1er, alinéa 1er, de la loi du 9 juillet 1991](#) sur les procédures civiles d'exécution.

[Note 11](#) Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat in Le juge et l'exécution du contrat, PUF Aix-Marseille 1993, p. 91 s.

[Note 12](#) Spéc. p. 93.

[Note 13](#) Ibid.

[Note 14](#) En ce sens, V. L. Boyer : Rép. civ. Dalloz 1990, V° Promesse de vente, n° 231. - F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz 1993, 2e éd., spéc. n° 76. - Cass. com., 10 juin 1976 : Bull. civ. IV, n° 190.

[Note 15](#) Il en va autrement si le tiers acquéreur était de mauvaise foi. Dans ce cas, le bénéficiaire peut agir en nullité de la vente.

[Note 16](#) Obs. préc.

[Note 17](#) En ce sens, V. nos obs. ss Cass. 1re civ., 24 nov. 1993 : Defrénois 1994, art. 35845, n° 64.

[Note 18](#) En ce sens, V. Cass. 3e civ., 9 janv. 1991 : D. 1991, p. 481, note G. Paisant.

#### **Document n° 4: Cour de cassation, chambre civile 3, 11 mai 2011.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 10 novembre 2009), rendu sur renvoi après cassation (3<sup>e</sup> chambre civile, 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-12. 649), que les époux Pierre et Simone X... ont acquis l'usufruit d'un immeuble aux Saintes-Maries-de-la-Mer et leur fils Paul la nue-propriété ; que par acte authentique du 13 avril 2001, celui-ci a consenti après le décès de son père une promesse unilatérale de vente de l'immeuble à M. Y..., qui l'a acceptée, en stipulant que Mme Simone X... en avait l'usufruit en vertu de l'acte d'acquisition et que la réalisation de la promesse pourrait être demandée par le bénéficiaire dans les quatre mois à compter du jour où celui-ci aurait connaissance, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, du décès de l'usufruitière ; que par acte sous-seing privé du 7 avril 2004, Mme Z... a pris l'engagement de régulariser l'acte authentique de vente relatif à la promesse unilatérale de vente et s'est mariée le 28 avril 2004 avec M. Paul X..., qui est décédé le 25 mai 2004 ; que par acte du 31 octobre 2005, Mme Z...- X... a assigné M. Y... en annulation de la promesse unilatérale de vente ; que par lettre du 31 janvier 2006, Mme Z...- X... a notifié à M. Y... le décès de sa belle-mère usufruitière, survenu le 2 janvier 2006 ; que M. Y... a levé l'option le 17 mai 2006 ;

Sur le premier moyen :

Vu les articles 1101 et 1134 du code civil ;

Attendu que pour dire la vente parfaite, l'arrêt retient qu'en vertu de la promesse unilatérale de vente Mme Z...- X... devait maintenir son offre jusqu'à l'expiration du délai de l'option, sans aucune faculté de rétractation ; que Mme Z...- X... ne pouvait se faire justice à elle-même et que le contrat faisant loi, elle ne pouvait unilatéralement se désengager ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés

réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 novembre 2009, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier ; Condamne M. Y... aux dépens ;

**Document n° 4 bis : Civ. 3, 23 juin 2021, n° 20-17.554**

Vu l'article 1134 du

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, DU 23 JUIN 2021

Mme [T] [K], épouse [M], domiciliée [Adresse 1], a formé le pourvoi n° U 20-17.554 contre l'arrêt rendu le 19 mai 2020 par la cour d'appel de Lyon (1re chambre civile B), dans le litige l'opposant :

1°/ à Mme [B] [J], épouse [R],

2°/ à M. [A] [R],

domiciliés tous deux [Adresse 2],

défendeurs à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Farrenq-Nési, conseiller, les observations de la SARL Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, avocat de Mme [K], de la SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, avocat de M. et Mme [R], et l'avis de M. Brun, avocat général, après débats en l'audience publique du 8 juin 2021 où étaient présents M. Chauvin, président, Mme Farrenq-Nési, conseiller rapporteur, M. Maunand, conseiller doyen, MM. Nivôse, Jacques, Boyer, Mme Abgrall, conseillers, Mmes Georget, Renard, Djikpa, M. Zedda, conseillers référendaires, M. Brun, avocat général, et Mme Berdeaux, greffier de chambre,

la troisième chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Lyon, 19 mai 2020), rendu sur renvoi après cassation (3e Civ., 6 décembre 2018, pourvois n° 17-21.170 et 17-21.171), le 1er avril 1999, M. [B] et Mme [K] ont consenti à M. et Mme [R] une promesse de vente d'un appartement dans un immeuble en copropriété et de la moitié de la cour indivise, l'option ne pouvant être levée qu'au décès de la précédente propriétaire, [I] [E], qui s'était réservée un droit d'usage et d'habitation.

2. Devenue attributaire du bien à la suite de son divorce, Mme [K] s'est rétractée de cette promesse le 17 février 2010.

3. Après le décès de [I] [E], M. et Mme [R] ont levé l'option le 8 janvier 2011.

4. Ils ont assigné Mme [K] en réalisation de la vente. Celle-ci a sollicité le rejet de la demande et subsidiairement la rescision de la vente pour lésion.

Examen du moyen

Sur le moyen unique, pris en ses deuxième et troisième branches, ci-après annexé

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le moyen unique, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

6. Mme [K] fait grief à l'arrêt de déclarer parfaite la vente consentie à M. et Mme [R] par la promesse du 1er avril 1999, alors « que, dans une promesse unilatérale de vente, la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ; que la réalisation forcée de la vente ne peut alors être ordonnée ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que les époux [R], bénéficiaires de la promesse unilatérale de vente consentie par [T] [K], avaient levé l'option postérieurement à la rétractation de Mme [K] ; qu'en jugeant néanmoins que cette levée de l'option avait eu pour effet de rendre la vente parfaite, la cour d'appel a violé les articles 1101 et 1134 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016. »

Réponse de la Cour

7. En application des articles 1101 et 1134 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et 1583 du même code, la Cour de cassation jugeait jusqu'à présent, que, tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constituait qu'une obligation de faire.

8. Il en résultait que la levée de l'option, postérieure à la rétractation du promettant, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, de sorte que la réalisation forcée de la vente ne pouvait être ordonnée (3e Civ., 15 décembre 1993, pourvoi n° 91-10.199, Bull. 1993, III, n° 174), la violation, par le promettant, de son obligation de faire ne pouvant ouvrir droit qu'à des dommages-intérêts (3e Civ., 28 octobre 2003, pourvoi n° 02-14.459).



9. Cependant, à la différence de la simple offre de vente, la promesse unilatérale de vente est un avant-contrat qui contient, outre le consentement du vendeur, les éléments essentiels du contrat définitif qui serviront à l'exercice de la faculté d'option du bénéficiaire et à la date duquel s'apprécient les conditions de validité de la vente, notamment s'agissant de la capacité du promettant à contracter et du pouvoir de disposer de son bien.

10. Par ailleurs, en application de l'article 1142 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence retient la faculté pour toute partie contractante, quelle que soit la nature de son obligation, de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible (1<sup>re</sup> Civ., 16 janvier 2007, pourvoi n° 06-13.983, Bull. 2007, I, n° 19 ).

11. Il convient dès lors d'apprécier différemment la portée juridique de l'engagement du promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente et de retenir qu'il s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire.

12. La cour d'appel a relevé que, dans l'acte du 1<sup>er</sup> avril 1999, Mme [K] avait donné son consentement à la vente sans restriction et que la levée de l'option par les bénéficiaires était intervenue dans les délais convenus.

13. Ayant retenu à bon droit que la rétractation du promettant ne constituait pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente, elle en a exactement déduit que, les consentements des parties s'étant rencontrés lors de la levée de l'option par les bénéficiaires, la vente était parfaite.

14. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne Mme [K] aux dépens ;...

#### **Document n° 5 : Cour de cassation, chambre civile 3, 10 mai 2005**

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Basse-Terre, 2 juin 2003), que par acte du 25 mars 1996 Mme X... et ses co-indivisaires ont promis de vendre une parcelle à la société civile immobilière Kanlanjan (SCI) qui a levé l'option le même jour ; que la promesse stipulait que le consentement du promettant était subordonné à la condition de la signature de l'acte de vente authentique au plus tard le 30 avril 1996 et qu'à titre de condition suspensive, le prix devait être réglé au plus tard le jour de l'acte authentique, le propriétaire pouvant se prévaloir de son non-paiement soit pour poursuivre la réalisation soit pour se considérer comme libre de tous engagements ; que le prix n'a pas été payé à la date convenue et que l'acte authentique n'a pas été signé le 30 avril 1996 ; que la SCI a assigné les vendeurs en constatation de la perfection de la vente ;

Attendu que pour accueillir la demande, l'arrêt retient que l'option a été levée et que la vente a été formée le 25 mars 1996, que le paiement du prix ne peut être érigé en condition suspensive et que les modalités de paiement du prix ne concernent que l'exécution de la vente et le transfert de propriété ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la règle selon laquelle la promesse de vente vaut vente n'a qu'un caractère supplétif, la cour d'appel qui a dénaturé les termes clairs et précis de la convention, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 2 juin 2003, entre les parties, par la cour d'appel de Basse-Terre ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Basse-Terre(...)

### **Document n° 6 : Civ. 3, 17 déc. 2008**

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 28 juin 2007), que, le 28 novembre 2003, les consorts X... ont promis de vendre à la société Factory Développement (société Factory) un tènement immobilier sous conditions suspensives du dépôt d'une demande d'un permis de démolir et d'un permis de construire au plus tard le 30 avril 2004 ; que si la demande de permis ne recevait pas de réponse de l'administration avant le 31 juillet 2004, la condition suspensive devait être considérée comme non réalisée sauf si l'acquéreur décidait de renoncer à cette condition ; que l'acte devait être réitéré avant le 31 décembre 2004 ; que le 18 juillet 2005, les consorts X... ont assigné la société Factory en nullité ou caducité de la promesse ; que cette dernière a demandé reconventionnellement que la vente soit déclarée parfaite à son encontre ; que la société Marignan, bénéficiaire d'une promesse de vente sur ce même tènement, a formé tierce opposition au jugement du tribunal de grande instance de Lyon du 22 novembre 2005 qui avait accueilli la demande de la société Factory et qui était frappé d'appel ;

Attendu que pour rejeter la demande de caducité et constater le transfert de propriété au profit de la société Factory l'arrêt retient que la clause suspensive relative à l'obtention des permis n'a été prévue que dans l'intérêt de l'acquéreur puisque lui seul pouvait y renoncer, qu'aucun formalisme n'était envisagé pour cette renonciation, et que si l'acte devait être réitéré au plus tard le 31 décembre 2004, cette date n'était pas extinctive mais avait pour effet d'ouvrir une période pendant laquelle chacune des parties pouvait sommer l'autre de s'exécuter ; qu'il incombait aux consorts X..., avant de prendre d'autres engagements, de mettre en demeure la société Factory de prendre position et de lui préciser si elle renonçait ou non au bénéfice de la condition suspensive relative à l'obtention des permis, ce qu'ils n'ont pas fait ;

Qu'en statuant ainsi, alors que dès lors que la date du 31 décembre 2004 constituait le point de départ de l'exécution forcée du contrat, la renonciation de l'acquéreur au bénéfice des conditions suspensives devait intervenir avant cette date, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a déclaré recevable la tierce opposition de la société Marignan immobilier, l'arrêt rendu le 28 juin 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon (...)

# Thème n° 4

## LES VICES DU CONSENTEMENT :

### I. L'ERREUR

**Présentation générale des vices du consentement.** Les vices du consentement sont le thème de cette fiche de travaux dirigés et de la suivante. Dans une approche consensualiste qui est celle du droit français, l'échange des consentements suffit à former le contrat, mais à la condition que le consentement ne soit pas vicié. S'il l'est, le contrat est nul. On ne saurait cependant admettre que toute altération du consentement entraînant la nullité du contrat : une telle conception purement subjective serait une source d'insécurité juridique. Aussi les rédacteurs du Code civil de 1804 ont-ils sélectionné trois vices du consentement : l'erreur, le dol et la violence. L'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas bouleversé la théorie des vices du consentement. En revanche, elle a instauré une obligation précontractuelle d'information dans la phase précontractuelle (Cf. Thème 2). L'articulation de cette obligation d'information avec la théorie des vices du consentement pourra soulever des difficultés.

**Le thème de la séance : l'erreur.** L'erreur est l'un des trois vices du consentement, avec le dol et la violence (sur lesquels, cf. Thème 5). L'erreur est une fausse représentation de la réalité. Des erreurs diverses et variées peuvent être commises, mais toutes ne peuvent être admises comme cause de nullité du contrat sous peine de ruiner la sécurité juridique. Le Code civil sanctionne deux types d'erreur : l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation et l'erreur sur la personne, c'est-à-dire sur l'identité ou sur les qualités essentielles du cocontractant, qui n'est sanctionnée que lorsque le contrat est conclu en considération de l'identité ou des qualités de la personne. À ces deux cas d'erreur, on ajoute l'« erreur-obstacle », qui est une erreur d'une gravité telle que les volontés n'ont pas pu se rencontrer.

#### DOCUMENTS :

##### I : Les erreurs sanctionnées

###### **A. L'erreur sur la substance**

- 1) Civ. 1, 22 févr. 1978, *Bull. civ.* I, n° 74 (affaire du Poussin).
- 2) Civ. 1, 13 déc. 1983, *D.* 1984 p. 340 (affaire du Poussin).
- 3) Civ. 1, 13 janv. 1998, *D.* 1998, p. 54, note C. Laplanche.
- 4) Civ. 1, 24 mars 1987, *Bull. civ.* I, n° 105.
- 5) Paris, 7 mai 2001, *Pet. aff.* 2002, n° 68, p. 17, note C. Lachièze.
- 6) Civ. 1, 28 mars 2008, n° 06-10715 (Monet) *D.* 2008 p. 1866, note E. Treppoz.
- 7) Civ. 1, 20 oct. 2011, *JCP G*, 2011, n° 49, 1350, note. Y.-M. Serinet.
- 7 bis) Civ. 3, 9 juin 2010, *Cont. Conc. Cons.*, 2010, n° 222, obs. L. Leveneur *RDC* 2011, p. 40, obs. E. Savaux.

### **B. L'erreur sur la personne**

8) Saint-Denis de la Réunion, 6 oct. 1989, *JCP E*, 1990, 15835, note E. Putman.

### **C. L'erreur obstacle**

9) Civ. 3, 16 déc. 2014, n° 14-14.168.

## **II : Les erreurs indifférentes**

### **A. L'erreur inexcusable**

10) Soc. 3 juill. 1990, *Bull. civ. V*, n° 329 ; *RTDciv.* 1991, p. 316, obs. J. Mestre.

### **B. L'erreur sur les motifs**

11) Civ. 3, 24 avr. 2003, *Bull. civ. III*, n° 82.

12) Com., 11 avr. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 77.

## **III. Les apports de l'ordonnance du 10 février 2016**

13) G. Loiseau, « Les vices du consentement », *Cont. Conc. Cons.* 2016, dossier 3.

**EXERCICE** : Commentaire de Civ. 3, 9 juin 2010 (doc. 7 bis).

### **Document n° 1 : Civ. 1, 22 févr. 1978**

Sur le premier moyen: vu l'article 1110 du Code civil:

Attendu que les époux Saint-Arroman ayant chargé Rheims, commissaire-priseur, de la vente d'un tableau attribué par l'expert Lebel à l'école des Carrache, la Réunion des musées nationaux a exercé son droit de préemption, puis a présenté le tableau comme une oeuvre originale de Nicolas Poussin; que les époux Saint-Arroman ayant demandé la nullité de la vente pour erreur sur la qualité substantielle de la chose vendue, la Cour d'appel, estimant qu'il n'était pas prouvé que le tableau litigieux fût une oeuvre authentique de Poussin, et qu'ainsi l'erreur alléguée n'était pas établie, a débouté les époux Saint-Arroman de leur demande;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, au moment de la vente, le consentement des vendeurs n'avait pas été vicié par leur conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être une oeuvre de Nicolas Poussin, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen:

CASSE ET ANNULE en son entier l'arrêt rendu entre les parties le 2 février 1976 par la Cour d'appel de Paris; remet, en conséquence, la cause et les parties au même et semblable état où elles étaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel d'Amiens.

### **Document n° 2 : Civ. 1, 13 décembre 1983**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1110 du code civil ;

Attendu que les époux Saint-Arroman ont fait vendre aux enchères publiques, par le ministère de MM. Maurice Rheims, Philippe Rheims et René Laurin, un tableau que leur tradition familiale donnait comme étant dû au pinceau de Nicolas Poussin mais qui venait d'être attribué à l'école des Carrache par l'expert Robert Lebel auquel les commissaires-priseurs s'étaient adressés, de telle sorte qu'il a été inscrit comme tel au catalogue de la vente avec l'assentiment de ses propriétaires et qu'il a été adjugé pour 2200 francs le 21 février 1968 ;

Que la Réunion des musées nationaux a exercé son droit de préemption, puis a exposé le tableau comme une oeuvre originale de Poussin ;

Que, les époux Saint-Arroman ayant demandé la nullité de la vente pour erreur sur la qualité substantielle de la chose vendue, la cour d'appel, statuant sur renvoi après cassation d'un précédent arrêt, a rejeté cette demande aux motifs que, si les époux Saint-Arroman « ont bien eu, au moment de la vente, la conviction

(...) que le tableau litigieux ne pouvait pas être une œuvre de Nicolas Poussin », ni l'affectation de ce tableau au Louvre comme étant de Poussin, par arrêté du 20 mars 1968, ni l'article de M. Rosenberg dans la Revue du Louvre, paru en 1969, ni l'exposition de l'œuvre au Louvre sous le nom de Poussin « n'impliquent et ne contiennent en fait aucun élément d'appréciation de l'origine de l'œuvre qui soit antérieur à la vente, ou concomitant, et susceptible comme tel d'influer sur le consentement des vendeurs s'il avait été connu d'eux ou de leurs mandataires dès ce moment » ; Que, de même, la Réunion des musées nationaux ayant fait observer pour sa défense qu'en définitive, et malgré son propre comportement après l'acquisition du tableau, il n'y a pas de certitude absolue sur l'origine de l'œuvre, la cour d'appel a déclaré « qu'il n'importe (...) que la Réunion des musées nationaux ait maintenu - ou par la suite corrigé - son opinion sur l'attribution du tableau à Poussin, l'erreur devant être appréciée au jour de la vente » ; Attendu qu'en statuant ainsi, et en déniant aux époux Saint-Arroman le droit de se servir d'éléments d'appréciation postérieurs à la vente pour prouver l'existence d'une erreur de leur part au moment de la vente, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; Et attendu que la dépendance nécessaire existant entre la question de la validité de la vente et celle de la responsabilité des commissaires-priseurs et de l'expert entraîne par voie de conséquence, en appréciation de l'article 624 du nouveau code de procédure civile, la cassation de la disposition de l'arrêt attaqué concernant la responsabilité de ceux-ci ; PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE l'arrêt rendu le 1er février 1982, entre les parties, par la cour d'appel d'Amiens (...).

### **Document n° 3 : Civ. 1, 13 janv. 1998.**

*LA COUR* - Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

- Vu l'article 1110 du code civil ;

- Attendu que, le 21 novembre 1989, la société Drina Investment s'est rendu acquéreur, au cours d'une vente aux enchères effectuée par M. Renaud, commissaire-priseur, assisté de M. Prouté, expert, d'un pastel sur contre-épreuve intitulé « Simone en buste, portant chapeau à plumes, regardant vers la gauche », présenté au catalogue comme étant une oeuvre du peintre Mary Cassatt ;

que le comité Mary-Cassatt, fondé en 1990, a fait connaître à la société Drina Investment qu'il existait un doute sur l'authenticité de la contre-épreuve ; que l'expert judiciairement désigné a conclu que l'authenticité de cette oeuvre ne pouvait pas être établie de manière formelle ;

- Attendu que, pour rejeter la demande en nullité de la vente pour erreur sur la qualité substantielle de la chose vendue et l'action en responsabilité exercée à l'encontre du commissaire-priseur et de l'expert, la cour d'appel s'est bornée à retenir que les conclusions dubitatives de l'expert judiciairement désigné ne permettaient pas d'affirmer que la contre-épreuve n'était pas authentique et qu'en conséquence, la société Drina Investment ne rapportait pas la preuve d'une erreur portant sur son authenticité ;

- Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la certitude de l'authenticité de l'œuvre ne constituait pas une qualité substantielle et si la société Drina Investment n'avait pas contracté dans la conviction erronée de cette authenticité, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Par ces motifs [...], casse et [...] renvoie devant la cour d'appel de Versailles...

### **Document n° 4 : Civ. 1ère, 24 mars 1987**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que, selon les juges du fond, Jean, André Vincent, depuis lors décédé, a vendu en 1933 aux enchères publiques, comme étant « attribué à Fragonard », un tableau intitulé Le Verrou ; que l'authenticité du tableau ayant été ultérieurement reconnue, l'arrêt confirmatif attaqué a refusé d'annuler cette vente, pour erreur, à la demande des héritiers de Jean, André Vincent ;

Attendu que ceux-ci reprochent à la cour d'appel (Paris, 12 juin 1985) de s'être déterminée au motif essentiel que l'expression « attribué à... » laisse planer un doute sur l'authenticité de l'oeuvre mais n'en exclut pas la possibilité ; qu'ils soutiennent, d'une part, qu'en s'attachant seulement à déterminer le sens objectif de la mention « attribué à... » et en s'abstenant de rechercher quelle était la conviction du vendeur, alors que leurs conclusions faisaient valoir qu'il était persuadé, à la suite des avis formels des experts, que l'authenticité de l'oeuvre était exclue, la cour d'appel a violé à la fois les articles 1110 du Code civil et 455 du nouveau Code de procédure civile ; qu'il est, d'autre part, prétendu qu'en toute hypothèse, le vendeur commet une erreur quand il vend sous l'empire de la conviction que l'authenticité est discutable, alors qu'elle est en réalité certaine et que tout aléa à ce sujet est inexistant ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'il résulte des énonciations souveraines du jugement confirmé « qu'en vendant ou en achetant, en 1933, une oeuvre attribuée à Fragonard, les contractants ont accepté un aléa sur l'authenticité de l'oeuvre, que les héritiers de Jean-André Vincent ne rapportent pas la preuve, qui leur incombe, que leur auteur a consenti à la vente de son tableau sous l'empire d'une conviction erronée quant à l'auteur de celui-ci » ; que le moyen, en sa première branche, ne peut dès lors être accueilli ;

Et attendu, en second lieu, que, ainsi accepté de part et d'autre, l'aléa sur l'authenticité de l'oeuvre avait été dans le champ contractuel ; qu'en conséquence, aucune des deux parties ne pouvait alléguer l'erreur en cas de dissipation ultérieure de l'incertitude commune, et notamment pas le vendeur ni ses ayants cause en cas d'authenticité devenue certaine ; que le moyen doit donc être entièrement écarté ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

#### **Document n° 5 : CA Paris, 7 mai 2001**

Sur la recevabilité de l'action en nullité déniée par M. Walter :

Considérant qu'il est constant que le tableau litigieux a fait l'objet d'un classement d'office comme monument historique par décret du 28 juillet 1989, contre lequel son propriétaire d'alors, Jacques Walter a exercé un recours qui a été rejeté ; que, par arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 juillet 1994, il a été indemnisé du préjudice que cette décision lui a causé ; que le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté ;

Considérant que M. Walter en déduit que l'authenticité de l'oeuvre ne peut être contestée devant le juge judiciaire tant que le décret de classement n'a pas été rapporté ou annulé, puisque reconnaître l'erreur de l'acheteur sur celle-ci serait incompatible avec le maintien du régime de classement découlant du décret ;

Considérant, cependant, que les décisions judiciaires intervenues n'ont pas autorité de la chose jugée à l'égard de la demande en nullité de la vente pour vice du consentement formée par les consorts Vernes qui n'a ni le même objet ni la même cause que celle en réparation du préjudice causé par la décision de classement d'office antérieure ;

Considérant que, pour le surplus, le moyen est sans portée, dès lors que dans la présente instance il suffit de rechercher si Jean-Marc Vernes a acquis le tableau en considération d'une qualité substantielle certaine, son authenticité, et si, au regard des éléments apparus depuis, cette qualité s'est révélée douteuse, au point que, s'il les avait connus, il n'aurait pas contracté, de sorte que la Cour n'aura pas à dire si l'oeuvre est authentique, mais seulement si celle-ci est douteuse ;

Qu'il s'ensuit que l'action en nullité est recevable ;

Sur l'action en nullité de la vente du 6 décembre 1992 :

Considérant qu'en matière de ventes publiques d'oeuvres d'art sur catalogue contenant certification d'expert, comme en l'espèce, l'attribution de l'oeuvre constitue pour l'acquéreur une qualité substantielle de la chose vendue ; que d'ailleurs, dans leurs conclusions, les commissaires-priseurs reconnaissent devoir la garantie que le tableau a été peint par Vincent Van Gogh, ce qu'ils affirment être la réalité ;

Qu'en outre, le fait que le tableau avait fait l'objet d'un classement comme monument historique, ce qui était mentionné dans le catalogue, ne pouvait que donner plus encore à l'acquéreur la certitude qu'il s'agissait d'une oeuvre authentique ;

Qu'il est manifeste que cette certitude a déterminé le consentement de Jean-Marc Vernes à acquérir le tableau au prix auquel il lui a été adjugé ;

Considérant que les consorts Vernes prétendent qu'un doute sérieux sur l'authenticité de l'oeuvre serait apparu à la suite de la parution, à partir du 10 juillet 1996, de plusieurs articles de journaux ;

Considérant qu'il leur appartient de rapporter la preuve du caractère sérieux des arguments avancés pour mettre en doute l'attribution du tableau le Jardin à Auvers à Vincent Van Gogh, au-delà de la simple polémique entretenue par la presse dont les assertions, fussent-elles répétées, ne suffisent pas à en établir le caractère erroné ;

Qu'ils s'appuient sur les opinions exprimées par M. Tasset, journaliste au journal Le Figaro, par M. Landais, présenté comme « chercheur indépendant », par M. Rodriguez, présenté comme « collectionneur et amateur d'art », par M. de Robertis, présenté comme géomètre à Milan dans un article du Figaro en date du 10 novembre 1998, dont l'analyse a été publiée dans le journal Le Monde, par le Docteur Jan Hulsker, expert et auteur d'un catalogue raisonné de l'oeuvre du peintre, par M<sup>me</sup> Annet Tellegen Hoogendoorn, par M. Monneret, ancien professeur de l'École nationale des arts appliqués à Paris, et par M<sup>me</sup> Grossvogel, expert spécialiste du peintre Claude-Emile Schuffenecker ;

Considérant qu'il apparaît que c'est M. Tasset qui a le premier mis en doute l'attribution du tableau dans une lettre qu'il a adressée à Jean-Marc Vernes le 23 février 1995 ;

(...)

Considérant qu'il résulte de l'examen des différents éléments dont se prévalent les consorts Vernes, confrontés à l'analyse scientifique et historique du tableau à laquelle il a été procédé et à l'encontre de laquelle il n'est pas apporté de critiques pertinentes, que ceux-ci ne font pas la preuve de ce que l'attribution du tableau à Vincent Van Gogh est douteuse ;

Considérant que cette preuve ne saurait pas plus résulter de ce que, comme l'indiquent M<sup>me</sup> Grossvogel, M. Wildenstein et M. Adler, le tableau est devenu difficilement vendable ou a perdu toute valeur marchande, quelle que soit son authenticité réelle ; qu'en effet, l'échec de la vente de 1996 peut avoir d'autres causes que le discrédit dont serait atteint cette oeuvre à raison des polémiques dont elle a fait l'objet, notamment, la grave dépression du marché de l'art de l'époque, comme l'allèguent les intimés ; que d'ailleurs, il apparaît que la conviction en l'authenticité du tableau n'a pas quitté la Direction des Musées de France, comme l'a écrit le 28 février 2000 sa directrice, M<sup>me</sup> Cachin, pas plus que M. Feichenfeldt, expert auquel M. Binoche s'était adressé avant la vente, ce qu'il a écrit le 7 février 2000 ; Considérant que les consorts Vernes seront donc déboutés de leur demande d'annulation de la vente ;

(...)

#### **NOTE C. Lachière**

1. Il est désormais admis que le doute sur l'authenticité de l'oeuvre d'art révélé postérieurement à la vente peut entraîner la nullité de celle-ci pour erreur substantielle. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 7 mai 2001 <sup>(1)</sup> ci-dessus reproduit permet de faire le point sur les procédés mis en oeuvre par les juges du fond pour apprécier l'existence de cette erreur.

2. Les faits de l'espèce sont largement connus. Le « Jardin à Auvers » a été acheté par Jacques Walter le 27 juillet 1955 à la Galerie Knoedler & Co inc. de New York au prix de 15.371.000 F anciens. Le tableau ayant été classé monument historique par un décret du 28 juillet 1989, Jacques Walter, après avoir vainement tenté de contester la légalité du décret de classement <sup>(2)</sup>, obtint devant la Cour d'appel de Paris une indemnité de 145.000.000 F <sup>(3)</sup> destinée à compenser la différence entre la valeur de la toile sur le marché international et le prix susceptible d'en être offert sur le marché intérieur. Mais entre-temps, le « Jardin à Auvers » a été proposé à la vente lors d'enchères publiques et adjugé à J.-M. Vernes le 6 décembre 1992 au prix de 55.000.000 F. L'authenticité de l'oeuvre ne fut mise en doute qu'au cours de l'année 1995. Dans une lettre adressée à J.-M. Vernes le 23 février 1995, M. Tasset, journaliste, a fait état de certains éléments, relatifs au style de l'oeuvre et à l'origine de propriété, qui lui paraissent de nature à mettre en doute l'authenticité de l'oeuvre. Puis, à compter du mois de juillet 1996, la presse s'est fait l'écho de la polémique autour de l'origine du tableau <sup>(4)</sup>. Après le décès de l'acquéreur, ses héritiers, les consorts Vernes, ont proposé le tableau à une vente publique le 10 décembre 1996, mais aucune enchère n'ayant été portée au-delà de 32.000.000 F, ils ont repris l'oeuvre.

3. Les consorts Vernes ont alors sollicité la nullité de la vente du 6 décembre 1992 pour erreur sur une qualité substantielle, en soutenant qu'un doute sur l'authenticité était apparu et que la certitude de l'authenticité avait constitué une qualité déterminante pour l'acquéreur. Le 3 mai 2000, le Tribunal de

grande instance de Paris <sup>(5)</sup> a rejeté la demande comme mal fondée. La motivation de cette décision paraît cependant ambiguë, comme il a été justement observé <sup>(6)</sup>, puisque, après avoir décidé que les demandeurs n'établissaient que de simples soupçons sur l'authenticité \_ et non un doute sérieux \_, les juges ont précisé que seule une démonstration convaincante de l'absence d'authenticité du tableau pourrait entraîner la nullité de la vente, excluant ainsi par principe que le doute permette de caractériser l'erreur.

4. Les ayants cause de l'acheteur ont alors saisi la Cour d'appel de Paris pour voir prononcer la nullité pour erreur sur une qualité substantielle, au motif que l'acheteur s'était engagé dans la conviction que l'authenticité était certaine alors qu'elle est en réalité douteuse.

5. Dans l'arrêt rapporté, la Cour d'appel a décidé d'emblée qu'elle n'aurait pas à trancher la question de l'authenticité de l'œuvre. Cette proposition liminaire doit être approuvée, non pas que le classement de l'œuvre interdît d'en contester l'authenticité comme les juges semblent l'admettre <sup>(7)</sup>, mais parce que, en présence d'avis divergents dont aucun n'apporte une preuve décisive de la véritable origine de l'œuvre, les juges du fond doivent rechercher si l'erreur ne peut être caractérisée dans la différence entre la conviction du contractant et la réalité, sans chercher à établir celle-ci avec certitude <sup>(8)</sup>. La Cour d'appel devait donc rechercher si l'acheteur ne s'était pas engagé dans la conviction que l'authenticité était certaine et si, au regard des éléments apparus depuis la vente, l'authenticité apparaissait douteuse au point que, s'il en avait eu connaissance, l'acheteur ne se serait pas engagé. La Cour répond par la négative, décidant que si l'acheteur s'était bien engagé dans la certitude de l'authenticité, il n'apparaissait pas que celle-ci soit véritablement douteuse.

Nous proposons de montrer que cette décision présente clairement les conditions de preuve d'une erreur sur l'authenticité en l'absence de certitude sur cette qualité, en exigeant que l'authenticité certaine ait été la qualité substantielle et déterminante pour le contractant qui se prétend victime d'une erreur (I) et que soit ensuite révélé un doute sérieux sur l'authenticité (II). Cependant, on ne dissimulera pas que de redoutables zones d'ombre subsistent dans le régime juridique des ventes d'oeuvre d'art.

## **I. La certitude de l'authenticité, qualité substantielle et déterminante lors de la vente**

6. Le contractant qui se prétend victime d'une erreur doit démontrer que la qualité prétendument douteuse lui apparaissait comme certaine lorsqu'il s'est engagé (A) et que cette certitude fut substantielle et déterminante (B).

### **A. La certitude de l'authenticité, qualité attendue**

7. Le contractant qui se prétend victime d'une erreur doit démontrer qu'il s'est engagé avec la certitude que l'oeuvre était authentique. Le caractère incertain de la réalité implique que la croyance du contractant lors de la vente présente le caractère de certitude qui fait défaut à la réalité, afin que la comparaison entre la réalité et la conviction du requérant puisse faire apparaître une discordance suffisante pour caractériser une erreur <sup>(9)</sup>. La certitude de la conviction du contractant palliant l'incertitude de la réalité, c'est une preuve subjective de l'erreur qui est ainsi apportée : la conviction du contractant est erronée puisque le tableau n'est pas tel que le contractant le concevait \_ certainement authentique ou inauthentique \_, sans qu'il soit besoin de démontrer la qualité véritable \_ en vérité, le tableau est ou n'est pas authentique <sup>(10)</sup>.

8. En l'espèce, les juges ont admis sans difficulté que l'acheteur et le vendeur s'étaient engagés dans la conviction que l'authenticité était certaine. En effet, la conviction des parties sur l'attribution de l'oeuvre s'apprécie en fonction des indications portées sur le catalogue <sup>(11)</sup>, et le catalogue de la vente présentait le « Jardin à Auvers » comme un authentique Van Gogh et précisait même que le tableau est classé comme monument historique, ce qui ne pouvait que renforcer la conviction de l'acheteur. Le demandeur doit également établir que la qualité qu'il envisageait était substantielle et déterminante.



## **B. Le caractère substantiel et déterminant de la certitude de l'authenticité**

9. La question de savoir si la qualité attendue était ou non substantielle et déterminante est une question de fait, que la Cour de cassation ne contrôle pas, ce qui rend bien difficile l'analyse juridique <sup>(12)</sup>. On peut cependant dégager quelques principes généraux.

Sur le fond, la jurisprudence a unifié les critères substantiel et déterminant en consacrant la prédominance du second <sup>(13)</sup>. La qualité substantielle est celle en vue de laquelle les parties ont contracté, plus précisément la qualité qui a déterminé le consentement de l'une des parties et dont l'autre savait qu'elle était déterminante <sup>(14)</sup>. La notion de qualité substantielle est à la fois subjective et objective <sup>(15)</sup>, étant fondée sur un critère subjectif \_ l'effet de l'erreur sur le consentement du contractant qui l'invoque \_ dont l'efficacité est jugulée par un critère objectif \_ la nécessaire connaissance par l'autre partie de l'importance essentielle que le demandeur attribuait à la qualité défailante \_, afin de concilier les impératifs de protection du consentement et de sécurité du contrat.

Quant à la preuve de ce que la qualité attendue a été déterminante \_ et donc substantielle \_, elle est appréciée en fonction des circonstances de chaque espèce par les juges du fond. Ceux-ci utilisent différentes méthodes. La preuve étant libre, ils n'hésitent pas à présumer que l'erreur a été déterminante si la qualité manquante est déterminante aux yeux de l'opinion commune, portant une appréciation *in abstracto* <sup>(16)</sup>. D'autres fois, ils se fondent sur les stipulations contractuelles, et qualifient de déterminante la qualité prévue au contrat <sup>(17)</sup>. En l'espèce, l'une ou l'autre méthode permettait d'établir sans difficulté que la certitude de l'authenticité avait été déterminante, et donc substantielle. En effet, la certitude de l'authenticité était précisément la qualité convenue \_ le catalogue de la vente ayant valeur contractuelle \_ et la certitude de l'authenticité est une qualité communément déterminante pour l'acheteur d'une œuvre d'art.

10. Dans l'arrêt rapporté, les juges ont malheureusement dissocié le critère substantiel du critère déterminant et ils ont apprécié de façon différente l'existence de ces deux critères. Ils mettent en œuvre une appréciation *in abstracto* pour décider que la certitude de l'authenticité doit être présumée substantielle : « en matière de ventes publiques d'œuvre d'art sur catalogue contenant certification d'expert, l'attribution de l'œuvre constitue pour l'acquéreur une qualité substantielle de la chose vendue » <sup>(18)</sup>. Mais ils apprécient *in concreto* le caractère déterminant de l'authenticité en se référant au prix d'acquisition : « il est manifeste que cette certitude a déterminé le consentement de Jean-Marc Vernes à acquérir le tableau au prix auquel il lui a été adjugé ». La solution obtenue est satisfaisante puisque l'arrêt admet que la certitude de l'authenticité a bien été substantielle et déterminante. Cependant, la démarche suivie, bien qu'étant préconisée par certains auteurs <sup>(19)</sup>, nous paraît inutilement compliquée.

Il nous semble qu'il n'est pas utile de dissocier le critère déterminant du critère substantiel, et en l'espèce l'appréciation *in concreto* du critère déterminant paraît superflue car on peut douter que le prix d'achat eût pu établir que l'authenticité de l'œuvre, qui était convenue et qui est communément déterminante, ne l'ait pas été pour l'acheteur ! Partant, il eût été préférable que la Cour affirmât que, en matière de vente d'œuvre d'art sur catalogue, l'attribution de l'œuvre constitue une qualité substantielle et déterminante. L'arrêt apporte en outre un éclairage intéressant sur le second élément de référence, en rappelant que la certitude de l'authenticité n'apparaît comme étant erronée que lorsque la réalité est entachée d'un doute sérieux.

## **II. La révélation d'un doute sérieux sur l'authenticité postérieurement à la vente**

11. Le contractant qui se prétend victime d'une erreur doit également démontrer que la qualité qu'il croyait certaine est sérieusement mise en doute ; l'erreur n'est pas démontrée s'il ne fait état que de simples soupçons sur cette qualité. L'arrêt met en lumière les conditions d'existence du doute sérieux (A) mais il laisse dans l'ombre les conséquences qui s'attachent au rejet de la nullité en raison de l'absence de doute sérieux (B).

### **A. Les conditions d'existence du doute sérieux**

12. L'existence d'un « doute sérieux » sur l'authenticité d'une oeuvre d'art est appréciée souverainement par les juges du fond <sup>(20)</sup>, aussi les conditions d'existence d'un tel doute paraissent difficiles à systématiser. Mais il nous semble que l'analyse de la motivation de la présente décision et sa comparaison avec celle de certaines décisions antérieures peut contribuer à cerner cette notion de doute sérieux.

Le « Jardin à Auvers » occupe une « place exceptionnelle dans l'histoire de la peinture universelle » <sup>(21)</sup>. Ce tableau a fait l'objet de nombreuses expertises <sup>(22)</sup> avant même que son authenticité ne soit discutée, et, si celle-ci n'a pu être formellement corroborée ni exclue par les analyses objectives <sup>(23)</sup>, elle est encore affirmée par de nombreux experts dont les avis se fondent sur la preuve historique \_ qui « consiste à établir de la manière la plus complète possible l'histoire de la pièce jusqu'à remonter à son origine même » <sup>(24)</sup> \_ et sur des analyses stylistiques. Le classement de l'oeuvre constitue simplement un indice supplémentaire en faveur de la thèse de l'authenticité.

Les juges ont estimé que les éléments apparus depuis la vente ne permettaient pas d'établir l'existence d'un doute sérieux sur l'authenticité de l'oeuvre. Il ne nous revient pas de discuter la pertinence technique des avis qui tendent à remettre en cause l'origine du « Jardin à Auvers », mais il paraît évident que la renommée de cette oeuvre rend d'autant plus difficile la preuve d'un doute sur son authenticité. De plus, on peut observer que les propriétaires ont proposé le tableau à une vente publique en le présentant comme un authentique Van Gogh le 10 décembre 1996, soit juste avant d'introduire la demande en nullité et alors que les principaux éléments qui militent en faveur de la thèse du doute avaient été développés dans différents articles parus dans la presse à partir du mois de juillet 1996 et dans une lettre adressée à J.-M. Vernes par M. Tasset le 23 février 1995. La bonne foi étant présumée, il convient de considérer qu'ils étaient demeurés convaincus de l'authenticité de l'oeuvre et que les arguments qui tendent à mettre en doute l'authenticité de l'oeuvre n'avaient pas encore, à cette date, ébranlé leur conviction <sup>(25)</sup>. Or ces arguments, qui reposent sur des appréciations subjectives, perdent une part de leur force probante si l'on observe qu'ils n'ont pas immédiatement convaincu les premiers intéressés.

13. Dans les affaires précédentes où les juges ont admis l'existence d'un doute contredisant la conviction du contractant, les oeuvres en question n'avaient pas la renommée du « Jardin à Auvers » et elles n'avaient pas bénéficié des mêmes méthodes d'expertise. La certitude affirmée lors de la vente ayant été moins solidement étayée, la preuve de la révélation ultérieure d'un doute s'en est trouvée facilitée d'autant. Ainsi, dans l'affaire du Poussin, le catalogue de la vente qui attribuait le tableau à l'école des Carraches \_ excluant donc qu'il fut de Nicolas Poussin \_ avait été rédigé sur l'avis du seul expert désigné par le commissaire-priseur chargé de la vente. Or, cet avis était contraire à la conviction initiale des vendeurs, fondée sur leur « tradition familiale », ceux-ci s'étant cependant laissés convaincre par l'expert. Bien plus, les juges estimèrent que l'acheteur avait acquis l'oeuvre en ayant la conviction que les indications portées au catalogue étaient fausses <sup>(26)</sup>. On comprend que les juges aient pu admettre que la qualité indiquée au catalogue \_ l'inauthenticité de l'oeuvre \_ était en réalité douteuse <sup>(27)</sup>.

Dans l'affaire du pastel sur contre-épreuve faussement attribué à Marry Cassatt, le catalogue qui présentait l'oeuvre comme certainement authentique avait également été rédigé sur l'avis d'un seul expert. Or, postérieurement à la vente, le comité Marry Cassatt a émis des doutes sur l'authenticité de cette oeuvre et l'expert judiciairement désigné a conclu à l'impossibilité d'affirmer ou d'exclure formellement l'authenticité. Là encore, on peut comprendre que les juges aient décidé que la « certitude » affirmée dans le catalogue était démentie par un doute sérieux <sup>(28)</sup>.

14. On peut alors esquisser les principaux traits caractéristiques du « doute sérieux ». Ce critère ne peut être mis en oeuvre que dans la mesure où les analyses objectives ne permettent pas de confirmer ni de contredire de façon formelle la certitude, positive ou négative \_ le tableau est ou n'est pas de tel maître \_, qui a été convenue lors de la vente. Le doute sérieux se construit par une critique des éléments qui fondent la certitude affirmée lors de la vente, le demandeur devant démontrer que ces éléments n'ont en réalité pas une force probante suffisante pour caractériser une attribution certaine. Les conditions de preuve du « doute sérieux » varient selon les espèces, mais en fonction de critères définis à l'avance et l'on peut dire que plus l'attribution de l'oeuvre est solidement étayée, plus la preuve de l'existence d'un doute sérieux sera difficile. De ce point de vue, l'arrêt commenté est un véritable cas d'école, tant l'oeuvre en question, considérée comme un joyau de l'impressionnisme, a fait l'objet d'expertises et d'études avant que son authenticité soit contestée !

Au total, le doute sérieux, bien que ne correspondant pas à la vérité, peut constituer une réalité aussi solide que l'authenticité ou le défaut d'authenticité « certains » tant, en ce domaine, les certitudes sont relatives <sup>(29)</sup>. Mais les faits de l'espèce invitent à s'interroger sur les conséquences du rejet de la demande en nullité en l'absence de doute sérieux.

## B. Les conséquences de l'absence de doute sérieux

15. Le critère du doute sérieux paraît assurer la protection de la sécurité contractuelle, en évitant que les ventes d'œuvres renommées puissent être remises en cause au motif que l'authenticité de l'œuvre fait l'objet de quelques contestations. On sait en effet que l'attribution d'une œuvre est bien souvent sujette à discussion <sup>(30)</sup> \_ l'authenticité plus encore que l'inauthenticité parce qu'elle est plus difficile à établir au moyen d'analyses objectives <sup>(31)</sup> \_ et que l'authenticité de nombreuses œuvres célèbres est aujourd'hui contestée <sup>(32)</sup>. Les juges devront faire le partage, dans chaque espèce, entre les contestations qui remettent en cause les éléments qui fondent l'attribution de l'œuvre et celles qui ne remettent pas en cause ces éléments. Seules les premières caractérisent un doute sérieux.

16. Cependant, une analyse attentive révèle qu'il y a une ombre au tableau. Les contestations qui ne permettent pas de caractériser un doute sérieux n'en produisent pas moins des effets redoutables sur la valeur marchande de l'œuvre. Ainsi, il n'est pas contesté que le « Jardin à Auvers » a perdu une grande partie de sa valeur marchande en raison de la polémique sur son origine, et le procès sur la validité de la vente du 6 décembre 1992, qui n'est d'ailleurs pas achevé <sup>(33)</sup>, ne va sans doute pas contribuer à restaurer la confiance en l'authenticité de l'œuvre. Certes, la décision rapportée décide qu'il n'existe aucun doute sérieux sur cette authenticité ; mais on peut n'être pas persuadé que l'autorité de chose jugée de cette décision suffise à rétablir la renommée de l'œuvre. L'avenir nous dira si le « Jardin à Auvers » a retrouvé la confiance des amateurs d'art... et des spéculateurs.

On peut donc redouter que les contestations, plus ou moins fondées, qui ont été formulées ou qui pourront l'être sur certaines œuvres renommées produisent de lourdes conséquences qui resteront pourtant sans effet au plan juridique si elles ne permettent pas de caractériser un doute sérieux sur l'authenticité de l'œuvre. Car le droit ne permet ni de prévenir ni de sanctionner ces contestations : la liberté d'expression, qui ne peut être sacrifiée sur l'autel de la renommée d'une œuvre d'art si prestigieuse soit-elle, autorise \_ presque \_ toutes les audaces <sup>(34)</sup>. Les conséquences de ces contestations, rejetées hors du droit, risquent d'engendrer des pratiques douteuses. En effet, face à de telles contestations, le propriétaire n'a semble-t-il pas d'autre choix que d'afficher sa conviction de l'authenticité de l'œuvre... quitte à éventuellement tenter de revendre celle-ci au meilleur prix <sup>(35)</sup>.

17. En définitive, ombre et lumière se côtoient dans le régime juridique des ventes d'œuvre d'art. Est mise en lumière la protection du contrat assurée par les strictes conditions de preuve de l'erreur substantielle en l'absence de certitude. Sont rejetées dans l'ombre les redoutables conséquences que peuvent entraîner sur la valeur marchande de l'œuvre les contestations, plus ou moins fondées, qui ne suffisent pas à établir l'existence d'un doute sérieux. Le marché des œuvres d'art ne semble pas près de connaître la sécurité juridique !

### Notes

1 (1) Petites Affiches du 7 décembre 2001, p. 13, note D. Thiel ; Gaz. Pal., 29 et 30 août 2001, concl. B. Gizardin.

2 (2) C.E., 31 juillet 1992, Walter, D. 1994, p. 17, note D. Thomas ; J.C.P. 1993. II, n° 22044, note R. Brichet.

3 (3) Paris, 6 juillet 1994, D. 1995, p. 254, note B. Edelman. Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi, rejeté par la Cour de cassation : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 1996, D. 1996, p. 511, note B. Edelman.

4 (4) Cf. not. Le journal des arts du 10 octobre 1997, p. 2.

5 (5) Trib. gr. inst. Paris, 3 mai 2000, Petites Affiches n° 27 du 7 février 2001, p. 14 et s., note L. Bineau-Armengaud.

6 (6) L. Bineau-Armengaud, note préc., p. 18.

7 (7) La proposition est formulée pour écarter l'argument du défendeur qui prétendait que le décret de classement interdit de contester l'authenticité de l'oeuvre ; or en réalité, comme l'avaient décidé les premiers juges (Trib. gr. inst. Paris, préc.), le classement ne saurait interdire de remettre en cause l'authenticité de l'oeuvre.

8 (8) La Cour de cassation censure pour manque de base légale les décisions des juges du fond qui rejettent la demande en nullité au motif que la réalité ne peut être établie avec certitude, et exige qu'ils recherchent si le contractant qui se prétend victime d'une erreur ne s'était pas engagé dans la conviction erronée que l'oeuvre était authentique : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 février 1978 ; D. 1978, p. 601, note P. Malinvaud ; Def. 1978. 1346, obs. J.-L. Aubert ; R.T.D. Civ. 1979, p. 127, obs. Y. Loussouarn. 13 janvier 1998, Bull. civ. I, n° 17 ; D. 2000, p. 54, note C. Laplanche ; D. 1999, somm. obs. P. Brun ; D. Aff. 1998, 286, obs. J.-F. ; Cont. conc. cons. 1998, n° 59, note L. Leveneur.

9 (9) Cf. not. J.-P. Couturier, La résistible ascension du doute, D. 1989, chron. p. 24 ; Y. Loussouarn, obs. préc.

10 (10) Nous laissons de côté, par souci de clarté, l'hypothèse où le tableau est partiellement authentique pour avoir été restauré.

11 (11) Versailles, 7 janvier 1987, D. 1987, p. 485, note J.-L. Aubert, J.C.P. 1988. II. 21121, note J. Ghestin, R.T.D. Civ. 1987, p. 741, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 1998, préc., reprochant aux juges du fond de n'avoir pas recherché si l'acheteur n'avait pas contracté dans la certitude de l'authenticité.

12 (12) Cf. not. P. Malinvaud, De l'erreur sur la substance, D. 1972, chron. p. 215, n° 2.

13 (13) En ce sens, nettement : Cass. civ., 28 janvier 1913, S. 1913. 1, p. 487 ; adde Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 1998, préc.

14 (14) La Cour de cassation ne contrôlant pas la détermination des qualités substantielles, la plupart de ses décisions sont des arrêts de rejet, mais elle prend le soin de relever que les juges du fond ont bien recherché si la qualité défaillante a été déterminante pour le contractant qui se plaint de l'erreur et si l'autre partie en avait connaissance ; cf. Cass. com., 20 octobre 1970, J.C.P. 1971. II. 16916, note J. Ghestin ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 26 février 1980, Bull. civ. I, n° 66 ; 11 octobre 1989, Bull. civ. I, n° 313, rejetant le pourvoi au motif que l'arrêt attaqué «retient souverainement que l'authenticité des propos (...) constituait, dans la commune intention des parties, un élément essentiel de l'objet de leur engagement».

15 (15) Sur le rôle respectif des éléments objectifs et subjectifs dans l'erreur sur la substance, cf. not. J. Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, L.G.D.J. 1971, n°s 120 et s.

16 (16) J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, t. 1, L'acte juridique, A. Colin, 9<sup>e</sup> éd., 2000, n° 198 et n°209 ; H.L.J. Mazeaud, Les obligations, par F. Chabas, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 1998, n° 173 ; A. Bénabent, Les obligations, Montchrestien, 8<sup>e</sup> éd., 2001, n° 78 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 1999, n°s 206 et s. ; A. Sériaux, Droit des obligations, P.U.F. 2<sup>e</sup> éd., 1998, n° 16 et n° 39 ; P. Malinvaud, chron. préc., n°s 13 et s., bien que l'auteur n'emploie pas les expressions d'appréciation in concreto et in abstracto.

17 (17) Pour l'exposé et la défense de cette méthode, cf. J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3<sup>e</sup>éd., L.G.D.J. 1993, n°s 526 et s. ; La notion d'erreur dans le droit positif actuel, L.G.D.J. 1971, n°s 153 et s.

18 (18) La formule est proche de celle énoncée par l'arrêt qui a clôturé l'affaire du Poussin : Versailles, 7 janvier 1987, préc., mais cet arrêt ne dissocie pas le critère substantiel du critère déterminant.

19 (19) Cf. not. G. Vivien, De l'erreur déterminante et substantielle, R.T.D. Civ. 1992, p. 305 et s. L'auteur dénonce la «confusion entre l'objet de l'erreur, ce sur quoi elle porte, et l'effet de l'erreur, c'est-à-dire son caractère déterminant» (n° 4) ; pour l'auteur, le critère déterminant est une exigence relative à l'effet de l'erreur et devrait être appréciée in concreto (n°s 15 et s.), alors que le critère substantiel est une exigence relative à l'objet de l'erreur et devrait être apprécié en fonction de la définition conventionnelle de l'objet (n°s 55 et s.) (selon le procédé proposé par M. Ghestin pour apprécier le caractère substantiel-déterminant) ou bien par référence au contenu normal du contrat (n° 72), ce qui revient, semble-t-il, à une appréciation in abstracto.

20 (20) Cf. not. : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 juin 1981, Bull. civ. I, n° 188 ; Versailles, 13 avril 1983, Gaz. Pal. 1984. 1, somm. p. 60 ; J.-L. Aubert, note ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 décembre 1938, préc., p. 342 ; D. Arlié, note ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 avril 1991, Petites Affiches du 12 mars 1993, p. 13.

- [21](#) (21) Ce sont les mots de l'expert qui avait été commis par le Tribunal de grande instance de Paris dans le cadre de la procédure d'indemnisation, cités par Paris, 6 juillet 1994, préc.
- [22](#) (22) Le jugement du Tribunal de grande instance et l'arrêt rapporté font état de plusieurs expertises : l'une dans le cadre de la procédure en indemnisation (en 1993, à la demande du Tribunal de grande instance de Paris), une autre réalisée par le laboratoire des Musées nationaux en 1996, une autre enfin par le Centre de recherches et de restauration des musées de France, en avril 1999. Ces expertises ont toutes conclu à l'authenticité de l'oeuvre, en se fondant sur une analyse stylistique de l'oeuvre, dans son sujet, sa composition et sa structure formelle. Mais l'authenticité n'a pu être étayée par une méthode objective (radiographie, spectrographie...).
- [23](#) (23) Radiographie, spectrographie... Sur ces méthodes, cf. J. Chatelain et F. Chatelain, *OEuvres d'art et objets de collection en droit français*, éd. Berger-Levrault, 1990, p. 156 ; N. Tomasini, *L'art et la loi*, éd. Cedat, 1999, p. 29 et s.
- [24](#) (24) J. Chatelain et F. Chatelain, op. cit., p. 156 ; cf. P. Malinvaud, note ss. Trib. gr. inst. Paris, 21 janvier 1976, D. 1977, p. 478.
- [25](#) (25) Sauf à envisager que, au 10 décembre 1996, ils n'avaient pas encore eu connaissance de la lettre et des articles mettant en doute l'authenticité de l'oeuvre, ce qui paraît peu probable.
- [26](#) (26) Versailles, 7 janvier 1987, D. 1987, préc., qui juge que les éléments de la cause révèlent que «lorsqu'elle a exercé son droit de préemption, la Réunion des Musées nationaux avait, sinon la certitude qu'il s'agissait d'un tableau de Nicolas Poussin, du moins la conviction que son origine était différente de celle mentionnée au catalogue».
- [27](#) (27) L'oeuvre est désormais considérée comme un authentique Poussin et après avoir été restituée par le musée du Louvre au vendeur, elle a été adjugée pour une somme excédant 7.000.000 F.
- [28](#) (28) Cass. civ. 1re, 13 janvier 1998, préc. note 8.
- [29](#) (29) Contra : J.-P. Couturier, chron. préc., p. 25 ; l'auteur estime que le doute n'est pas susceptible d'être objet de preuve faute d'être une qualité intangible et définitive.
- [30](#) (30) Cf. P. Malinvaud, note ss. Trib. gr. inst. Paris, 21 janvier 1976, D. 1977, p. 478 : l'auteur explique que, hormis l'hypothèse où elle est étayée par la preuve historique, «l'attribution d'un tableau ancien dépend fondamentalement de l'autorité intellectuelle de ceux qui la proposent». Cf. ég. R. Lindon, *Post-face au roman judiciaire du Poussin*, D. 1989, chron. p. 121 ; J. Ghestin, *L'authenticité, l'erreur et le doute*, Mélanges P. Catala, éd. Litec, 2001, p. 459.
- [31](#) (31) Cf. J. Chatelain, *L'objet d'art, objet de droit*, Études Flour, éd. Defrénois 1979, p. 65. L'auteur écrit : «l'analyse la plus fine peut le plus souvent, dans l'état actuel des choses, démontrer l'inauthenticité d'un objet mais non pas établir son authenticité».
- [32](#) (32) Cf. *Le journal des arts*, n° 45 du 10 octobre 1997. Cf. ég. Vincent Van Gogh, *Lettres à Théo* : «Je t'assure que cela m'intéresse énormément de faire des copies et que, n'ayant pour le moment pas de modèles, cela fera que pourtant je ne perdrai pas de vue la figure».
- [33](#) (33) Un pourvoi a été intenté par les consorts Vernes.
- [34](#) (34) La responsabilité du critique ne peut être engagée en l'absence de malveillance ou légèreté blâmable : cf. J. Ghestin, *Le droit interne français de la vente d'objets d'art et de collection*, in *La vente internationale d'oeuvres d'art*, colloque des 11-13 avril 1985, Faculté de droit, Université de Genève, *Institute of International Business Law and Practice*, p. 134.
- [35](#) (35) Cf. P. Malinvaud, chron. préc., n° 12.

### **Document n° 6 : Civ. 1, 28 mars 2008 (aff. Monet)**

Sur le premier moyen, pris en ses deux premières branches :

Vu les articles 1109 et 1110 du code civil ;

Attendu que le 10 septembre 1984, Daniel X..., agissant pour le compte de la société du même nom, a acquis auprès de Mme Y..., au prix de 300 000 dollars US, un portrait de Claude Monet réalisé par John Singer Sargent ; que le 13 mai 1985, la société X... a assigné la venderesse en nullité de la vente pour erreur sur la substance, trois experts, spécialistes des oeuvres du peintre américain, ayant émis des doutes sur l'authenticité de l'oeuvre ; que par acte du 11 mars 1986, les parties ont signé une transaction confirmant la vente à moitié prix du tableau attribué à Sargent par sa propriétaire, celle-ci prenant acte de l'intention de la société d'en faire donation à l'Académie des beaux-arts pour être exposé au musée Marmottan ; qu'en 1996, Mme Y... constatait que le tableau avait été inséré dans la nouvelle édition du

catalogue raisonné des œuvres de Monet, publié par l'Institut X... et rédigé par Daniel X..., comme étant un autoportrait du peintre ; qu'elle a alors assigné les susnommés en annulation de la vente et de la transaction pour erreur sur la substance et pour dol ; que l'arrêt attaqué l'a déboutée de ses demandes ; Attendu que pour rejeter la demande en nullité pour erreur sur la substance l'arrêt énonce que le doute apparu sur la paternité de l'œuvre en raison du refus de trois experts d'attribuer celle-ci à Sargent justifiait l'acceptation de Mme Y... de rembourser la moitié du prix à l'acquéreur, lequel avait accepté de s'en dessaisir au profit de l'Académie des beaux-arts ; qu'en confirmant la vente intervenue alors que l'attribution à Sargent était incertaine, les parties étaient convenues de ne pas faire de cette attribution une qualité substantielle du bien et qu'ayant accepté l'aléa sur l'auteur du tableau objet de la vente Mme Y... ne pouvait prétendre avoir contracté dans la conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être de la main de Claude Monet, l'attribution à ce peintre, intervenue postérieurement n'étant en rien exclue ; qu'au surplus, la preuve qu'il s'agirait d'une œuvre de Claude Monet n'est pas rapportée, le seul fait que le tableau ait été attribué à ce peintre pour la première fois dans la réédition de 1996 du catalogue raisonné qui lui a été consacré étant insuffisant en l'absence de toute étude critique et certains jugeant cette attribution peu convaincante tant au point de vue formel qu'au point de vue historique puisqu'elle ne figurait pas dans l'inventaire de la succession du peintre ; Qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer en quoi la réduction du prix n'était pas exclusive de l'attribution possible du tableau à un peintre d'une notoriété plus grande que celle de Sargent, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres griefs : CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 septembre 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Paris

### **Document n° 7 : Civ. 1, 20 oct. 2011**

LA COUR - (...)

Sur le moyen unique :

- Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Paris, 21 sept. 2010), rendu sur renvoi après cassation (Cass. 1re civ., 31 oct. 2008 : Bull. civ.2008, I, n° 246), que lors d'une vente aux enchères publiques organisée, le 14 décembre 2004, par la société Daguerre et dirigée par M. R., commissaire-priseur, assisté de M. D., expert, les époux P. ont été déclarés adjudicataires, au prix de 1 204 347,20 euros, d'un meuble mis en vente par la Fondation nationale des arts graphiques et plastiques (FAGP) et présenté au catalogue sous les mentions suivantes : "table à écrire en marqueterie Boulle et placage ébène. Elle s'ouvre à deux tiroirs sur les côtés et repose sur des pieds fuselés. Riche ornementation de bronze ciselé et doré à décor masques rayonnants, rosaces, frises de fleurs et de feuilles, sabots feuillagés. Estampillé C.I. B. et J.M.E., époque Louis XVI (accidents et restaurations) H.79 cm. L.93 cm. P.63 cm, mise à prix 60/80 000 francs" ; que soutenant avoir découvert que le meuble avait été transformé au XIXe siècle et non simplement restauré, les époux P. ont poursuivi l'annulation de la vente et recherché la responsabilité du commissaire-priseur et de l'expert (...)

- Mais attendu qu'après avoir constaté que l'installation de la marqueterie incontestée Boulle sur ce meuble d'époque Louis XVI et l'estampille C.I. B. constituaient son originalité, la cour d'appel a estimé que les époux P. s'en étaient portés acquéreurs en considération de ces éléments, comme de la provenance du meuble issu de la collection Salomon de Rothschild ; que ces constatations et appréciations souveraines suffisent à justifier légalement la décision ; que le moyen n'est pas fondé (...)

Par ces motifs : Rejette le pourvoi

### **Note Y.-M. Serinet**

Des fresques de la nef romane de Cazenoves au tableau-piège Mon petit déjeuner 1972 de Daniel Spoerri, en passant par l'affaire du Poussin sur la toile Olympos et Marsyas, de longue date la vente d'œuvres d'art et d'antiquités a servi de décor à quelques-unes des plus célèbres suites jurisprudentielles sur l'erreur (M. Fournier, La protection des parties dans les ventes d'antiquités et d'objets d'art : thèse Dijon, 1936 ; J. Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel : thèse Paris, préf. J. Boulanger, t. 41, 2e éd., LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 1971 ; S. Lequette-de Kervenoaël, L'authenticité des œuvres d'art : thèse Paris I, préf. J. Ghestin, t. 451, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé

2006). C'est au tour d'un meuble d'époque, en l'occurrence une table à écrire vendue comme étant d'époque Louis XVI en marqueterie Boulle et placage ébène, de susciter l'intervention à répétition de la Cour régulatrice.

Le 14 décembre 2001, une vente aux enchères publiques était organisée par la société Daguerre salle 4 de l'Hôtel Drouot et dirigée par Me Renaud, commissaire-priseur, assisté de M. Derouineau, expert. Une trentaine de lots d'origine prestigieuse étaient présentés provenant de l'hôtel du baron Salomon de Rothschild, rue Berryer. Lors de la vente, un couple célèbre se disputa avec un antiquaire parisien le lot numéro 120. Les époux Pinault furent finalement déclarés adjudicataires au prix de 1 204 347,20 euros d'un meuble mis en vente par la Fondation nationale des arts graphiques et plastiques et présenté au catalogue sous les mentions suivantes : « table à écrire en marqueterie Boulle et placage ébène. Elle s'ouvre à deux tiroirs sur les côtés et repose sur des pieds fuselés. Riche ornementation de bronze ciselé et doré à décor masques rayonnants, rosaces, frises de fleurs et de feuilles, sabots feuillagés. Estampillé C.I. B. et J.M.E., époque Louis XVI (accidents et restaurations) H.79 cm. L.93 cm. P.63 cm, mise à prix 60/80 000 francs ».

Arguant de ce qu'ils n'avaient acquis la table à ce prix qu'en considération de sa facture prestigieuse mais découvert ensuite qu'elle avait en fait été reconstituée à partir d'éléments postérieurs, les époux Pinault ont poursuivi l'annulation de la vente sur le fondement de l'erreur sur les qualités substantielles et de la garantie des vices cachés (moyen ultérieurement abandonné) et recherché la responsabilité de la Fondation nationale des arts graphiques et plastiques, venderesse, ainsi que de l'organisateur de la vente, du commissaire-priseur et de l'expert ayant procédé ou apporté leur concours au contrat. Tel est le point de départ de cette procédure dont la première chambre civile de la Cour de cassation vient définitivement de refermer le dossier en défaveur des acquéreurs. Elle a en effet jugé qu'« après avoir constaté que l'installation de la marqueterie incontestée Boulle sur ce meuble d'époque Louis XVI et l'estampille C.I. B. constituaient son originalité, la cour d'appel a estimé que les époux P. s'en étaient portés acquéreurs en considération de ces éléments, comme de la provenance du meuble issu de la collection Salomon de Rothschild », en sorte que « ces constatations et appréciations souveraines suffisent à justifier légalement la décision » de refuser l'annulation.

Pris isolément, l'arrêt rapporté pourrait n'apparaître que comme une application de plus de la conception subjective de l'erreur sur la substance. Son approche orthodoxe des qualités déterminantes du consentement, l'abandon de leur appréciation souveraine aux juges du fond et le fait qu'il s'agisse d'un arrêt de rejet (Ph. Malinvaud, De l'erreur sur la substance : D. 1972, chron. p. 215) plaident en ce sens. Il acquiert cependant une autre dimension si on le replace dans son contexte à la fois chronologique et prétorien.

Pour cette raison, on ne saurait faire l'économie de l'analyse juridique des enseignements délivrés par les précédentes décisions rendues dans l'espèce (1). Il sera alors permis d'apprécier pleinement l'inflexion que marque ce dernier arrêt dans la construction du régime de l'erreur (2).

### **1. Résumé des précédentes saisons judiciaires**

Si la vente de la commode Boulle a pu revenir une seconde fois devant la première chambre civile de la Cour de cassation c'est parce que, sur renvoi, la cour d'appel de Paris a refusé de s'incliner devant la censure (A) en maintenant *ne varietur* sa première analyse (B). Contraires par la solution, les décisions respectives des deux juridictions l'ont également été dans l'approche.

La censure de la première chambre civile de la Cour de cassation. - Après que l'expert commis eut reconnu que la table litigieuse correspondait bien à la description du catalogue et du procès-verbal de vente mais estimé, une fois démontée, qu'elle avait subi une « transformation au XIX<sup>e</sup> siècle à la suite d'accidents ou de remise au goût du jour », la cour d'appel de Paris, dans un arrêt confirmatif en date du 12 juin 2007, avait néanmoins débouté les acquéreurs. Pour écarter la nullité, il avait été retenu que, malgré les restaurations et réparations intervenues un siècle plus tard, le meuble devait être considéré comme étant de l'époque Louis XVI, n'ayant pas été reconstitué au XIX<sup>e</sup> siècle mais seulement réparé pour en consolider les parties les plus faibles sans que ces interventions remettent

en cause son authenticité et que les acheteurs « férus de ventes d'objets d'art » et assistés de leur expert personnel n'avaient pu se méprendre sur la portée de ces mentions et sur la réelle qualité du meuble alors d'autant plus que la mise à prix était modeste.

Apparemment solide, ce raisonnement n'a pas convaincu la Cour de cassation pour qui, « en statuant ainsi, alors qu'elle constatait par ailleurs que la table avait été transformée au XIXe siècle à l'aide de certaines pièces fabriquées à cette époque, qu'il s'agisse d'éléments des pieds, des chants des tiroirs, du placage du plateau du dessus et de certains bronzes, de sorte que les mentions du catalogue par leur insuffisance, n'étaient pas conformes à la réalité et avaient entraîné la conviction erronée et excusable des acquéreurs que bien que réparé et accidenté ce meuble n'avait subi aucune transformation depuis l'époque Louis XVI de référence », la cour d'appel avait méconnu l'[article 2, alinéa 2, du décret n° 81-255 du 3 mars 1981](#) et l'[article 1110 du Code civil](#) (Cass. 1re civ., 30 oct. 2008, n° 07-17.523 : [JurisData n° 2008-045573](#) ; Bull. civ. 2008, I, n° 246 ; D. 2009, p. 990, note L. Mauger-Vielpeau ; RTD com. 143, obs. F. Pollaud-Dulian).

Chacun sait l'importance des mentions du catalogue dans les ventes publiques d'oeuvres d'art ou d'objets de collection (F. Labarthe, La valeur contractuelle du catalogue dans les ventes volontaires de meubles aux enchères publiques : D. 2011, p. 1779). La plupart des décisions rendues en la matière s'y réfèrent pour déterminer la définition contractuelle de l'objet selon l'intention des parties au moment de la mise à prix afin d'y déceler la présence d'une clause de garantie ou de non-garantie formelle (J. Ghestin et Y.-M. Serinet : Rép. civ. Dalloz, V° Erreur, 2006, n° 257 et s.). Un [décret n° 81-255 du 3 mars 1981](#) (mod. par [D. n° 2001-650, 19 juill. 2001](#)) s'est d'ailleurs efforcé d'écartier les ambiguïtés terminologiques habituelles en fixant le sens des formules usuelles censées traduire une garantie d'auteur ou une garantie d'époque.

L'article 2 de ce texte a précisément servi de point d'appui à la première chambre civile pour justifier la cassation. Celui-ci dispose que « la dénomination d'une oeuvre ou d'un objet, lorsqu'elle est uniquement et immédiatement suivie de la référence à une période historique, un siècle ou une époque, garantit l'acheteur que cette oeuvre ou cet objet a été effectivement produit au cours de la période de référence. Lorsqu'une ou plusieurs parties de l'oeuvre ou objet sont de fabrication postérieure, l'acquéreur doit en être informé ». Aussi, en se contentant de mentionner « époque Louis XVI (accidents et restaurations) » sans faire état des « transformations » de la table au XIXe siècle, les mentions du catalogue, par leur insuffisance, n'auraient pas été conformes à la réalité. Il est intéressant de souligner que la Cour régulatrice envisage alors moins les qualités expressément convenues dans le document précontractuel que ses lacunes, sauf à considérer que l'absence de transformations, qualité négative, y ait été implicitement convenue. Où l'on comprend qu'un défaut d'information du catalogue pourrait être à l'origine de sa non-conformité et provoquer l'erreur...

La résistance de la cour d'appel de Paris. - Saisie sur renvoi, la cour d'appel de Paris a refusé de s'incliner (CA Paris, 21 sept. 2010, RG 08/21208 : [JurisData n° 2010-025033](#) ; [JCP G 2011, act. 1194](#) ; D. 2011, p. 141, note L. Mauger-Vielpeau ; Journal des Arts 22 oct. 2010, n° 333, p. 23, note J.-M. Schmitt).

Son analyse s'inscrit d'abord dans une autre démarche. Les juges du fond ont mis en avant la conception essentiellement subjective de la substance sans négliger que l'appréciation de la détermination du consentement puisse se faire en tenant compte de l'opinion commune. Selon eux, il s'infère de l'[article 1110, alinéa 1, du Code civil](#) qu'« il appartient à l'acheteur arguant de son erreur d'établir le caractère, pour lui substantiel, des qualités qu'il n'a pas trouvées dans l'objet acheté ». En d'autres termes, « il convient d'imposer à celui qui excipe d'une erreur sur la substance de la chose vendue l'obligation de justifier de son véritable état d'esprit au moment du contrat et de faire clairement ressortir qu'il avait en vue, dans la chose acquise, telles ou telles qualités objectives qui, formant la cause impulsive de sa volonté, ont déterminé son consentement » étant entendu « qu'à cet égard, l'époque ou l'ancienneté des oeuvres d'art sont généralement considérées comme des qualités substantielles ».



Elle part ensuite d'un constat factuel différent. Relevant que l'expert était d'avis que la table, en partie du XVIII<sup>e</sup> siècle, présentait des manques, des restaurations et une transformation, la cour d'appel de Paris a observé qu'il n'expliquait cependant pas « si ce qu'il regarde finalement comme des "transformations" a modifié ou altéré la forme et le style originels du meuble ». Pour elle, « la dénomination de l'oeuvre et la référence à la période historique portées au catalogue sont donc exactes », au regard des exigences de [l'article 2 du décret du 3 mars 1981](#) dès lors que la mention « accidents et restaurations », exprimée au pluriel, suivait immédiatement l'époque de référence qui n'était donc pas l'« unique » précision apportée à la dénomination de l'oeuvre. Surtout, les consorts Pinault ne démontraient aucunement avoir « consenti à la vente en considération de la seule intégrité matérielle de la table prise en son entier et avec la volonté d'acquérir un meuble conservé dans son état d'origine et que formaient, pour eux, les qualités substantielles de la chose, non seulement son authenticité mais également l'absence de toute altération ». Les mentions de la notice descriptive du meuble et l'expression « en l'état » prononcée par le commissaire-priseur lors de la vente auraient dû éveiller l'attention des acheteurs d'autant que la modicité de l'estimation était de nature à introduire un aléa dans le champ contractuel. En réalité, les acheteurs s'étaient décidés en fonction de la qualité et l'authenticité de la marqueterie, du renom d'André Charles B., de l'estampille de Charles Joseph D. et de l'origine du meuble qui provenait de la collection de la baronne Salomon de Rothschild, ce que d'autres acquisitions (un socle et un bureau Mazarin en marqueterie Boulle) effectuées par eux au cours de la même vente publique confirmaient.

Les acquéreurs, naturellement déçus, ont à nouveau saisi la Cour régulatrice d'un pourvoi en un moyen unique divisé en sept branches qui s'appuyait tant sur le premier arrêt de cassation que sur la combinaison de [l'article 1110 du Code civil](#) et de [l'article 2 du décret du 3 mars 1981](#). C'est ce pourvoi que la première chambre civile vient de rejeter.

## 2. Dénouement juridique du dernier épisode

Bien qu'il se repose entièrement sur l'appréciation souveraine des juges du fond, l'arrêt de rejet du 20 octobre 2011 est riche d'enseignements pour ce qu'il dit, « en creux », sur la méthode de révélation de l'existence de l'erreur (A) et quant au mode de sélection des qualités substantielles (B).

La méthode de révélation de l'existence de l'erreur. - Là où, en 2008, la première chambre civile sanctionnait une non-conformité du catalogue, elle en revient trois ans plus tard à la prise en compte de l'erreur de l'acheteur. Entre les deux décisions, il y a bien un changement de perspective. Ce ne sont plus les mentions du document précontractuel qui sont comparées avec la réalité mais la réalité que l'on confronte à la conviction de l'acheteur (G. Vivien, De l'erreur déterminante et substantielle : RTD civ. 1992, p. 305, spéc. n° 28, qui indique que la confrontation doit se faire dans ce sens).

Ce retour au classicisme vient stopper une inflexion de la jurisprudence sur les ventes d'objets d'art (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 nov. 2005, n° 03-20.597 : [JurisData n° 2005-030716](#) ; Bull. civ. 2005, I, n° 412 ; [JCP G 2006, II, 10092](#), note J. Ickowicz, seconde censure dans l'affaire Spoerri. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 févr. 2007, n° 02-13.420, n° 03-21.179 : [JurisData n° 2007-037657](#) ; Bull. civ. 2007, I, n° 90 ; [JCP G 2007, I, 195](#), n° 6, obs. F. Labarthe ; [Contrats, conc. consom. 2007, comm. 146](#), note L. Leveneur, affaire de la statue de Sesostris III). À plusieurs reprises, la Cour de cassation avait en effet paru déduire de la seule inexactitude des mentions du catalogue l'ensemble des caractères propres à faire sanctionner l'erreur par le droit, absorbant ainsi dans l'élément conventionnel toutes les autres composantes de son régime. Il en résultait une certaine automaticité dans la sanction, correspondant à l'apogée de la conception conventionnelle de la notion, sans qu'il faille nécessairement y voir le signe de son objectivisation (V. cependant, F. Labarthe : D. 2011, p. 1779, n° 25, et s.) puisque le contrat en tant que donnée objectivement saisissable cristallise aussi l'intention subjective des parties (G. Vivien, op. cit., n° 56, et s.).

À propos d'un décor de scène réalisé pour la pièce Tristan fou sur l'idée de Salvador Dali, la Cour de cassation avait ainsi pu approuver une décision qui relevait que « s'il était bien fait mention de l'existence d'un décor de scène, il n'était pas indiqué que l'oeuvre mise en vente était seulement une partie de celui-ci et non une oeuvre réalisée par Dali lui-même, intégrée dans ce décor, que le certificat établi par M. A., qui précisait qu'il s'agissait d'une création originale avec intervention de la main de l'artiste, n'y était pas reproduit et qu'il était au contraire indiqué que l'oeuvre vendue était un "tableau" »

ce qui, s'agissant d'une simple partie de châssis de coulisse, était inexact » pour en déduire que « par leur insuffisance les mentions du catalogue avaient entraîné la conviction erronée de l'acquéreur, que l'oeuvre en cause était certainement de la main de l'artiste (...) et a prononcé à bon droit la nullité de la vente pour erreur sur les qualités substantielles de la chose vendue » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 sept. 2008, n° 06-20.298, n° 06-21.254 : [JurisData n° 2008-045177](#) ; Bull. civ. 2008, I, n° 217). Soit une formule quasiment jumelle de celle adoptée, dans la présente affaire, un mois auparavant.

Une forme d'absorption de l'ensemble des caractères de l'erreur par le contenu du contrat se dessinait alors. Effacement de l'élément psychologique puisque la convention qui d'ordinaire joue un double rôle dans l'application de l'[article 1110 du Code civil](#) en permettant d'établir, au plan probatoire, la détermination du consentement et de définir, sur le fond, les qualités promises (J. Ghestin et Y.-M. Serinet, op. cit., n° 251), se trouve ici prise en compte pour elle-même et quasi exclusivement au risque de fonder le vice du consentement dans une banale et mécanique non-conformité. Effacement de l'élément moral puisque, dans cette conception, l'insuffisance du contenu contractuel, comme la réticence dolosive, rendrait toujours l'erreur excusable.

Remettre l'accent sur la dimension psychologique de l'erreur dont l'appréciation *in concreto* appartient aux juges du fait, c'est rappeler que celle-ci reste avant tout un vice du consentement. Ni l'objectif de moralisation des relations contractuelles, par le truchement de l'erreur inexcusable, ni le souci de respecter la confiance créée par la parole donnée et la sécurité des conventions, en se référant au contenu du contrat, ne disparaissent pour autant (J. Ghestin, thèse préc., sur la conciliation de ces trois ordres de préoccupations). Simplement, il n'y a plus lieu de s'interroger sur le caractère excusable de la méprise ni de vérifier que le cocontractant a effectivement promis la qualité manquante si, par ailleurs, ce qu'on allègue comme une fausse représentation de la réalité n'a pu emporter la décision de contracter. Telle est bien, au demeurant, la raison pour laquelle on ne saura jamais si la qualité d'« amateurs éclairés » des époux Pinault leur aurait finalement interdit d'exciper d'une erreur.

Le mode de sélection de la qualité substantielle. - Sans doute le point névralgique de l'affaire se trouve-t-il ici.

On admet d'ordinaire facilement que le défaut d'authenticité vicie le consentement. Pour autant, l'authenticité demeure un concept complexe et relatif auquel il est illusoire de vouloir circonscrire, sans plus de précision, la volonté de l'acheteur. Selon les biens d'art en cause, la notion vise globalement des aspirations diverses : paternité, époque, origine... Son assimilation à l'identification de l'artiste qui en est l'auteur s'applique assez bien aux oeuvres picturales récentes ainsi qu'aux sculptures et toiles de grands maîtres mais convient moins aux tableaux anciens et paraît inadaptée au mobilier d'époque ainsi qu'aux antiquités pour lesquelles on tiendra davantage compte de l'époque ou du lieu. Des facteurs de complication résultent encore du processus de création (oeuvre de collaboration, d'atelier, réalisée en brevet), de l'existence de tirages multiples, ou d'une éventuelle conservation, restauration, reconstitution ou transformation (S. Lequette-de Kervennoaël, thèse préc., n° 111 et s., n° 140 et s., et n° 159, et s.).

Précisément, les précédentes étapes de la discussion avaient consisté à s'interroger sur la valeur de la mention « accidents et restaurations » portée au catalogue. Entre la restauration, compatible avec l'authenticité de l'oeuvre, et la transformation, qui la dénature en la rendant apocryphe (S. Lequette-de Kervennoaël, thèse préc., n° 152-153), il y a plus une différence de degré que de nature. L'intérêt de la présente décision est de montrer que, sur le terrain de l'erreur, la question se pose en des termes différents car tout dépend de l'identification et de la précision de la qualité qui a préalablement été sélectionnée comme support de la conviction déterminante (G. Vivien, op. cit., n° 10, et s. ; et n° 18, et s.). Or, les motivations qui conduisent à l'achat d'un tableau ou d'un meuble sont très diverses : notoriété de l'artiste, valeur esthétique de l'oeuvre, cote s'il s'agit d'un placement, généalogie de la pièce..., la provenance de la collection Salomon de Rothschild étant ici revendiquée comme l'un des mobiles de l'acquisition. Pour que l'erreur ne soit pas indifférente, encore faut-il qu'elle ne porte pas sur de simples motifs extérieurs à l'objet.

En concédant que les acheteurs n'aient pu avoir en vue que les éléments déterminant l'originalité de la commode Boule (installation d'origine de la marqueterie, époque Louis XVI et estampille Dufour) à l'exclusion d'autres considérations qui eussent pu décider de son authenticité au sens large (l'intégrité matérielle du meuble), la Cour régulatrice reconnaît bien que la sélection des qualités substantielles est affaire de psychologie et d'espèce. Elle ne s'abandonne pourtant pas à une définition objective ou abstraite de la substance puisqu'il est fort probable qu'une telle approche aurait ici conduit à tenir pour décisive, chez l'homme commun averti de simples restaurations, une absence de transformation du meuble selon des techniques et avec des matériaux autres que ceux choisis par l'ébéniste d'origine.

**Document n° 7 bis : Civ. 3, 9 juin 2010, n° 08-13969.**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1110 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 5 février 2008), que les consorts X... ont cédé par acte authentique du 20 mai 2003 à M. Y... leurs droits indivis sur un terrain situé à Val-d'Isère ; que l'acte mentionnait l'existence de divers recours et d'un pourvoi contre un permis de construire et son modificatif délivrés en 1995 "en raison du caractère avalancheux de la route permettant l'accès audit immeuble" ; que M. Y... a déclaré dans l'acte faire son affaire personnelle de ces procédures et s'obliger à en supporter toutes les conséquences quelles qu'elles soient, sans recours contre les vendeurs ; qu'après l'annulation le 9 juillet 2003 par le Conseil d'Etat du permis de construire et de son modificatif comme entachés d'une erreur manifeste d'appréciation au regard des risques d'avalanche sur le terrain, M. Y... a assigné les consorts X..., principalement en résolution de la vente pour vice caché tenant au caractère inconstructible du terrain, et subsidiairement en nullité de la vente pour erreur sur la qualité substantielle de la chose et absence de cause ;

Attendu que, pour prononcer la nullité de la vente pour erreur sur les qualités substantielles de la chose, l'arrêt retient que n'ayant pas connu et accepté le risque que le terrain soit jugé totalement inconstructible, M. Y... est bien fondé à invoquer son erreur sur une qualité substantielle de la chose vendue ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si en qualité d'architecte et de promoteur immobilier expérimenté dans la région de Val d'Isère, M. Y..., qui avait déclaré dans l'acte d'acquisition "connaître parfaitement le bien vendu", "avoir pris par lui-même tous renseignements relatifs aux règles d'urbanisme", faire son affaire personnelle de ces règles "la vente ayant lieu à ses risques et périls", ne s'était pas engagé en connaissance de cause, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE [...].

**Document n° 8 : Saint-Denis de la Réunion 6 octobre 1989, JCP E 1990,15835**

*Un contrat ayant pour objet la création et la rédaction d'un magazine est nul pour cause d'erreur sur la personne en application des articles 1109 et 1110 du Code civil, lorsqu'il apparaît que l'intention de l'une des parties de contracter avec une agence commerciale d'expérience et non avec une personne physique est la cause principale de la convention.*

LA COUR ;

- Il résulte de la procédure et des pièces produites qu'un contrat sous seing privé a été conclu le 23 septembre 1986 entre d'une part le « S.N.P.M.I. » représenté par M. Jean-Claude Pech, Président Régional et d'autre part « l'agence Flash 3 », représentée par Mme Micheline Le Maire. — Il n'était pas

précisé en quelle qualité Micheline Le Maire représentait cette agence, aucune mention relative au Registre du Commerce ne figurant dans la convention litigieuse. — Or il résulte des termes du contrat susvisé que l'objet de l'accord portait sur la création et la rédaction d'un magazine. — Par ailleurs Micheline Le Maire souscrivait le 15 novembre 1986, donc postérieurement à cet accord, une déclaration de création d'entreprise, en qualité de personne physique sous le nom commercial « Flash 3 » avec un effectif égal à zéro pour une activité principale d'écrivain. — L'article 632 du Code civil répute acte de commerce toutes entreprises d'agence. — La jurisprudence a admis que toute agence d'affaire quel que soit son objet (entremises quelconques) était commerciale. — Or l'article 7 du décret du 3 mai 1984 n° 84-406 édicté que tout commerçant doit demander son immatriculation au Registre du Commerce au plus tard dans les 15 jours du début de son activité au greffe dans le ressort où est situé son établissement. — C'est donc avec raison que l'appelant le S.N.P.M.I. soutient qu'il y a erreur sur la personne physique de son cocontractant, la qualification d'agence sous-entendant l'existence d'un nom commercial sous lequel exerce le commerçant alors qu'en réalité il s'agissait d'un début de l'activité professionnelle physique non commerçante. — Au terme des éléments du dossier il apparaît que l'intention du S.N.P.M.I. était de contracter avec une agence commerciale d'expérience et non avec une personne physique. Par suite il y a lieu à l'application des articles 1109 et 1110 du Code civil. Micheline Le Maire s'est en effet abritée derrière la dénomination « Agence » comme s'il s'agissait à tout le moins d'une enseigne commerciale, alors qu'elle ne pouvait le faire n'ayant pas qualité de commerçante ; Micheline Le Maire ne s'est, jamais considérée comme commerçante malgré le choix du nom d'agence et l'objet du contrat qui ne se limitait pas uniquement à l'activité d'écrivain comme elle l'a déclaré elle-même. — La validité du contrat se trouve affectée par cette erreur sur la personne dont la considération était cause principale de la convention et le jugement déféré sera donc infirmé et Mme Micheline Le Maire déboutée de ses demandes.

*Par ces motifs :* — La Cour statuant contradictoirement, publiquement, en matière civile, et en dernier ressort ; — Reçoit les appels, principal et incident, réguliers en la forme ; — Dit l'appel principal fondé et, — Infirme le jugement du Tribunal de Grande Instance de Saint-Denis en date du 15 décembre 1987 en toutes ses dispositions ; — Constate que le contrat liant les parties est nul pour cause d'erreur par application des articles 1109 et 1110 du Code civil ; — En conséquence déboute Mme Micheline Le Maire de ses demandes ;

**Document n° 9 : Cass. civ. 3, 16 décembre 2014, n° 14-14.168.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Fort-de-France, 24 janvier 2014), que, suivant document d'arpentage du 10 janvier 2000, une parcelle cadastrée K 2, dont Mme Maryse X... et M. Roy X... (les consorts X...) étaient propriétaires indivis, a été divisée en deux parcelles, la première supportant une maison d'habitation et la seconde un garage ; qu'aux termes d'un acte dressé le 3 avril 2001 par M. C..., notaire, membre de la SCP, les consorts X... ont vendu la parcelle cadastrée K 2 à Mme Y... ; que, faisant valoir que la vente ne portait en réalité que sur la parcelle supportant la maison, Mme X... a assigné Mme Y..., M. C... et la SCP en nullité de la vente et en indemnisation de son préjudice ; que M. X..., assisté de son curateur, est intervenu à l'instance ; [...]

Mais sur le premier moyen :

Vu les articles 1109 et 1110 du code civil ;

Attendu que pour rejeter la demande des consorts X... en nullité de la vente, l'arrêt retient que les vendeurs qui avaient fait procéder à la division du terrain étaient les mieux à même de relever l'erreur de désignation du bien vendu et ne pouvaient opposer leur propre carence à l'acquéreur ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'erreur portait sur l'objet même de la vente et faisait obstacle à la rencontre des consentements de sorte que, fût-elle inexcusable, elle entraînait l'annulation de la vente, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE [...].

## Document 10 : Soc., 3 juill. 1990

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Vu l'article 1110 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué que la société Cart Expert, admise au règlement judiciaire par jugement du 30 mars 1984 et autorisée à poursuivre son exploitation, a, assistée du syndic M. Y..., engagé à compter du 21 mai 1984 M. Z... en qualité de directeur ; que le 27 juillet 1984, l'employeur a immédiatement mis fin aux fonctions du salarié en invoquant par un courrier ultérieur la découverte du fait que M. Z... avait caché, lors de son embauche, que le 25 avril 1984 une société, dont il était alors le président-directeur général, avait été mise en liquidation de biens et que cette information aurait été de nature à faire écarter sa candidature au poste de directeur de la société Cart Expert ; que M. Z... a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement des indemnités de rupture et de congés payés et de paiement de salaires, la société introduisant de son côté une demande d'annulation du contrat ;

Attendu que pour prononcer l'annulation du contrat de travail et débouter M. Z... de sa demande l'arrêt attaqué, qui a joint les deux instances, après avoir dit que le dol du salarié n'est pas établi, énonce que les circonstances dans lesquelles a été recruté M. Z... et les qualités qui ont été alors mises en avant en ce qui le concerne, montrent suffisamment que la considération de la personne a été la cause principale de l'engagement de Cart Expert X... et de son syndic à l'égard de M. Z..., et que l'erreur sur sa personne doit donc entraîner la nullité du contrat de travail ;


Attendu cependant que l'erreur n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable ; que l'arrêt relève que la société Cart Expert et son syndic avaient été informés par le candidat lui-même qu'il avait été président-directeur général d'une société dont le nom était donné dans le curriculum vitae appuyant cette candidature, et qu'ils ne s'étaient pas renseignés plus complètement sur le candidat directeur et n'avaient pas procédé à des investigations plus poussées qui leur auraient permis de découvrir que M. Z... venait de déposer le bilan de cette société aussitôt mise en liquidation de biens ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas tiré de ses propres énonciations, desquelles résultait la faute inexcusable de la société Cart Expert X... et de son syndic, les conséquences juridiques qui en résultaient ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 novembre 1986, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles (...)

### Observations J. Mestre

Après un intéressant arrêt de la cour d'appel de ◀ Saint-Denis-de-La-Réunion ▶ (6 oct. 1989, cette *Revue* 1990.647 ) , voici une autre décision, cette fois rendue par la *chambre sociale de la Cour de cassation* (3 juill. 1990, *Bull. civ. V*, n° 329, p. 197), confrontée au délicat problème de l'◀ **erreur** ▶ sur la personne du cocontractant. En l'espèce, une société, admise au règlement judiciaire par un jugement du 30 mars 1984 et autorisée à poursuivre son exploitation, avait engagé, à compter du 21 mai 1984, M. R. en qualité de directeur. Or, le 27 juillet suivant, elle mettait brutalement fin aux fonctions de ce salarié en expliquant, dans un courrier ultérieur, qu'elle avait appris que, lors de son embauche, M. R. avait caché que, le 25 avril précédent, avait été mise en liquidation des biens une société dont il était alors le président-directeur général ! M. R. saisit alors la juridiction prud'homale d'une demande en paiement des indemnités de rupture et de congés payés et de salaires, tandis que, de son côté, la société introduisait une demande d'annulation du contrat. Or, les juges du fond accueillirent cette dernière prétention : après avoir indiqué le dol n'était pas établi, ils observèrent que les circonstances dans lesquelles avait été recruté M. R. et les qualités qui avaient été alors mises en avant en ce qui le concernait, montraient suffisamment que la considération de sa personne avait été la cause principale de son engagement, et que l'◀ **erreur** ▶ commise sur elle devait donc entraîner la nullité du contrat de travail. Mais la chambre sociale les a finalement censurés sous le visa de l'article 1110 du code civil, au terme d'une motivation qui mérite, pour être clairement analysée, d'être intégralement reproduite : « attendu cependant que l'◀ **erreur** ▶ n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable ; que l'arrêt relève qu'une société C. et son syndic avaient été informés par le candidat lui-même qu'il avait été président-directeur général d'une société dont le nom était donné dans le *curriculum vitae* appuyant cette candidature, et qu'ils ne s'étaient pas renseignés plus complètement sur le candidat directeur et n'avaient pas procédé à des investigations plus poussées qui leur auraient permis de découvrir que M. R. venait de déposer le bilan de cette société aussitôt mise en liquidation des biens ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas tiré de

ses propres énonciations, desquelles résultait la faute inexcusable de la société C. et de son syndic, les conséquences juridiques qui en résultaient ».

De cette motivation, paraissent bien se déduire deux messages.

Le premier, implicite, est que l'« erreur » sur le passé professionnel du salarié était bien pour le cocontractant, dans ces circonstances là, une « erreur » sur la personne, cause de nullité du contrat dans les termes de l'article 1110. Ce point mérite d'être relevé car, si la jurisprudence a bien admis de prendre en considération, à côté de l'« erreur » sur l'identité physique du cocontractant et de celle sur son identité civile, l'« erreur » sur ses qualités substantielles (cf. B. Petit, *J.-Cl. civil*, art. 1110, 1989, n° 36 et s.), force est de constater qu'elle l'a fait jusqu'à présent avec beaucoup de parcimonie : ainsi, par exemple, l'« erreur » sur la solvabilité n'est que rarement retenue (V. cependant, Reims, 18 déc. 1985, *Juris-Data* n° 44108, dans le cas d'une vente à crédit d'un fonds de commerce) et celle sur les (mauvais) antécédents judiciaires du cocontractant diversement reçue (cf. les décisions au demeurant très rares, rapportées par notre collègue B. Petit, *op. cit.* n° 42). Toutefois, on s'en souvient, la cour d'appel de « Saint-Denis-de-La Réunion » (6 oct. 1989) avait récemment accepté d'annuler un contrat publicitaire parce que l'entreprise qui l'avait souscrit avait cru à tort que l'autre partie était un professionnel averti et s'était donc émue après coup de son absence d'expérience. Ici, au contraire, c'est, si l'on ose dire, la trop grande expérience du salarié dans le domaine de la liquidation des biens qui, apprise après la conclusion de l'acte, avait inquiété l'entreprise... Mais la qualification d'« erreur » sur la personne se justifiait tout autant dans la mesure, surtout, où l'employeur était en règlement judiciaire et donc, par hypothèse, soucieux d'éviter une conversion en liquidation de biens...

Cependant, l'annulation n'a pas été prononcée car - second message cette fois explicite de la Cour de cassation - une telle « erreur » était inexcusable de la part d'un employeur auquel le salarié avait révélé, lors de son embauche, qu'il avait été dirigeant d'une société dont il avait expressément mentionné le nom dans son *curriculum vitae*. Ici, la position de la chambre sociale emporte moins facilement l'adhésion. Certes, il est de jurisprudence constante qu'un contractant ne saurait invoquer l'ignorance d'un élément qui lui aurait été facile de connaître (cf. encore cette *Revue* 1985.571), mais l'« erreur » commise par l'employeur revêtait-elle vraiment ici ce caractère inexcusable ? On peut en douter dans la mesure où les moyens d'informations mis à sa disposition n'étant pas aussi considérables que les sous-entend la chambre sociale, sauf pour cet employeur à faire du *Bulletin des annonces civiles et commerciales* sa lecture quotidienne ou du greffe du tribunal de commerce son interlocuteur permanent ! Et on ne saurait s'empêcher de penser que son informateur normal eût quand même été d'abord son cocontractant, dont la réticence n'était vraiment pas loin d'être dolosive : car dire, dans son *curriculum vitae*, qu'on est dirigeant d'une société sans ajouter qu'on l'a menée à la liquidation des biens, n'est-ce pas, sinon mentir, du moins taire le décisif et donc user de manœuvres pour amener l'autre à contracter ?

On ajoutera que, à l'heure où certaines méthodes d'investigation utilisées par les employeurs lors de l'embauche sont parfois contestées (numérologie, astrologie...) ou, tout au moins, juger excessives dans la prise finale de décision (graphologie), une telle jurisprudence ne peut cependant que renforcer leur détermination... Car, suggère clairement la chambre sociale, c'est bien à eux de prendre les devants, de sonder les coeurs et les reins, le passé et l'avenir, plutôt que s'en remettre aux révélations spontanées de leurs interlocuteurs, quitte d'ailleurs, le cas échéant, à se faire aider par des conseils en recrutement dont le rôle ne cesse aujourd'hui de croître et qui eux-mêmes, comme on va le voir à présent, peuvent soulever quelques problèmes juridiques, mais sous l'angle alors de l'incitation à contracter.

### **Document n° 11 : Civ. 3, 24 avril 2003 *Bull. civ.* III, n° 82.**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 13 septembre 2001), que les consorts X..., Y... et Z... ont acquis de la société des Parkings Jean Bart et de la société des Parkings Temple-Chapon des emplacements de stationnement destinés à l'exploitation publique dans un immeuble édifié en l'état futur d'achèvement ; qu'à la suite de difficultés tenant à la liquidation judiciaire de certains intervenants, et malgré des tentatives de conciliation, le projet n'a pu être mené à bien dans les conditions prévues à l'origine ; qu'alléguant l'erreur sur les qualités substantielles de la chose vendue, les acquéreurs ont sollicité

l'annulation de la vente et le paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que les consorts X..., Y... et Z... font grief à l'arrêt de rejeter les demandes d'annulation des contrats de vente et de limiter l'allocation de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1 / que lorsque la recherche d'avantages d'ordre fiscal participe de l'objet du contrat, la nullité de la convention est encourue si cet objectif n'a pas pu être atteint ; que, dans leurs conclusions d'appel, M. X..., Y... et Mlle Z... faisaient valoir que toute l'opération de vente de places de parking en état futur d'achèvement avait été conçue par le groupe JRH de manière à permettre aux acquéreurs "d'exploiter les parkings en bénéficiant du régime fiscal des Bénéfices industriels et commerciaux (BIC) après immatriculation au registre du commerce et des sociétés et de déduire de leurs revenus imposables une partie des pertes liées à l'acquisition et l'exploitation des emplacements ; qu'en estimant que seule une stipulation expresse du contrat de vente pouvait faire entrer le bénéfice de l'avantage fiscal dans le champ contractuel, cependant que la volonté des parties de tenir pour substantiel cet élément pouvait être établie par tout moyen, notamment en analysant l'économie de la convention, la cour d'appel a violé les articles 1109, 1110, 1116 et 1134 du Code civil ;

2 / que les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; que M. X..., M. Y... et Mlle Z... se prévalaient dans leurs écritures du rapport d'expertise judiciaire établi par M. A..., qui avait constaté que le bénéfice du régime fiscal des BIC était la "clef de voûte de l'opération", que "le mode opératoire proposé est essentiellement assis sur ses avantages fiscaux, largement mis en exergue" et que "c'est en ce sens que les investisseurs sont fondés à prétendre que le système fiscal inclus dans le montage en était partie intégrante et donc déterminant quant à la décision d'acquisition" ; qu'en affirmant que la possibilité de bénéficier d'un régime fiscal favorable ne constituait pas en l'espèce une condition de la convention, sans analyser, même sommairement, le rapport d'expertise judiciaire de M. A..., la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

3 / que la publicité commerciale, lorsqu'elle accompagne les offres faites au public, constitue un élément contractuel qui engage son auteur à l'égard de l'acceptant ; que, dans leurs conclusions d'appel, MM. X..., Y... et Mlle Z... faisaient valoir que la plaquette publicitaire proposée par le groupe JRH insistait sur le fait que le montage proposé aux acquéreurs d'emplacements de parking avait pour objet de procurer des avantages d'ordre fiscal ; qu'en se bornant à affirmer que les plaquettes publicitaires éditées par le groupe JRH n'avaient pas de caractère contractuel pour en déduire que les énonciations de ces documents ne pouvaient être pris en considération pour analyser la volonté des parties, sans préciser en quoi ces plaquettes seraient dépourvues de caractère contractuel, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

4 / qu'en énonçant, pour écarter les demandes des acquéreurs tendant à l'annulation des contrats de vente des emplacements de parking, que l'exploitation commerciale promise pouvait être mise en oeuvre, bien que les services annexes de lavage, d'entretien et de mécanique ne puissent être assurés, ce dont il résultait que les acquéreurs ne pouvaient, en l'absence de ces services, revendiquer le bénéfice du régime fiscal des BIC, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, violant ainsi les articles 1109, 1110, 1116 et 1134 du Code civil ;

5 / que la censure qui ne manquera pas d'intervenir sur le chef de dispositif de l'arrêt déboutant les acquéreurs de leur demande en annulation des contrats de vente et de prêt entraînera, par voie de conséquence et par application de l'article 625 du nouveau Code de procédure civile, la cassation du chef de dispositif de l'arrêt déboutant les mêmes de leur action tendant à ce que l'ensemble des intervenants à l'opération, d'investissement soient condamnés à leur payer respectivement à chacun, à titre de dommages et intérêts, les sommes de 965 997 francs (147 265,29 euros), 757 854 francs (115 534,10 euros) et 965 997 francs (147 265,29 euros), ainsi que les frais d'acquisition et d'emprunt et les frais liés à leur statut d'exploitants de parking ;

Mais attendu qu'ayant relevé que les consorts X..., Y... et Z... ne démontraient pas que l'assujettissement au régime des bénéfices industriels et commerciaux des revenus tirés de l'exploitation des emplacements de stationnement aurait été contractuellement stipulé lors de leur vente, et retenu que les plaquettes publicitaires éditées n'avaient pas de caractère contractuel, la cour d'appel, qui, ayant analysé les contrats de réservation et de vente, n'était pas tenue de prendre en considération les conclusions de l'expert judiciaire, a pu en déduire, abstraction faite de motifs surabondants relatifs à la possibilité de mise en oeuvre de l'exploitation commerciale des installations, faisant l'objet d'une indemnisation séparée, qu'il n'y avait pas lieu de prononcer l'annulation des contrats de vente, l'erreur sur un motif du contrat

extérieur à l'objet de celui-ci n'étant pas, faute de stipulation expresse, une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant ;  
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;  
PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

**Document 12 : Com. 11 avril 2012, Bull. civ. IV, n° 77**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 7 décembre 2010), que Mme X... a souscrit le 3 juillet 2002, pour financer l'acquisition d'équipements médicaux destinés à l'exercice de son activité d'infirmière libérale deux contrats de crédit-bail auprès de la société BNP Paribas et deux contrats de crédit-bail auprès de la société Lixxbail, ces quatre contrats représentant une charge totale mensuelle de 1 529,82 euros toutes taxes comprises ; que les matériels fournis par la société Formes et performances ont été livrés à Mme X..., qui a signé un procès-verbal de réception ; que cette dernière ayant cessé de payer les loyers à compter du mois de novembre 2003, la société Lixxbail lui a notifié la résiliation des contrats et fait procéder à la saisie des matériels qui ont été revendus pour la somme de 0,18 euro chacun ; que le tribunal d'instance a déclaré recevable l'opposition de Mme X... aux ordonnances d'injonction de payer prononcées à son encontre ; que devant le tribunal de grande instance, Mme X... a demandé l'annulation des contrats de crédit-bail, invoquant une erreur substantielle et recherché subsidiairement la responsabilité du crédit-bailleur pour manquement à ses obligations d'information et de conseil ;

Sur le premier moyen :

Attendu que Mme X... reproche à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande d'annulation des contrats conclus avec la société Lixxbail, alors, selon le moyen :

1°/ que constitue une qualité essentielle toute caractéristique du bien entrée dans le champ contractuel qui détermine son usage ; qu'en jugeant, pour débouter Mme X... de sa demande de nullité du contrat de crédit-bail que « Mme X... en faisant valoir que la colonne d'électrothérapie et la colonne bilan louées à la société Fores et performances ne répondaient pas à ses besoins dans son activité paramédicale d'infirmière en milieu rural, n'invoque aucune erreur sur les qualités substantielles de ces matériels » sans rechercher si la destination commerciale n'était pas inhérente aux biens donnés à bail et entrée dans le champ contractuel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1110 du code civil ;

2°/ que Mme X... faisait valoir, dans ses conclusions, que le matériel donné à bail ne pouvait être utilisé que par un médecin ; qu'en se bornant à juger pour débouter Mme X... de sa demande de nullité du contrat de crédit-bail que l'inadéquation du matériel « à ses besoins dans son activité para-médicale d'infirmière en milieu rural » n'était pas une qualité substantielle des biens objet du contrat litigieux, sans répondre à ce moyen déterminant, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant, à moins qu'une stipulation expresse ne l'ait fait entrer dans le champ contractuel en l'érigeant en condition du contrat ; qu'après avoir énoncé que l'erreur n'est une cause de nullité du contrat que lorsqu'elle porte sur les qualités substantielles de la chose qui en est l'objet, et que seule l'erreur excusable peut entraîner la nullité d'une convention, l'arrêt retient que Mme X..., en faisant valoir que les équipements litigieux ne répondaient pas à ses besoins dans son activité para-médicale d'infirmière en milieu rural, n'invoque aucune erreur sur les qualités substantielles de ces matériels, mais se borne à constater leur inadéquation à cette activité ; qu'ayant ainsi fait ressortir que l'erreur invoquée par le preneur ne portait pas sur les qualités substantielles des matériels litigieux, mais sur les motifs de leur acquisition, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer une recherche qui ne lui était pas demandée, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le second moyen (...)

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;



### **Document 13 : G. Loiseau, « Les vices du consentement », *Contrats Concurrence Consommation* n° 5, Mai 2016, dossier 3**

*Sommaire : Les vices du consentement ne sortent pas perturbés de la réforme du droit des contrats. Globalement, à l'exception du vice de violence qui devient un vice à deux têtes, la codification s'est faite à jurisprudence constante. Mais si la stabilité du droit dans la continuité de son adaptation par la jurisprudence est ce qui ressort, à première lecture, du texte de la réforme, il y a tout de même quelques nouveautés qui, pour certains vices et pour certains aspects de leur application, peuvent contribuer à une nouvelle existence des vices du consentement.*

1. - Dans le Code civil issu de la réforme du droit des contrats, les vices du consentement occupent un espace plus important que dans le Code Napoléon : quinze articles leur sont consacrés alors qu'ils n'en mobilisaient que dix à l'origine. Plus généralement, l'esprit est celui d'un renforcement des règles de protection du consentement, les dispositions relatives aux vices du consentement étant précédées d'un article sur l'existence du consentement rappelant l'exigence d'être sain d'esprit pour conclure un contrat. Le projet d'ordonnance était plus développé encore en insérant le devoir d'information parmi les règles traitant du consentement. Mais, dans le texte final, ce devoir a migré, pour une raison et une utilité qui restent obscures, dans la partie consacrée à la conclusion du contrat et plus particulièrement aux négociations.

Sous cette réserve, faut-il voir dans ce droit étoffé un élargissement à des règles nouvelles susceptibles de renforcer le dispositif de protection du consentement ? Globalement, à l'exception du vice de violence devenu un vice à deux têtes, ce n'est pas l'ambition des auteurs de la réforme. Pour l'essentiel, comme dans de nombreux autres champs du droit des contrats rénové, la codification s'est faite à jurisprudence constante. Autrement dit, ce sont les acquis de la jurisprudence qui ont été repris, et le cas échéant précisés, dans la nouvelle version du Code civil<sup>Note 1</sup>. Hommage du codificateur à l'oeuvre prétorienne, le sens de la démarche est emblématique du changement d'époque : quand, en 1804, le juge ne devait être que la bouche de la loi, la loi<sup>Note 2</sup> s'est faite en 2016 la bouche du juge.

2. - Sans doute, si le logiciel des vices du consentement n'a pas été modifié et a été principalement mis à jour, les auteurs de la réforme se sont tout de même accordés d'introduire quelques nouveautés dont il faudra, à l'épreuve du contentieux, mesurer la portée. Outre le dédoublement de la violence dans l'esprit de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, le texte comporte des dispositions communes à l'ensemble des vices du consentement. Il ne s'agit plus, comme dans l'actuel article 1109, de les décliner, mais de déterminer les conditions de leur effet sur la validité du contrat, en tant que cause de nullité relative<sup>Note 3</sup>. Il est dit, en particulier, à l'article 1130 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, que « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ». Et il est précisé, à l'alinéa 2 du même texte, que « *leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* ». Il faut comprendre par là qu'il y a des degrés dans la nocivité des vices du consentement et que tous ne sont pas des causes de nullité si l'effet induit sur le consentement de celui qui a été victime a été de contracter à des conditions différentes mais non pas « *substantiellement* » différentes. Cette exigence, qui figurait déjà dans le projet d'ordonnance, a été justement critiquée pour sa subjectivité et son exposition subséquente à des appréciations judiciaires variables<sup>Note 4</sup>. La communauté de ce texte liminaire à l'ensemble des vices du consentement se défait d'ailleurs s'agissant de la nouvelle manifestation de la violence tenant à l'abus d'un état de dépendance puisque le texte prévoit que cet abus doit conduire à obtenir du contractant un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence de la contrainte, sans égard donc pour la souscription d'un engagement à des conditions substantiellement différentes<sup>Note 5</sup>.

Bref, il y a quelques nouveautés dans l'ordonnance portant réforme du droit des contrats qui, pour certains vices et pour certains aspects de leur application, peuvent contribuer à une nouvelle existence des vices du consentement. Mais, du point de vue des choix de politiques juridiques appréhendant les atteintes à l'intégrité du consentement, ces évolutions demeurent dans le prolongement de la longue vie des vices du consentement. C'est, dans ces conditions, la stabilité du droit dans la continuité de son adaptation par la jurisprudence qui ressort, à première lecture, du texte de la réforme. Se remarquent ensuite des éléments nouvellement intégrés à la construction des vices du consentement qui donnent à voir que leur longue vie n'est pas exclusive d'une nouvelle existence.

## 1. La longue vie des vices du consentement

3. - Le choix des auteurs de la réforme a été de maintenir l'organisation du traitement des atteintes à l'intégrité du consentement au moyen de l'erreur, du dol et de la violence. Des modes alternatifs étaient envisageables et ont été proposés ; mais ils ont été écartés. Cet état des choses doit être regardé, non comme une fidélité aveugle à l'œuvre napoléonienne, mais comme la reconnaissance éclairée par l'expérience de l'utilité des trois vices du consentement au double point de vue de la justice sociale et de la sécurité juridique.

### A. - La persistance d'une trilogie inusable

4. - Si les vices du consentement installés depuis 1804 dans le Code civil ont été reconduits, cette permanence s'accompagne tout de même d'un travail d'actualisation pour intégrer dans la Loi commune des contrats les apports de la jurisprudence. Certaines de ces incorporations comptent plus que d'autres. Spécialement, si l'ordonnance de février 2016 consacre le principe de l'indifférence de l'erreur sur les motifs - à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement - il en écarte l'application dans le cas des libéralités. Dans les pas de la jurisprudence, il est admis que l'erreur sur les motifs peut être, en la matière, une cause de nullité. La précision est importante dans la mesure où les juges parvenaient jusqu'à présent au même résultat en se fondant sur l'absence de cause dans les contrats à titre gratuit, voie que la suppression de la cause a fermée<sup>Note 6</sup>.

5. - L'intérêt de la codification d'autres règles est de stabiliser des solutions prétoriennes en les précisant au besoin. On songe aussitôt à la définition donnée aux qualités essentielles sur lesquelles l'erreur doit avoir porté pour être une cause de nullité. La formule a évolué depuis le premier projet de réforme de la Chancellerie de 2008 et, en son dernier état, elle concilie avec rigueur la prise en compte de l'erreur - exception faite où celle-ci présenterait un caractère inexcusable<sup>Note 7</sup> - et l'impératif de sécurité juridique. D'une part, il est disposé que les qualités essentielles de la prestation due sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté<sup>Note 8</sup>. Il est clair, suivant ces termes, qu'il ne suffit pas que l'autre partie ait eu connaissance du caractère essentiel d'une qualité pour que son cocontractant puisse en invoquer la carence ; il faut que cette qualité soit entrée dans le champ contractuel. C'est le sens des termes du texte lorsqu'il exige que la qualité considérée soit expressément ou tacitement convenue. La condition est saine sous réserve que l'appréciation du caractère tacite soit raisonnable. D'autre part, il est précisé que l'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie, ce qui entérine l'erreur sur sa propre prestation de la jurisprudence *Poussin*. Enfin, le même texte ajoute que l'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité, ce qui cautionne la jurisprudence en mettant bien l'accent sur la condition, pour que la nullité ne soit pas encourue, qui n'est pas en soi l'existence d'un aléa mais son acceptation.

6. - Cette stabilisation des règles, par leur intégration normative dans le Code civil, permet également de fixer la prise en considération de la valeur dans la constitution des vices d'erreur et de dol. Le droit réformé ratifie à ce sujet le caractère inopérant de l'erreur sur la valeur lorsque celle-ci est seulement le fait d'une appréciation économique inexacte sans fausse représentation des qualités essentielles de la prestation<sup>Note 9</sup> tandis qu'il en fait une cause de nullité lorsqu'elle résulte d'un dol<sup>Note 10</sup>. Et il est précisé, dans la disposition traitant du devoir d'information, que ce devoir ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation<sup>Note 11</sup>. La jurisprudence *Baldus* déchargeant l'acquéreur d'un bien d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis est de la sorte pérennisée : quand bien même l'information sur la valeur serait dissimulée par la partie qui a conscience de son caractère déterminant pour l'autre, le dol ne serait pas constitué. Cet agencement des règles dorénavant figées dans le Code civil respecte au bout du compte la cohérence que la jurisprudence, pièce par pièce, avait voulu lui donner<sup>Note 12</sup>.

7. - Le résultat est de qualité : dans la continuité de la conception des vices du consentement élaborée dans le Code source de 1804, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats a su donner aux règles en organisant le régime la consistance que la jurisprudence a apporté dans un esprit d'équilibre entre l'impératif social de protection de l'intégrité du consentement et l'exigence économique de sécurité des

conventions. À cet égard, le métissage des règles désormais codifiées les fortifie quand l'introduction de nouvelles techniques de protection du consentement aurait probablement fragilisé la construction. Ces nouveautés repoussées, dont les auteurs de la réforme n'ont pas voulu, sont révélatrices du souci de ne pas s'écarter de la démarche jusqu'à présent suivie pour appréhender les atteintes à l'intégrité du consentement. Il s'agit moins d'un attachement compulsif à l'œuvre de 1804 que du résultat d'une réflexion sur les risques de troubles qu'aurait occasionné un changement de perspective.

## **B. - Les nouveautés repoussées**

**8.** - L'offre de changement présentait deux orientations différentes dont le point commun était de dégager un mode curatif de déséquilibres contractuels ayant leur source dans l'exploitation d'un état de dépendance ou de nécessité du contractant. Il était proposé, d'un côté, d'introduire parmi les vices du consentement un vice supplémentaire dit de faiblesse. La mesure n'avait, il est vrai, pour retenir l'attention que l'intérêt suscité par les propositions de codification d'un droit européen des contrats. C'était un effet de mode, pour lequel l'engouement est retombé, que de penser en termes de progrès juridique un alignement sur des concepts communs à l'échelle d'un droit européen dont la dynamique semble aujourd'hui compromise. L'autre mesure, plus sérieusement envisagée, était d'intégrer dans le Code civil la lésion qualifiée.

**9.** - À commencer par le vice de faiblesse, en quoi consiste-t-il ? Promu par les principes *Landö* d'un droit européen des contrats, il est le fait pour une partie de prendre avantage de la situation de faiblesse de l'autre pour en retirer, en connaissance de cause, un profit excessif. La liste des situations de faiblesse est à cet égard vertigineuse, englobant l'état de dépendance à l'égard du contractant ou la relation de confiance avec lui, l'état de détresse économique ou de besoins urgents ou encore l'imprévoyance, l'ignorance, l'inexpérimentation ainsi que l'inaptitude à la négociation de la partie victime de l'abus de l'autre<sup>Note 13</sup>. Ce vice du consentement additionnel est également retenu par les Principes de Pavie<sup>Note 14</sup>, le Cadre commun de référence<sup>Note 15</sup> ou encore par la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011<sup>Note 16</sup>.

Encore que l'une des ambitions affichées par les auteurs de la réforme soit de « rendre le droit des contrats plus protecteur pour les personnes les plus vulnérables », selon les termes de la Garde des Sceaux lors de la présentation, le 25 février 2015, du projet d'ordonnance, le droit réformé ne comporte pas un vice du consentement spécialement adapté à la protection des contractants vulnérables, du fait de leur âge, de la maladie ou d'un état de dépendance économique. La loi d'habilitation à légiférer par voie d'ordonnance du 16 février 2015 prévoyait pourtant, parmi les points sur lesquels il était attendu de l'ordonnance qu'elle enrichisse le droit commun, d'introduire des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre<sup>Note 17</sup>. Un quatrième vice du consentement constitué du vice de faiblesse aurait répondu à cette commande. Mais, avec raison, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats a préféré conserver des vices du consentement ayant une portée générale, lesquels permettent d'ailleurs d'appréhender des situations de vulnérabilité. En particulier, le vice de violence dans sa nouvelle composante saisissant l'abus d'un état de dépendance est susceptible de remédier à une volonté défaillante en raison d'une situation de vulnérabilité du contractant dont l'autre partie aurait abusé pour en tirer un avantage manifestement excessif. Cette nouvelle constitution du vice de violence a cependant l'avantage de pouvoir s'appliquer dans différentes circonstances, sans être spécialisée dans le traitement des situations de faiblesse. Le Code civil demeure de cette manière le lieu du droit commun, énonçant dans l'esprit du Code Napoléon des règles générales et impersonnelles se destinant à des individus désincarnés. Au passage, on évite ainsi un quatrième vice du consentement conçu de manière bien trop large pour être juridiquement efficace sans constituer une menace permanente pour la sécurité juridique.

**10.** - Une autre orientation que les auteurs de la réforme n'ont pas suivie, toujours dans la perspective de doter le droit français d'un instrument permettant d'appréhender l'exploitation de situations de vulnérabilité, était d'introduire dans le Code civil la lésion qualifiée. La proposition en avait été faite par les auteurs de l'avant-projet *Terré* qui suggéraient de placer parmi les dispositions relatives au contenu du contrat, et non au titre des vices du consentement, un texte énonçant que « lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de

rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat »<sup>Note 18</sup>. L'ordonnance du 10 février 2016, en faisant évoluer la conception de l'abus de dépendance pour introduire la condition, absente initialement, que l'auteur de l'abus en tire un avantage manifestement excessif, s'est rapprochée de ce texte. Mais l'abus demeure envisagé - et c'est là l'essentiel - sous l'angle d'un vice du consentement, comme un aspect de la violence et sanctionné de ce point de vue par la seule nullité du contrat. Ce n'est donc pas l'impact sur l'équilibre du contrat mais sur le consentement dont l'intégrité est affectée que l'ordonnance prend en compte pour y porter remède en présence d'un abus de dépendance. À cet égard, l'intégration de cet abus de dépendance au sein du vice de violence permet de bien marquer sa morphologie : c'est une mesure de protection du consentement en cas d'altération de la liberté de celui-ci par l'effet d'une contrainte. Si cette contrainte peut certes tenir aux circonstances, la violence n'est cependant constituée que lorsque le contractant en a abusivement tiré profit, ce qui fait appel à une action illégitime.

En cela, l'ordonnance est cohérente avec, d'une part, l'esprit de renforcement des règles de protection du consentement et, d'autre part, le refus persistant de faire la moindre place à la lésion. Cette dernière position est nette. Il est dit, ici, que le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité dans les contrats synallagmatiques, à moins que la loi n'en dispose autrement<sup>Note 19</sup>. Et il est précisé, là, à propos des clauses abusives, que l'appréciation du déséquilibre significatif « *ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* »<sup>Note 20</sup>.

## **2. La nouvelle existence des vices du consentement**

**11.** - Le choix fait par la réforme du droit des contrats de la continuité n'est pas celui de la permanence. L'évolution des règles n'est pas qu'une consolidation par intégration dans le Code civil des adaptations opérées par la jurisprudence. Il y a aussi des nouveautés qui, bien qu'inspirées par la jurisprudence, la dépassent et peuvent constituer le ressort de dynamiques qui ne se sont pas concrétisées en ce qui concerne, spécialement, le vice de violence économique. Dans ces évolutions potentielles, le vice de violence qui s'est développé par scissiparité est l'atout majeur d'une nouvelle existence des vices du consentement. Le vice de dol pourrait aussi, à la faveur des règles qui lui sont nouvellement consacrées, directement ou dans ses rapports avec le devoir d'information, exister autrement dans la pratique judiciaire.

### **A. - L'extension du vice de violence**

**12.** - La conception d'une violence à deux têtes date de l'avant-projet *Catala* qui a introduit, à côté de la violence au sens classique - laquelle est traditionnellement associée à un fait de celui qui l'exerce, le plus souvent sous forme de menaces - une variété de violence tenant aux circonstances. Plus exactement, il s'agit d'une nouvelle manifestation de contrainte, l'état de dépendance, qui n'est pas nécessairement lié à la nature de la relation contractuelle et est en toutes hypothèses extérieur à un fait du contractant. Le fait du contractant n'est cependant pas étranger à la constitution du vice qui requiert que celui-ci ait abusé de la situation pour obtenir de l'autre partie un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et qu'il en ait tiré un avantage manifestement excessif. Les choses sont celles-là : c'est cette action illégitime qui fait dégénérer la contrainte en violence.

**13.** - L'inspiration de la jurisprudence était réelle, à l'époque de l'avant-projet *Catala* en 2005, la Cour de cassation ayant reconnu trois ans plus tôt que « 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 »<sup>Note 21</sup>. Ce que l'on ne pouvait en revanche anticiper, c'est que la Cour de cassation passerait de la lumière à l'ombre et, une fois la violence économique reconnue en son principe, ferait en sorte de la placer sous l'étouffoir. À l'exception d'un arrêt isolé<sup>Note 22</sup>, la Cour de cassation a toujours déclaré insuffisantes les constatations des juges du fond caractérisant la contrainte économique, désavouant ainsi dans son application aux faits la règle qu'elle-même avait conçue en droit.

L'instauration d'un vice de violence appréhendant les situations d'abus de dépendance économique était dans ce contexte attendue pour donner une base légale à une jurisprudence oisive en levant à ce sujet ses réticences. Dans cette perspective, l'ordonnance du 10 février 2016 a gardé le cap de l'avant-projet *Catala* de ne pas instituer un vice autonome focalisé sur la situation de faiblesse et de le concevoir comme une variation du vice de violence, ce qui implique que l'auteur intellectuel du vice, s'il peut ne

pas en être l'auteur matériel en l'absence de menaces ou de pressions caractérisées, doit tout de même participer, par son comportement, à la réalisation de la contrainte puisqu'il en est attendu un abus. Et c'est d'ailleurs son degré d'implication et les modalités de cette implication qui font passer de l'usage légitime d'une position de force à l'exploitation abusive d'un état de dépendance. Cette conception doit être comprise, dans un souci de sécurité juridique, comme réservant l'abus de dépendance à des situations en pratique peu fréquentes où la volonté n'est pas simplement soumise dans un rapport de forces inégales mais extirpée à la partie qui n'était pas en capacité de refuser l'acte que son cocontractant lui a fait souscrire<sup>Note 23</sup>.

La réforme du droit des contrats a également gardé de l'avant-projet *Catala* de ne pas cantonner cette division de la violence au seul abus de dépendance économique, formaté par la Cour de cassation, et de l'ouvrir à toute forme de dépendance. Cela permet d'adapter le vice à des situations qui ne sont pas réglées par le droit positif concernant des personnes physiques : situations de dépendance psychique - telles que l'abus de domination dans les sectes - mais aussi et surtout situations liées à l'âge ou à l'état de santé, ce qui est alors le moyen de réintégrer la considération de la vulnérabilité de manière maîtrisée dans les hypothèses où celle-ci ne donne pas lieu à un traitement spécifique par le droit des incapacités. Il faudra donc cesser, à l'avenir, de parler de la violence économique que comme un épouvantail que n'est pas, tout bien considéré, l'abus de dépendance justement compris et strictement appliqué.

**14.** - Le texte de l'ordonnance de 2016 a néanmoins évolué depuis le projet rendu public un an plus tôt, en mieux et en moins bien<sup>Note 24</sup>. En mieux s'agissant de la suppression de la manifestation de l'abus tenant à l'abus de l'état de nécessité et de la référence à la situation de faiblesse<sup>Note 25</sup>. D'une part, la difficulté de mesurer l'abus de façon objective serait accrue, et déraisonnablement amplifiée, en l'appliquant à l'état de nécessité qui est potentiellement présent dans de nombreuses situations contractuelles, chacun étant en état de nécessité de se loger, de travailler... Ce symptôme de l'abus aurait dû dès lors, soit être entendu au sens étroit où il était retenu depuis la fin du XIXe siècle par la jurisprudence civile - et il était alors inutile - soit aurait pu être largement compris - ce qui aurait abouti à inoculer, sous couvert d'un vice de violence modernisé, un vice de faiblesse qui serait rapidement devenu un virus contractuel. La référence à la situation de faiblesse de la partie victime de la violence était également discutable pour ne pas faire dégénérer la nouvelle excroissance du vice de violence en un service ambulatoire pour les contractants vulnérables. La question à peu près insoluble que soulevait une telle perspective était de définir le standard du faible en droit commun des contrats. Le texte de droit commun ayant vocation à s'appliquer aussi bien au particulier vulnérable qu'au professionnel en situation de dépendance, il aurait fallu s'entendre sur le profil de la victime qu'on a en vue de protéger puisque c'est en considération de ce standard que le juge aurait dû situer le point de clivage entre l'usage légitime d'une position de force et l'exploitation abusive d'une situation de faiblesse.

**15.** - Malencontreusement, en revanche, l'ordonnance du 10 février 2016 a réintroduit dans le texte l'exigence d'un avantage manifestement excessif qui figurait dans l'avant-projet *Catala*, le nouvel article 1143 du Code civil énonçant qu'il y a « *violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». La prise en compte d'un avantage manifestement excessif s'expliquait, dans l'avant-projet *Catala*, en ce que celui-ci était un élément constitutif de l'abus. Il était dit, dans ce texte, qu'il y a 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 caractérisation d'un avantage manifestement excessif se justifiait alors pour établir le rôle déterminant de l'abus dans la conclusion du contrat. La perspective, en revanche, n'était plus la même lorsqu'il a été retenu, dans le projet d'ordonnance, qu'il y a violence « *lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse* ». Si l'avantage que l'auteur de l'abus retire de l'exploitation de l'état de dépendance de l'abus restait sous-jacent à la caractérisation du vice, ne serait-ce parce que son cocontractant n'aurait sinon aucune raison de s'en plaindre, il ne conditionnait plus la matérialité du vice. Aussi, en subordonnant désormais la sanction de l'abus de l'état de dépendance, non seulement à la condition que, en l'absence d'une telle contrainte, l'engagement n'aurait pas été souscrit, mais également à celle que son auteur en tire un avantage manifestement excessif, l'ordonnance du 10 février 2016 a

introduit un filtre supplémentaire, sinon une condition obstacle, qui risque de priver largement d'effectivité cette nouvelle branche du vice de violence. Avec la même hypocrisie que la Cour de cassation qui avait dégagé le vice de violence économique pour ne pas l'appliquer, les auteurs de la réforme en justifient par la considération selon laquelle « afin de répondre aux craintes des entreprises et d'objectiver l'appréciation de cet abus, a été introduit, pour apprécier ce vice, un critère tenant à l'avantage manifestement excessif que doit en avoir tiré le cocontractant, ce qui permet d'encadrer l'application de ce texte »<sup>Note 26</sup>. Le Gouvernement, disons-le crument, a cédé aux pressions des *lobbys*, comme il l'a fait en limitant la sanction des clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion. La justification de l'ajout de la condition tenant à l'obtention d'un avantage manifestement excessif n'est pas audible. Si cette condition répond sans aucun doute aux craintes des entreprises, elle n'a pas pour effet d'objectiver l'appréciation de l'abus. Sans étalon pour mesurer l'excès, et plus encore ce qui est « manifestement » excessif, le résultat est au contraire de rendre cette appréciation plus relative et flottante<sup>Note 27</sup>. En outre, à partir du moment où le vice de violence est constitué par la conclusion d'un engagement que la victime de l'abus n'aurait pas souscrit en l'absence de contrainte - et non seulement qu'elle aurait contracté à des conditions substantiellement différentes - la lésion du consentement est suffisamment caractérisée sans qu'elle dépende de l'obtention d'un avantage manifestement excessif. Cette dernière exigence n'est qu'une manière de désamorcer le vice de violence en le rendant, en pratique, inoffensif, bien loin de la commande du législateur qui, dans la loi d'habilitation, attendait l'introduction dans le Code civil de dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre<sup>Note 28</sup>.

## **B. - Les tribulations du vice de dol**

**16.** - Les dispositions de l'ordonnance relativement au dol ont principalement pour objet de mettre à jour le Code civil : consécration de la réticence dolosive ; prise en compte du dol émanant du représentant ou d'un tiers complice ; caractère excusable de l'erreur provoquée par un dol ; admission de l'erreur sur la valeur ou sur un simple motif quand elle résulte d'un dol. Sur deux points, cependant, le droit réformé des contrats règle des questions qui n'avaient pas ou n'ont pas toujours eu de réponse sûre dans leur environnement jurisprudentiel.

**17.** - La première concerne la distinction qui a pu être faite entre le dol principal et le dol incident, ce dernier ne permettant pas de poursuivre l'annulation du contrat lorsque la victime aurait conclu celui-ci malgré le dol mais à des conditions, notamment financières, différentes de celles auxquelles elle y a consenti. Sans que le texte soit limité au dol, il est prévu dans l'ordonnance du 10 février 2016 que, pour que le consentement soit vicié, il faut mais il suffit que l'erreur, le dol ou la violence soient de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes<sup>Note 29</sup>. Le dol incident doit donc pouvoir être sanctionné comme le dol principal, à tout le moins lorsque les conditions auxquelles la victime a contracté auraient été substantiellement différentes en l'absence du comportement dolosif de son cocontractant. Si les différences ne sont pas substantielles - ce qui soulève la question de l'appréciation de ce caractère - le dol, mais la solution vaut aussi pour l'erreur et la violence, ne serait pas susceptible de conduire à la nullité du contrat. Tout au plus, en présence d'un dol ou d'une violence, s'agissant de faits délictuels, la responsabilité de leur auteur pourrait être engagée.

**18.** - La seconde question se rapporte à la réticence dolosive et à ses relations avec le devoir d'information. On a déjà relevé que ce dernier a été déplacé au sein des dispositions du Code civil pour rejoindre les développements relatifs à la conclusion du contrat, plus spécialement aux négociations, quand le projet d'ordonnance le situait parmi les règles afférentes au consentement, ce qui était plus logique. La substance du texte est toutefois demeurée inchangée, à la différence de celle traitant de la réticence dolosive. En particulier, alors que le projet liait la réticence dolosive à l'existence d'une obligation légale d'information - identifiant cette variété de dol à une dissimulation intentionnelle d'une information qu'une partie aurait dû fournir à l'autre conformément à la loi - la version finale fait état de la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie<sup>Note 30</sup>. La réticence dolosive peut donc être retenue même lorsque celui qui détient une information dont il connaît le caractère déterminant n'est pas légalement tenu d'un devoir d'information - notamment dans des rapports entre professionnels ou entre particuliers - ou que cette

information n'est pas de celles qu'il a le devoir de fournir à son cocontractant. Reste que, si cet élargissement de la réticence dolosive est opportun, le vice du consentement suppose toujours, pour être constitué, que la rétention de l'information soit intentionnelle, dans le but d'induire en erreur.

Le rappel de cette exigence, par sa formulation expresse, est essentiel. Il en résulte qu'il n'y a pas nécessairement de coïncidence entre la réticence dolosive et le manquement au devoir d'information que consacre par ailleurs, de manière autonome, l'ordonnance du 10 février 2016. L'article 1112-1 du Code civil dans sa rédaction issue de ce texte prend d'ailleurs soin de préciser que le manquement à ce devoir est sanctionné par l'engagement de la responsabilité de celui qui en était tenu et qu'il « peut » entraîner également la nullité du contrat s'il a provoqué un vice du consentement, erreur ou dol. Un manquement matériel au devoir d'information pourrait effectivement ne pas déboucher sur un dol s'il est le fait d'une simple négligence sans intention de tromper.

**19.** - Les nouveaux textes œuvrent tout de même au rapprochement. En particulier, l'exigence, pour que le devoir d'information soit opératoire, que l'une des parties connaisse une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre met en vis-à-vis cette condition avec celle du dol par réticence qui suppose la rétention d'une information dont son détenteur sait le caractère déterminant pour son cocontractant. À cet égard, la notion d'informations déterminantes définie à l'alinéa 3 de l'article 1112-1 du Code civil - entendue comme celles qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties - devrait pouvoir s'appliquer pour déterminer le caractère déterminant d'une information au sens de l'article 1137 relatif à la réticence dolosive.

L'identité de l'un et l'autre de ces mécanismes de protection du consentement est toutefois préservée. D'une part, s'il est dit que le devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation<sup>Note 31</sup>, il est écrit que l'erreur provoquée par le dol, en ce compris la réticence dolosive par dissimulation intentionnelle d'une information, est une cause de nullité même lorsqu'elle porte sur la valeur de la prestation<sup>Note 32</sup>. D'autre part, alors que le devoir d'information a pour limite l'obligation du contractant de s'informer - ce dernier devant légitimement ignorer l'information ou être dans une relation de confiance qui le dispense de s'informer<sup>Note 33</sup> - le dol rend l'erreur qui en résulte toujours excusable<sup>Note 34</sup>, ce qui coupe court à toute obligation de s'informer pesant sur la victime de cette erreur. Si la jurisprudence n'a pas toujours procédé clairement à l'articulation de ces règles, et a même laissé des traces opaques troublant la distinction entre la violation du devoir d'information et la réticence dolosive, la réforme du droit des contrats procède ainsi à une mise en ordre salutaire.

---

Note 1 V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dans lequel il est indiqué, à propos des vices du consentement, que l'ordonnance reprend pour l'essentiel le droit positif actuel, tel qu'il ressort du Code civil mais également de son interprétation par la jurisprudence, afin d'assurer une meilleure lisibilité du droit.

Note 2 Au sens large du terme.

Note 3 L'article 1131 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 précise, pour l'ensemble des vices du consentement, qu'ils sont une cause de nullité relative du contrat.

Note 4 Y.-M. Serinet, *obs. in Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations (sous la dir. J. Ghestin) : LPA, numéro spécial 3-4 sept. 2015, n° 176 et 177, p. 59.*

Note 5 Article 1143 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016.

Note 6 V. à ce sujet J. Ghestin, *obs. in Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations, préc., p. 28*, observations reprises dans le Rapport au Président de la République, préc.

Note 7 C. civ., art. 1132, rédaction issue Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

Note 8 C. civ., art. 1133, rédaction issue Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

Note 9 C. civ., art. 1136, rédaction issue Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

Note 10 C. civ., art. 1139, rédaction issue Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

Note 11 C. civ., art. 1112-1, rédaction issue Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

Note 12 Sur l'articulation entre le devoir d'information et la réticence dolosive, voir *infra* n° 18 et 19 de la présente étude.

Note 13 Article 4 : 109. - V. sur ce texte et son rapprochement avec la violence économique envisagée en droit français, G. Loiseau, *La qualité du consentement*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats (sous la dir. P. Rémy-Corday et D. Fenouillet) : Dalloz 2003, spéc. p. 73 s., n° 11 s.*

Note 14 Article 30, 3°.

Note 15 Article 7 : 207.

Note 16 Proposition de règlement intitulé « Exploitation déloyale », art. 51.

Note 17 L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, art. 8, 2° : *Journal Officiel du 17 Février 2015.*

Note 18 D. Houtcieff, *Le contenu du contrat*, in *Pour une réforme du droit des contrats (sous la dir. F. Terré) : Dalloz 2009, p. 218.*

Note 19 C. civ., art. 1168, rédaction issue Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

Note 20 C. civ., art. 1171, al. 2, rédaction issue Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

Note 21 Cass. Ire civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932 : *JurisData* n° 2002-013787 ; *Contrats conc. consom.* 2002, comm. 121, obs. L. Leveneur ; *Bull. civ.* 2002, I, n° 108 ; *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et note J.-P. Chazal ; *D.* 2002, p. 2844, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 2002, I, 184, n° 6, obs. G. Virassamy ; *JCP E* 2003, 278, n° 3, obs. Chérigny ; *Defrénois* 2002, p. 1246, obs. E. Savaux ; *Comm. com. électr.* 2002, comm. 80, obs. Ch. Caron, et comm. 89, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *Gaz. Pal.* 2003, p. 444, note R. Rovinski ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages. - Adde sur cette décision, G. Loiseau, *L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique : Dr. et patrimoine sept.* 2002, p. 26.

Note 22 Cass. Ire civ., 4 févr. 2015, n° 14-10.920, F-D, *Sté Karous c/ Sté Bouygues immobilier*, inédit : *Comm. com. électr.* 2015, comm. 33, note G. Loiseau.

Note 23 V. G. Loiseau, *La consécration de la violence économique*, in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires (sous la dir. Ph. Stoffel-Munck)* : *Dalloz* 2015, p. 33.

Note 24 Le texte du projet d'ordonnance disposait : « Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse ».

Note 25 V. en ce sens G. Loiseau, obs. in *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations (sous la dir. J. Ghestin)*, *préc.*, p. 57.

Note 26 V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Note 27 Sans doute, le caractère « manifestement excessif » est déjà prévu, à l'article 1152 du Code civil, pour permettre au juge de réviser le montant de l'indemnité d'une clause pénale. Mais son appréciation est objective, la Cour de cassation décidant que la disproportion manifeste s'apprécie en comparant le montant de la peine conventionnellement fixé et celui du préjudice effectivement subi : *Cass. com.*, 11 févr. 1997, n° 95-10.851 : *JurisData* n° 1997-000566 ; *Contrats, conc. consom.* 1997, comm. 75, obs. L. Leveneur ; *Bull. civ.* 1997, IV, n° 47 ; *Defrénois* 1997, p. 740, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1997, p. 654, obs. J. Mestre.

Note 28 L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, art. 8, 2°, *préc.*

Note 29 C. civ., art. 1130, rédaction issue Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

Note 30 C. civ., art. 1137, rédaction issue Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

Note 31 C. civ., art. 1112-1, rédaction issue Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

Note 32 C. civ., art. 1139, rédaction issue Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

Note 33 C. civ., art. 1112-1, *préc.*

Note 34 C. civ., art. 1139, *préc.*



## Thème n° 5

# LES VICES DU CONSENTEMENT

## II. LE DOL ET LA VIOLENCE

### DOCUMENTS

#### I. Le dol

L'article 1137 C. civ. énonce : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre partie par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol, la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ». Il ressort de cette définition que le dol est un comportement malhonnête de l'une des parties, provoquant une erreur déterminante du consentement de l'autre partie. L'erreur qui résulte du dol n'est pas spontanée mais provoquée, ce qui explique qu'elle soit sanctionnée plus largement : alors que certaines erreurs spontanées ne sont pas sanctionnées car elles sont considérées comme indifférentes (par ex. l'erreur sur la valeur ou l'erreur sur un motif) ou inexcusables, au contraire l'erreur qui résulte d'un dol n'est *jamais indifférente et elle est toujours excusable*.

#### **A. L'aspect délictuel du dol**

1) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> éd. LGDJ, 1949, n° 47.

#### **- L'auteur du dol**

2) Civ. 1, 27 juin 1973, *D.* 1973, p. 233, note Ph. Malaurie (non reproduite).

3) Com., 27 nov. 2001, *Cont., Conc. cons.* 2001, n° 45, obs. L. Leveneur.

#### **- L'élément matériel du dol :**

##### **. Manœuvres, mensonges**

4) Civ. 1, 7 avr. 2015, n° 14-13738 ; *D.* 2016, p. 566, note M. Mekki ; *Cont., Conc. cons.* 2016, n° 164, obs. L. Leveneur.

4 bis) Civ. 1, 9 mars 2022, n° 20-18.532 ; *JCP* 2022, 796, obs. D. Houtcieff.

##### **. Dissimulation d'information**

5) Civ. 3, 17 janv. 2007, *Bull. civ.* III, n° 5 ; *D.* 2007, 1051 note D Mazeaud et note Ph. Stoffel-Munck.

#### **- L'élément intentionnel du dol : les hésitations de la jurisprudence**

6) Civ. 1, 15 mai 2002, n° 99-21521, *Bull. civ.* I, n° 132 ; *JCP* 2002, I, 184, n° 1, obs. F. Labarthe ; *Cont. Conc. Cons.* 2002, n° 135, obs. L. Leveneur.

7) Com., 28 juin 2005, n° 03-16794, *Bull. civ.* IV, n° 140 ; *RTD civ.* 2005, p. 591, obs. J. Mestre et B. Fages ; *D.* 2005, p. 2838, obs. S. Amrani-Mekki ; *Dr. et pat.* 2005, n° 141, obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck.

## **B. L'aspect psychologique du dol**

### **- Une erreur déterminante**

8) Soc. 16 févr. et 30 mars 1999, *D.* 2000, p 98.

9) Com., 30 mars 2016, n° 14-11684 ; *D.* 2016, p. 1300, note Grundeler ; *D.* 2017, p. 375, obs. M. Mekki ; *RTDciv.* 2016, p. 356, obs. H. Barbier.

### **- Toute erreur déterminante**

10) Civ. 3, 21 févr. 2001, *D.* 2001 p. 2702, note D. Mazeaud (le dol rend toujours excusable l'erreur provoquée).

11) Civ. 1, 25 janv. 2017, n° 15-29205

## **C. Articulation du dol et de la garantie des vices cachés**

12) Civ. 3, 20 sept. 2020, n° 19-18104, *RTDciv.* 2020, p.879, obs. H. Barbier ; *JCP G* 2020, 1306, note M. Lagelée-Heymann

## **II. La violence**

Selon l'article 1140 du Code civil : « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable ». La violence peut émaner du cocontractant mais aussi d'un tiers ou même des circonstances. L'article 1143 prévoit en effet : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant « à son égard » (L. n° 2018-287 du 20 avril 2018, art. 5) obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

13) Com. 28 mai 1991, *D.* 1992, p. 166, obs. L. Aynès.

14) Civ. 1, 3 avr. 2002, *D.* 2002, p. 1860, notes J.-P. Gridel et J.-P. Chazal ; p. 2844 obs. Mazeaud.

15) Civ. 2, 9 déc. 2021, n° 20-10.096, *D.* 2022, p. 310, note R. Boffa ; *D.* 2022, p. 384, note G. Chantepie.

## **III. Les actions interrogatoires**

16) X. Lagarde, « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoire », *D.* 2017, p. 715.

## **EXERCICES** : (au choix de l'enseignant)

Dissertation : comparez le dol et l'erreur

Commentaire de : Civ. 2, 9 déc. 2021 (doc. 15).

Document 1. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> éd. LGDJ, 1949, n° 47, p. 87 et s.

47. — C'est surtout dans la théorie du *dol* qu'éclate le caractère moral de la théorie des vices du consentement. Ici, et par définition même, l'examen du juge porte beaucoup moins sur le consentement de celui qui a été trompé que sur l'acte de celui qui a trompé. De tout temps le *dol* a été défini l'acte coupable qui peut revêtir les formes les plus diverses, « toute mauvaise voie pour tromper quelqu'un », dit Domat. Si, dans les exemples donnés par les anciens auteurs, les cas de « tricherie » sont toujours les mêmes, dans le monde moderne habile à la ruse, les cas de *dol* sont innombrables. Ils vont de l'escroquerie délictuelle à la simple allégation mensongère.

Pour conserver au *dol* son caractère, on a fait état de la distinction entre le *dol*, cause déterminante du contrat, et le *dol* incident. C'est obscurcir la théorie et proposer aux juges une distinction impossible en fait et injuste dans ses résultats<sup>1</sup>. La jurisprudence n'en tient aucun compte. Elle admet la nullité pour *dol* dans des hypothèses où le *dol* n'a pas déterminé le contrat, mais en a modifié les conditions et où il devrait être qualifié incident<sup>2</sup>, et elle ne rejette la nullité pour ce motif que dans les hypothèses où le *dol* n'est pas antérieur ou concomitant au contrat.

Le caractère pénal de l'action en nullité pour *dol* apparaît d'ailleurs clairement dans l'organisation technique de l'action. Le *dol* n'est une cause de nullité que s'il émane du contractant. S'il s'agissait uniquement de l'altération du consentement de la victime, peu importerait la personnalité de l'auteur du *dol*. Bien au contraire l'article 1116 n'admet la nullité que lorsque le *dol*

(<sup>1</sup>) A. COLIN et CAPITANT, 10<sup>e</sup> éd., II, n° 44 ; — PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique*, VI, n° 207 ; G. RIPERT et BOULANGER, *Traité*, II, n° 217. — PERRIN, *Le dol dans la formation des actes juridiques*, thèse, Paris, 1931. — VOIRIN, *La bonne foi*, thèse Bordeaux, 1936.

(<sup>2</sup>) Voir les exemples donnés par DEMOGUE, *Obligations*, I, n° 360.

« résulte des manœuvres pratiquées par l'une des parties ». Si le dol émane d'un tiers, on ne peut faire supporter au contractant la conséquence de cette tromperie à laquelle il ne s'est pas associé ; il y aurait une véritable injustice à le priver du bénéfice du contrat. C'est la seule raison valable et elle explique pourquoi le dol émané d'un tiers est pris en considération dans la donation sous le nom de *captation*, le donataire n'éprouvant aucune perte de l'annulation de la donation.

La règle est différente pour le vice de violence et certains auteurs jugent peu logique cette différence. Mais le législateur se laisse uniquement guider par la préoccupation de protéger le contractant contre l'acte de violence ; la protection personnelle est impossible et la défense doit être assurée d'où que vienne l'attaque. Contre la tromperie au contraire, un homme doit être en défense dans le monde moderne. Le dol est susceptible de degrés infinis, il peut être deviné ou écarté ; il y a toujours de la part de la victime quelque naïveté coupable. La loi n'a pas la prétention d'assurer dans le contrat l'égalité des forces intellectuelles.

Si le dol émane du contractant, il ne s'agit plus alors seulement de protéger, mais aussi de punir. L'immoralité de l'un des contractants lui donne contre l'autre une arme déloyale. La loi frappe le contrat de nullité. Aussi la jurisprudence applique-t-elle la nullité dès que l'un des contractants a été complice du dol commis par un tiers, et elle entend très largement cette complicité<sup>1</sup>, si bien que le seul fait de connaître le dol d'un tiers et d'en profiter pourrait être considéré comme une complicité<sup>2</sup>.

### **Document n° 2 : Civ. 1, 27 juin 1973**

SUR LE TROISIEME MOYEN : VU L'ARTICLE 1116 DU CODE CIVIL, ATTENDU QU'IL RESULTE DE CE TEXTE QUE LE **DOL** EST UNE CAUSE DE NULLITE D'UNE CONVENTION LORSQUE LES MANOEUVRES PRATIQUEES PAR L'UNE DES PARTIES SONT TELLES, QU'IL EST EVIDENT QUE, SANS CES MANOEUVRES, L'AUTRE PARTIE N'AURAIT PAS CONTRACTE ;

ATTENDU QUE SELON LES ENONCIATIONS DE L'ARRET ATTAQUE, PLISSON A CONSENTI LE 20 JUILLET 1966 AU DOCTEUR Z... EXPLOITANT UN LABORATOIRE MEDICAL ET PHARMACEUTIQUE, UN PRET REMBOURSABLE NOTAMMENT EN CAS DE FAILLITE DE L'EMPRUNTEUR, QUE CETTE EVENTUALITE S'ETANT PRODUITE PLISSON A ASSIGNE EN REMBOURSEMENT LA DEMOISELLE Y... QUI S'ETAIT PORTEE CAUTION SOLIDAIRE DE Z... AVEC RENONCIATION AU BENEFICE DE DIVISION ET DE DISCUSSION, QUE LA DEMOISELLE X... SOUTENANT QU'ELLE N'AVAIT ACCEPTE DE DONNER SA GARANTIE QU'EN RAISON DES MANOEUVRES DE Z... A INTENTE UNE ACTION EN NULLITE DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT FONDEE SUR LE **DOL** DONT ELLE AURAIT ETE, SELON ELLE, VICTIME ET DEPOSE UNE PLAINTE POUR ESCROQUERIE CONTRE LE MEDECIN, QUE CES PROCEDURES ONT DONNE LIEU A DEUX ARRETS, LE PREMIER REJETANT UNE DEMANDE DE NULLITE DE CAUTIONNEMENT ANNULE PAR UN ARRET DE LA COUR DE CASSATION DU 17 MAI 1972, LE SECOND, DE CONDAMNATION ENCORE FRAPPE DE POURVOI ;

ATTENDU QUE LA COUR D'APPEL A SURSIS A STATUER SUR LA DEMANDE FORMEE PAR PLISSON CONTRE LA DEMOISELLE Y... JUSQU'A LA DECISION A INTERVENIR DANS CES DEUX INSTANCES AUX MOTIFS QU'EN RAISON DU CARACTERE UNILATERAL DE L'ACTE DE CAUTIONNEMENT LA CONSTATATION PAR LE JUGE PENAL DE MANOEUVRES PROPRES A AVOIR SURPRIS LA BONNE FOI DE LA CAUTION S'IMPOSAIT AU JUGE CIVIL APPELE A APPRECIER LE **DOL** PRETENDU, MEME SI CE DERNIER EMANAIT D'UN TIERS ;

ATTENDU, CEPENDANT, QUE LE CONTRAT DE CAUTIONNEMENT SE FORME PAR L'ACCORD DES VOLONTES DE LA CAUTION QUI S'OBLIGE ET DU CREANCIER QUI ACCEPTE ;

QUE, DES LORS, LE **DOL** VICIANT LE CONSENTEMENT DE L'UNE DES PARTIES N'EN PEUT EMPORTER LA NULLITE QUE S'IL EMANE DE L'AUTRE PARTIE ;

QU'EN STATUANT COMME ELLE L'A FAIT, LA COUR D'APPEL A VIOLE, PAR FAUSSE APPLICATION, LE TEXTE SUSVISE ;

PAR CES MOTIFS, ET SANS QU'IL Y AIT LIEU DE STATUER SUR LES PREMIER ET DEUXIEME MOYENS DU POURVOI ;

CASSE ET ANNULE L'ARRET RENDU LE 15 FEVRIER 1972 ENTRE LES PARTIES, PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS ;

REMET, EN CONSEQUENCE, LA CAUSE ET LES PARTIES AU MEME ET SEMBLABLE ETAT OU ELLES ETAIENT AVANT LEDIT ARRET ET, POUR ETRE FAIT DROIT, LES RENVOIE DEVANT LA COUR D'APPEL DE REIMS

### **Document n° 3 : Com. 27 nov. 2001, Contrats conc. consomm. 2001**

Vu l'article 1116 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la SARL SRH 100 constituée pour construire et exploiter un hôtel-restaurant a conclu un contrat de franchise avec la société Primevère hôtel (SAPH) aux termes duquel le franchisé avait l'obligation de confier au franchiseur, la charge notamment d'assurer les démarches auprès des organismes de crédit ; que, par l'intermédiaire de la société SAPH, la société SRH 100 a conclu avec l'UFB Locabail deux contrats de crédit-bail portant sur du mobilier et du matériel de restauration ; qu'à la suite du prononcé de la liquidation judiciaire de la société SRH 100, le crédit-bailleur a déclaré sa créance ; que M. Roumezi, désigné en qualité de liquidateur, a contesté la créance en invoquant la nullité des deux contrats de crédit-bail en raison de l'existence de manoeuvres dolosives : que le juge-commissaire a rejeté la contestation et prononcé l'admission de l'UFB Locabail au passif de la liquidation judiciaire ;

Attendu que, pour annuler les deux contrats de crédit-bail et rejeter la demande d'admission du crédit-bailleur au passif, l'arrêt retient que les contrats de crédit-bail ont été accordés au vu d'un dossier établi par le franchiseur qui reposait sur des études dépassées et comportait des erreurs, que les erreurs et inexactitudes contenues dans ce dossier jointes au constat que le fonds de commerce exploité allait connaître pendant les premières années des pertes ne permettant pas de faire face à l'ensemble des remboursements des contrats de crédit-bail ne pouvaient pas échapper à un organisme de crédit professionnel qui en s'abstenant de dévoiler à la société SRH 100 ces informations dont la connaissance était déterminante pour son consentement aux deux contrats de crédit-bail mobilier, a commis une réticence dolosive ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le franchiseur était à l'origine des prétendues réticences dolosives et que le dol n'est une cause de nullité que s'il émane de la partie envers laquelle l'obligation est contractée, la cour d'appel a violé l'article 1116 du Code civil;

Et attendu qu'il y a lieu de faire application de l'article 627, alinéa 1er, du Nouveau Code de procédure civile, la cassation encourue n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond ;

Par ces motifs et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs : casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 3 juin 1999, entre les parties, par la Cour d'appel de Grenoble ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi.

*Obs L. Leveneur :*

Pour se procurer le mobilier et le matériel de restauration nécessaire au démarrage de son activité, une société constituée pour exploiter en franchise un hôtel-restaurant conclut des contrats de crédit-bail avec un établissement financier. Arrive ce qui est parfois arrivé à certains franchisés victimes, surtout il y a une dizaine d'années, d'études un peu trop optimistes sur leurs prévisions d'activité (et contre quoi la [loi du 31 déc. 1989](#) a entendu lutter : [C. com., art. L. 330-3](#)) : le franchisé crédit-locataire éprouve des difficultés financières dans son exploitation ; il est placé en liquidation judiciaire.

Vraisemblablement resté impayé de ses loyers, l'établissement de crédit déclare sa créance dans la procédure collective. Mais sur contestation du liquidateur, la cour d'appel annule pour dol les contrats de crédit-bail et rejette la demande du crédit-bailleur d'admission au passif, au motif notamment que «les contrats de crédit-bail ont été accordés au vu d'un dossier établi par le franchiseur qui reposait sur des études dépassées et comportait des erreurs». La chambre commerciale casse pour violation de [l'article 1116 du Code civil](#) : il est certain, en effet, que ce texte ne permet l'annulation d'un contrat pour dol qu'en présence de manoeuvres pratiquées par l'une des parties. Or ici, les informations erronées avaient été données au franchisé crédit-locataire, par son franchiseur, tiers aux contrats de crédit-bail.

En réalité, l'arrêt attaqué n'avait pas méconnu de front cette exigence résultant de l'article 1116, alinéa 1. Il avait considéré que les erreurs et inexactitudes contenues dans le dossier établi par le franchiseur et le constat que le fonds de commerce allait connaître des pertes pendant les premières années ne pouvaient pas échapper à un organisme de crédit professionnel, si bien qu'il avait lui-même commis un dol par réticence en s'abstenant de dévoiler ces informations... Il est vrai qu'aujourd'hui, la réticence d'un contractant peut être constitutive d'un dol : la nullité du contrat sanctionne ainsi la méconnaissance d'une obligation précontractuelle d'information. Cependant, encore faut-il pour qu'une telle obligation existe, qu'un contractant soit en possession d'informations décisives que son cocontractant ne peut pas, ou ne pourrait que très difficilement connaître par lui-même (Cf. Contrats, conc., consom. 2000, comm. 140. Également Ghestin, La formation du contrat : LGDJ, 3e éd., n° 571 et 648). Or, comme ici les informations étaient liées au dossier présenté par le crédit-locataire, il pouvait paraître tout de même difficile de reprocher au crédit-bailleur d'avoir cherché à tromper son cocontractant ! Surtout, la cour d'appel, en estimant que les informations sur l'inexactitude du dossier ne pouvaient échapper à l'organisme de crédit-bail — qui après tout, avait peut-être été lui-même victime d'une présentation tronquée de la réalité — en était venue à présumer la manoeuvre dolosive de cet établissement : or l'article 1116, alinéa 2 ne le permet assurément pas, lui qui dispose que le dol «ne se présume pas et doit être prouvé ».

#### **Document n° 4 : Civ. 3, 7 avril 2015, n° 14-13738**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1116 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 12 décembre 2013), que le 20 mai 2011, M. X...a acheté un appartement à M. et Mme Y...; que soutenant avoir été victime de manoeuvres dolosives exercées par les filles des vendeurs qui, lors de ses visites, demandaient de façon volontaire et systématique au responsable du bar situé au-dessous de l'appartement de réduire le volume sonore de la musique, il a assigné M. et Mme Y...et leurs filles, Mmes Aurore et Annabelle Y...(les consorts Y...), en annulation de la vente et paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que pour rejeter les demandes de M. X..., l'arrêt retient que celui-ci ne pouvait pas ignorer qu'il s'exposait à des nuisances sonores provenant du bar situé au rez-de-chaussée de l'immeuble, qu'il lui avait été remis une copie du procès-verbal de l'assemblée générale du 8 décembre 2009 faisant

état de troubles de jouissance subis par l'ensemble des copropriétaires et occupants de l'immeuble du fait de nuisances sonores provenant de ce bar et que par conséquent, les agissements des consorts Y...n'avaient pas provoqué d'erreur dans le consentement de l'acquéreur ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le procès-verbal d'assemblée générale visait une situation antérieure de 18 mois à la vente et que les consorts Y...s'étaient efforcés par l'envoi de « sms » au gérant du bar lui demandant de réduire au minimum l'intensité du son pendant les visites de M. X..., de dissimuler à l'acquéreur le niveau des nuisances sonores provenant du bar dans l'appartement proposé à la vente, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, ainsi qu'il le lui était demandé, si M. X...aurait acquis l'appartement en l'absence de ces manœuvres, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 12 décembre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée (...)

### **Document n° 4 bis : Civ. 1 mars 2022, n° 20-18.532**

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Besançon, 14 avril 2020), Mme [B], exploitante agricole, a signé, le 25 novembre 2017, une reconnaissance de dettes au profit de la société Colin frères (la société) pour une certaine somme correspondant à des factures impayées.

2. Assignée en paiement, elle a soulevé la nullité de cet acte pour dol.

Examen du moyen

Enoncé du moyen

Sur le moyen, pris en sa première branche

3. Mme [B] fait grief à l'arrêt attaqué de la condamner à payer à la société la somme de 19 381,99 euros, augmentée des intérêts au taux légal à compter du 12 décembre 2017, alors « que le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges ; qu'il peut être établi par tous moyens de preuve ; qu'en se bornant à énoncer, pour retenir que la reconnaissance de dette signée par Mme [R] [B] le 25 novembre 2017 au profit de la société Colin frères était valable et pour condamner, en conséquence, Mme [B] à payer à la société Colin frères la somme de 19 381,99 euros au titre des livraisons de foin et de paille, augmentée des intérêts au taux légal à compter du 12 décembre 2017, que Mme [B] n'apportait aucun élément de preuve sur la contrainte qu'elle alléguait et que la reconnaissance de dette avait été signée le 25 novembre 2017, soit avant son grave accident du mois de décembre 2017, sans rechercher, ainsi qu'elle y avait été invitée par Mme [R] [B], si la circonstance que la reconnaissance de dette signée par Mme [R] [B] le 25 novembre 2017 au profit de la société Colin frères comptabilisait quatre factures deux fois n'établissait pas le dol invoqué par Mme [R] [B], la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 1137 du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1137 du code civil :

4. Aux termes de ce texte, le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de

l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.

5. Pour rejeter la demande de nullité pour dol de la reconnaissance de dettes, l'arrêt retient que Mme [B] ne rapporte pas la preuve que la société aurait exercé sur elle une contrainte.

6. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si, en soumettant à la signature de Mme [B] une reconnaissance de dette pré-imprimée comptabilisant deux fois quatre même factures, la société n'avait pas obtenu le consentement de celle-ci par une manœuvre constitutive d'un dol, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 avril 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Besançon ;

Remet l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Dijon ;

#### **Document n° 5 : Civ. 3, 17 janv. 2007, note D. Mazeaud et note Ph. Stoffel-Munck**

LA COUR : - Sur le moyen unique :

- Vu l'article 1116 du code civil ;

- Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 27 octobre 2005), que M. X..., marchand de biens, bénéficiaire de promesses de vente que M. Y... lui avait consenties sur sa maison, l'a assigné en réalisation de la vente après avoir levé l'option et lui avoir fait sommation de passer l'acte ;

- Attendu que pour prononcer la nullité des promesses de vente, l'arrêt retient que le fait pour M. X... de ne pas avoir révélé à M. Y... l'information essentielle sur le prix de l'immeuble qu'il détenait en sa qualité d'agent immobilier et de marchand de biens, tandis que M. Y..., agriculteur devenu manœuvre, marié à une épouse en incapacité totale de travail, ne pouvait lui-même connaître la valeur de son pavillon, constituait un manquement au devoir de loyauté qui s'imposait à tout contractant et caractérisait une réticence dolosive déterminante du consentement de M. Y..., au sens de l'article 1116 du code civil ; qu'en statuant ainsi, alors que l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 octobre 2005, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris, remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Paris [...].

#### **Note D. Mazeaud**

##### **Réticence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite !**

1 - Si le moindre doute subsistait encore dans quelques esprits attachés à l'exigence de bonne foi dans les rapports précontractuels après le fameux arrêt *Baldus*(1), il est désormais bel et bien levé avec l'arrêt rendu, le 17 janvier 2007, par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation. Dans l'arrêt de la première Chambre civile, une vente de photographies avait été conclue entre un vendeur profane et un acquéreur, amateur éclairé, qui connaissait la notoriété de leur auteur et qui n'avait pas informé son cocontractant de la valeur réelle de ces photographies qu'il avait acquises à un prix dérisoire. Alors que les juges du fond avaient considéré que l'acquéreur avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi et s'était rendu coupable d'une réticence dolosive en exploitant l'erreur sur la valeur commise par le vendeur, la Cour de cassation avait, sous le visa de l'article 1116 du code civil, censuré cette décision au motif qu'« *en statuant ainsi, alors qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur, la cour d'appel (avait) violé le texte susvisé* ». Les rares annotateurs à ne pas avoir succombé au charme de cette décision, parce qu'elle tempérait l'obligation de contracter de bonne foi, s'étaient demandé pourquoi,



dans une telle hypothèse, aucune obligation d'information ne pesait sur l'acquéreur, étant entendu qu'en l'occurrence il était avéré que le silence gardé par l'acquéreur avait déterminé le vendeur à conclure le contrat dans des conditions qu'il n'aurait pas acceptées si il avait été loyalement informé. La réponse à cette question est désormais donnée, avec une netteté absolue, par l'arrêt commenté, à l'occasion de circonstances et dans des termes qui lui confèrent la valeur d'arrêt de principe.

2 - Qu'on en juge plutôt ! Une promesse de vente immobilière avait été conclue entre un acquéreur, agent immobilier et marchand de biens, et un vendeur, dont l'arrêt précise, avec un grand luxe, sans doute délibéré, de détails, qu'il était devenu manœuvre, après avoir été agriculteur, et que son épouse était en incapacité totale de travail... Ce vendeur avait agi en nullité, car il reprochait à son acquéreur de ne pas lui avoir intentionnellement révélé l'information essentielle sur le prix de l'immeuble qu'il détenait en sa qualité de professionnel. Les juges du fond lui avaient donné raison, car, selon eux, le vendeur « *ne pouvait lui-même connaître la valeur de son pavillon* » et que le silence de l'acquéreur « *constituait un manquement au devoir de loyauté qui (s'impose) à tout contractant et caractérisait une réticence dolosive déterminante du consentement (du vendeur), au sens de l'article 1116 du code civil* ». La troisième Chambre civile casse sèchement l'arrêt au motif qu' « *en statuant ainsi, alors que l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

3 - Le message de la Cour de cassation est donc d'une parfaite clarté. Quand l'erreur du vendeur a pour objet la valeur du bien vendu, le silence de l'acquéreur n'est pas dolosif car, quel que soit la qualité dans laquelle il contracte, il n'est alors tenu d'aucune obligation d'information sur ce point particulier. Autrement dit, le silence intentionnellement gardé par l'acquéreur sur la valeur ne constitue pas une réticence susceptible d'emporter la nullité du contrat, même si il a provoqué une erreur déterminante du consentement du vendeur. Avec cette importante décision, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation nous paraît poser une pierre importante dans l'édifice jurisprudentiel du dol par réticence. Non seulement, elle opère une rupture certaine entre la réticence et le devoir de loyauté (I), mais encore, elle fragilise l'unité qui régnait jusqu'alors au sein de ce vice du consentement que constitue le dol (II).

### **I - La loyauté, désactivée**

4. En décidant que le silence intentionnel, gardé par l'acquéreur professionnel sur la valeur du bien vendu, ne constitue pas une réticence dolosive, la troisième Chambre civile remet en cause « *l'union devenue intime de la réticence dolosive et de l'obligation de contracter de bonne foi* »(2) que la jurisprudence avait nouée, dans le passé, et qui se cristallisait dans l'existence d'une obligation d'information qu'elle imposait dans certaines circonstances. Comme l'avait relevé, dans de remarquables et pénétrantes observations, Rémy Libchaber(3), l'analyse de la jurisprudence rendue ces vingt cinq dernières années révélait pourtant le lien quasi irréductible entre ces deux notions(4), à tel point que la réticence dolosive et le devoir de loyauté s'étaient progressivement superposés « *pour renvoyer au même type de grief : le silence maintenu est équipollent à la mauvaise foi dans la formation du contrat* »(5). Mieux encore, « *cette jonction entre la bonne foi et la réticence dolosive* » laissait apparaître une modification du « *fondement* » de celle-ci qui opère moins « *en raison de l'altération du consentement d'un contractant* » et « *davantage parce qu'une déloyauté est intervenue dans le processus de formation du contrat* »(6). Avec l'arrêt commenté, l'objectivation et la moralisation de ce vice du consentement connaissent manifestement un brutal coup d'arrêt, et le divorce entre réticence et loyauté semble consommé. En effet, aucune allusion n'est faite, par la troisième Chambre civile, à un quelconque devoir de loyauté, lequel irriguait la décision de la cour d'appel, et l'acquéreur est libéré de toute obligation d'information, elle-même traditionnellement fondée sur la bonne foi(7).

5 - En l'espèce, à l'inverse de ce qu'a décidé la Cour, l'existence d'une obligation d'information ne semblait pourtant pas une simple vue de l'esprit. En effet, on enseigne et on juge traditionnellement qu'une telle obligation trouve sa source dans la confiance qu'un contractant peut légitimement placer dans son partenaire, confiance qui, elle-même, peut procéder de la nature du contrat ou de la qualité spéciale du contractant. Précisément, la qualité de professionnel d'un des contractants est très souvent considérée, tant en doctrine qu'en jurisprudence, comme le ferment d'une obligation d'information à la charge du contractant qui contracte en tant que tel(8). Or, en l'espèce, il ne semble pas extravagant de

considérer que ces conditions, et notamment la seconde, étaient réunies. En effet, d'une part, les deux contractants avaient déjà entretenu des rapports contractuels puisque deux ventes immobilières avaient déjà été conclues entre eux par le passé. De ce passé contractuel commun, on pouvait donc induire, sans trop forcer le trait, l'existence d'un sentiment de confiance du vendeur à l'égard de son cocontractant. D'autre part, et surtout, notre infortuné vendeur, dont l'arrêt insiste lourdement sur la qualité de profane et sur sa situation familiale et sociale particulièrement délicate, avait bien, en l'espèce, traité avec un professionnel de l'immobilier dont il n'était pas contesté qu'il connaissait parfaitement la valeur du bien vendu et qu'il avait tenu intentionnellement secrète cette information essentielle et déterminante du consentement de son cocontractant. Or, même si, en l'occurrence, l'acquéreur avait acquis lui-même le bien, et n'avait donc pas traité en qualité d'agent immobilier, sur lequel pèse un devoir de conseil(9), il pouvait néanmoins incontestablement être légitimement envisagé par son cocontractant comme un professionnel. Le point ne mérite d'ailleurs pas d'être plus amplement débattu puisque la Cour de cassation, pour déterminer la portée de son arrêt, prend bien le soin de préciser qu'aucune obligation d'information sur la valeur de l'immeuble vendu ne pèse sur l'acquéreur, même si celui-ci est professionnel.

6 - Autant de raisons pour considérer que, d'une façon générale et *a fortiori* en l'espèce, l'absence d'obligation d'information à la charge de l'acquéreur professionnel n'allait vraiment pas de soi et porte un coup particulièrement rude à l'exigence de loyauté qui doit présider, en tout cas selon nous, à la conclusion du contrat. L'arrêt revient, en effet, à autoriser un contractant professionnel à ne pas informer délibérément son partenaire profane d'un élément essentiel et déterminant de son consentement, et, donc, à admettre que le contrat puisse être conclu de mauvaise foi. Ce faisant, l'arrêt commenté tranche de façon pas très opportune avec d'autres décisions de la Cour de cassation qui, au nom de l'exigence de loyauté et sur le fondement de l'article 1116 du code civil, ont sanctionné des silences intentionnels d'un acquéreur, professionnel ou profane, sur la valeur du bien vendu(10). Par ailleurs, dans une perspective élémentaire de cohérence, il est pour le moins difficilement conciliable avec d'autres arrêts rendus par cette même troisième Chambre civile. On songe, par exemple, à celui dans lequel celle-ci a retenu une réticence dolosive au profit d'un acquéreur professionnel, parfaitement compétent, et l'a ainsi, de façon très indulgente, exonéré de son devoir de s'informer(11). On pense aussi à cet autre arrêt dans lequel elle a affirmé que la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée par une réticence dolosive(12), laissant ainsi entendre qu'on ne peut pas reprocher à un contractant de ne pas s'être correctement informé quand il a été victime d'une réticence dolosive(13). Par ailleurs, l'arrêt commenté est encore plus attentatoire au devoir de loyauté que ne l'était celui, précédemment cité, rendu par la première Chambre civile(14). Dans celui-ci, on pouvait à la rigueur comprendre le relâchement du devoir de loyauté au profit de l'acquéreur parce qu'en l'occurrence celui-ci s'était borné à accepter les conditions d'un contrat qui avaient été prédéterminées ; autrement dit, en gardant le silence sur la valeur du bien, il s'était contenté d'exploiter l'erreur sur la valeur commise par son cocontractant(15). Dans l'arrêt commenté, au contraire, son silence, et par conséquent sa déloyauté étaient beaucoup plus blâmables car il avait activement participé à la détermination du prix et sa réticence avait donc provoqué l'erreur de son partenaire. Autant, on pouvait, à la rigueur, déceler une justification dans le premier qui excluait toute obligation d'information à la charge de l'acquéreur profane, autant on est en revanche bien en peine de détecter l'esquisse d'une explication dans le second qui évince une telle obligation au plus grand profit de l'acquéreur professionnel.

7 - Manifestement, la troisième Chambre civile a décidé avec cet arrêt de réduire sensiblement la portée du devoir de loyauté au stade de la conclusion du contrat et, sans doute pour bien marquer le coup, elle l'a fait dans une espèce d'école où ce devoir semblait intuitivement s'imposer. Dont acte ! Mais on nous permettra de penser que l'impératif de sécurité juridique, souvent brandi pour cantonner la portée du devoir de loyauté, ne sortira pas grandi de cet arrêt qui consacre une injustice contractuelle au profit d'un professionnel peu scrupuleux et au détriment d'un profane en difficulté. Quoi qu'il en soit, la Cour consacre l'affirmation doctrinale selon laquelle « *L'erreur sur la valeur reste une erreur indifférente lorsqu'elle a sa source dans une réticence dolosive* »(16) et opère, ainsi, un démembrement discutable dans le régime du dol.

## II Le dol, démembré

8 - L'absence d'obligation d'information et de réticence, en l'espèce, procède, on l'a compris, de l'objet de l'erreur commise par le vendeur ; c'est parce que l'erreur du vendeur provoquée par le silence de l'acquéreur portait sur la valeur du bien vendu qu'elle n'exerce aucune influence sur la validité du contrat litigieux. Cette solution retenue par la troisième Chambre civile instaure, au rebours de solutions qu'on pensait fermement établies, une diversité dans le régime de ce vice du consentement qu'est le dol. En effet, c'est classiquement l'effet de l'erreur provoquée par le dol qui constitue l'élément qui permet d'en déterminer les conséquences sur le contrat conclu. Avec l'arrêt commenté, il n'en va plus ainsi. Quand le dol procède d'une réticence, d'un silence intentionnellement gardé, c'est l'objet de l'erreur provoquée qui constitue l'élément décisif. Aussi, la détermination du régime du dol suppose donc désormais de caractériser son élément matériel. Si celui-ci procède d'une manoeuvre ou d'un mensonge, il suffit que l'erreur provoquée ait eu un effet déterminant sur le consentement de l'*errans* et peu importe, alors, l'objet de l'erreur ; elle peut porter, non seulement sur les qualités essentielles de la chose, objet du contrat, la personne du contractant, au même titre et dans les mêmes conditions que l'erreur spontanée, mais encore sur la valeur ou les motifs, à l'inverse de cette dernière. En revanche, il n'en ira plus ainsi lorsque l'élément matériel du dol sera caractérisé par une réticence. Dans une telle hypothèse, le simple constat que le silence coupable a provoqué une erreur déterminante du consentement de l'*errans* constituera une condition nécessaire mais plus suffisante de la nullité. Il faudra, en outre, que cette erreur déterminante ait pour objet un élément susceptible d'emporter la nullité du contrat sur le fondement de l'article 1110 du code civil, la substance par exemple. En tout cas, elle n'affectera pas la validité du contrat quand elle aura pour objet la valeur de l'objet du contrat.

9 - A la vérité, les prémisses de cette solution, qui conduit à distinguer au sein du dol et à créer une disparité de régime de ce vice du consentement, se trouvaient déjà dans quelques arrêts antérieurs, rendus notamment par cette même troisième Chambre civile. Ainsi, en particulier, le 15 novembre 2000(17), elle avait décidé que le silence de l'acquéreur pouvait entraîner la nullité de la vente, parce que si « *la valeur du bien vendu (était) certes en cause* », elle ne l'était qu' « *indirectement* ». En effet, « *les vendeurs n'eussent certes pas cédé leur terrain au même prix s'ils avaient connu la qualité du sous-sol et l'utilisation que l'acheteur voulait en faire* ». Autrement dit, comme si l'action en nullité avait été fondée sur l'article 1110, la réticence avait été sanctionnée par la nullité du contrat parce que l'erreur sur la valeur était une simple conséquence d'une erreur sur la substance. De même, cet autre arrêt déjà cité(18), rendu le 22 juin 2005, peut être analysé dans le même sens. Présenté parfois comme annulant un contrat en raison d'une réticence dolosive ayant provoqué une erreur sur la valeur(19), il constitue plutôt une nouvelle illustration de la spécificité du dol par réticence. En effet, l'erreur de l'acquéreur provoquée par la réticence du vendeur qui n'avait pas permis à celui-là « *d'apprécier la rentabilité* » de l'opération était bien la conséquence d'une erreur sur la substance. Le vendeur avait, en l'espèce, dissimulé à l'acquéreur que l'immeuble vendu était un immeuble de grande hauteur, lequel était en tant que tel soumis à une réglementation contraignante et onéreuse en matière de sécurité.

10 - D'où le très net sentiment que, au moins en matière de vente, la simple réticence est désormais soumise à des conditions plus rigoureuses que les autres hypothèses de dol (manoeuvre et mensonge) pour pouvoir emporter la nullité du contrat. L'effet déterminant de l'erreur provoquée, et *a fortiori* de l'erreur exploitée ne suffit plus. Il convient, en outre, que des conditions relatives à l'objet de l'erreur soient remplies. Concrètement, comme par le passé, le régime de l'erreur provoquée par une réticence est purement et simplement aligné sur le régime de l'erreur spontanée, vice régi par l'article 1110 du code civil et ne peut, donc, conduire à la nullité du contrat si l'erreur est indifférente en vertu de ce dernier texte. Au fond, au prix d'un retour en arrière de près d'un demi siècle(20), le régime de la réticence dolosive se dissout désormais dans celui de l'erreur spontanée, tant et si bien que l'on peut légitimement se demander si la réticence n'a pas désormais, en partie du moins, son avenir derrière elle, puisqu'elle ne présente plus aucune spécificité, ni aucun intérêt, par rapport au vice du consentement que constitue l'erreur prévue et sanctionnée à l'article 1110. Ce dommage collatéral causé par l'arrêt commenté est une raison supplémentaire de ne pas lui rendre hommage...

---

(1) Civ. Ire, 3 mai 2000, D. 2002. Somm. 928, obs. Tournafond ; RTD civ. 2000. 566, obs. Mestre et Fages ; CCC 2000, comm. n° 140, obs. Leveneur ; JCP 2000. I. 272, obs. Loiseau et II. 10510, obs.

Jamin ; Defrénois 2000. 1110, obs. Delebecque et Mazeaud ; LPA, 5 déc. 2000, 14, note Fromion-Hébrard.

(2) Civ. 1re, 13 mai 2003, D. 2003. AJ. 2308, obs. Avena-Robardet ; *ibid.* 2004. Jur. 262, note Mazuryer ; Defrénois 2003. 1658, spéc. 1659, obs. Libchaber.

(3) Préc., note 2.

(4) En ce sens, V. entre autres, Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Montchrestien, 2005, n° 86 ; Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 1993, n° 565 et 570 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2005, n° 155 et 776 ; Terré, Lequette et Simler, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2005, n° 233.

(5) Libchaber, obs. préc., spéc. p. 1571.

(6) *Ibid.*

(7) *Ibid.*, spéc. p. 1570.

(8) En ce sens, V. entre autres : Bénabent, *op. et loc. cit.* ; Ghestin, *op. cit.*, spéc. n° 567 et 660 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, spéc. n° 776, lesquels affirment que « *Cette obligation s'étend à tous les professionnels* » ; Terré, Lequette et Simler, *op. cit.*, spéc. n° 259.

(9) Sur ce point, V. la jurisprudence citée par Jamin dans ses observations, sous l'arrêt commenté, JCP 2007, à paraître.

(10) En ce sens, V. entre autres, Civ. 3e, 27 mars 1991, RTD civ. 1992. 81, obs. Mestre ; Com. 27 févr. 1996, D. 1996. Jur. 518, note. Malaurie, Jur. 591, note Ghestin, et Somm. 342, obs. Hallouin ; RTD civ. 1997. 114, obs. Mestre ; JCP 1996. II. 22665, obs. Ghestin ; Civ. 3e, 15 nov. 2000, D. 2002. Somm. 928, obs. Tournafond ; RTD civ. 2001, 355, obs. Mestre et Fages ; CCC 2001, comm. n° 23, obs. Leveneur ; Defrénois 2001. 242, obs. Savaux ; Com. 12 mai 2004, D. 2004. AJ 1599, note. Liehnard, et Somm. 2923, obs. Lamazerolles ; RTD civ. 2004. 500, obs. Mestre et Fages ; Rev. sociétés 2005. 140, obs. Godon ; JCP 2004. I. 10513, obs. Constantin ; RDC 2004. 923, obs. Mazeaud ; 22 févr. 2005, Bull. Joly Sociétés 2005. 1105, note Massart ; 14 juin 2005, D. 2005. AJ. 1775, obs. Lienhard ; RTD civ. 2005. 774, obs. Mestre et Fages ; Rev. sociétés 2006. 66, obs. Mathey.

(11) Civ. 3e, 22 juin 2005, CCC 2005, comm. n° 186, obs. Leveneur.

(12) Civ. 3e, 21 févr. 2001, D. 2001. Jur. 2702, note Mazeaud, Somm. 3236, obs. Aynès, et D. 2002. Somm. 927, obs. Caron et Tournafond ; AJDI 2002. 70, obs. Cohet-Cordey ; RTD civ. 2001. 353, obs. Mestre et Fages ; Defrénois 2001. 703, obs. Libchaber ; JCP 2001. I. 330, obs. Constantin, et JCP 2002. II. 10027, obs. Jamin.

(13) En ce sens, V. Ghestin, *op. cit.*, spéc. n° 667.

(14) *Supra* note 1.

(15) En ce sens, V. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, 2004, spéc. n° 121.

(16) Terré, Lequette et Simler, *op. cit.*, spéc. n° 237.

(17) Préc.

(18) Préc.

(19) Flour, Aubert et Savaux, *Les obligations, I. L'acte juridique*, Sirey, spéc. n° 214, note 7. (20) Sur l'évolution jurisprudentielle relative à la réticence dolosive, V. Ghestin, *op cit*, spéc. n 566s

### Note Ph. Stoffel-Munck

1 - « *L'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis* ». La messe est dite, vient-on de relever... mais quelle messe exactement ? Elle ne semble, en tout cas, pas chantée par la seule troisième Chambre civile de la Cour de cassation car le principe que celle-ci énonce fermement rejoint la jurisprudence de la première Chambre, établie à propos de l'affaire des *Baldus*(1) et sans doute aussi celle de la Chambre commerciale(2). Ce ralliement peut surprendre car la troisième Chambre nous avait habitués à se montrer plutôt accueillante en matière de dol. C'est elle, ainsi, qui avait énoncé « *que la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée* »(3), puis oblitéré l'élément intentionnel de ce vice/délit(4), pour l'admettre tout aussi bien alors même que le dol ne serait qu'incident, ce qui affectait l'exigence du caractère déterminant de l'erreur(5). Cette faveur était si grande que l'on pouvait se demander si cette formation n'avait pas fini par réduire la réticence dolosive à sa seule condition matérielle, de sorte que tout manquement à une obligation d'information susceptible d'avoir influé sur le consentement permettrait la nullité du contrat(6). Sur cette pente, la question de savoir si l'acquéreur devait informer le vendeur de son opinion quant à la valeur de la chose devenait décisive. S'y jouait,

notamment, le sort de la technique de la lésion immobilière. En effet, si la vente pouvait être annulée dès que l'acheteur avait acquis l'immeuble pour un prix inférieur à ce qu'il savait être sa valeur de marché, sans faire part au vendeur de cette information, le domaine utile de l'article 1674 du code civil et de sa batterie de conditions restrictives se réduisait à peu de choses(7), étant rappelé que l'erreur sur la valeur est habituellement reçue en matière de dol. Cette observation, propre à la vente immobilière, a peut-être traversé l'esprit des magistrats de la troisième Chambre, spécialement compétente en cette matière. Il demeure qu'elle est insuffisante à expliquer l'arrêt car celui-ci n'en dit rien. L'obligation d'information de l'acquéreur sur la valeur s'y trouve chassée de manière générale, et d'autant plus significativement que les circonstances de l'espèce auraient plutôt incliné à l'indulgence.

2 - Le cas était, en effet, d'école. Au-delà de ce qu'en relate l'arrêt, la lecture du moyen annexé au pourvoi(8) révèle que le vendeur était plus à même d'inspirer la compassion que la sévérité. Paysan réduit au chômage, il avait trouvé à s'employer comme manoeuvre intérimaire, au moins pour nourrir son foyer, son épouse étant frappée d'une incapacité totale de travail depuis près de huit ans. Son pavillon était-il son seul bien ? Il avait, en tout cas, déjà cédé, trois ans plus tôt, deux maigres parcelles de terrain au marchand de biens auquel il s'adressa ; la première pour 5 000 francs et l'autre pour 25 000... On ne sait pas quel fut le prix de la vente de l'immeuble litigieux mais son estimation, peut-être due à la flambée de l'immobilier, était considérable : 190 000 euros. Voilà ce qu'il ignorait. Et pour achever son infortune, il n'avait sans doute pas même été lésé de plus des 7/12, de sorte que l'action en nullité pour dol constituait apparemment sa seule planche de salut. On peut imaginer circonstances plus adéquates pour affirmer un principe de sévérité... et si l'arrêt avait opiné pour une solution en faveur d'un tel malheureux et l'avait discrètement classé en FD, on aurait pu concevoir qu'il se serait agi d'une décision d'équité. Mais c'est tout le contraire qui s'est produit et c'est donc en droit strict que la Cour a rendu son arrêt, et l'a destiné à la publication au *Bulletin*. Or, de ce point de vue, elle nous semble pouvoir être approuvée. D'une part, le devoir de loyauté où s'enracine l'obligation d'information ne peut aisément aller jusqu'à commander à l'acheteur de révéler au vendeur la valeur de marché de son bien (I). D'autre part, et jusque dans l'optique très favorable au jeu de l'article 1116 qui est celle de la troisième Chambre, il était difficile de retenir en l'occurrence le dol, sauf à dénaturer assez radicalement ce grief (II).

### **I - La limite au devoir de loyauté**

3 - L'exigence de loyauté ne pèse pas pareillement dans toutes les circonstances. Son poids est assez évidemment variable, sauf à croire qu'un contrat entre deux hommes d'affaires puissants, roués et âpres au gain doit se voir imposer le même degré de bienveillance qu'une relation autrement déséquilibrée. Mais il n'y a pas que des raisons subjectives qui dosent le jeu de la loyauté. L'objet du contrat y concourt aussi, et l'on peut comprendre qu'elle soit plus prégnante dans les relations d'alliance que dans une vente simple, où l'opposition des intérêts est naturellement exacerbée(9). En l'occurrence, la limite qu'y apporte l'arrêt concerne une figure bien particulière : l'information que doit l'acheteur, « *même professionnel* », à l'égard du vendeur profane quant à la valeur de sa chose. Or, sur le principe, il peut sembler justifié que l'acheteur éclairé n'ait pas le devoir de faire partager sa science au vendeur pour cette seule raison que ce dernier en est moins pourvu. En effet, l'acquisition de cette compétence est généralement le fruit d'un investissement de sa part. S'il devait la livrer gratuitement, il en perdrait l'intérêt ce qui, sauf circonstances particulières (*infra* n° 4), se justifie mal de son point de vue. Pire, son expertise lui deviendrait alors un malheur puisqu'à devoir l'exposer, il la ferait jouer contre lui en conduisant à un renchérissement de la chose auquel il ne se serait pas exposé s'il était demeuré ignare. Ce n'est donc pas même socialement bon, car mieux vaut inciter au savoir qu'à l'ignorance(10).

La situation du vendeur est différente et même inverse dans le cas où, comme en l'espèce, la valeur de marché est plus élevée que l'impression qu'en aurait un profane. Son investissement dans l'expertise lui sera alors rentable puisque sa divulgation lui permettra de mieux vendre. Ce qui est à redouter de lui est plutôt une surévaluation de la chose, mais il y a alors mensonge net. En l'espèce, le vendeur n'avait d'ailleurs eu qu'à s'adresser à un cabinet immobilier un mois après la vente pour connaître la valeur marchande de son bien, mais c'était un mois trop tard(11). En somme, l'asymétrie d'information, comme l'on dit parfois, n'est pas à elle seule suffisante pour imposer à l'acheteur une obligation de renseignement quant à la valeur qu'il prête à la chose.

4 - Ce principe peut être renversé dans certaines circonstances. Il en va d'abord ainsi quand la relation entre les deux contractants est de nature fiduciaire. Le droit des sociétés l'a en particulier montré en imposant au dirigeant un devoir d'information sur la valeur des titres qu'il rachète à un des associés(12). Mais cela tient à la confiance qui doit, par nature, pouvoir lui être portée. Au-delà de ces questions de statuts, la loyauté peut aussi grandir à raison de la confiance particulière qui unit concrètement les parties. Mais il est douteux qu'en l'espèce le simple fait que les intéressés aient été en rapport pour deux affaires trois ans plus tôt ait suffi à tisser entre elles un lien d'une telle densité. Ensuite, certains contractants se voient, à raison de leur profession et du label de confiance qui s'y attache, tenus de devoir conseiller leurs clients et d'y sacrifier leurs intérêts au besoin. Les marchands de biens, spéculateurs de profession, n'en sont pas. Dont acte.

5 - En l'absence de circonstances de cet ordre, il était donc difficile de considérer que la loyauté impose naturellement à un acheteur d'informer l'acquéreur de la valeur de son bien. Certes, les considérations d'espèce et la situation malheureuse du vendeur auraient pu conduire à l'admettre pour l'occasion afin de lui offrir le secours de la nullité. Mais, faut-il dire que l'obligation d'information se mesure à la gravité du drame humain que traverse le contractant ? Le chuchoter dans un arrêt de coeur, peut-être... Le poser en règle générale, sans doute pas. En tout cas, le dol ne paraît pas pouvoir être l'instrument apte à faire résonner cette plainte.

## II - L'absence d'erreur provoquée

6 - Le dol, comme la réticence dolosive, constitue un vice du consentement en ce qu'il provoque une erreur. La troisième Chambre civile a eu beau alléger l'article 1116 de toutes ses conditions traditionnelles, elle n'en a pas effacé la structure fondamentale. Pour que ce texte trouve application, il faut une erreur et celle-ci, même si elle peut être inexcusable, même si elle peut être incidente, doit toujours avoir été provoquée par le cocontractant, même si l'on n'exige plus un agissement intentionnel de sa part.

Or, en l'occurrence, on peine, à la lecture de l'arrêt ou du pourvoi, à voir en quoi le silence conservé par l'acheteur a provoqué une erreur. Certes, il y avait erreur, mais ne préexistait-elle pas au silence ? D'après ce que l'on connaît des faits, le vendeur « *s'était déplacé à l'agence immobilière en vue de vendre son bien* »(13). Il voulait donc vendre et avait, peut-on croire, une idée du prix qu'il pensait pouvoir en obtenir. Ce prix était peut-être sans rapport avec la valeur du pavillon, mais cette fausse représentation de la réalité n'était, à notre connaissance, pas le fait du marchand de bien. Ni son silence, ni un autre comportement de sa part ne paraissent avoir amené le vendeur à se faire l'idée de la valeur qu'il prêtait à la chose. La situation est donc différente de celle où le marchand de bien se serait rendu chez le vendeur, et l'aurait incité à vendre. Dans de telles circonstances, la troisième Chambre aurait peut-être admis un dol. Elle l'a d'ailleurs laissé entendre peu de temps après l'affaire des *Baldus*. Mais l'élément matériel du dol était alors moins le silence conservé par l'acheteur que le savant traquenard dans lequel il avait fait tomber le vendeur(14). En l'espèce, de telles manoeuvres ne sont pas signalées.

Ainsi, il ne semble pas que l'acheteur a, en l'occurrence, provoqué la réflexion erronée du vendeur sur la valeur ou l'a aiguillé sur une fausse appréciation de celle-ci. Si cette lecture des faits est exacte, ce que la Cour de renvoi aura sans doute l'occasion de scruter, les conditions techniques du dol n'étaient pas réunies. C'est une autre manière de voir combien il est « *essentiel de distinguer entre le fait de se porter acquéreur d'un objet déjà mis en vente à un certain prix et le fait d'amener un individu à nous céder une chose à un prix nettement inférieur à sa valeur réelle* »(15).

7 - En réalité, il nous semble que l'erreur a moins été provoquée qu'exploitée. Or, ce n'est pas la même chose, et la seule exploitation de l'ignorance d'autrui, spécialement quand l'information litigieuse lui est comme en l'espèce aisément accessible, ne caractérise pas un vice du consentement reconnu en droit positif. *De lege ferenda*, la proposition peut être soutenue, et l'a d'ailleurs été(16). Ce vice nouveau prendrait place entre le dol et la violence dont il se distinguerait en ce qu'il n'y a pas d'erreur provoquée ni de menace agitée. Une autre voie serait d'accueillir en France la notion de lésion qualifiée, ce qui est proche sans être exactement pareil(17). La Cour de cassation n'a pas franchi ce Rubicon, au moins en l'absence d'état de nécessité démontré.

En somme la portée de l'arrêt peut être mesurée étroitement. La Cour n'a pas dit qu'aucune obligation d'information ne pèserait sur l'acheteur en dehors des obligations légales ou prétoriennes déjà admises.

Elle a simplement dit que l'acheteur n'était pas tenu d'informer son cocontractant quant à la valeur qu'il prête à la chose. C'est plus étroit et, devant les bouleversements qu'aurait, sans autre garde-fou, entraîné la solution inverse, c'est, croyons-nous, fort sage.

- (1)** Civ. 1re, 3 mai 2000, Bull. civ. I, n° 131 ; D. 2002. Somm. 928, obs. Tournafond ; RTD civ. 2000. 566, obs. Mestre et Fages ; JCP 2001. II. 10510, note Jamin ; Defrénois 2000. 1110, obs. Mazeaud et Delebecque.
- (2)** Com. 12 mai 2004, Bull. civ. IV, n° 94 ; D. 2004. AJ. 1599, obs. Lienhard, et Somm. 2923, obs. Lamazerolles ; RTD civ. 2004. 500, obs. Mestre et Fages ; Rev. sociétés 2005. 140, obs. Godon ; RDC 2004. 923, obs. Mazeaud ; LPA, 16 juill. 2004, note Reifergeste ; JCP 2004. I. 173, obs. Constantin ; *ibid.*, II. 10153, note Damy.
- (3)** Civ. 3e, 21 févr. 2001, Bull. civ. III, n° 20 ; D. 2001. Jur. 2702, note Mazeaud, Somm. 3236, obs. Aynès, et D. 2002. Somm. 927, obs. Caron et Tournafond ; AJDI 2002. 70, obs. Cohet-Cordey ; RTD civ. 2001. 353, obs. Mestre et Fages ; JCP 2001. I. 330, obs. Constantin ; JCP 2002. II. 10027, note Jamin ; Defrénois 2001. 703, obs. Libchaber.
- (4)** Civ. 3e, 11 mai 2005, Bull. civ. III, n° 101 ; D. 2005. IR. 1451 ; RTD civ. 2005. 590, obs. Mestre et Fages ; Dr. et patr., oct. 2005, p. 92, obs. Stoffel-Munck.
- (5)** Civ. 3e, 22 juin 2005, Bull. civ. III, n° 137 ; RDC 2005. 1025, obs. Stoffel-Munck ; LPA, 17 oct. 2006, p. 16, note Chardeaux.
- (6)** V. notre chron., Du manquement au devoir précontractuel d'information à la réticence dolosive, quelle distance ?, Dr. et patr., oct. 2005, p. 91.
- (7)** Rapp., Chantepie, *La lésion*, préf. G. Viney, LGDJ, 2006, spéc. n° 254 s. pour l'analyse, à la lumière de la lésion, du courant jurisprudentiel dans lequel s'inscrit l'arrêt commenté, et n° 635 s. pour l'opposition entre les vieux concepts de *dolum malum* et de *dolus re ipsa*.
- (8)** Consultable sur Juris-Data, n° 2007-037041.
- (9)** Pour un développement sur ces variations, gouvernées nous a-t-il semblé, par un critère de confiance réciproque, qui se mesure au degré d'altérité existant entre les parties, V. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, n° 219 à 271.
- (10)** Sur tout cela, V., par ex., Rudden, Le juste et l'inefficace, pour un non-devoir de renseignements, RTD civ. 1985. 90.
- (11)** V. le moyen annexé au pourvoi.
- (12)** En dernier lieu, V. Com. 12 mai 2004, préc., qui distingue clairement ce qui incombe à une partie en sa qualité de cessionnaire et ce qui résulte de la qualité de dirigeant.
- (13)** Moyen annexé au pourvoi, p. 2.
- (14)** Civ. 3e, 15 nov. 2000, Bull. civ. III, n° 171 ; D. 2002. Somm. 928, obs. Tournafond ; RTD civ. 2001. 355, obs. Mestre et Fages ; JCP G 2001. I. 301, obs. Serinet ; *ibid.* 2002. II 10054, note Liévremont ; Defrénois 2001. 242, obs. Savaux. En l'occurrence, une société d'exploitation de carrières voulait acquérir un terrain dont elle connaissait la richesse tréfoncière. Pour ne pas éveiller les soupçons du propriétaire, elle le sollicita par l'intermédiaire d'un prête-nom qui mentit sur l'affectation projetée des lieux.
- (15)** Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992, n° 210.
- (16)** En dernier lieu, V. Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, n° 438 s. L'auteur propose d'inscrire ce vice de faiblesse à l'article 1112 du code civil, qui disposerait que « *La faiblesse est un vice du consentement lorsque sont établies l'existence d'une situation de faiblesse de l'une des parties et celle d'un déséquilibre contractuel à son détriment* » (n° 693).
- (17)** En dernier lieu, V. Chantepie, *La lésion*, *op. cit.* spéc. n° 272 s. pour la distinction d'avec les vices du consentement. L'auteur ne s'en tient pas à la lésion qualifiée (n° 533 s.) mais cherche à construire une notion de lésion objective acceptable en termes de sécurité juridique. *Adde* l'art. 1114-3 du Projet Catala, qui s'inscrit, nous a-t-il semblé, dans le même thème (V. Stoffel-Munck, *Autour du consentement et de la violence économique*, Colloque sur le projet de réforme des contrats, RDC 2005. 45 s.).

**Document n° 6 : Civ. 1, 15 mai 2002, n° 99-21521.**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article 1315 du Code civil ;

Attendu que Mme Cardoso a acquis un véhicule automobile d'occasion auprès de M. Guillot, garagiste ; qu'une expertise ordonnée en référé a établi que le véhicule avait été accidenté ; qu'au soutien de son action en nullité de la vente pour réticence dolosive, Mme Cardoso a fait valoir que le vendeur lui avait dissimulé cet accident ;

Attendu que pour rejeter la demande, l'arrêt retient que Mme Cardoso ne rapportait pas la preuve de cette dissimulation ; qu'en statuant ainsi, alors que le vendeur professionnel est tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de son client et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 septembre 1998, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon, autrement composée.

**Document n° 7 : Com., 28 juin 2005, n° 03-16794**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 mai 2003), qu'en 1996, M. X..., salarié de la société Cap Gemini, s'est vu offrir l'acquisition, au prix unitaire de 30 francs, de 20 000 bons lui donnant la faculté d'acquérir autant d'actions de cette société au prix de 80 francs lors de la levée de l'option qui devait intervenir au premier semestre 2000 ; que pour acquérir ces bons, M. et Mme X... ont contracté un emprunt auprès de la Société générale (la banque), avec laquelle M. X... a également conclu une convention intitulée "Contrat d'options sur actions cotées" ; qu'aux termes de cette convention, M. X... s'engageait à lever les options d'achat d'actions en janvier 2000 et qu'il était stipulé que si le cours des actions était, à cette date, inférieur à 118,42 francs, représentant la somme du prix du bon, du prix de l'action et du coût du crédit, la banque lui verserait la différence entre ce montant et le cours réel et que, si celui-ci était supérieur à ce montant, la banque lui verserait la plus-value dans la limite d'un cours maximum de 290,13 francs ; que lors du dénouement de l'opération en janvier 2000, le cours de l'action était supérieur à 1 500 francs ; que M. et Mme X..., alléguant avoir été victimes d'un dol par réticence, ont demandé l'annulation des contrats conclus avec la banque et subsidiairement sollicité l'annulation de la stipulation d'intérêts incluse dans le contrat de prêt en invoquant l'absence d'indication du taux effectif global ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. et Mme X... font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur demande tendant à l'annulation, pour réticence dolosive, des contrats conclus avec la banque alors, selon le moyen :

1) que, quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme ; que cette connaissance doit s'apprécier en fonction du degré d'expérience dans le domaine financier concerné et de la complexité du produit ; qu'en l'espèce, M. X... soutenait que la compréhension du mécanisme de couverture et de ses implications supposait des connaissances pointues et des compétences spécifiques, dont il ne disposait pas, étant parfaitement novice en matière d'opérations réalisées sur les produits dérivés, opérations réservées aux entreprises et aux institutionnels ; qu'en se bornant à constater que M. X... était diplômé de l'ENA et ancien inspecteur des finances, et exerçait des fonctions de direction au sein de la société Cap Gemini pour considérer que la Société générale n'avait aucune obligation précontractuelle d'information sur le contrat d'options qu'elle lui a fait souscrire, sans relever aucun élément de nature à caractériser une connaissance concrète et effective de la part de M. X... des produits dérivés et, en particulier, des mécanismes de couverture du risque de variation de cours permettant



d'éclairer son consentement en la matière, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1109 du Code civil ;

2 ) que la banque est tenue d'une obligation précontractuelle d'information d'autant plus précise que l'opération concerne des produits dérivés sur un marché de gré à gré ; qu'en l'espèce, M. X... soutenait que le document de présentation de l'offre de financement et de couverture fourni par la Société générale comportait des indications fausses en ce qu'il indiquait notamment que les solutions de couverture proposées assuraient un gain minimum au bénéficiaire à l'échéance, alors que seul le risque de perte était partiellement couvert et qu'aucune information ne lui avait été donnée sur les mécanismes internes utilisés pour la couverture du risque de variation de cours, à défaut desquelles il ne pouvait appréhender la construction du contrat d'option par la Société générale ; qu'en ne recherchant pas, comme elle y avait été invitée, si les informations remises par la banque à l'occasion de la souscription du contrat d'options étaient suffisamment précises et complètes, en particulier sur les mécanismes internes de couverture du risque de variation de cours, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1109 du Code civil ;

3 ) que M. et Mme X... reprochaient à la banque de ne pas les avoir informés de l'existence d'autres formules de couverture du risque de variation de cours, qu'elle ne pouvait ignorer en tant que spécialiste des produits dérivés, et qui comportaient l'avantage de permettre au client de percevoir une quote-part de la plus-value réalisée, sans plafonnement des gains potentiels ; qu'en se bornant à énoncer qu'il ne pouvait être reproché à la banque d'avoir conçu sa formule de couverture en anticipant sur une évolution à la hausse du cours des actions, dès lors que "la prévision entre dans la fonction principale de la direction des marchés d'un établissement bancaire, à qui il ne peut être fait grief d'apprécier l'avenir du marché en fonction de différents paramètres, qu'il n'a pas à faire connaître à son client", sans rechercher s'il n'incombait pas à l'établissement de crédit, dans le cadre de son obligation précontractuelle d'information, de faire connaître à son client l'existence d'autres techniques de couverture du risque de variation de cours, afin de lui permettre de contracter en toute connaissance de cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1109 du Code civil ;

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 ; que le moyen, qui se borne en ses trois branches à invoquer des manquements de la banque à son obligation précontractuelle d'information, sans alléguer que ces manquements auraient été commis sciemment dans l'intention de provoquer dans l'esprit de M. X... une erreur déterminante de son consentement, ne peut être accueilli ;

Et sur le second moyen :

Attendu que M. et Mme X... font encore grief à l'arrêt de les avoir déboutés de leur demande tendant à l'annulation de la stipulation d'intérêts conventionnels contenue dans le contrat de prêt alors, selon le moyen :

1 ) que le délai de prescription de l'action en nullité de la clause de stipulation des intérêts conventionnels pour défaut d'indication du taux effectif global est de cinq ans à compter de la signature du contrat de prêt ; qu'en considérant que cette action était soumise au délai de forclusion biennale de l'article L. 311-37 du Code de la consommation, la cour d'appel a violé ce texte, ensemble les articles L. 313-2 du même Code, 1304 et 1907 du Code civil ;

2 ) qu'en toute hypothèse, en ne répondant pas au moyen soulevé par M. et Mme X... tiré de ce que la banque, en concluant le contrat d'options le 28 juin 1996, soit antérieurement à la conclusion de la convention d'ouverture de crédit, le 25 juillet 1996 avait privé, de facto, les emprunteurs de la faculté de rétractation de sept jours prévue par l'article L. 311-5 du Code de la consommation, ce qui excluait la volonté des parties de se soumettre à la réglementation du crédit à la consommation résultant des articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé qu'il résulte des clauses du contrat que celui-ci est soumis aux dispositions de la loi du 10 janvier 1978, la cour d'appel, qui a ainsi écarté l'interprétation contraire à laquelle se réfère la seconde branche, a fait à bon droit application, à l'action en annulation de la stipulation d'intérêts, du délai de forclusion de deux ans prévu par l'article L. 311-37 du Code de la consommation,

dans sa rédaction antérieure à la loi du 11 décembre 2001 ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Document n° 8 : Soc. 16 févr. et 30 mars 1999, D. 2000, p 98.**

**Soc. 16 févr. 1999**

*LA COUR* - Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

- Vu l'article 1116 du code civil ;

- Attendu que M<sup>lle</sup> Benteat a été engagée, en qualité de responsable de centre d'étude de langues, par l'association Institut interprofessionnel de formation pour l'industrie et le commerce (IFPIC) suivant contrat à durée déterminée d'un an à compter du, 13 juin 1994 ; que le 23 septembre 1994, elle a remis une lettre de démission qu'elle a dénoncée le 26 septembre suivant ; qu'elle a saisi le conseil de prud'hommes en réclamant une indemnité de fin de contrat et des dommages-intérêts ; que l'employeur a invoqué la nullité du contrat pour dol constitué par la mention sur le *curriculum vitae* de la salariée, remis lors de son embauche, d'une indication erronée relative à son expérience professionnelle ;

- Attendu que la cour d'appel (CA Poitiers, 25 juill. 1996), pour déclarer nul le contrat de travail et rejeter en conséquence les demandes de la salariée, retient que cette dernière a fait figurer dans son *curriculum vitae* la mention « 1993 - assistance de la responsable de formation, Renault (Rueil-Malmaison) », alors qu'en réalité il s'agissait d'un stage de formation de quatre mois à la direction des études de Renault dans le service formation linguistique ; qu'elle ajoute que manifestement la relation salariale ne se serait jamais nouée s'il était apparu qu'au lieu de bénéficier d'une expérience professionnelle d'une année au sein d'une société importante à un poste d'assistante de la responsable de formation, l'intéressée n'avait eu en fait qu'une expérience professionnelle de quatre mois au titre d'un stage en formation ; qu'elle en conclut que le consentement de l'employeur a été vicié par la manoeuvre dolosive de la salariée ; qu'en statuant ainsi, alors que la mention litigieuse, si elle était imprécise et susceptible d'une interprétation erronée, n'était pas constitutive d'une manoeuvre frauduleuse, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; Par ces motifs, [...] casse et [...] renvoie devant la cour d'appel de Bourges...

**Soc. 30 mars 1999**

*LA COUR* - Sur le premier moyen : - (*non commenté*)

Et sur le second moyen :

- Vu l'article 1116 du code civil, les articles L 122-14-3 et L 122-14-4 du code du travail ;

- Attendu que pour décider que le licenciement de M<sup>me</sup> Minaud était fondé sur une cause réelle et sérieuse, l'arrêt (CA Paris, 13 févr. 1996) relève que la salariée a manqué à son obligation de loyauté en ne fournissant pas à la société Esterel, lors de son engagement en 1991, des informations exactes concernant ses diplômes ;

- Attendu cependant que la fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche n'est un manquement à l'obligation de loyauté susceptible d'entraîner la nullité du contrat de travail que si elle constitue un dol ; qu'elle ne constitue une faute susceptible de justifier le licenciement que s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, sans caractériser le dol, et sans relever l'incompétence de M<sup>me</sup> Minaud qui occupait depuis trois ans les fonctions pour lesquelles elle avait été recrutée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, casse et [...] renvoie devant la cour d'appel de Versailles...

**Document n° 9 : Com., 30 mars 2016, n° 14-11.684.**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Caen, 4 juillet 2013), que par acte du 29 juin 2006, M. et Mme X... et leurs deux enfants (les consorts X...) ont cédé à la société Nouvel Usinage mécanique de précision (la société NUMP), représentée par M. Y..., les parts qu'ils détenaient dans le capital de la société Usinage mécanique de précision ; que soutenant que son consentement avait été vicié par des manœuvres dolosives, la société NUMP a, ainsi que M. et Mme Y... , assigné les consorts X... en annulation de la cession des parts sociales, restitution du prix versé et paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que les consorts X... font grief à l'arrêt d'accueillir ces demandes, alors, selon le moyen, que la nullité d'une convention ne peut être prononcée qu'en cas de dol principal ou déterminant, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans elles, l'autre partie n'aurait pas contracté ; que dès lors, en retenant, pour prononcer la nullité du contrat de cession de parts sociales conclu entre les consorts X... et la société NUMP, que, selon les énonciations de l'expert qu'elle a reprises à son compte, si M. Y... avait eu connaissance de l'ensemble des faits reprochés à M. X... au moment de l'acquisition de l'entreprise, il en aurait certainement revu les modalités d'acquisition, la cour d'appel, qui a caractérisé un dol incident et non principal, n'a pas tiré les conséquences de ses constatations et a ainsi violé l'article 1116 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté que les consorts X... avaient, par une hausse massive des prix de vente, donné une image trompeuse des résultats atteints par la société cédée au cours des mois ayant précédé la cession, et qu'ils avaient dissimulé à la société NUMP les informations qu'ils détenaient sur l'effondrement prévisible du chiffre d'affaires réalisé avec au moins deux des principaux clients de l'entreprise, la cour d'appel, qui a souverainement retenu que ces éléments étaient déterminants pour le cessionnaire, lequel n'avait pas été mis en mesure d'apprécier la valeur de la société cédée et ses perspectives de développement et n'aurait pas accepté les mêmes modalités d'acquisition s'il avait eu connaissance de la situation exacte de cette société, n'a pas méconnu les conséquences légales de ses constatations en décidant que les réticences dolosives imputables aux cédants entraînaient la nullité de la cession ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Document n° 10 : Civ. 3, 21 févr. 2001.**

Sur le deuxième moyen, ci-après annexé : - Attendu qu'ayant constaté que la demande en première instance tendait à l'annulation des cessions, la cour d'appel a exactement retenu que les demandes nouvelles en appel et tendant à la réduction du prix et subsidiairement à l'allocation de dommages-intérêts n'étaient pas virtuellement comprises dans la demande soumise aux premiers juges et ne tendaient pas aux mêmes fins ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen : - Vu l'article 1116 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Aix-en-Provence, 20 mai 1998), que, suivant deux actes, reçus par M. Gas, notaire, les 26 mai et 6 juillet 1989, la société civile immobilière Errera (SCI) a vendu un immeuble à usage d'hôtel à M. Plessis et la société Hôtel Le Galliéni (société) le fonds de commerce exploité dans cet immeuble au même acquéreur ; qu'une précédente décision ayant accueilli la demande de la SCI et de la société en réitération des cessions, M. Plessis les a assignées en annulation des ventes pour dol ; qu'il a également demandé la condamnation de M. Gas à lui payer des dommages-intérêts ; qu'en appel M. Plessis a maintenu sa prétention à titre subsidiaire et demandé à titre principal la réduction du prix et subsidiairement l'allocation de dommages-intérêts ;

Attendu que pour débouter M. Plessis de sa demande en annulation pour dol, l'arrêt retient que les conditions d'une telle annulation ne sont pas réunies quant aux griefs avancés par M. Plessis en raison du caractère inexcusable de l'erreur dont il soutient avoir été victime, l'ignorance de l'exploitation sans autorisation d'ouverture et non-conformité aux règles de sécurité n'étant pas admissible de sa part alors

qu'il avait une obligation particulière de se renseigner compte tenu du caractère professionnel de l'opération et que des vérifications élémentaires auprès des cédants lui auraient révélé l'exacte situation administrative de l'établissement ; qu'en statuant ainsi, par des motifs qui ne permettent pas d'exclure l'existence d'une réticence dolosive et alors qu'une telle réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée, la cour d'appel a violé le texte susvisé;

Et sur le troisième moyen : - Vu l'article 1382 du code civil (...)

Par ces motifs, casse et annule, sauf en ce qu'il a déclaré irrecevables comme nouvelles en appel les demandes en réduction du prix des cessions et subsidiaires en indemnisation formées, sur les divers fondements entrepris, par M. Plessis en substitution, au principal, de sa demande initiale, l'arrêt rendu le 20 mai 1998, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence [...] renvoie devant la cour d'appel de Nîmes ...

### **Document n° 11 : Civ. 1, 25 janv. 2017, n° 15-29205.**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'obligation pour le juge, ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ;

Attendu, selon le jugement attaqué, que M. et Mme X... (les acquéreurs) ont acquis de M. Y (le vendeur), un véhicule d'occasion ; qu'ayant été informés par un garagiste que le véhicule litigieux avait été antérieurement accidenté, ils ont fait procéder à une expertise amiable, puis ont assigné le vendeur en indemnisation sur le fondement du dol ;

Attendu que, pour rejeter leur demande, le jugement retient que les défauts du véhicule étaient apparents à l'oeil nu, visibles de l'extérieur, et que ces éléments étaient constatés par l'expert avant tout démontage ou surélévation du véhicule ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait des termes clairs et précis du rapport d'expertise que la dépose des garnitures latérales intérieures de coffre mettait en évidence une déformation de la doublure d'aile arrière droite non réparée et que l'examen sur pont élévateur faisait apparaître des séquelles de réparations sur les bas de caisse en partie arrière de ces pièces, le tribunal, qui a dénaturé le rapport, a violé le principe susvisé ;

Et sur la seconde branche du moyen :

Vu l'article 1116, devenu 1137 du Code civil ;

Attendu que le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son contractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter ;

Attendu que, pour se prononcer comme il le fait, le jugement se borne à énoncer que les défauts du véhicule étaient apparents, visibles de l'extérieur, de sorte qu'il n'y avait ni vice caché ni réticence dolosive ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartenait au juge de rechercher si le silence du vendeur sur l'accident subi par le véhicule litigieux était destiné à tromper intentionnellement les acquéreurs et à les déterminer ainsi à conclure la vente, le tribunal a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs : Casse et annule, en toutes ses dispositions, le jugement rendu le 3 novembre 2015, entre les parties, par le tribunal d'instance de Schiltigheim ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit jugement et, pour être fait droit, les renvoie devant le tribunal d'instance de Strasbourg ;

### **Document n° 12 : Civ. 3, 23 sept. 2020, n° 19-18104**

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 30 avril 2019), par acte du 15 février 2006, Mme K..., veuve O... a vendu un immeuble à Mme D...

2. Se plaignant de désordres découverts lors de travaux de rénovation, Mme D... a assigné Mme K... sur le fondement de la garantie des vices cachés.

3. La péremption de l'instance a été constatée.

4. Mme D... a assigné Mme K... en réparation du préjudice résultant du coût de travaux et du préjudice de jouissance, sur le fondement de l'article 1382 du code civil pour réticence dolosive.

Examen du moyen

Sur le moyen unique, pris en sa première branche, ci-après annexé

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce grief, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le moyen unique, pris en sa seconde branche

Énoncé du moyen

6. Mme D... fait grief à l'arrêt de rejeter son action en responsabilité délictuelle fondée sur le dol, alors « que l'action en garantie des vices cachés n'est pas exclusive de l'action en responsabilité délictuelle fondée sur le dol ; qu'à l'appui de sa décision, la cour d'appel a estimé que Mme D... était mal fondée en droit à rechercher la responsabilité délictuelle de Mme K... fondée sur le dol de cette dernière, au titre des désordres affectant la chose vendue et ayant la nature de vices rédhibitoires dont la réparation ne peut être sollicitée qu'au titre de l'action en garantie des vices cachés ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles 1116 et 1382 anciens, les articles 1137 et 1240 du code civil et 1641 du même code. »

Réponse de la Cour

Vu les articles 1382, devenu 1240, et 1641 du code civil :

7. Selon le premier de ces textes, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

8. Selon le second, le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.

9. L'action en garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue n'est pas exclusive de l'action en responsabilité délictuelle fondée sur le dol ou la réticence dolosive commis avant ou lors de la conclusion du contrat.

10. Pour rejeter les demandes de Mme D..., l'arrêt retient que l'action en garantie des vices cachés constitue l'unique fondement susceptible d'être invoqué pour obtenir l'indemnisation des désordres affectant la chose vendue et ayant la nature de vices rédhibitoires, qu'outre le fait que les liens contractuels existant entre Mme K... et Mme D... excluent que la responsabilité délictuelle de la première puisse être recherchée à raison d'une faute qui n'est pas extérieure au contrat puisqu'il lui est fait reproche d'avoir tu des désordres affectant l'immeuble vendu, l'acquéreur ne peut exercer une action en responsabilité pour contourner l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'exercer l'action en garantie des vices cachés, prescrite en raison de l'application du délai de deux ans de l'article 1648 du code civil.

11. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 avril 2019, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;  
(...)

### **Note H. Barbier**

#### **L'action en garantie pour vices cachés n'est pas exclusive de l'action en responsabilité pour dol**

Les actions en nullité pour erreur ou dol connaissent un tumultueux voisinage avec l'action en garantie des vices cachés. Dans la mesure où l'impropriété de la chose pour l'usage auquel on la destine peut tout aussi bien être considérée comme l'objet de la garantie des vices cachés ou [comme] l'objet de l'erreur, spontanée ou provoquée, d'un acquéreur, se pose la question de l'articulation des sanctions des vices du consentement avec la garantie légale du vendeur. L'attrait de ces dernières tient dans le possible contournement de l'ancien bref délai pour actionner la garantie du vendeur (V. C. civ., art. 1648, lequel prévoit désormais une prescription biennale à compter de la découverte du vice ; *adde*, sur le délai butoir de l'art. 2232 qui borde ce report, Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> oct. 2020, n° 19-16.986, D. 2020. 2157, note P.-Y. Gautier ; *ibid.* 2154, avis P. Brun) par l'exercice d'une action sur le fondement de l'erreur ou du dol dans un délai quinquennal, dont le point de départ se trouve, qui plus est, reporté au moment où le vice a été ou aurait dû être découvert.

La Cour de cassation oblige pourtant en ces cas l'acquéreur *errans* à agir sur le terrain des vices cachés (Civ. 3<sup>e</sup>, 17 nov. 2004, n° 03-14.958, Dr. et patr. 3/2005. 87, obs. P. Chauvel), alors même qu'elle admet que « l'action en garantie des vices cachés n'est pas exclusive de l'action en nullité pour dol » (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 nov. 2002, n° 00-10.192, D. 2002. 3190, et les obs. ; RTD com. 2003. 358, obs. B. Bouloc ; CCC 2003, n° 38, obs. L. Leveneur ; Civ. 3<sup>e</sup>, 9 oct. 2013, n° 12-24.070 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 18 avr. 2019, n° 18-10.883, AJDI 2019. 553 ; RTD civ. 2019. 590, obs. H. Barbier). La raison d'être de cette disparité de traitement se trouve sans doute dans la prise en compte de la gravité du dol et de l'immoralité qui le caractérise (J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 1290).

*L'arrêt du 23 septembre 2020 rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation* réaffirme cette dernière solution. En l'espèce, l'acquéreur d'un immeuble, se plaignant de désordres découverts lors de travaux de rénovation, avait tardivement assigné son vendeur sur le fondement de la garantie des vices cachés et s'était heurté à la prescription de l'article 1648 du code civil. Cependant, il avait également fondé ses poursuites sur le terrain du dol, demandant des dommages-intérêts pour réticence dolosive du vendeur en raison de l'étendue des désordres affectant l'immeuble, que le vendeur avait en partie passés sous silence. Les juges du fond n'avaient pas fait droit à sa demande, estimant que l'action en garantie des vices cachés constitue l'unique fondement susceptible d'être invoqué pour obtenir l'indemnisation des désordres affectant la chose vendue et ayant la nature de vices rédhibitoires, si bien que l'acquéreur ne peut exercer une action en responsabilité pour contourner l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'exercer l'action en garantie des vices cachés. Mais la Cour de cassation, au visa combiné des articles 1382, devenu 1240, et 1641 du code civil, énonce que « l'action en garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue n'est pas exclusive de l'action en responsabilité délictuelle fondée sur le dol ou la réticence dolosive commis avant ou lors de la conclusion du contrat ».

Une observation relative à la spécificité de cette solution réaffirmée, ainsi qu'un voeu plus général, peuvent être formulés.

L'observation tient au fait qu'à la différence des arrêts antérieurs (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 nov. 2002, préc. ; Civ. 3<sup>e</sup>, 9 oct. 2013, préc. ; Civ. 3<sup>e</sup>, 18 avr. 2019, préc.), l'acquéreur ne demandait pas ici l'annulation du contrat pour dol mais simplement des dommages-intérêts.

Rien n'aurait néanmoins justifié une différence de traitement des deux actions. Les juges d'appel avaient relevé que les vices invoqués avaient la nature de vices rédhibitoires, justifiant la résolution de la vente, ce qui faisait, selon eux, obstacle au simple engagement de la responsabilité civile du vendeur pour dol.

Cette approche revenait toutefois à nier la liberté de la victime d'un dol méritant possiblement l'annulation du contrat de préférer rechercher des dommages-intérêts. Un tel choix procédural n'est pas interdit en lui-même et semble simplement avoir pour effet d'empêcher la réparation la perte de chance de ne pas contracter (Com. 5 juin 2019, n° 16-10.391, D. 2020. 118, obs. E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *ibid.* 353, obs. M. Mekki ; AJ contrat 2019. 402, obs. T. de Ravel d'Esclapon ; Rev. sociétés 2019. 742, note J. Prorok ; RTD civ. 2019. 576, obs. H. Barbier ; Com. 10 juill. 2012, n° 11-21.954, D. 2012. 2772, note M. Caffin-Moi ; *ibid.* 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; Rev. sociétés 2012. 686, note B. Fages ; RTD civ. 2012. 725, obs. B. Fages ; *ibid.* 732, obs. P. Jourdain ; BJS 2012. 767, note P. Stoffel-Munck ; Gaz. Pal. 11 oct. 2012, n° 285, p. 17, obs. D. Houtcieff ; JCP 2012. Doctr. 1151, n° 10, note J. Ghestin ; RDC 2013. 91, obs. Y.-M. Laithier ; Dr. sociétés 2013. Comm. 21, obs. R. Mortier) encore que la solution ne soit pas certaine (*contra*, Com. 21 juin 2016, n° 14-29.874, AJCA 2016. 386, obs. A. Bories ; Rev. sociétés 2016. 730, note J. Heinich ; RTD civ. 2016. 847, obs. H. Barbier). La solution retenue par les juges du fond revenait également à nier la liberté de l'acquéreur de choisir entre action estimatoire et réhibitoire (C. civ., art. 1644 ; *adde*, Civ. 3<sup>e</sup>, 20 oct. 2010, n° 09-16.788, D. 2010. 2579 ; RTD civ. 2011. 141, obs. P.-Y. Gautier ; Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 1995, n° 93-17.367, Bull. civ. I, n° 216 ; D. 1996. 14, obs. O. Tournafond ; RTD civ. 1996. 190, obs. P.-Y. Gautier ; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 11<sup>e</sup> éd., 2020, n° 321).

De cette double liberté procèdent un certain nombre de voies procédurales offertes à l'acquéreur : action en nullité pour dol plutôt que/en plus d'une action réhibitoire (schéma classique ayant donné lieu aux arrêts précédents), action en responsabilité pour dol plutôt que/en plus d'une action estimatoire, et même (peu important, nous semble-t-il, la relative contradiction entre les buts respectifs des actions) action en nullité pour dol plutôt que/en plus d'une action estimatoire, ainsi qu'action en responsabilité pour dol plutôt que/en plus d'une action réhibitoire (en l'espèce, il n'est pas précisé si l'action initiale de l'acquéreur était réhibitoire ou estimatoire). La coexistence des actions cumulativement intentées est assurée, sur le terrain procédural, par le principe d'articulation entre demande principale et subsidiaire, et, sur le terrain substantiel, pour le cas où le juge accueillerait dans le même temps une action estimatoire et une action en responsabilité pour dol (ce qui peut être concevable car l'objet des demandes diffère : réduction du prix d'un côté, dommages-intérêts de l'autre), par le principe de réparation intégrale du préjudice.

Le voeu que l'on peut former, après d'autres (V., not., L. Leveueur, obs. préc. ss. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 nov. 2002 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *op. cit.*), est celui de l'alignement des solutions retenues pour l'erreur avec celles retenues pour le dol, dans la mesure où l'origine spontanée ou provoquée de l'erreur ne saurait avoir pour effet de fermer ou d'ouvrir l'action en nullité correspondante pour la seule raison de la possibilité offerte à l'*errans* d'agir sur le terrain des vices cachés. Si l'action en garantie des vices cachés ne chasse pas l'action pour dol, elle ne saurait en toute logique chasser celle pour erreur.

**Document n° 13 : Com. 28 mai 1991, D. 1992, p. 166, obs. L. Aynès.**

LA COUR : - Attendu, selon les énonciations de l'arrêt attaqué (Amiens, 19 mai 1989), qu'après que le règlement judiciaire de la SA Tassier et Fils (Sté Tassier) eut été prononcé le 26 avr. 1978, M. Tassier, qui était le président du conseil d'administration, et M<sup>me</sup> Tassier ont signé, le 2 juin 1978, un acte par lequel ils se portaient cautions solidaires de la société « à raison des risques susceptibles d'être encourus par la reprise d'une exploitation directe du fonds d'entreprise de travaux publics » ; que cette exploitation directe a été autorisée par le tribunal ; qu'ultérieurement, le règlement judiciaire a été converti en liquidation des biens ; que M. Ferrand en sa qualité de syndic, a assigné M. et M<sup>me</sup> Tassier, en leur qualité de caution, et a demandé leur condamnation au paiement d'une somme à titre provisionnel ;

Sur le premier moyen et sur le second moyen, pris en ses trois branches, en ce qu'ils sont présentés par M. Tassier, réunis : (*sans intérêt*) ;

Mais sur le second moyen, pris en sa troisième branche, en ce qu'il est présenté par M<sup>me</sup> Tassier :  
Vu l'art. 1111 c. civ.

- Attendu que, pour décider que M<sup>me</sup> Tassier s'était portée caution solidaire en connaissance de cause et sans y être contrainte, la cour d'appel a retenu que, ni son état de santé, ni les affirmations, répétées verbalement et par écrit, des élus locaux, du syndic et du président du tribunal de commerce relatives au défaut de validité du changement de régime matrimonial précédemment homologué par le tribunal de grande instance, n'avaient pu l'empêcher, en raison de la possibilité qu'elle avait eue de consulter des personnes compétentes, de signer l'acte de cautionnement en connaissance de cause et sans y être contrainte ;

- Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de l'ensemble des circonstances constatées par l'arrêt que M<sup>me</sup> Tassier, qui avait d'abord refusé de signer l'acte, pour finir par s'y résoudre, n'avait contracté le cautionnement litigieux que sous l'empire d'une violence morale, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ;

Par ces motifs, casse, [...] renvoie devant la cour d'appel de Reims.

### **Observations L. Aynès.**

#### **Signature d'un cautionnement solidaire sous l'emprise d'une violence morale**

1] Les arrêts relatifs à la violence, surtout dans le cautionnement, sont rares et souvent d'espèce. Celui-ci présente un intérêt plus général, tant en raison des circonstances qui ont entouré la conclusion du cautionnement, que de la facilité avec laquelle la violence est admise, qui s'explique sans doute par une attitude classique de nos tribunaux.

Deux époux se portent cautions d'une société familiale, dont le mari est le président, qui a fait l'objet d'un règlement judiciaire, converti rapidement en liquidation des biens. Le mari souhaite reprendre l'exploitation directe du fonds, ce qui est aussi le vœu, semble-t-il, du syndic, des élus locaux et du président du tribunal de commerce. C'est alors que ceux-ci se liguent afin d'obtenir que les époux garantissent les dettes de la société. Les élus promettent des subventions, tandis que le syndic, et le magistrat consulaire, menacent les époux d'une remise en cause de leur changement de régime matrimonial, intervenu trois ans plus tôt. Promesse et menaces produisent finalement leur effet. Puis les époux agissent en nullité de leur engagement, que la cour d'appel refuse de prononcer. La Cour de cassation réserve un sort opposé au pourvoi du mari et à celui de l'épouse.

A l'égard du mari, l'arrêt d'appel est justifié, décide-t-elle. Il s'est porté caution « sous la pression d'événements économiques consécutifs à la situation financière très difficile de la Sté T... et en vue d'obtenir la continuation de l'exploitation directe de l'entreprise à caractère familial ... à laquelle M. T... était très attaché ». En un mot, son intérêt à l'affaire cautionnée exclut la violence morale. Raisonnablement surprenant, si l'on prend à la lettre l'art. 1112 c. civ. qui prescrit au juge d'examiner *in concreto* les facultés individuelles de résistance à la menace illégitime.

Au contraire, la même menace de remise en cause du changement de régime matrimonial constitue, à l'égard de l'épouse, une violence morale, qui cause la nullité de son engagement. La cour d'appel avait estimé que, comme son mari, elle avait eu le temps de consulter des « personnes compétentes », afin d'être éclairée sur la solidité de son changement de régime matrimonial. Cela valait pour le mari, non pour la femme !

En réalité, l'enseignement de cet arrêt confirme une forte ligne jurisprudentielle : qu'il s'agisse de dol, ou de violence, le cautionnement de toutes les dettes d'une société, surtout lorsque celle-ci est déjà en « faillite », est valable si la caution a un intérêt personnel à cet engagement. Dans le cas contraire, on trouvera toujours le moyen de l'annuler (ne serait-ce qu'en jugeant insuffisante la mention manuscrite, V. *supra*, Com. 13 nov. 1990 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 avr. 1991). Cet arrêt manifeste, en outre, un changement d'attitude à l'égard des conjoints du débiteur ou du dirigeant de la société débitrice, dont l'intérêt personnel *effectif* à la dette cautionnée devrait être établi (V., en ce sens, niant le caractère commercial du cautionnement consenti par un conjoint, Paris, 25<sup>e</sup> ch. B, 13 juin 1991, *infra*).



**Document n° 14 : Civ. 1, 30 avr. 2002.**

*LA COUR* : - Sur le premier moyen, pris en sa première branche :  
Vu l'article 1112 du code civil ;

Attendu que M<sup>me</sup> Kannas était collaboratrice puis rédactrice salariée de la société Larousse-Bordas depuis 1972 ; que selon une convention à titre onéreux en date du 21 juin 1984, elle a reconnu la propriété de son employeur sur tous les droits d'exploitation d'un dictionnaire intitulé « Mini débutants » à la mise au point duquel elle avait fourni dans le cadre de son contrat de travail une activité supplémentaire ; que, devenue « directeur éditorial langue française » au terme de sa carrière poursuivie dans l'entreprise, elle en a été licenciée en 1996 ; que, en 1997, elle a assigné la société Larousse-Bordas en nullité de la cession sus évoquée pour violence ayant alors vicié son consentement, interdiction de poursuite de l'exploitation de l'ouvrage et recherche par expert des rémunérations dont elle avait été privée ;

Attendu que, pour accueillir ces demandes, l'arrêt (CA Paris, 12 janv. 2000) retient qu'en 1984, son statut salarial plaçait M<sup>me</sup> Kannas en situation de dépendance économique par rapport à la société Editions Larousse, la contraignant d'accepter la convention sans pouvoir en réfuter ceux des termes qu'elle estimait contraires tant à ses intérêts personnels qu'aux dispositions protectrices des droits d'auteur ; que leur refus par elle aurait nécessairement fragilisé sa situation, eu égard au risque réel et sérieux de licenciement inhérent à l'époque au contexte social de l'entreprise, une coupure de presse d'août 1984 révélant d'ailleurs la perspective d'une compression de personnel en son sein, même si son employeur ne lui avait jamais adressé de menaces précises à cet égard ; que de plus l'obligation de loyauté envers celui-ci ne lui permettait pas, sans risque pour son emploi, de proposer son manuscrit à un éditeur concurrent ; que cette crainte de perdre son travail, influençant son consentement, ne l'avait pas laissée discuter les conditions de cession de ses droits d'auteur comme elle aurait pu le faire si elle n'avait pas été en rapport de subordination avec son cocontractant, ce lien n'ayant cessé qu'avec son licenciement ultérieur ;

- Attendu, cependant, que 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 ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans constater, que lors de la cession, M<sup>me</sup> Kannas était elle-même menacée par le plan de licenciement et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Par ces motifs, et sans qu'il soit besoin de statuer sur la seconde branche du premier moyen, ni sur le second moyen, casse et [...] renvoie devant la Cour d'appel de Versailles ...

**Note Jean-Pierre Gridel, Agrégé des Facultés de droit, Conseiller à la Cour de cassation**  
**Le consentement n'est pas vicié de Violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial**

Il s'agissait bien d'une oeuvre intellectuelle entreprise dans le cadre du contrat de travail et d'une reconnaissance de propriété littéraire faite par l'auteur au bénéfice de son employeur, avec indemnité forfaitaire et définitive servie par celui-ci au titre d'un surcroît d'activité fourni en la circonstance. L'affaire judiciaire n'en était pas moins devenue de pur droit civil, et le défaut de motivation reproché par l'arrêt rapporté nous conduit à formuler, parmi les multiples observations possibles, quelques brefs rappels, les uns, de fond, sur la violence viciant le consentement (I), les autres, de technique, relatifs au contrôle de la base légale (II).

I - Les premières lignes de la décision sont suffisamment explicites quant aux données de fait du litige, et il suffit donc de s'y reporter. Pour obtenir l'annulation demandée de la cession de droits d'auteur à laquelle se ramenait peu ou prou l'acte du 21 juin 1984, Mme Kannas pouvait, en pure théorie, songer à invoquer d'abord l'indépendance entre l'état salarial et l'oeuvre de l'esprit(1) et l'éventuelle méconnaissance des conditions de fond et de rédaction auxquelles les articles L. 131-3 et L. 131-4 subordonnent la validité d'une telle transmission(2). Mais, de toute façon, l'hypothétique nullité à en résulter, relative(3), ne pouvait plus prospérer par voie d'action à l'encontre d'un acte datant de plus de treize ans. Demeurait alors la tentative ingénieuse de bascule vers le bon vieux droit civil, vers une demande de nullité du contrat pour violence, par l'articulation des articles 1111-1113 c. civ. et de son

article 1304, alinéa 2, essentiel ici puisqu'il fixe le *dies a quo* du délai quinquennal de l'action non au jour de la convention, mais à celui où le vice a cessé. Encore fallait-il parvenir à caractériser en l'espèce, au sens de ces dispositions, la présence de la violence alléguée lors de la signature de la renonciation, puis sa pérennité jusqu'au licenciement.

Pour retenir la violence anéantissant l'acte de 1984, la cour d'appel(4) avait seulement constaté l'existence, à l'époque, dans l'entreprise, d'un contexte social difficile et l'annonce d'une compression des effectifs, lesquelles, jointes au refus de la déloyauté qui aurait consisté à proposer le manuscrit à un éditeur concurrent de l'employeur, avaient déterminé en la personne de Mme Kannas la crainte de perdre son emploi.

Il est incontestable que les circonstances socio-économiques peuvent être à l'origine de la violence morale-vice du consentement. Tous les ouvrages l'enseignent, une thèse récente comporte l'étude de cette reconnaissance progressive et de ses difficultés(5), la première Chambre civile l'a elle-même expressément rappelé pendant l'année 2000(6). Mais il est en outre nécessaire que soit établie une exploitation efficace d'un tel environnement, *exercée* par celui au profit duquel la convention a été faite ou par un tiers (l'art. 1111 dispose ainsi) aboutissant à *extorquer* le consentement de la victime (c'est le texte même de l'art. 1109 *in fine*). La jurisprudence est à cet égard globalement cohérente, en dépit de la grande diversité des situations, et nous nous en tiendrons à quelques illustrations qui paraissent significatives de l'ensemble.

Ainsi, ne peut-on déduire la violence de ce que le consentement à un bail ne laisse apparaître aucun intérêt du preneur à le conclure et le conduit à des engagements financiers excédant manifestement ses ressources(7). En revanche, la violence est valablement retenue lorsque sont relevées des attitudes suffisamment précises d'exploitation : une veuve n'a reconnu, vis-à-vis de la banque, une société de fait entre elle-même et son beau-père que parce que celui-ci assurait la subsistance des enfants, qu'elle était sans ressources et ne voulait pas quitter la ville ; un employeur se fait remettre le contrat en cours, le détruit et annonce aux personnes qu'il ne les paye plus si elles ne signent pas le nouveau(8). Mieux, il fallait même retenir la violence si l'on constatait qu'une augmentation de capital était imposée à des actionnaires sous la menace de la ruine de leur société, par une autre qui en avait provoqué elle-même les difficultés financières et pris le contrôle pour aboutir à cette situation(9).

Au fond, ce n'est donc pas la pression ressentie des circonstances économiques qui fait la violence-vice du consentement, tous amenés que nous sommes à contracter dans des conditions favorables ou défavorables, selon l'état de l'offre et de la demande. Le vice apparaît dans l'usage conjoncturel de cette pression que fait l'autre partie s'il dégénère en abus : il y a alors, au sens fort, *exploitation*, la victime n'acceptant le contrat qu'elle voit pourtant contraire à ses intérêts, souhaits ou aspirations que pour échapper à un mal plus grave, « considérable et présent », qu'elle sait à la disposition du contractant ou du tiers dans le cas où elle refuserait de s'engager. L'acceptation de la violence est sans doute davantage réduite dans les rapports entre entreprises, où la liberté du commerce et de l'industrie infléchit les règles et recule l'abus au-delà de l'exploitation pourtant caractérisée : c'est l'article L. 420-2 c. com. (ancien art. 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> déc. 1986 : *Est prohibée l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante...*) ; ce sont certains arrêts de la Chambre commerciale : l'attitude du distributeur automobile tirant avantage de sa force économique pour imposer des conditions défavorables à un concessionnaire acculé n'est violence qu'autant que l'on précise en quoi cet agissement est illégitime(10).

Pour en revenir à l'espèce, s'il n'était donc déjà pas possible de déduire *des seuls faits relevés* une exploitation effective exercée par l'employeur de circonstances particulièrement contraignantes pesant sur Mme Kannas elle-même pour lui arracher son consentement à la convention de 1984, il était encore moins d'admettre qu'elles s'étaient poursuivies jusqu'à son licenciement de 1996. On ne contestera certes pas que le contrat de travail emporte subordination juridique et dépendance économique ; mais les juges ne sauraient en inférer d'eux-mêmes une présomption de violence, au sens des articles 1111-1113 c. civ., dans tous les rapports contractuels susceptibles de se nouer entre employeurs et salariés.

Instructif, l'arrêt rapporté l'est aussi au regard du contrôle de la base légale.

II – La violence-vice du consentement n'existe qu'autant que sont relevées : *a)* des circonstances particulièrement intimidantes ou contraignantes (art. 1112, en ses deux alinéas ; art. 1113), *b)* exploitées (art. 1111), *c)* dans des conditions aboutissant à arracher le consentement (art. 1109 *in medio*). Il est

frappant d'observer que ces données, sur le sens et le cumul desquels s'accordent globalement les chambres de la Cour, résultent dans leur immense majorité d'arrêts rendus par elles au titre du contrôle mené sur la base légale, soit que l'arrêt déféré se trouve justifié par ses constatations, explicites ou implicites (*a fait ressortir...*), soit, à l'inverse, qu'on lui reproche l'absence ou l'insuffisante caractérisation de l'un des termes requis.

« *Quand les motifs de la décision ne permettent pas de vérifier si les éléments nécessaires pour justifier l'application qui a été faite de la loi se rencontraient bien dans la cause, il y a manque de base légale* », écrit le doyen Perdriau(11). Et dans ce cas, expliquait déjà Faye, l'arrêt est irrémédiablement vicié, car, au rebours d'une insuffisance de motifs de droit, que la Cour peut compléter, rectifier ou suppléer, l'insuffisante description du fait ne permet pas de reconnaître si l'application de la loi est ou non fondée(12). Maître Boré peut alors observer que « *c'est précisément parce que le juge de cassation doit s'abstenir de toute incursion dans le domaine du fait, qu'il ne peut qu'annuler, pour un supplément d'instruction sur les faits, les décisions dans lesquelles le juge du fond n'a pas rempli sa mission spécifique. Le défaut de base légale est donc une ouverture si indispensable que, si elle n'existait pas, il faudrait la créer* »(13). « *Pierre de touche de la technique juridique* »(Motulsky, JCP 1949, I, n° 775) le contrôle de la base légale, exercé par les chambres dans le même esprit sur les mêmes textes - on l'a vu ici à propos de ceux qui ont trait au vice de violence - constitue alors, en outre, l'un de ces ferments grâce auxquels « *il y a, pour toute la République, une Cour de cassation* ».

---

(1) Cass. 1re civ., 12 juin 2001, Bull. civ. I, n° 170 ; D. 2001, AJ p. 2518 ; 23 janv. 2001 Bull. civ. I, n° 12 ; 6 mars 2001, JCP 2002, II, n° 10014, note F. Pollaud-Dulian ; *adde*, même auteur : Propriétés intellectuelles et travail salarié, RTD com. 2000, p. 273, et Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés, JCP 1999, I, n° 150.

(2) Cass. 1re civ., 23 janv. 2001, Bull. civ. I, n° 13.

(3) A. et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, 2e éd., 2001, n° 494.

(4) CA Paris, 12 janv. 2000, D. 2001, Jur. p. 2067, note Fadeuilhe ; JCP 2000, II, n° 10433, note P. Pierre ; CCE, avr. 2000, p. 22, note C. Caron, et sur le présent arrêt, même auteur, et P. Stoffel-Munck, CCE, juin 2002.

(5) C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses 2002, préface Y. Lequette, n° 166 s.

(6) Cass. 1re civ., 30 mai 2000, D. 2000, Jur. p. 879, note J.-P. Chazal.

(7) Cass. 3e civ., 7 févr. 1984, Bull. civ. III, n° 27.

(8) Cass. com., 4 juin 1973, Bull. civ. IV, n° 193 ; Cass. soc., 30 oct. 1973, Bull. civ. V, n° 541 ; Cass. soc., 5 juill. 1965, Bull. civ. V, n° 146.

(9) Cass. com., 18 févr. 1997, Bull. civ. IV, n° 59 ; D. 1998, Somm. p. 181, obs. Hallouin.

(10) Cass. com., 20 mai 1980, Bull. civ. IV, n° 212 ; Cf. aussi Cass. com., 21 févr. 1995, *ibid.* n° 50.

(11) *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation*, Litec 1993, n° 45.

(12) E. Faye, *La Cour de cassation*, Marescq-Ainé éditeur, Paris 1903, n° 119.

(13) J. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz 1997, n° 2100

## Document n° 15 : Civ. 2, 9 déc. 2021, n° 20-10.096

### Faits et procédure

1. Selon l'ordonnance attaquée rendue, sur renvoi après cassation (2e Civ., 25 octobre 2018, n° 17-24.606), par le premier président d'une cour d'appel (Saint-Denis de la Réunion, 5 novembre 2019), la délégation Unedic AGS (l'AGS) a confié à M. [S] (l'avocat) la défense de ses intérêts dans une série de dossiers concernant les salariés d'une même association, l'ARAST.

2. Alors que l'avocat avait suivi l'ensemble de ceux-ci en première instance, l'AGS l'a chargé de suivre la procédure en appel pour sept-cent-quatre-vingt-quinze dossiers et en a confié cent-quarante à un autre avocat. Ayant été dessaisi en cours d'instance, l'avocat a demandé au bâtonnier de son ordre de fixer ses honoraires en faisant valoir qu'il avait droit à un complément d'honoraires pour la première instance, à des honoraires pour la procédure d'appel et à une rémunération de son intervention lors de la procédure collective de l'ARAST.

## Examen du moyen

Sur le moyen, pris en ses deuxième et troisième branches, ci-après annexé

3. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le moyen, pris en sa première branche

## Enoncé du moyen

4. L'AGS fait grief à l'ordonnance de fixer à 252 350 euros TTC la somme qu'elle reste à devoir à l'avocat, alors « que si la violence économique exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, 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, permet de caractériser ce vice ; que la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante quel que soit son mode d'exercice, et que, dès lors, l'avocat exerce ses fonctions avec indépendance, dans le respect des termes de son serment ; que ces principes guident l'avocat en toutes circonstances, en sorte qu'il ne saurait se placer en situation de dépendance économique vis-à-vis de l'un de ses clients ; qu'en retenant pourtant que Maître [S] était en difficulté financière et était donc dépendant de l'AGS, pour annuler la convention d'honoraires conclue entre eux le 13 février 2013, laquelle fixait à 90 000 euros hors taxe le montant des honoraires forfaitaires perçus par l'avocat pour la procédure d'appel, et fixer ces honoraires à la somme de 350 000 euros, le premier président de la cour d'appel a violé l'article 1112 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, ensemble les articles 1 et 3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. »

## Réponse de la Cour

5. Selon l'article 1111 ancien du code civil applicable à la cause, la violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité.

6. Selon l'article 1er de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante et, selon son article 3, l'avocat prête serment d'exercer ses fonctions « avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité ».

7. S'il résulte de ces deux derniers textes que l'avocat doit en toutes circonstances être guidé dans l'exercice de sa profession par le respect de ces principes et s'il doit, en particulier, veiller à préserver son indépendance, ces dispositions ne sauraient priver l'avocat, qui se trouve dans une situation de dépendance économique vis à vis de son client, du droit, dont dispose tout contractant, d'invoquer un consentement vicié par la violence, et de se prévaloir ainsi de la nullité de l'accord d'honoraires conclu avec ce client.

8. C'est donc sans encourir le grief du moyen que l'arrêt, ayant caractérisé l'état de dépendance économique dans lequel l'avocat se trouvait à l'égard de l'AGS, ainsi que l'avantage excessif que cette dernière en avait tiré, en déduit que cette situation de contrainte était constitutive d'un vice du consentement au sens de l'article 1111 ancien du code civil, excluant la réalité d'un accord d'honoraires librement consenti entre les parties, et fixe les honoraires dus à l'avocat en application des critères définis à l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971.

9. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :  
REJETTE le pourvoi ;

**Document n° 16 : X. Lagarde, « Entre contrat et procédure, les actions interrogatoires », D. 2017, p. 715.**

L'essentiel

*Si l'utilité de principe des actions interrogatoires est admise, le doute s'installe sur le caractère opératoire de cette innovation de la réforme du droit des contrats. La présente chronique tente une clarification de leur nature et de leur régime juridique. Il est suggéré de distinguer deux types d'actions interrogatoires : les unes (nullité relative) sanctionnent l'inaction par une fin de non-recevoir, tandis que les autres (pacte de préférence et représentation) confèrent à un silence circonstancié la portée d'un consentement. Le régime n'est pas le même d'une catégorie à l'autre.*

La réforme du droit des contrats introduit dans notre code civil le mécanisme dit des « actions interrogatoires ». Bien qu'elles s'exercent en dehors de tout procès, ces actions ou prétendues telles partagent en commun d'offrir à qui s'en sert un moyen de lever l'incertitude qui grève la régularité d'un acte juridique. Trois textes portent ce nouveau dispositif : les articles 1123, 1158 et 1183, tous d'application immédiate à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016. L'article 1123 donne ainsi à qui projette d'acquérir un bien et soupçonne l'existence d'un pacte de préférence, le droit d'interroger l'éventuel bénéficiaire afin qu'il confirme « l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir ». Dans le même esprit, l'article 1158 offre au « tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel, à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure » la possibilité d'interpeller par écrit le représenté afin que celui-ci lui confirme l'habilitation du représentant à conclure l'acte. Enfin et selon l'article 1183, il est permis de sommer la partie à même d'invoquer une cause de nullité relative aux fins qu'elle confirme le contrat ou qu'elle agisse en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion.

En ce que leur exercice dissipe l'incertitude, ces actions sont *a priori* un facteur de sécurité juridique. La doctrine devrait donc réserver bon accueil à cette innovation de la réforme du droit des contrats (1). Or le doute s'installe sur la légitimité de ce dispositif que d'aucuns considèrent comme une « fausse bonne idée » (2). Sa mise en œuvre suscite en effet de sérieuses interrogations. La volonté de sécuriser telle ou telle situation juridique serait ainsi grosse d'effets pervers dès lors qu'elle se réalise par l'adoption de règles dont l'interprétation incertaine est par elle-même source d'insécurité juridique. La critique vaut cependant pour toute solution nouvelle (3). Aux fins d'en mesurer la pertinence, il faut la resserrer sur son objet et, en premier lieu, cerner ce que l'introduction d'actions interrogatoires dans notre droit positif emporte de changement. Ce dernier ne réside pas dans le pouvoir donné à tel un d'interroger tel autre, en dehors de tout procès. De telles interrogations ont toujours eu cours en pratique, sous la forme de sommation. La nouveauté réside dans les conséquences que les articles 1123, 1158 et 1183 tirent du défaut de réponse à la question posée (4). Elle est significative, de fait, puisqu'elle attache un effet vigoureux au silence qu'observe une partie, interrogée malgré elle. Quelle en est la nature juridique (I) ? Quel en est le régime (II) ? C'est à ces questions qu'il importe de tenter une réponse.

## **I - Nature juridique**

Chaque texte arrête une sanction spécifique. L'article 1123, propre au pacte de préférence, prive le bénéficiaire du pacte qui demeure taisant du droit qu'il avait de « solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat ». Dès lors que la substitution ou la nullité supposent en principe une action en justice, l'article 1123 semble ainsi attacher au silence du bénéficiaire du pacte la perte de son droit d'agir. Le silence conduit de la sorte à la reconnaissance d'une fin de non-recevoir dès lors que l'article 122 du code de procédure civile définit celle-ci comme le moyen d'empêcher l'« examen au fond » d'une demande « pour défaut de droit d'agir ». L'article 1158, propre à la représentation, consacre en première apparence une présomption irréfragable dès lors que le texte indique qu'à défaut de réponse du représenté, « le représentant est réputé habilité à conclure » l'acte. Enfin, l'article 1183, propre aux nullités, semble constituer une synthèse des deux premiers. Il emprunte à la présomption irréfragable en ce qu'il « répute confirmé » le contrat à propos duquel le titulaire de l'action en nullité ne

répond pas à l'interrogation qui lui est faite de prendre parti. Cependant, réputer la confirmation, c'est aussi présumer une renonciation (5) à l'exercice de l'action en nullité, ce dont il résulte que la présomption irréfragable coïncide avec une perte du droit d'agir, en conséquence une fin de non-recevoir. Les textes qui consacrent les actions interrogatoires nous mettent ainsi en présence de deux qualifications : présomption irréfragable et fin de non-recevoir. Même à les utiliser de manière distributive, aucune des deux n'est réellement satisfaisante.

### **A - Présomption irréfragable**

La place faite à la notion de présomption irréfragable s'apparente plus à une commodité de langage qu'à un classement au sein d'une catégorie juridique bien établie.

Pour antique que soit la notion, on espérait, en effet, qu'elle fût périssable. Car si la catégorie se maintient à l'article 1354 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, elle n'est pas le plus franc témoignage de la modernité du texte. La preuve judiciaire partage avec la preuve scientifique d'entretenir un rapport avec l'idée de vérité (6). L'attrait pour les preuves scientifiques, même s'il est parfois insuffisamment raisonné (7), révèle bien que, pour le plus grand nombre, la meilleure des preuves est encore celle qui permet d'aboutir à une certitude. Pour autant, les juristes, comme les scientifiques d'ailleurs, savent que, quelle que soit la solidité d'une preuve, son administration n'empêche pas d'admettre que la vérité reste le plus souvent à découvrir. Ce qui est vrai aujourd'hui peut être infirmé demain (8) et quiconque instruit de bonne foi doit réserver la preuve contraire. En droit plus qu'ailleurs, il est sans doute de puissants impératifs qui conduisent à cantonner la recherche de la vérité. Mais ces derniers ne procèdent précisément pas de règles de preuve. Ils relèvent du fond, ou parfois de la procédure. Il n'est sans doute pas nécessaire de supprimer les présomptions irréfragables. L'expression est utile en pratique car chacun sait ce que, concrètement, son usage implique. Pour autant, il est difficile de consentir à la consistance d'une notion dont l'absolutisme l'exclut de la catégorie à laquelle elle est censée appartenir.

Avant la réforme du 10 février 2016, les présomptions irréfragables pouvaient, au moins théoriquement, demeurer dans le giron du droit de la preuve. En effet, de principe, elles souffraient malgré tout la preuve contraire, administrée au moyen d'un aveu ou d'un serment. Pour autant, la réserve semblait tombée en désuétude. Ainsi, nul n'a jamais imaginé que l'autorité de la chose jugée, désignée comme présomption irréfragable par l'ancien article 1350 du code civil, puisse buter sur l'aveu ou le serment. La chose jugée opère, en effet, à la manière d'une fin de non-recevoir et ne souffre aucune preuve contraire. Cet exemple met d'ailleurs en évidence la porosité entre les notions de présomption irréfragable et de fin de non-recevoir. L'une et l'autre ont en commun de poser une interdiction de débattre. La fin de non-recevoir empêche l'« examen au fond », pour reprendre la formule de l'article 122 du code de procédure civile, comme la présomption irréfragable ne souffre pas d'« être renversée », selon les termes du nouvel article 1354 du code civil. Certes, la présomption permet d'établir quelque chose, en quoi elle ne se limite pas à poser un simple empêchement, mais son caractère irréfragable, qui est sa marque de fabrique, réside précisément dans l'impossibilité de discuter le fond de la proposition censément établie. L'observation vaut que l'on considère la preuve contraire ou le fait établi par la présomption. Si la preuve contre la présomption est interdite, il en va finalement de même de la démonstration du fait présumé. Car celui-ci est acquis, précisément, sans discussion. De la présomption irréfragable, on retiendra donc que si l'expression reste, la notion s'efface. Mieux vaut la dissoudre, *a priori*, dans d'autres catégories et, notamment, les fins de non-recevoir.

### **B - Fin de non-recevoir**

Cette dernière proposition convient sans doute à l'analyse de la sanction du silence du titulaire d'une action en nullité. C'est qu'en effet, si le silence fait que « le contrat sera réputé confirmé », l'appel implicite à la notion de présomption par l'emploi du « réputé » ajoute peu, sinon rien, au fait que l'abstention du titulaire de l'action lui en fait perdre le bénéfice. Il en est d'autant plus ainsi qu'il est inutile de « répute(r) confirmé » le contrat, alors en tout état de cause que l'interrogation du titulaire de l'action ouvre « un délai de six mois, à peine de forclusion ». N'ayant pas réagi en temps utile à

l'interpellation de son cocontractant, le titulaire de l'action en nullité est désormais irrecevable à agir, sans qu'il soit nécessaire de présumer quoi que ce soit.

Pour autant, la qualification de fin de non-recevoir ne peut être étendue à l'ensemble des actions interrogatoires. Des distinctions s'imposent et probablement faut-il isoler deux catégories.

1. La qualification de fin de non-recevoir butte, tout d'abord, sur les termes de l'article 1158 qui, en matière de représentation, ne contient aucune référence à une perte du droit d'agir. En cas de silence du représenté interpellé à propos d'un contrat, le texte se contente d'indiquer que « le représentant est réputé habilité à conclure ce contrat ». Le silence vaut habilitation. Il n'est pas nécessaire d'en appeler à la notion de présomption irréfragable pour justifier cette assertion. Dire qu'une chose en vaut une autre n'est qu'un moyen de préciser les modalités d'une qualification. Par exemple, retenir qu'une réticence a la valeur d'un dol ne requiert pas l'usage d'une présomption irréfragable pour conclure à l'existence d'un vice du consentement. Si l'équivalence entre le silence et l'habilitation opère ainsi sans la médiation d'une notion intermédiaire, la cohérence impose en conséquence d'éviter le détour par la catégorie des fins de non-recevoir pour rendre compte de la solution consacrée par l'article 1158.

De manière plus inattendue et malgré la lettre du texte, la même conclusion s'impose lorsque le silence s'observe de la part du bénéficiaire d'un pacte de préférence. Certes, l'article 1123 dispose alors que le bénéficiaire « ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat », en quoi il consacre une perte du droit d'agir. Cependant, suivre la lettre du texte conduirait à un résultat que la jurisprudence ne pourra pas consacrer. Si le silence emporte seulement perte du droit de demander la substitution ou la nullité, il faut normalement en déduire que le bénéficiaire demeuré silencieux sur ses intentions est en droit de soutenir une demande indemnitaire du fait de la méconnaissance du pacte. Il pourrait lui être opposé que son silence a contribué à la survenance du dommage ; qui peut et n'empêche pêche. Mais le bénéficiaire prétendrait utilement que son silence ne valait pas renonciation au bénéfice du pacte (9), qu'à tout le moins, il y a lieu à partage de responsabilité avec le promettant qui s'est abstenu d'informer le tiers. Parce qu'une telle action est marquée du sceau de la mauvaise foi et propice aux développements de stratégies frauduleuses, elle ne peut être admise, alors, de surcroît, que son exercice mettrait en tout état de cause à mal la vocation de l'action interrogatoire qui est de « mettre fin aux situations juridiques ambiguës » (10). Il est donc raisonnable d'admettre, malgré les termes de l'article 1123, que le silence du bénéficiaire interpellé équivaut à son absence d'intention de se prévaloir du pacte de préférence.

2. Le bon usage de la notion de fin de non-recevoir pour rendre compte de la nature des actions interrogatoires suppose d'en distinguer deux catégories. Celles issues des articles 1123 et 1158 permettent essentiellement de prévenir une irrégularité, qu'il s'agisse de la violation d'un pacte de préférence ou d'un excès de pouvoir, tandis que l'article 1183 autorise une interpellation dans le seul but d'éviter la dénonciation d'une irrégularité qui, si elle est avérée, est d'ores et déjà constituée. L'article 1183 indique d'ailleurs que « la cause de la nullité doit avoir cessé », ce qui ne sous-entend pas l'existence de cette cause, dont, sauf accord, seul le juge décidera, mais implique une antériorité du vice supposé. Or ces deux situations sont bien différentes :

- la première s'insère dans une phase préparatoire, dominée par la liberté contractuelle et au cours de laquelle les parties n'ont pas encore d'action en justice ; ni le bénéficiaire du pacte, ni le représenté ne sont en situation d'agir en justice pour dénoncer une irrégularité qui n'est pas constituée, ni même d'ailleurs pour la prévenir ; l'un comme l'autre ne peuvent que consentir, habiliter, refuser, s'abstenir, en un mot : faire tout ce qu'autorise la liberté des parties en période précontractuelle ;

- la situation à laquelle s'applique l'article 1183 du code civil est bien différente ; le contrat a été conclu et la partie qui l'estime entaché d'une cause de nullité est en mesure d'agir en justice ; c'est bien d'ailleurs tout ce qui lui reste dès lors qu'à elle seule, elle n'est plus en mesure d'assurer la régularisation du contrat.

En conséquence de cette différence, le silence ne peut produire ici et là les mêmes effets. Il peut donner lieu à une fin de non-recevoir et entraîner la perte du droit d'agir lorsque, comme dans l'hypothèse de la

nullité, la titularité de ce droit est acquise. Au contraire, s'il n'y a pas d'action, il n'y a pas de fin de non-recevoir. Le silence du représenté ou du bénéficiaire du pacte équivaut donc seulement à ce que l'un et l'autre sont en mesure de faire sous le régime de la liberté contractuelle. En un mot, le silence vaut consentement (11). Il n'a ni la valeur d'un engagement, ni celle d'une renonciation. Il n'y a pas d'engagement en ce sens que le silence ne fait pas naître d'obligation sur la tête de celui qui l'observe. Le représenté qui se tait consent de fait à l'habilitation du représentant, tandis que le bénéficiaire du pacte accepte qu'une opération se fasse sans lui. Ni l'un, ni l'autre ne s'obligent. Mais il n'y a pas non plus de renonciation puisque pas plus le bénéficiaire du pacte que le représenté n'abdiquent un de leurs droits. L'observation vaut même dans l'hypothèse où le bénéficiaire du pacte laisse filer les négociations entre le tiers et le promettant. En effet, le bénéficiaire ne renonce pas définitivement au pacte dès lors qu'au cas où ces négociations n'aboutiraient pas, il conserverait le droit d'en exploiter ultérieurement les utilités.

Un silence tantôt sanctionné par une fin de non-recevoir, tantôt assimilé à un consentement, tels sont les deux modes opératoires des actions déclaratoires. Cette distinction n'est pas sans conséquence sur leur régime juridique.

## **II - Régime juridique**

En ce que les actions interrogatoires attachent un effet de droit au silence d'une partie, elles sont en principe à considérer sous l'angle de la dérogation. Le silence n'est pas créateur de droit (12). L'article 1120 du code civil dispose ainsi que, sauf circonstances particulières, « le silence ne vaut pas acceptation ». Il est, par ailleurs, admis que les renonciations ne se présument pas et que si elles peuvent se déduire d'un silence, c'est à la condition que celui-ci soit « accompagné de circonstances manifestant sans équivoque cette volonté de renonciation » (13). En procédure et en dehors de quelques dérogations, comme la procédure d'injonction de payer, le silence ne vaut ni aveu, ni acquiescement (14). Quel que soit l'effet de droit considéré, le silence est en principe improductif.

Les règles qui définissent les conditions dans lesquelles le silence d'une partie interrogée produit des effets juridiques doivent donc faire l'objet d'une interprétation stricte. Encore que ce soit probablement avec une intensité différente selon que l'action porte sur l'éventuelle nullité du contrat (A) ou qu'elle a pour objet un pacte de préférence ou l'habilitation d'un représentant (B).

### **A - L'action interrogatoire ayant pour objet la nullité**

Il faut ici bien mesurer l'ampleur de la dérogation. Elle est double en ce sens qu'à travers l'article 1153, le législateur trouve dans le silence matière à étendre la liste des fins de non-recevoir et à créer une forclusion.

1. La fin de non-recevoir est sans doute une catégorie juridique extensive (15). Sa plasticité conduit volontiers l'interprète à n'y voir qu'un outil technique, répondant à un pragmatisme procédural et sans grande signification théorique. Il n'en est rien, au moins si l'on s'en tient à la liste des fins de non-recevoir que propose l'article 122 du code de procédure civile.

D'un point de vue technique, la fin de non-recevoir présente la caractéristique d'empêcher une discussion sur le fond d'une proposition litigieuse, sans que cet empêchement soit corrélié à l'irrégularité d'un acte de procédure ou encore un incident de l'instance. Lorsque le juge constate l'irrecevabilité d'une prétention ou d'un moyen, il admet, fût-ce par prétériorité, que les conditions procédurales de l'examen de cette proposition sont réunies, cependant qu'il refuse d'y procéder, compte tenu de l'existence d'une fin de non-recevoir. Le trait commun aux fins de non-recevoir est ainsi de prendre place entre le fond et la procédure. La fin de non-recevoir ne découle pas d'une règle de fond puisque, tel est son effet, elle empêche l'examen au fond d'une proposition litigieuse (16). Elle n'intègre pas non plus le domaine de la procédure dès lors que la règle qui l'impose n'a pas pour objet une situation procédurale, un acte ou une instance, mais vise directement la proposition frappée d'irrecevabilité. La prescription, qui est une fin



de non-recevoir, résulte ainsi d'une règle définie en considération d'un type de prétention - actions personnelles, actions réelles, responsabilité... - et non d'une catégorie d'actes ou d'instances.

D'un point de vue plus théorique, l'entre-deux dans lequel évoluent les fins de non-recevoir donne une assez bonne mesure de leurs raisons d'être. Elles accordent au juge le droit de refuser l'examen au fond d'une prétention, alors même que les parties ont accompli les diligences procédurales pour être entendues. Elles sont donc à comprendre moins comme une sanction du comportement des parties, mais plutôt comme une dispense pour le juge d'accomplir son office. Cette dernière n'est pas illégitime dans la mesure où le juge n'est pas toujours en situation de remplir correctement sa mission, en premier lieu de régler le différend pour maintenir la paix civile. Tel n'est pas le cas lorsque le conflit est trop ancien de sorte qu'il est difficile à juger ; d'où la prescription. Tel n'est pas plus le cas lorsque des prétentions sont élevées sans qu'il soit possible de discerner les intérêts qui sous-tendent le litige. Les querelles de principe sont un ferment de division qu'aucune réponse judiciaire ne peut durablement apaiser. Ainsi, les fins de non-recevoir permettent-elles à l'institution judiciaire d'opérer une sorte de sélection des litiges pour retenir ceux qu'elle estime être en mesure de traiter. L'impératif de paix civile, au principe de l'intervention du juge, justifie de temps à autre son abstention.

Ne suivrait-on pas l'argumentaire dans tous ces détails, qu'à tout le moins, on concédera que les fins de non-recevoir marquent une sérieuse atteinte au droit d'agir en justice dès lors qu'elles empêchent des parties normalement diligentes d'obtenir une décision sur le fond ? Elles ne peuvent donc être admises qu'avec modération (17). D'où il suit, comme on le fait pour l'action interrogatoire ayant pour objet la nullité d'un contrat, que déduire une fin de non-recevoir du silence observé par un individu constitue assurément une solution dérogatoire.

Compte tenu de l'atteinte au droit d'agir que représentent les fins de non-recevoir, c'est en fait de manière exceptionnelle que la jurisprudence en découvre en dehors de la liste qu'en donne l'article 122 du code de procédure civile. Certes, l'énumération n'est pas limitative et la jurisprudence admet ainsi des fins de non-recevoir conventionnelles, spécialement pour assurer l'efficacité des clauses de conciliation insérées dans les contrats (18). Cependant, il a fallu attendre un arrêt de chambre mixte du 14 février 2003 (19) pour que la Cour de cassation s'en convainque pleinement. D'ailleurs, l'irrecevabilité se déduit d'un accord des parties. Elle n'est que temporaire et il est admis que la mise en oeuvre de la clause suspend le cours de la prescription. C'est dire que l'efficacité procédurale des clauses de conciliation est admise pour autant qu'en réalité, elle ne menace pas sérieusement l'exercice du droit d'agir. Au contraire, lorsque cet exercice pourrait être définitivement menacé, la Cour de cassation se montre bien plus réservée. C'est ainsi qu'aujourd'hui, la règle selon laquelle nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, sanctionnée par une fin de non-recevoir, n'a plus qu'un domaine d'application résiduel (20). En effet et sans doute à juste titre, les juges admettent aisément que, pour une même affaire et au fil des procès, les argumentations se construisent et se déconstruisent sans qu'on puisse en faire grief aux plaideurs. Les fins de non-recevoir ne sont légitimes qu'admises avec parcimonie. En dehors de la liste de l'article 122, elles demeurent l'exception. De la sorte, les dispositions issues de l'article 1183 ont valeur d'ajouts à cette liste et donc de dérogations.

2. Il en est d'autant plus ainsi que l'article 1183, plus encore que d'associer une fin de non-recevoir au silence de la partie interrogée, donne à la partie qui interroge le droit d'enfermer unilatéralement le titulaire de l'action en nullité dans un délai de forclusion de six mois. À ce dernier égard, il y a lieu de regretter un manque de vigilance lors des travaux préparatoires à la rédaction de l'ordonnance du 10 février 2016. La solution laisse, en effet, perplexe (21) tant elle porte atteinte à l'action en justice. Il n'est de droit que si son titulaire dispose d'un certain temps pour l'exercer. À défaut de quoi, le droit est privé d'effectivité. Celui contre qui le droit s'exerce a sans doute le droit à la sécurité juridique, d'où la prescription qui permet d'arbitrer entre les intérêts en présence, ceux du demandeur et du défendeur. La prescription détermine ainsi un point d'équilibre que les parties peuvent certes déplacer en en réduisant le délai. Encore faut-il, selon l'article 2254, que les parties s'accordent à cet égard et qu'elles ne réduisent pas la prescription à moins d'un an. L'article 1184 va beaucoup plus loin puisque, une fois le contrat conclu, il donne le droit à une partie, de sa seule initiative, d'enfermer l'autre dans une forclusion de six mois. Le statut constitutionnel de la prescription est incertain (22). Pour autant, il est permis de

s'interroger sur la constitutionnalité de la rupture d'égalité (23) entre les parties contractantes que permet l'article 1183, spécialement en ce que ce texte autorise l'une des deux à contraindre unilatéralement le droit d'agir en justice de l'autre, dont la valeur constitutionnelle n'est pas sérieusement contestable (24).

Quelle que soit l'issue de ce débat, pas encore à l'ordre du jour, il faut pour l'heure retenir que l'article 1183 consacre une règle d'exception, à double titre : elle crée une nouvelle fin de non-recevoir, elle consacre une sorte de droit à la forclusion. Il y a donc lieu de faire preuve d'intransigeance dans la mise œuvre de l'action interrogatoire. Cette dernière ne peut produire les effets radicaux qui lui sont attachés qu'à une triple condition :

- l'écrit délivré au titulaire de l'action en nullité relative doit, tout d'abord, contenir l'ensemble des mentions prévues par l'article 1183, et spécialement l'information sur l'impossibilité d'agir en nullité du contrat à l'issue d'un délai de six mois ; un écrit imparfait à cet égard ne devrait pas bénéficier de la clémence consistant à retenir, même pour certains actes extrajudiciaires, qu'il n'est pas de nullité sans grief (25), alors surtout qu'en tout état de cause, cet adage est sans application lorsque l'information porte sur un délai de forclusion (26) ;

- l'écrit doit préciser les causes de nullité envisagées et la perte du droit d'agir à raison de l'inaction pendant le délai de six mois qui concerne seulement les causes de nullité expressément visées ; à défaut de quoi, le titulaire de l'action perdrait son droit d'agir sans avoir pu mesurer l'étendue de la perte, ce qui, assurément, n'est pas conforme aux exigences de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme (27) ;

- le délai de six mois doit être effectif, ce dont il résulte que le point de départ du délai ne peut se situer qu'au jour où le destinataire de l'interrogation a effectivement reçu l'écrit porteur de cette dernière ; seule une signification à personne offrira toute certitude à cet égard et, à titre de comparaison, on rappellera que, dans la procédure d'injonction de payer, le silence du débiteur pendant un mois ne permet l'apposition de la formule exécutoire qu'après une signification à personne de l'ordonnance lui faisant injonction de payer (art. 1416 c. pr. civ.).

En dernier lieu, une interprétation littérale de l'article 1183 est recommandée. Le texte ne vise que l'action en nullité, ce dont il faut déduire, compte tenu de l'interprétation stricte du texte, la nécessaire survie de l'exception.

## **B - Les autres actions interrogatoires**

La situation est ici bien différente. Sans doute le silence n'est-il pas créateur de droit. Ainsi, selon l'article 1120, il ne vaut pas acceptation « à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi (...) ou de circonstances particulières ». La loi qui confère au silence la valeur d'une acceptation constitue donc bien une règle d'exception. La nuance est cependant permise lorsque le texte se borne à préciser les circonstances dont se déduit un tel effet. Car l'exception réside alors plus dans les circonstances que dans le texte qui vient les expliciter. Précisément, lorsque les articles 1123 et 1158 donnent effet au silence du bénéficiaire d'un pacte ou du représenté, ils le font en considération d'un contexte spécifique. Le silence n'est significatif qu'en conséquence d'une interpellation circonstanciée. Il ressemble à celui dont on peut tirer toutes conséquences, tant le droit de se taire, au moins en matière civile, n'interdit pas les déductions. Même si la comparaison est un peu forcée, la solution n'est pas sans rappeler le principe posé à l'article 11 du code de procédure civile, selon lequel « les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus ». Quoi qu'il en soit, les solutions prévues par les articles 1123 et 1158 s'insèrent dans un contexte qui en atténue leur caractère d'exception. Il en est d'autant plus ainsi que le consentement auquel équivaut le silence de la partie interrogée n'a pas la portée d'un engagement, ni d'une renonciation. Ainsi qu'il a été dit (V. *supra*, I, B, 2), le représenté délivre une habilitation par abstention tandis que le bénéficiaire du pacte laisse passer une chance de conclure un contrat.

En l'état de textes qui donnent au silence observé dans des circonstances particulières la valeur d'un

simple consentement, il n'est donc pas certain qu'il faille exagérer la directive d'interprétation stricte des règles d'exception. Tout spécialement, s'il est conseillé aux praticiens de suivre les conditions de forme posées par les articles 1123 et 1158, il est admissible de considérer que leur méconnaissance doit être sanctionnée à l'aune de la règle « pas de nullité sans grief » (28). Il s'ensuit qu'il y a lieu de vérifier que les informations fournies à la partie interrogée lui permettent de prendre parti en connaissance de cause et que son silence puisse être tenu pour significatif. Il n'y a pas lieu de sanctionner les manquements aux contraintes formelles s'il apparaît que ces deux exigences ont été respectées.

Malgré cette invitation à une certaine souplesse, ces dernières restent assez contraignantes. Un degré de connaissance suffisant de la partie interrogée suppose une question clairement posée. Lorsque l'article 1123 prévoit une invitation faite au bénéficiaire de confirmer « l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir », il faut comprendre que l'écrit transmis au potentiel bénéficiaire rappelle ce qu'est un pacte de préférence, indique les conditions principales de l'acte à propos duquel la préférence pourrait être exercée et porte une interrogation sur l'existence du pacte et sur l'intention de s'en prévaloir. Le bénéficiaire du pacte doit être informé de la chose et du prix, ainsi que des conditions essentielles de la vente projetée, à défaut de quoi l'interrogation est illusoire. En effet, c'est au regard des conditions consenties que le bénéficiaire du pacte pourra déterminer s'il entend s'en prévaloir. Une observation similaire s'impose lorsque le tiers interroge le représenté sur l'habilitation du représentant à conclure tel ou tel acte. Il faut nécessairement que les caractéristiques principales de cet acte soient précisées puisque c'est en considération de ces dernières que l'habilitation du représentant s'apprécie.

Le silence du destinataire de l'écrit est significatif à la condition, d'une part, qu'une information correcte lui soit délivrée sur les conséquences de son abstention, d'autre part, qu'un délai raisonnable lui soit accordé pour lui permettre de se décider. Un délai trop bref empêcherait, en effet, une réaction réfléchie. Un silence précipité ne peut donc valoir consentement. Qu'est-ce alors qu'un délai raisonnable ? C'est à voir, en fonction des circonstances, de l'importance et de la complexité de l'acte qu'on souhaite mettre à l'abri de la critique. Il est ici difficile de théoriser. On comprendra sans peine qu'une interrogation sur l'existence et l'exercice d'un pacte de préférence à l'occasion d'une opération immobilière ou encore d'une cession de parts sociales de quelque importance, requiert un délai d'au moins deux à trois mois. Le bénéficiaire du pacte doit mesurer les engagements qui seraient les siens s'il devait user de sa préférence, alors surtout qu'il n'a pas nécessairement anticipé l'acquisition sur laquelle on l'interroge. Au contraire, un délai plus court, par exemple de quinze jours à un mois, semble permis lorsque l'action interrogatoire est exercée à l'encontre d'un représenté. Il s'agit ici d'infirmier ou de confirmer l'existence d'un pouvoir. La mise au point ne requiert pas une instruction approfondie.

Il reste à s'interroger sur les conséquences d'une réponse évasive du destinataire de l'écrit. Par exemple, lorsque le bénéficiaire d'un pacte de préférence fait savoir que ses intentions ne sont pas arrêtées, doit-on considérer qu'il n'a pas répondu ou au contraire peut-on admettre qu'il a donné sa réponse dans le délai requis ? Il est permis d'hésiter. Les articles 1123 et 1158 visent l'un et l'autre un « défaut de réponse ». Leur interprétation stricte conduit donc à considérer qu'une réponse hésitante constitue malgré tout une réponse et qu'elle bloque en conséquence les effets qu'attachent ces deux textes au silence de la partie interrogée. En même temps, la souplesse admissible commande plutôt d'analyser cette situation à la lumière des finalités de ces deux textes. Leur objectif est de lever l'incertitude qui grève une situation juridique. Il serait paradoxal que leur application conduise à cautionner une attitude qui la pérennise. De la même manière qu'on assimile un motif dubitatif à une absence de motif, mieux vaut admettre qu'une réponse hésitante a la valeur d'un silence.

L'admission des actions interrogatoires est le révélateur d'une prise de conscience assez élémentaire. Dans le mouvement continu de l'existence, quiconque hésite crée un point de fixation. Privilégiant la sécurité dynamique sur la sécurité statique, l'ordonnance du 10 février 2016 donne un moyen de débloquent la situation. D'aucuns regrettent que cette innovation fasse une fois encore la part belle à l'unilatéralisme dans les relations contractuelles. C'est oublier qu'il opère ici moins à l'avantage de celui qui en use que de la collectivité dans son ensemble qui profite ainsi du développement de transactions sécurisées. Paradoxalement, l'unilatéralisme de l'action interrogatoire conduit les individus à sortir de leur isolement (29).

- (1) En ce sens, H. Croze, Une vision procédurale de la réforme des obligations, Procédures 2016. Étude 3, spéc. n° 11 ; et le plaidoyer vigoureux de L. Mayer, Défense des actions interrogatoires introduites par la réforme du droit des contrats, Gaz. Pal. 29 nov. 2016, p. 47.
- (2) Y.-M. Serinet, Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, LPA 2015, n° 177, p. 59 ; V. égal., O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 2016, LexisNexis, p. 144 s. ; M. Mekki, La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain* !, Gaz. Pal. 5 janv. 2016, p. 18 s., spéc. § I, A.
- (3) En ce sens, A. Bénabent, Les nouveaux mécanismes, RDC 2016. 17, hors-série.
- (4) En ce sens, P. Didier, La représentation dans le nouveau droit des obligations, JCP 2016, 580.
- (5) La confirmation se définit en effet comme une renonciation au droit d'agir en nullité ; V. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 1987, n° 85-11.507, Bull. civ. I, n° 95 ; ce que confirme le nouv. art. 1182 : « La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce ».
- (6) Ce que nous savons, au moins depuis Bartin, notes ss C. Aubry et C. Rau, Droit civil français, t. 12, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 1911.
- (7) E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, Droit de la preuve, PUF, coll. Thémis, 2015, n<sup>os</sup> 433 et 434.
- (8) C'est l'hypothèse dite de la « falsifiabilité », au coeur des travaux de K. R. Popper ; V., par ex., La logique de la découverte scientifique, trad. N. Thyssen-Rutten et P. Devaux, Payot, 1973, p. 76 s.
- (9) En ce sens, Civ. 3<sup>e</sup>, 14 nov. 1972, n° 71-12.599, Bull. civ. III, n° 600.
- (10) Rapp. au président de la République sur la réforme du droit des contrats.
- (11) Au sens de la simple « manifestation de volonté » qui marque l'« acquiescement » donné à telle ou telle situation ; V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 91.
- (12) Civ. 25 mai 1870, GAJC, t. 2, n° 147.
- (13) Civ. 1<sup>re</sup>, 12 oct. 1977, n° 76-13.825, Bull. civ. I, n° 362.
- (14) V. R. Perrot, Le silence en droit judiciaire privé, in Mélanges Raynaud, 1985, p. 627, spéc. n<sup>os</sup> 10 s., p. 637 s.
- (15) J. Héron et T. Le Bars, Droit judiciaire privé, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2015, n<sup>os</sup> 146 s.
- (16) C'est bien pourquoi la démonstration de la recevabilité d'une demande « n'est pas subordonnée à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action » (Civ. 3<sup>e</sup>, 16 avr. 2008, n° 07-13.846, D. 2008. 1420).
- (17) Sur la prescription et l'atteinte qui en résulte au droit à un tribunal, V., par ex., CEDH 22 oct. 1996, n° 22083/93, *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni*, § 50, RSC 1997. 464, et 470, obs. R. Koering-Joulin : « la Cour doit se convaincre que les limitations appliquées ne restreignent pas l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même ».
- (18) Souci de plus en plus grandissant ; V., dernièrement, Civ. 3<sup>e</sup>, 19 mai 2016, n° 15-14.464, publié au Bull., D. 2016. 2377, note V. Mazeaud, 2589, obs. T. Clay, 2017. 375, obs. M. Mekki, et 422, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2016. 621, obs. H. Barbier ; Gaz. Pal. 2016, n° 29, p. 61, note L. Mayer.
- (19) Cass., ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, Bull. mixte, n° 1 ; D. 2003. 1386, note P. Ancel et M. Cottin, et 2480, obs. T. Clay ; Dr. soc. 2003. 890, obs. M. Keller ; RTD civ. 2003. 294, obs. J. Mestre et B. Fages, et 349, obs. R. Perrot.
- (20) Cass., ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841, Bull. ass. plén., n° 1 ; D. 2009. 1245, note D. Houtcief, 723, obs. X. Delpech, et 2010. 169, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2010. 459, étude N. Dupont.
- (21) En ce sens, M. Mekki, *op. cit.* ; L. Mayer, *op. cit.*
- (22) Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC, pt 12, D. 2004. 1405, note O. Lecucq, et 1278, obs. L. Domingo ; AJDA 2004. 599, note O. Lecucq ; RTD civ. 2004. 65, obs. J. Hauser ; 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, pt 14, D. 2005. 199, note S. Mouton, 2004. 1739, chron. B. Mathieu, 3089, chron. D. Bailleul, et 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; AJDA 2004. 1534, note J. Arrighi de Casanova, 1937, 1385, tribune P. Cassia, 1497, tribune M. Verpeaux, 1537, note M. Gautier et F. Melleray, note D. Chamussy, et 2261, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; RFDA 2004. 651, note B. Genevois, et 2005. 465, étude P. Cassia ; RTD civ. 2004. 605, obs. R. Encinas de Munagorri ; RTD eur. 2004. 583, note J.-P. Kovar, et 2005. 597, étude E. Sales ; V. égal., en matière disciplinaire, 25 nov. 2011, n° 2011-199 QPC, AJDA 2011. 2317, et 2012. 578, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; Constitutions 2012. 337, obs. O. Le Bot ; RSC 2012. 184, obs. J. Danet.

(23) V. Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, préc., pt 14, qui sanctionne, comme contraire au « principe d'égalité », « la différence de régime instaurée en matière de (...) prescription ».

(24) Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, pt 83, D. 1998. 156, obs. J. Trémeau, 145, obs. J.-C. Car, 147, obs. A. Roux, et 153, obs. T. S. Renoux ; AJDA 1996. 371, note O. Schrameck ; RFDA 1997. 1, étude F. Moderne, qui inaugure le considérant désormais classique : « aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; (...) il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ».

(25) V., par ex., pour un congé, Civ. 3<sup>e</sup>, 8 oct. 2015, n° 14-20.666, publié au Bull., D. 2015. 2074, obs. Y. Rouquet, 2198, chron. A.-L. Collomp, et 2016. 1102, obs. N. Damas ; AJDI 2016. 514, obs. N. Damas ; 15 mai 2008, n° 07-10.243, Bull. civ. III, n° 83 ; D. 2008. 1553, obs. G. Forest ; AJDI 2008. 852, obs. F. de La Vaissière.

(26) V. Civ. 2<sup>e</sup>, 28 janv. 2016, n° 15-11.391, publié au Bull., D. 2016. 1279, obs. A. Leborgne ; 24 sept. 2015, n° 14-23.768, publié au Bull., D. 2016. 1279, obs. A. Leborgne.

(27) V., par ex., CEDH 4 déc. 1995, n° 23805/94, *Bellet c/ France*, D. 1996. 357, note M. Collin-Demumieux, et 1997. 205, obs. S. Perez ; AJDA 1996. 376, chron. J.-F. Flauss ; RFDA 1996. 561, note M. Dreifuss ; RTD civ. 1996. 509, obs. J.-P. Marguénaud, dans lequel la Cour retient qu'un système qui ne présente pas « une clarté et des garanties suffisantes pour éviter un malentendu quant aux modalités d'exercice des recours offerts et aux limitations découlant de leur exercice » prive les justiciables « d'un droit d'accès concret et effectif devant la cour » (pts 37 et 38).

(28) Comme c'est le cas pour les congés ; V. *supra*, note 24.

(29) En ce sens, E. Jeuland, Les actions interrogatoires en question, JCP 2016. 737, qui évoque une « relationisation » du droit.

## Thème n° 6

# LE CONTENU DU CONTRAT

Jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016, le Code civil prévoyait certaines exigences relatives à l'objet de l'obligation et à sa cause. L'objet correspond à la matière de l'engagement : à quoi s'engage-t-on ? La cause correspond aux raisons qui justifient l'engagement : pourquoi s'engage-t-on ? Les notions d'objet et de cause permettaient de contrôler la licéité du contrat ainsi que, dans une certaine mesure, son équilibre. Cependant les notions d'objet et de cause étaient peu claires en dépit des nombreux travaux qui leur avaient été consacrés.

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016 c'est au « contenu » du contrat que se réfère le Code civil : l'article 1128 exige pour la validité du contrat, outre le consentement des parties et leur capacité de contracter, « un contenu licite et certain ». Le contenu du contrat doit satisfaire à trois exigences : il doit être licite, déterminé et présenter un certain équilibre. Les solutions du droit positif ne paraissent pas fondamentalement modifiées. On constate ainsi que si l'objet et la cause ont formellement disparu, leurs fonctions demeurent.

### I. Licéité

#### **A. Licéité de la prestation**

- 1) Ass. Plén., 31 mai 1991, *Bull. AP* n° 4 (illicéité de la convention de mère porteuse).
- 2) Com., 24 septembre 2003, *Bull. IV* n° 147, *D.* 2003, somm. p. 2761, obs. P. Sirinelli (illicéité de la vente d'objets contrefaits)
- 3) Civ. 1. 7 nov. 2000, *D.* 2002, somm. p. 930, obs. O. Tournafond ; *JCP G* 2001, I, 301, obs. J. Rochfeld (clientèles civiles)
- 4) Civ. 1, 6 févr. 2019, n° 17-20.463 ; *Bull. civ.* (à paraître) ; *AJ Contrat* 2019, p. 243, note A.-S. Lebret ; *LEDC* 2019, n° 4 p. 6, obs. J.-F. Hamelin ; *D.* 2019, p. 931, note B. Moissonnat

#### **B. Licéité du but**

- 5) Civ. 1, 7 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n° 285

### II. Détermination

#### **A. Les prestations de service**

L'obligation de « faire un geste » est nulle pour indétermination

- 6) Com. 28 févr. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 86.

#### **B. Le prix**

**Sous l'empire des dispositions du C. civ. de 1804**, la Cour de cassation décidait que l'article 1129 du Code civil, qui prévoyait que l'objet de l'obligation doit être déterminé, « n'est pas applicable à la détermination du prix ».

7) Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, n° 93-13688 ; *Bull. A.P.*, n° 9 ; *D.* 1996, p. 13, concl. M. Jéol, note L. Aynès ; *JCP* 1996, II, 22565, note J. Ghestin ; *Pet. Aff.*, 27 déc. 1995, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis ; *RTD civ.* 1996, p. 153, note J. Mestre ; *Def.*, 1996, p. 747, obs. P. Delebecque ; *G.A.*, n° 151-154

**Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016**, la détermination du prix est en principe une condition de validité du contrat (art. 1163 C. civ.) mais il existe de nombreuses exceptions (art. 1164 et 1165 C. civ.).

8) F. Labarthe, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et les prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil », *JCP G* 2016, 642

9) C. Lachièze, « La détermination du prix, principe et exceptions », *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, LGDJ 2021, p. 71

### **III. Équilibre**

#### **A. Existence de la contrepartie**

##### **. L'existence de la contrepartie s'apprécie au moment de la conclusion du contrat**

10) Civ. 3, 15 septembre 2016, n° 15-22.250.

##### **. La contrepartie ne doit pas être dérisoire**

11) Com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ.* IV, n° 848.

12) Civ. 3, 13 octobre 2016, n° 15-11128

#### **B. Sanction des clauses portant atteinte à l'obligation essentielle : art. 1170 C. civ.**

Statuant sur la validité d'une clause limitative de responsabilité qui prévoyait que la société Chronopost se limiterait à rembourser le prix de la prestation payée en cas de livraison au-delà du délai promis, la Cour de cassation a estimé que ladite clause « contredisait la portée de l'engagement pris », et par suite « devait être réputée non écrite ». L'ordonnance du 10 février 2016 codifie cette solution. L'article 1170 du Code civil dispose que « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

13) Com. 22 oct. 1996, (*Chronopost*), *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997.121, note A. Seriaux et 175, obs. Ph. Delebecque ; *JCP G*, 1997.I.4002, obs. M. Fabre-Magnan ; *Deffrénois*, 1997.36516, n° 20, obs. D. Mazeaud ; *RTDciv.* 1997, p. 418, obs. J. Mestre.

14) Com. 29 juin 2010 (*Faurecia*), *Bull. civ.* IV, n° 115 ; *D.* 2010 p. 1832 note D. Mazeaud.

#### **C. Sanction des clauses créant un déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion : art. 1171 C. civ.**

L'article 1171 du Code civil énonce : « Dans les contrats d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite ». Cette disposition introduit en droit commun un dispositif de lutte contre les clauses abusives qui existait déjà dans le Code de la consommation (art. C. consomm., art. L. 212-1) et dans le Code de commerce (C. Comm., 421, I, 2°, ancien art. L. 442-6, I, 2°). La question se pose de l'articulation entre le nouvel article 1171 du Code civil et les dispositions spéciales du Code de commerce et du Code de la consommation.

15) Com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782 ; *JCP G*, 2022, 257, obs. Y. -M. Serinet ; *JCP E* 2022, 1125, note G. Chantepie ; *JCP E* 2022, 1253, obs. N. Mathey ; *D.* 2022, p. 725, obs. N. Ferrier ; *RTDciv.* 2022, p. 124, obs. H. Barbier. V. ég. sur cet arrêt les études de : M. Behar-Touchais, *JCP G* 2022, 494 ; S. Tisseyre, *D.* 2022, p. 539.

#### **D. Pour aller plus loin...**

16) Raynaud (J.), « L'impact des droits fondamentaux sur le contrat... dans les manuels de droit des obligations », *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2019, chron. n° 1

Behar-Touchais (M.), « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP* 2016, 39.

Deshayes (O.), « La formation des contrats », *RDC* 2016, n° spécial, p.21 (reproduit dans la fiche n°2).  
Loiseau (G.), Typologie des choses hors du commerce, *RTDciv.* 2000, p. 47 (non reproduit).  
Moury (J.), « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 1013.

### **EXERCICES :**

Commentaire de : Com., 26 janv. 2022 (doc. 15)

Dissertation : L'abandon de la notion de cause par la réforme du droit des contrats

### **Document n° 1 : Ass. Plén. 31 mai 1991, *Bull. AP* n° 4**

Sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par M. le Procureur général près la Cour de Cassation :

Vu les articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble l'article 353 du même Code ;

Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ;

Attendu selon l'arrêt infirmatif attaqué que Mme X..., épouse de M. Y..., étant atteinte d'une stérilité irréversible, son mari a donné son sperme à une autre femme qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu ; qu'à sa naissance, cet enfant a été déclaré comme étant né de Y..., sans indication de filiation maternelle ;

Attendu que, pour prononcer l'adoption plénière de l'enfant par Mme Y..., l'arrêt retient qu'en l'état actuel des pratiques scientifiques et des moeurs, la méthode de la maternité substituée doit être considérée comme licite et non contraire à l'ordre public, et que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, qui a été accueilli et élevé au foyer de M. et Mme Y... pratiquement depuis sa naissance ;

Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement dans l'intérêt de la loi et sans renvoi, l'arrêt rendu le 15 juin 1990 par la cour d'appel de Paris.

### **Document n° 2 : Com., 24 septembre 2003, *D.* 2003, somm. p. 2761, obs. P. Sirinelli**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 1128 et 1598 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt déferé, que la société CCP, qui exerce l'activité de vente de prêt-à-porter, a fait l'acquisition d'un lot de vêtements auprès de la société Ginger ; que par arrêt postérieur, la cour d'appel, aux motifs que la marchandise provenait d'une contrefaçon de modèles appartenant à Mme X..., a condamné la société CCP à indemniser cette dernière ; qu'ultérieurement, la société CCP a assigné la société Ginger en annulation de la vente et en indemnisation de son préjudice ;

Attendu que pour rejeter la demande de la société CCP en annulation de la vente, l'arrêt retient qu'il n'est pas établi que la société Ginger ait commis des manœuvres dolosives pour persuader sa cliente de lui acheter les vêtements contrefaits ou que celle-ci a commis une erreur sur la propriété du modèle, qui aurait été déterminante de son consentement ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 2 mars 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ; Condamne la société Ginger aux dépens ;



**Obs. de Pierre Sirinelli** (Recueil Dalloz 2003 p. 2762)

**De la nullité d'un contrat relatif à la vente d'objets contrefaits**

L'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 24 sept. 2003, ne traite pas directement de droit d'auteur mais tire un certain nombre de conséquences d'actes de violation de ce dernier (D. 2003, AJ p. 2576, et Jur. p. 2683, note C. Caron). Sans appeler d'approfondissements, il mérite d'être signalé en raison du sort qu'il réserve à des conventions portant sur des oeuvres contrefaites.

Une société qui exerce l'activité de prêt-à-porter fait l'acquisition d'un lot de vêtements auprès d'une autre. La première entreprise, découvrant que les modèles, objets de l'opération, provenaient d'une contrefaçon, souhaite se désengager de la convention. Pour ce faire, elle met en avant divers arguments fondés sur la nullité du contrat. La cour de Paris, le 2 mars 2001, ne fit pas droit à sa demande aux motifs qu'il n'était pas établi, d'une part, que le vendeur ait accompli des manoeuvres dolosives pour persuader sa cliente de conclure la convention et, d'autre part, que l'acheteuse ait commis une erreur sur la propriété du modèle qui aurait été déterminante de son consentement.

Un pourvoi est formé contre cette décision. Il est reproché aux juges de la cour de Paris de ne point avoir répondu aux conclusions (art. 455 NCPC) en ce que les vendeurs ne sollicitaient pas l'annulation de la convention litigieuse sur le seul fondement des art. 1110 (erreur sur la substance) et 1116 (dol) c. civ. mais aussi sur celui de l'art. 1128 du même code, selon lequel, « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

Or l'argument était de poids puisque la commercialisation d'articles contrefaisants est réprimée par le code de la propriété intellectuelle (art. L. 335-2, al. 2, c. propr. intell.). Par voie de conséquence, l'objet du contrat de vente est bien « hors du commerce », illicite. C'est donc logiquement que la Cour régulatrice casse et annule la décision de la cour de Paris en estimant qu'en statuant ainsi qu'elle l'avait fait « alors que la marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente », la cour a violé les art. 1128 et 1598 c. civ.

Il n'y a pas lieu de s'attarder sur la solution de la Cour de cassation. Certes, cette disposition légale est généralement mise en avant pour annuler des conventions portant sur le corps humain ou sur des clientèles mais le principe permet aussi de proclamer l'illicéité de la vente de procédés permettant d'établir des copies non autorisées de logiciels alors même que la copie de sauvegarde a déjà été fournie à l'utilisateur (Cass. com. 22 mai 1991, D. 1991, IR p. 233 Décision de Jurisprudence ; JCP 1992, II, n° 21792, note J. Huet). Où l'on retrouve indirectement le code de la propriété intellectuelle qui, bientôt (transposition de la directive CE du 22 mai 2001), contiendra d'autres dispositions réprimant la mise à la disposition de moyens de contournement (ce que l'on appelle les « actes préparatoires ») des dispositifs de protection des oeuvres (art. 6 de la directive).

On ne peut donc que se réjouir de voir la Cour de cassation annuler une convention qui avait pour conséquence de rendre l'acquéreur revendeur, coupable du délit de débit de contrefaçon. Et s'étonner de ce que la cour de Paris n'ait pas voulu faire droit à cette demande.

L'essentiel des débats devant les juges du fond a porté sur la théorie des vices du consentement. Il est délicat, en l'absence de précisions fournies par la décision de la Cour régulatrice, de formuler une opinion sur la rectitude du raisonnement alors mené sur le fondement des règles relatives à l'intégrité du consentement. Tout au plus est-il possible de livrer un sentiment, notamment à propos de l'appréciation de l'erreur. Quelle sont les qualités substantielles recherchées par l'acheteur ? Ne peut-on compter au rang de ces dernières la capacité à revendre, sans risque juridique, les vêtements acquis ? On mesure aisément que l'acheteur revendeur ne conclut pas avec un intermédiaire pour se retrouver dans la situation d'une personne responsable du débit d'objets contrefaits. Mais on touche là au problème classique de la preuve tant du caractère essentiel de la qualité manquante que du caractère déterminant de l'erreur. Sur le premier point, l'appréciation *in concreto* fait que l'on ne peut se contenter d'un modèle abstrait de contractants et qu'il faut rechercher la volonté réelle des parties au contrat. La recherche psychologique se fait alors au « conditionnel passé » et est appliquée à un homme précis et non à la moyenne des hommes (sur la question, J. Flour et J.-L. Aubert, Les obligations, L'acte juridique, Armand

Colin, 6e éd., 1994, § 206). Néanmoins, s'il est logique qu'un contractant qui met en avant une circonstance particulière, déterminante pour lui, une qualité subjectivement substantielle, doive apporter la double preuve de cette importance pour lui et du fait que cette dernière a été portée à la connaissance de l'autre partie à la convention, le raisonnement devrait être différent lorsque la qualité en cause est susceptible d'être tenue pour essentielle pour tous les hommes. Or, la volonté de se livrer honnêtement à une activité commerciale devrait être tenue pour objectivement déterminante ou essentielle. Tout comme le désir d'éviter des poursuites judiciaires et une condamnation. Exiger de l'errans la démonstration du caractère fondamental de cette qualité et la connaissance par l'autre partie de l'importance de cette dernière paraît un peu absurde. Cela semble poser le postulat contraire selon lequel le vendeur pouvait, a priori, penser que l'origine illicite des produits en cause était indifférente à l'acheteur ce qui, compte tenu du fait que, manifestement en l'espèce, le cocontractant de l'errans n'ignorait rien de l'existence de la contrefaçon, revient à poser une quasi présomption de malhonnêteté de l'acheteur revendeur des vêtements. Même dans un monde en perte de repères, on conviendra que la solution peut paraître brutale. La voie raisonnable devrait être de mettre le fardeau de la preuve à la charge de ceux qui prétendent aller à l'encontre de l'opinion commune, de la vraisemblance.

L'affaire illustre les difficultés à mettre en œuvre des raisonnements fondés sur des analyses trop subjectives. L'avantage de la démarche juridique qui consiste à glisser du terrain des vices du consentement à celui de la licéité de l'objet est de passer d'une démarche subjective à une approche objective.

**Document n° 3 : Civ. 1, 7 nov. 2000.**

LA COUR - (...) Sur le moyen unique, pris en ses deux branches

Attendu que M. Woessner, chirurgien, a mis son cabinet à la disposition de son confrère, M. Sigrand, en créant avec lui une société civile de moyens ; qu'ils ont ensuite conclu, le 15 mai 1991, une convention aux termes de laquelle M. Woessner cédait la moitié de sa clientèle à M. Sigrand contre le versement d'une indemnité de 500 000 F ; que les parties ont, en outre, conclu une "convention de garantie d'honoraires" par laquelle M. Woessner s'engageait à assurer à M. Sigrand un chiffre d'affaires annuel minimum ; que M. Sigrand, qui avait versé une partie du montant de l'indemnité, estimant que son confrère n'avait pas respecté ses engagements vis-à-vis de sa clientèle, a assigné celui-ci en annulation de leur convention ; que M. Woessner a demandé le paiement de la somme lui restant due sur le montant conventionnellement fixé ;

Attendu que M. Woessner fait grief à l'arrêt attaqué (CA Colmar, 2 avr. 1998) d'avoir prononcé la nullité du contrat litigieux, de l'avoir condamné à rembourser à M. Sigrand le montant des sommes déjà payées par celui-ci et de l'avoir débouté de sa demande en paiement du solde de l'indemnité prévue par la convention, alors, selon le moyen, d'une part, qu'en décidant que le contrat était nul comme portant atteinte au libre choix de son médecin par le malade, après avoir relevé qu'il faisait obligation aux parties de proposer aux patients une "option restreinte au choix entre deux praticiens ou à l'acceptation d'un chirurgien différent de celui auquel ledit patient avait été adressé par son médecin traitant", ce dont il résultait que le malade conservait son entière liberté de s'adresser à M. Woessner, à M. Sigrand ou à tout autre praticien, de sorte qu'il n'était pas porté atteinte à son libre choix, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation des articles 1128 et 1134 du Code civil ; et alors, d'autre part, qu'en s'abstenant de rechercher comme elle y était invitée, si l'objet du contrat était en partie licite, comme faisant obligation à M. Woessner de présenter M. Sigrand à sa clientèle et de mettre à la disposition de celui-ci du matériel médical, du matériel de bureautique et du matériel de communication, de sorte que l'obligation de M. Sigrand au paiement de l'indemnité prévue par le contrat était pour partie pourvue d'une cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1128, 1131 et 1134 du Code civil ;

Mais attendu que si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient ; qu'à cet égard, la cour d'appel ayant souverainement retenu qu'en l'espèce, cette liberté de choix n'était pas respectée, a légalement justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen, mal fondé en sa première branche, est inopérant en sa seconde.

Par ces motifs : Rejette le pourvoi (...).

**Document n° 4 : Civ. 1, 16 févr. 2019**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon le jugement attaqué (juridiction de proximité de Libourne, 17 mai 2017), que, suivant bon de commande signé le 18 août 2016 sur le lieu d'exercice de son activité professionnelle, Mme X..., ostéopathe, a chargé la société Mémo.com (la société) de publier un encart afin d'informer le public de son activité ; que la société l'a assignée en paiement de diverses sommes au titre de l'exécution de ce contrat ;

Attendu que la société fait grief au jugement de rejeter sa demande, alors, selon le moyen :

1°/ que le prestataire n'a pas à informer le client des règles professionnelles et déontologiques qu'il se doit d'observer, dès lors que le client, appartenant à une profession réglementée, est soumis à un code déontologique, se doit de les connaître ; qu'en décidant le contraire, le juge du fond a violé les articles L. 221.3 et L. 221-5 du code de la consommation ;

2°/ que, si le prestataire a l'obligation d'informer le client de l'absence de droit de rétractation, c'est seulement dans le cas où les relations entre le prestataire et le client entrent dans le champ des règles prévoyant en principe un droit à rétractation ; qu'à partir du moment où le client, non consommateur, contracte pour les besoins de son activité professionnelle, il échappe au champ des règles instituant le droit de rétractation ; qu'à ce titre, contractant pour les besoins de sa profession, Mme X... ne pouvait par principe revendiquer un droit à rétractation ; que par suite, aucune information n'était due sur ce point par la société ; qu'en décidant le contraire, les juges du fond ont violé les articles L. 221-3 et L. 221-5 du code de la consommation ;

Mais attendu que l'objet d'un contrat doit être licite, à peine de nullité ; qu'il résulte de l'article 21 du code de déontologie des professionnels de l'ostéopathie que sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité ; que le jugement relève que le contrat litigieux tend à l'insertion d'encarts publicitaires dans un répertoire familial pratique d'urgence ; qu'un tel contrat est nul en raison du caractère illicite de son objet ; que, par ce motif de pur droit, substitué, selon les modalités de l'article 1015 du code de procédure civile, à ceux que critique le moyen, le jugement se trouve légalement justifié ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

**Document 5 : Civ. 1, 7 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 285.**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que, par acte sous seing privé du 17 juin 1981, M. X... a reconnu devoir à son épouse une somme, remboursable avec un préavis de trois mois ; qu'après leur divorce, Mme X..., devenue Mme Y..., a, par acte du 14 juin 1989, accepté que le prêt lui soit remboursé sous forme d'une augmentation de la pension alimentaire que lui versait son ex-mari ; qu'en 1993, elle l'a assigné en remboursement du solde du prêt ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué (Versailles, 23 février 1996) d'avoir annulé pour cause illicite l'acte du 14 juin 1989 et fait droit à la demande de son ex-épouse, alors, selon le moyen, d'une part, qu'en ne constatant pas que l'accord avait eu pour motif déterminant des déductions fiscales illégales et en ne recherchant pas s'il n'avait pas eu pour motif déterminant de réaliser l'étalement du remboursement du prêt dont le paiement était susceptible d'être réclaté à tout moment, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1131 du Code civil ; et alors, d'autre part, qu'une convention ne peut être annulée pour cause illicite que lorsque les parties se sont engagées en considération commune d'un motif pour elles déterminant ; qu'ayant constaté que Mme Y... déclarait à l'administration fiscale l'intégralité des sommes reçues de M. X..., il s'en évinçait que Mme Y... ne pouvait avoir eu pour motif déterminant de son accord la déductibilité, par M. X..., des sommes à elles versées, en sorte que la cour d'appel, en retenant une cause illicite, a violé l'article précité ;

Mais attendu qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat ; que l'arrêt ayant retenu que l'acte du 14 juin 1989 avait une cause illicite en ce qu'il avait pour but de permettre à M. X... de déduire des sommes non fiscalement déductibles, Mme Y... était fondée à demander l'annulation de la convention ; qu'ainsi, la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer la recherche inopérante visée à la première branche du moyen, a légalement justifié sa décision

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

**Document n° 6 : 28 février 1983**

SUR LE MOYEN UNIQUE : VU L'ARTICLE 1129 ALINEA 1ER DU CODE CIVIL ;

ATTENDU QU'EN VERTU DE CE TEXTE IL FAUT, POUR LA VALIDITE DU CONTRAT, QUE L'OBLIGATION AIT POUR OBJET UNE CHOSE AU MOINS DETERMINEE QUANT A SON ESPECE ;

ATTENDU QUE, POUR CONDAMNER LA SOCIETE MANUFACTURE DE GIVONNE A PAYER A LA SOCIETE CALBERSON INTERNATIONAL UNE SOMME DONT ELLE SE RECONNAISSAIT DEBITRICE, LE JUGEMENT ATTAQUE A DECIDE QUE CETTE SOMME SERAIT DEPOSEE AU GREFFE ET N'EN SERAIT DECONSIGNEE QU'APRES QUE LE CREANCIER EUT SATISFAIT A UNE OBLIGATION QU'IL AURAIT SOUSCRITE DE FAIRE UN GESTE AU PROFIT D'UN TIERS QUI AVAIT RENDU SERVICE AUX PARTIES ;

ATTENDU QU'EN DONNANT EFFET A UNE OBLIGATION DONT L'OBJET N'EST NI DETERMINE, NI DETERMINABLE, LE TRIBUNAL A VIOLE LE TEXTE SUSVISE ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE LE JUGEMENT RENDU LE 6 AVRIL 1981, ENTRE LES PARTIES, PAR LE TRIBUNAL DE COMMERCE DE SEDAN ;

REMET EN CONSEQUENCE LA CAUSE ET LES PARTIES AU MEME ET SEMBLABLE ETAT OU ELLES ETAIENT AVANT LEDIT JUGEMENT, ET POUR ETRE FAIT DROIT, LES RENVOIE DEVANT LE TRIBUNAL DE COMMERCE DE CHARLEVILLE MEZIERES, A CE DESIGNE PAR DELIBERATION SPECIALE PRISE EN LA CHAMBRE DU CONSEIL ;

**Document n° 7 : Ass. Plén. 1<sup>er</sup> déc. 1995**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif déferé (Rennes, 11 février 1993), qu'en vue de l'exploitation d'un hôtel, la société Le Montparnasse a, le 27 août 1987, pris à bail à la société Compagnie armoricaine de télécommunications, aux droits de laquelle se trouve la société GST-Alcatel Bretagne (société Alcatel), une installation téléphonique pour une durée de 10 années ; qu'au mois de janvier 1990, la société Le Montparnasse a cédé son fonds de commerce et que le cessionnaire n'a pas voulu reprendre l'installation téléphonique ; que la société Alcatel a assigné la société Le Montparnasse en paiement du montant de l'indemnité de résiliation, prévue au contrat ;

Attendu que la société Le Montparnasse reproche à l'arrêt d'avoir écarté l'exception de nullité du contrat et des avenants intervenus, tirée de l'inétermination du prix d'une partie des " prestations " stipulées, alors, selon le moyen, d'une part, que n'est ni déterminé ni déterminable, au sens de l'article 1129 du Code civil, le prix dont la fixation fait appel à des paramètres insuffisamment précisés ; qu'en l'espèce, l'article 2 de la convention du 27 août 1987 prévoit que toute extension d'une installation initiale fera l'objet d'une plus-value de la redevance de location, déterminée par référence à la hausse des prix intervenue chez le fournisseur depuis la dernière fixation " ayant servi de base ", ainsi qu'en fonction de l'indice des prix contractuels ou, dans le cas où l'application de l'indice serait provisoirement suspendue suivant la formule de substitution ou le coefficient de majoration légale ou réglementaire arrêté par l'autorité publique, étant précisé que ces mêmes variations indiciaires pourront être à la fois appliquées au matériel adjoint à l'installation louée ou fournie et à la main-d'oeuvre si, par suite de " circonstances quelconques ", la hausse intervenue chez le fournisseur de matériel ne peut être dûment établie ; que, dès lors, en se bornant à énoncer que les paramètres ainsi définis ne pouvaient être maîtrisés par les parties, pour en déduire que l'importance de la majoration de la redevance initiale liée aux extensions de l'installation était parfaitement déterminable, sans rechercher si, par son obscurité et sa complexité, la

formule de calcul prévue au contrat ne mettait pas le locataire, tenu par une clause d'exclusivité, dans l'impossibilité de connaître le taux de la majoration, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard du texte susvisé ; et alors, d'autre part, qu'il faut, pour la validité du contrat, que la quotité de l'objet de l'obligation qui en est issue puisse être déterminée ; qu'il est constant, en l'espèce, que le locataire était tenu de faire appel au bailleur pour toute extension dont la mise en service était subordonnée, en application de l'article 3, in fine, du contrat du 27 août 1987, au paiement de la redevance réclamée par l'installateur ; que dès lors, en s'abstenant de rechercher si, lors de la conclusion des avenants prévus en cas de modification ou d'extension de l'installation initiale, les prix pouvaient être librement débattus et acceptés par les parties, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1129 du Code civil;

Mais attendu que l'article 1129 du Code civil n'étant pas applicable à la détermination du prix et la cour d'appel n'ayant pas été saisie d'une demande de résiliation ou d'indemnisation pour abus dans la fixation du prix, sa décision est légalement justifiée ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

**Document n° 8 : F. Labarthe, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et les prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil », *JCP G* 2016, 642.**

*Sommaire*

*La réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016 prévoit la fixation unilatérale du prix et son régime dans deux catégories de contrat : les contrats cadre et les prestations de service. - Le but de ces propos est d'envisager les questions posées par les articles 1164 et 1165 et les possibles modifications du droit positif qu'ils pourraient entraîner.*

Entre les tenants d'une indétermination généralisée du prix (V. not. C. Aubert de Vincelles, Article 1163 : la fixation unilatérale du prix : RDC 2015, p. 752) et ceux souhaitant au contraire l'affirmation d'un principe de détermination du prix (V. not. J. Ghestin, Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations : LPA 3-4 sept. 2015, n° spécial, p. 35 et s.), la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations instituée par [l'ordonnance du 10 février 2016](#) est à mi-chemin. Aucun principe ne figure expressément dans les articles du futur Code civil, ni de détermination, ni d'indétermination. Il n'y en avait pas davantage dans le Code de 1804. Si l'utilisation de l'article 1129 lors des questions soulevées par l'indétermination du prix dans les contrats cadre et généralisée à presque tous les contrats, a donné ainsi l'impression d'asseoir en droit commun, un principe général de détermination du prix, cela n'a été qu'un épiphénomène.

Certes, l'article 1163 de l'ordonnance exige que la prestation soit « possible et déterminée ou déterminable ». Associée à la lecture des articles 1164 et 1165 qui viennent autoriser une fixation unilatérale du prix et son contrôle, il n'est pas audacieux d'en déduire que l'unilatéralisme prévu dans les contrats cadre et les prestations de service doit être interprété comme dérogeant au bilatéralisme consensuel dominant dans le contrat. Cependant, ce serait se leurrer que d'imaginer que telle sera forcément l'interprétation qui en sera faite. Il existe ainsi en germe au sein même de l'article 1163 un risque d'indétermination généralisée du prix. En précisant que « la prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties », selon le sens donné aux termes « prestation » et « usages », l'interprétation du texte est susceptible de bien des nuances.

Plus modestement, il convient de s'interroger d'ores et déjà sur les articles 1164 et 1165, et les modifications de notre droit qu'ils pourraient susciter. Si le premier, très proche des arrêts de l'assemblée plénière, ne devrait guère bouleverser le droit des contrats cadre (Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, n° 93-13.688, n° 91-15.578, n° 91-15.999, n° 91-19.653 (4 arrêts) : [JurisData n° 1995-003250](#) ; [JurisData n° 1995-003247](#) ; [JurisData n° 1995-003248](#) ; [JurisData n° 1995-003249](#) ; [JCP G 1996, II, 22565](#), concl. M. Jéol, note J. Ghestin ; D. 1996, jurispr. p. 13, concl. M. Jéol, note L. Aynès ; [JCP E 1996, 776](#), note L. Leveneur ; [JCP N 1996, n° 13, p. 493](#), étude D. Boulanger ; LPA 27 déc. 1995, p.

11, note D. Bureau et N. Molfessis), le second pourrait avoir une influence plus grande sur les contrats spéciaux. En autorisant une fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et les prestations de service (1), l'ordonnance établit un droit commun des contrats ayant vocation à s'appliquer à tous les contrats dans le silence des textes. En effet, les articles 1164 et 1165 visent des catégories génériques de contrat, qui ne sont pas des contrats nommés du Code civil mais incluent en leur sein plusieurs contrats spéciaux. L'Ordonnance, en revanche, ne prévoit plus qu'un contrôle de l'abus par le juge (2), là où le projet avait indiqué une possible révision ou fixation du prix selon les cas. Mais sur ce point encore, c'est davantage à propos de l'incidence de cette sanction sur les prestations de service que des interrogations verront nécessairement le jour.

### **1. La fixation unilatérale du prix**

Le droit commun des contrats intègre deux hypothèses dans lesquelles le prix peut être fixé de manière unilatérale, les contrats cadre et les contrats de prestation de service.

#### **A. - Dans les contrats cadre**

Si le projet de réforme présenté en février 2015 a pu paraître innovant sur bien des points, la réforme est quelque peu en retrait. On ne l'en blâmera pas au regard des modifications apportées au texte autorisant la fixation unilatérale par l'une des parties dans les contrats cadre. Un des retraits notable pour la matière est la soustraction de la catégorie des contrats à exécution successive, qui avaient été associés aux contrats cadre dans le projet. Il faut dire que ces deux sortes de contrat étaient liées dans les divers projets sans que cela ne suscite de véritables critiques. La profonde modification de nos textes sur le prix, spécialement l'admission de la théorie de l'imprévision et de la réduction du prix par le juge, a pu justifier le souhait de l'exclusion des contrats à exécution successive du texte (V. en ce sens, F. Labarthe, Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations : LPA 3-4 sept. 2015, n° spécial, p. 38 et s. - É. Savaux, Le contenu du contrat : Supplément au [JCP G 2015, n° 21, 25](#) mai 2015, p. 23 qui craint « des problèmes de frontière »). En outre, de nombreux contrats cadre prévoient des contrats à exécution successive. Il était donc inutile de compliquer notre droit positif en autorisant une fixation unilatérale pour des contrats à exécution successive dont la détermination du prix est un élément essentiel comme le bail ou la location. Du point de vue du droit à venir, peut-être faudra-t-il encore s'entendre sur la définition du contrat cadre. Si l'on s'en tient à une définition stricte, le contrat cadre est celui qui prévoit la conclusion de contrats ultérieurs sur sa base, mais en réalité, la jurisprudence de 1995, dans l'arrêt Vassili, va plus loin en incluant un contrat de franchise avec des commandes d'approvisionnement successives (V. sur ce point, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Dalloz, 12e éd., t. 2, n° 152 à 155, n° 19. - V. pour une analyse du domaine d'application de cette jurisprudence, J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, La formation du contrat - L'objet et la cause – Les nullités : LGDJ, 4e éd., t. 2, 2013, nos 148 et s.). La qualification de contrat cadre pourrait donc trouver un intérêt certain pour déterminer précisément le domaine d'application de l'article 1164.

À première vue, les termes de l'article 1164 sont proches de la jurisprudence bien connue de 1995 : « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

Rappelons que l'assemblée plénière a jugé que « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation » (Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, préc.).

Si le but recherché est bien identique, deux éléments viendront toutefois modifier la donne. Le premier est l'existence d'un accord préalable sur la possibilité de fixer unilatéralement le prix : unilatéralisme oui mais d'un commun accord ! La jurisprudence antérieure n'en demandait pas tant, même si l'on s'était interrogé sur ce point, notamment en cas de silence de la convention cadre (V. not. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, op. cit., n° 152-155, n° 14. - J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit., n° 151. - N. Molfessis, Les exigences relatives au prix en droit des contrats : LPA 5 mai 2000, p. 41,

n° 14). Le débat est donc relancé : que se passera-t-il en cas de silence de la convention ? Est-ce que la fixation unilatérale pourra découler d'un accord tacite ou bien d'un usage entre les parties ? Et à défaut, devra-t-on ou non envisager une nullité du contrat ? Le débat pourra être évité dès lors que les parties prendront la précaution d'insérer la faculté de déterminer unilatéralement le prix, et il n'y a ici pas de risque à parier que ce pouvoir sera dévolu au fournisseur, même si la possibilité est offerte aux deux parties, contrairement à l'article 1165 qui n'envisage que la fixation par le créancier.

Le second élément à prendre en considération dans les litiges à venir est l'obligation de motiver le montant du prix en cas de contestation. Par motiver, la Chancellerie entend « exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties » (Rapp. au président de la République relatif à l'[ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016](#) : [Journal Officiel du 11 février 2016](#)). Lors de la signature d'un contrat cadre, en règle générale, le prix des premiers contrats venant en application est connu. Il sera donc nécessaire, en cas de modification du tarif, de pouvoir expliquer les raisons de l'augmentation. En réalité, motiver reviendra à démontrer qu'il n'y a pas d'abus (V. en ce sens, É. Savaux, préc., n° 8). Comme l'explique Carole Aubert de Vincelles, (Pour une généralisation encadrée de l'abus dans la fixation du prix : D. 2006, p. 2629, n° 18), « le prix deviendrait alors manifestement disproportionné lorsqu'il ne permettrait plus au contrat de satisfaire les attentes raisonnables du débiteur alors que les contraintes du créancier ne l'empêcheraient pas. Cette analyse de la disproportion du prix oblige le juge à apprécier les raisons financières à l'origine de celle-ci pour le créancier, tout en la combinant avec les attentes raisonnables du débiteur ». C'est cet aspect que la partie devra établir, avec la charge de devoir supporter le risque de la preuve. La spécificité du contrat cadre permet cependant d'avoir une base souvent négociée au départ, et il est probable que si contentieux il y a, celui-ci n'apparaîtra pas immédiatement après la conclusion du contrat. Dès lors, la motivation devra porter davantage sur la modification du prix que sur sa fixation initiale. Cette motivation pourrait être appréciée de façon différente, même s'il est encore fait état d'abus, dans les contrats de prestation de services.

#### **B. - Dans les contrats de prestations de service**

L'ordonnance du 10 février en prévoyant à l'article 1165 que « dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation » innove davantage que dans le cas précédent. Certes si l'on se contentait d'assimiler les prestations de service au contrat d'entreprise, l'on pourrait penser qu'elle ne fait qu'instituer une pratique largement répandue. Le terme « prestation de service » employé rend toutefois le domaine d'application de l'article bien incertain.

La qualification sera, plus encore que dans le cas précédent, fondamentale. La notion de prestation de service peut nous sembler familière, apparaissant régulièrement tant en droit de la concurrence qu'en droit de la consommation, lorsqu'au mot vente est ajouté celui de prestation de service pour englober les diverses activités économiques. L'expression est en réalité bien mal cernée, appréciée différemment en droit international privé et en droit fiscal (V. sur ce point, l'intéressante analyse de P. Berlioz, La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement 'Bruxelles I' : [JDI 2008, doctr. 6](#)), définie dans le Vocabulaire Capitant comme étant « une notion générique englobant, à l'exclusion de la fourniture de produits (en pleine propriété), celle de tout avantage appréciable en argent (ouvrage, travaux, gestion, conseil, etc.) en vertu des contrats les plus divers (mandat, entreprise, contrat de travail, bail, assurance, prêt à usage, etc.) » (PUF, 9e éd., 2011). C'est pour cette raison que diverses mises en garde à l'encontre de l'article correspondant du projet ont pu être faites (v. not. É. Savaux, préc., n° 9 ; F. Labarthe, LPA, préc., p. 39 à 41). Si le contenu du texte a été modifié par rapport au projet au sujet du pouvoir du juge, le domaine d'application de la fixation unilatérale par le créancier demeure. Il ne fait alors aucun doute, à partir du moment où un prix n'aura pas été fixé, que l'article 1165 sera invoqué, qu'il s'agisse d'échapper à une nullité pour indétermination du prix, ou pour éviter tout débat sur la nécessité de la détermination du prix dans un contrat. Il faudra alors s'interroger sur certains contrats qui cristallisent les difficultés de qualification : le bail et le prêt à titre onéreux par exemple ; se demander s'il faudra opposer contrat de service, autorisant la fixation unilatérale, et contrat ayant pour objet un transfert de propriété, alors même que le contrat d'entreprise peut être à la fois et un service et translatif de propriété.

Enfin, l'opportunité ouverte par l'article 1165 pour une catégorie générique de contrats ne peut qu'inciter les plaideurs à préférer l'application de cet article relevant du droit commun des contrats face à des contrats nommés dont le régime du prix n'a été établi qu'à l'aide du temps et de la jurisprudence (V. sur ce point, N. Molfessis, LPA, préc.). L'application de ce texte est donc susceptible de modifier notre droit positif, car si, aux termes de l'article 1105, les règles générales ne s'appliquent que sous réserve des règles particulières, on sait bien que, hormis pour certains contrats comme le contrat de vente, l'exigence d'un prix déterminé ou non n'est pas exprimée formellement. Dès lors, il faut se demander si l'article 1165 ne pourrait pas s'appliquer par défaut, à partir du moment où la qualification de prestation de service sera retenue. Il est certain en tout cas que cette lecture sera proposée aux tribunaux.

Une fois le pouvoir de fixation unilatérale admis, le mécanisme est bien connu du fait de la reconnaissance jurisprudentielle de l'indétermination du prix dans les contrats d'entreprise et les contrats de mandat. Il en est de même de la motivation. Certes jusqu'à présent, l'emploi du terme « en motiver le montant » n'était pas utilisé mais l'application par la jurisprudence de la charge de la preuve revenait à justifier la somme demandée. On sait également qu'elle ne s'en tenait pas à mettre la charge de la preuve de l'exécution de la prestation à celui qui en réclamait paiement mais aussi à « fournir les éléments permettant de fixer ce montant » précisant que les juges du fond pouvaient « apprécier celui-ci en fonction notamment de la qualité du travail fourni » (Cass. 1re civ., 18 nov. 1997, n° 95-21.161 : [JurisData n° 1997-004568](#) ; Bull. civ. 1997, I, n° 313 ; RTD civ. 1998, p. 372, obs. J. Mestre, p. 402, obs. P.-Y. Gautier ; Defrénois 1998, p. 405, obs. A Bénabent). L'exigence de l'article 1165 ne devrait donc pas modifier sur ce point le droit positif, du moins en ce qui concerne les contrats d'entreprise - que la prestation soit matérielle ou intellectuelle - ou les contrats de mandat.

Enfin, la possibilité de fixation unilatérale cesse en cas d'accord des parties sur le prix, ce qui paraît logique, mais pourra faire l'objet de discussion. Dans l'hypothèse du marché à forfait prévu à l'[article 1793 du Code civil](#), le juge n'est pas autorisé à modifier le prix, mais il s'est affranchi de l'interdiction en cas de bouleversement de l'économie du contrat. En ira-t-il de même si les prestations sont différentes que celles prévues ? Autre question, le contrôle de l'abus cessant également de ce fait, que deviendra la pratique des tribunaux en matière d'honoraires, lesquels n'hésitent pas à modifier un prix forfaitairement fixé, dès qu'ils le jugent hors de proportion avec le service rendu (V. sur ce point, F. Labarthe et C. Noblot, *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, nos 436s.) ? Pourront être certes utilisés l'article 1166 relatif à la qualité de la prestation et les articles 1217 et 1223 autorisant la réduction du prix (V. infra), mais il faudra alors établir que la prestation n'était pas, soit conforme aux attentes légitimes des parties, soit que l'exécution était défectueuse, ce qui est différent (V. pour une préconisation en ce sens, F. Labarthe, *Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise*, *Études offertes à J. Normand* : Litec, 2003, p. 275).

## **2. Le contrôle du prix à travers l'abus**

Si le contrôle du prix à travers l'abus était un terme déjà employé pour les contrats cadre, la solution est plus inattendue pour les prestations de service.

### **A. - Dans les contrats de prestation de service**

Selon l'article 1165, « en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi de demande en dommages et intérêts » alors que le projet prévoyait la fixation du prix par le juge au regard des usages, des prix du marché et des attentes légitimes des parties. Le changement surprend davantage que pour les contrats cadre car en matière de contrat d'entreprise, selon une jurisprudence constante, en cas de défaut d'accord préalable sur le montant du prix, « il appartient aux juges du fond de fixer la rémunération compte tenu des éléments de la cause » (V. par ex., Cass. 1re civ., 24 nov. 1993, n° 91-18.650 : [Juris-Data n° 1993-002297](#) ; Bull. civ. 1993, I, n° 339 ; Contrats, conc. consom. 1994, comm. 20 ; RTD civ. 1994, p. 631, obs. P.-Y. Gautier). La différence symbolique est nette. Dans un cas, le pouvoir est direct, dans l'autre, il faut passer par la preuve de l'abus et la réparation d'un préjudice. Certes, comme le fait remarquer Nicolas Molfessis, « il n'est toutefois pas assuré que l'opposition soit si réelle : le conflit se nouera toujours, dans les deux hypothèses, autour du prix que



son créancier entend imposer ; les parties ne se présenteront pas devant le juge comme devant un expert chargé de fixer le prix. En outre, en cas de prix excessif imposé par le créancier à son contractant, le contrôle aboutira souvent à un résultat identique à celui qu'entraîne la fixation du prix par le juge » (in LPA, op. cit., n° 90). Reste qu'en pratique, le passage par la démonstration de l'abus (sur cette notion, V. infra) pourra s'avérer plus difficile pour le demandeur. L'autre point obscur de ce texte est son articulation avec la jurisprudence habituelle en matière de contrat d'entreprise et de contrat de mandat. Les juges continueront-ils à fixer le prix dans ces contrats ?

Il se pourrait bien que le droit commun vienne influencer le droit spécial des contrats lorsque ce droit n'est que jurisprudentiel. Ce sentiment est renforcé par le fait que désormais le juge et les parties disposent de nouvelles armes de contrôle des prix, lesquelles sont de droit commun. Elles seront d'autant plus facilement utilisées dans les contrats spéciaux où le prix pouvait ne pas être déterminé. Il en va ainsi de l'article 1166 selon lequel : « Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ». Quand le juge fixe le prix dans le contrat d'entreprise, par exemple, il prend régulièrement en considération l'exécution du contrat, donc sa qualité, passant insensiblement de la formation à l'exécution du contrat. Le contrôle des honoraires entrera sûrement dans le champ de ce nouvel article. Ajoutons à cela qu'à défaut de pouvoir établir un abus, l'exécution défectueuse ou déceptive peut conduire à la réduction du prix, par le débiteur ([C. civ., art. 1223](#)) ou par le juge ([C. civ., art. 1217](#)). Le débiteur disposera donc de plusieurs textes pour obtenir satisfaction.

#### **B. - Dans les contrats cadre**

Comme pour les prestations de service, l'article 1164 opère un retour à la notion d'abus, avec des seuls dommages-intérêts et une résolution possible. Aucune précision n'est apportée laissant, sûrement à juste titre, latitude au juge pour dégager une vision dite objective de l'abus en se référant au prix du marché ou une vision dite subjective, nécessitant une faute volontaire ou de comportement. On sait que dans les arrêts de 1995, le visa des articles 1134 et 1135 pouvait permettre de retenir un manquement à l'obligation d'exécuter de bonne foi, mais aussi à l'équité ou aux usages. Toujours est-il que sur le point de savoir ce qu'est l'abus, il reviendra à la jurisprudence de poursuivre sa tâche (V. sur ce point, Cass. com., 4 nov. 2014, n° 11-14.026 : [JurisData n° 2014-028474](#) ; [JCP G 2014, 1310](#), A.-S. Choné-Grimaldi ; D. 2015, p. 183, note J. Ghestin). Indemniser l'abus ne revient pas, en théorie, à fixer le juste prix, mais à sanctionner le déséquilibre.

La résolution devrait être acquise dès lors que les parties ne s'entendent pas pour fixer le prix à venir. Le mot résolution est employé là où la jurisprudence parlait de résiliation. Le second n'étant plus qu'une sous-catégorie du premier, il faut alors faire le lien avec l'article 1229. Celui-ci vient, assez heureusement, modifier les enseignements traditionnels en matière de distinction entre résolution et résiliation, le critère de distinction n'étant plus les contrats à exécution instantanée et ceux à exécution successive mais celui de l'utilité de l'exécution complète du contrat résolu, ou bien de l'utilité des prestations au fur et à mesure de leur exécution. Il est probable que la majorité des contrats cadre trouveront leur utilité au fur et à mesure des prestations et que le contrat ne sera donc que résilié et non résolu. Reste l'épineuse question des éventuels investissements faits par le distributeur, et dont il peut rester propriétaire. La fiction de la rétroactivité n'est désormais plus utilisée, et il sera nécessaire de faire avec l'alinéa 3 de l'article 1229 pour déterminer si le contrat pourra donner lieu à restitutions. S'agissant d'un contrat cadre, on peut s'interroger sur la possibilité de scinder, quant aux effets applicables, la résolution du contrat cadre et celle des contrats pris en application du premier, même si cela n'est pas souhaitable.

À eux seuls, ces deux articles sont symboliques de la réforme. Il serait faux de croire qu'elle ne fait que mettre en ordre un droit qui avait évolué, assorti de quelques nouveautés. Elle porte en germe bien des évolutions à venir, et assurément de belles plaidoiries.

## Document n° 9 : Ch. Lachière, « La détermination du prix dans les contrats, principe et exceptions », Mélanges offerts à Madame le Professeur Annick Bateau

1. La plupart des contrats synallagmatiques à titre onéreux donnent naissance à une obligation en nature, portant sur une chose ou sur un service, et à une obligation monétaire, consistant dans le paiement du prix. Si l'existence d'un prix est de l'essence de ces contrats, la détermination du montant de ce prix par les parties n'est en revanche pas toujours une condition de leur validité. Depuis toujours, la détermination du prix par les parties est une condition de validité pour certains contrats spéciaux, comme la vente<sup>1</sup>, alors qu'elle ne l'est pas pour d'autres, comme les contrats d'entreprise<sup>2</sup> ou de mandat<sup>3</sup>. Ce simple constat atteste la prégnance du droit des contrats spéciaux en matière de détermination du prix et conduit à s'interroger sur la place du droit commun des contrats. Existe-t-il une règle générale relevant du droit commun des contrats relative à la détermination du prix ? Et dans l'affirmative, quelle est sa portée ?

2. Le Code civil de 1804 ne comportait aucune disposition relative au droit commun des contrats qui visât expressément la détermination du prix. En l'absence d'une telle disposition, la jurisprudence a un temps décidé que la règle générale de l'ancien article 1129, qui exigeait la détermination de « la chose » objet de l'obligation, était applicable au prix<sup>4</sup>. La détermination du prix était donc, en règle générale, une condition de validité du contrat. Mais cette jurisprudence a donné lieu, comme chacun sait, à de grandes difficultés notamment dans les contrats cadre de distribution. Au terme d'un long feuilleton judiciaire<sup>5</sup>, l'Assemblée plénière de la Cour cassation avait opéré un revirement spectaculaire le 1er décembre 1995 en décidant que « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf disposition légale particulière, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation »<sup>6</sup>. Et dans un autre arrêt du même jour, l'Assemblée plénière avait même décidé de façon radicale que « l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix »<sup>7</sup>. La détermination du prix n'était plus, en principe, une condition de validité du contrat mais une simple modalité de son exécution. L'abus dans la fixation du prix pouvait être sanctionné par des dommages et intérêts ou par la résiliation.

3. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations<sup>8</sup> est revenue sur la question de la détermination du prix, dans les articles 1163, 1164 et 1165 du Code civil. Mais, force est de le dire, les dispositions nouvelles ne sont pas parfaitement claires et leur interprétation soulève de sérieuses difficultés.

1. C. civ., art. 1591 : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ».

2. V. déjà R.-J. Pothier, *Traité du contrat de louage*, éd. Debure, 1778, n° 401. La jurisprudence est constante sur ce point : v. par ex. Cass. 3e civ., 3 déc. 1970, n° 69-13809, *Bull. civ.* III, n° 663 ; Cass. 1re civ., 15 juin 1973, n° 72-12062, *Bull. civ.* I, n° 202.

3. V. par ex. Cass. 1re civ., 16 juin 1998, n° 96-10718, *Bull. civ.* I, n° 211.

4. V. not. Cass. com., 11 oct. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 225 ; *JCP G* 1979 II, 19034, note Y. Loussouarn ; *D.* 1979, jurispr. p. 135, note R. Houin ; *RJ com.* 1979, p. 378, note P. le Tourneau.

5. V. not. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit des obligations*, 12e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2019, n° 373 s. ; P. le Tourneau, *JurisClasseur Contrat-Distribution*, « Concession exclusive, conditions de validité au regard du droit des contrats. Formation. Prix et durée », *Fasc. 1025*, 2015, spéc. n° 59 s.

6. Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, n° 91-15578 et 91-15999, *Bull. ass. plén.*, n° 7, arrêts 1 et 2. V. ég. Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, n° 91-19653, *Bull. ass. plén.*, n° 8.

7. Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, n° 93-13688, *Bull. ass. plén.*, n° 9. V. ég. Cass. 1re civ., 12 mai 2004, n° 03-13847, « l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix en toute matière ».

8. Ord. n° 2016-131, *JO* du 11 févr. 2016.

Nous proposons de montrer que la lecture combinée des articles 1163, 1164 et 1165 du Code civil permet de faire apparaître un principe, assorti d'exceptions. L'article 1163 doit être lu comme posant le principe suivant lequel l'accord des parties sur la détermination du prix est une condition de validité du contrat, tandis que les articles 1164 et 1165 apportent des exceptions pour les contrats cadre et les contrats de prestation de service. L'ordonnance du 10 février 2016 a ainsi rétabli le principe de détermination du prix qui est conforme à la tradition juridique française, tout en lui apportant des exceptions pour tenir compte des besoins exprimés par les opérateurs économiques. La portée du principe de détermination du prix est cependant incertaine car elle dépendra de l'interprétation qui sera faite des exceptions qui lui sont apportées.

Nous présenterons successivement le principe de détermination du prix (I) et les exceptions qui lui sont apportées (II).

## **I. Le principe de détermination du prix**

4. L'article 1163 du Code civil prévoit, en son alinéa 2, que la prestation objet de l'obligation « doit être possible et déterminée ou déterminable ». Cette disposition ne vise pas expressément le prix, mais la prestation. Elle suscite des interprétations très diverses. Certains auteurs considèrent qu'elle est applicable au prix<sup>9</sup>, mais d'autres soutiennent le contraire<sup>10</sup> alors que d'autres encore sont dubitatifs<sup>11</sup>.

L'analyse du texte et de son contexte permet nous semble-t-il de lever toute ambiguïté. L'article 1163 du Code civil est applicable au prix ; il en résulte que la détermination du prix est exigée pour la validité du contrat (A) et que cette détermination ne peut être opérée que du commun accord des parties (B).

### **A. La détermination du prix, condition de validité du contrat**

5. L'article 1163 se trouve dans une section II intitulée « La validité du contrat ». Cette section débute par l'article 1128 qui exige pour la validité du contrat, outre le consentement et la capacité des parties, un « contenu licite et certain ». L'article 1163 précise le sens de l'exigence d'un contenu certain en

9. J.-S. Borghetti, « Fixation et révision du prix », *RDC* 2018, p. 25, spéc. n° 18 s. ; L. Leveneur, « La détermination du prix dans les contrats », *Mélanges en l'honneur du Professeur B. Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1057 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 369 s. ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, n° 23.231 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 18e éd., LGDJ, coll. « Domat », 2019, n° 164 ; O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2e éd., LexisNexis, 2019, art. 1164, p. 310 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, art. 1163, n° 410 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., PUF, coll. « Thémis », 2016, n° 399 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, 5e éd., Ellipses, 2020, n° 347. Cette interprétation est également retenue dans certains des travaux parlementaires de la loi de ratification ; v. not. S. Houlié, *Rapp. AN n° 429*, 2017, p. 15 : « Désormais, le principe redevient la fixation bilatérale du prix contractuel ; la fixation unilatérale redevient une exception cantonnée aux contrats-cadres (art. 1164) et, dans certaines circonstances, aux contrats de prestation de service (art. 1165) ».

10. J. Moury, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit des contrats », *D.* 2016, p. 1013, n° 1 ; J. Moury, « retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du Code civil », *D.* 2017, p. 1209 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 11e éd., Defrénois, 2020, n° 600 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations, Le contrat*, 9e éd., Economica 2018, n° 383 et s.

11. F. Labarthe, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et les contrats de prestation de service », *JCP G* 2016, 642 ; C. Grimaldi, « La fixation du prix », *RDC* 2017, p. 558, n° 6 et s.

indiquant que la prestation objet de l'obligation doit être « possible et déterminée ou déterminable ». Le prix étant, dans un contrat synallagmatique à titre onéreux, l'objet de l'obligation de l'une des parties, il ressort de ces dispositions que la détermination du prix est une condition de validité du contrat. Cette analyse est pleinement conforme à la lettre de l'article 1163 du Code civil qui est rédigé en des termes généraux puisqu'il vise la « prestation », sans faire aucune distinction entre les prestations en nature et les prestations monétaires. Le texte ne distinguant pas, il n'y a pas lieu de distinguer : *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. L'article 1163 du Code civil concerne donc aussi bien les prestations monétaires que les prestations en nature.

6. L'article 1163 du Code civil, qui fait de la détermination de la prestation une condition de validité du contrat, est donc applicable au prix. Est ainsi abandonnée la jurisprudence qui décidait, depuis les arrêts d'Assemblée plénière du 1er décembre 1995, que la détermination du prix n'était en principe pas une condition de validité du contrat.

### **B. La détermination du prix, produit de la volonté commune des parties**

7. L'article 1163 du Code civil n'indique pas expressément comment doit être opérée la détermination du prix. Mais, puisqu'il s'agit d'une condition de validité du contrat<sup>12</sup>, la détermination du prix doit nécessairement être opérée par les deux parties d'un commun accord. Suivant l'article 1163, alinéa 2, le prix doit être déterminé ou rendu déterminable par les parties. Et l'alinéa 3 du même article précise que la prestation est déterminable « lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties » et cela « sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ». En application de ce texte, le prix est déterminable lorsqu'il peut être fixé à partir des éléments précisés dans le contrat et indépendants de la volonté des parties, par exemple en renvoyant à un indice où à l'estimation d'un tiers.

8. Les parties pourraient-elles confier à l'une d'elles le pouvoir de déterminer le prix ? La lettre de l'article 1163 du Code civil ne paraît pas s'y opposer, puisqu'une telle clause rend le prix déterminable sans qu'un nouvel accord de volonté des parties soit nécessaire. Cependant cette interprétation de l'article 1163 doit être écartée, pour deux raisons au moins. En premier lieu, elle serait contraire à l'article 1128 du Code civil. Suivant cette disposition, le contrat ne se forme valablement que si les parties s'accordent sur un contenu certain, or le contenu du contrat ne peut être considéré comme certain si l'une des parties dispose de la faculté de fixer unilatéralement le prix. En second lieu, cette interprétation rendrait purement et simplement inutile l'article 1164 qui admet l'efficacité de la clause permettant la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre<sup>13</sup>. En effet, si l'article 1164 prévoit la validité de cette clause dans les contrats cadre, c'est précisément parce que cette clause n'est en principe pas valable en application de la règle de l'article 1163<sup>14</sup>.

9. La lecture combinée des articles 1163, 1164 et 1165 du Code civil permet ainsi de faire apparaître un principe de détermination bilatérale du prix, condition de validité du contrat. Ce principe s'inscrit dans la tradition juridique française inspirée de la philosophie individualiste des Lumières. Chacun étant le meilleur gardien de ses intérêts, le libre accord des parties est le moyen le plus simple et le plus sûr de parvenir à un juste prix ; il est donc de bonne logique que la loi impose en principe aux parties de déterminer le prix d'un commun accord lors de la conclusion du contrat.

Ce principe est cependant assorti de deux exceptions dont les contours sont difficiles à tracer.

12. V. *supra*, n° 5.

13. v. *infra*, n° 11 s.

14. En ce sens : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 380 ; O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, art. 1163, p. 307 ; G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, n° 414 ; J.-S. Borghetti, art. préc., n° 26.

## II. Les exceptions au principe de détermination du prix

10. Les articles 1164 et 1165 du Code civil apportent des exceptions au principe de détermination du prix, pour les contrats cadre (A) et pour les contrats de prestation de service (B).

### A. Les contrats cadre

11. L'article 1164 du Code civil permet aux parties à un contrat cadre de convenir que « le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties », à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, une intervention du juge est possible : celui-ci « peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ». Cette disposition soulève de nombreuses questions. On envisagera dans les lignes qui suivent son domaine d'application (1), les règles qu'elle prévoit pour encadrer la fixation unilatérale du prix (2) et enfin les sanctions applicables en cas de fixation abusive du prix (3).

#### 1. Le domaine d'application de l'article 1164

12. Le domaine d'application de l'article 1164 du Code civil est le contrat cadre, qui est défini à l'article 1111 du Code civil : « Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution ». Cette définition permet de distinguer le contrat cadre des promesses de contrat. Le contrat cadre a seulement pour objet de définir les « caractéristiques générales » de la relation entre les parties, en prévoyant les modalités de conclusion des contrats d'application. La conclusion des contrats d'application peut faire l'objet d'une stipulation dans le contrat cadre mais celle-ci s'analyse tout au plus comme une obligation de faire ; le contrat cadre ne peut en aucun cas comporter le consentement de l'une des parties ou des deux aux contrats futurs. C'est toute la différence avec la promesse de contrat qui comporte le consentement de l'une (promesse unilatérale) ou des deux (promesse synallagmatique) parties au contrat préparé. Texte d'exception, l'article 1164 doit être interprété strictement. Il est applicable aux contrats cadre mais non aux promesses de contrat<sup>15</sup>.

13. Le principe suivant lequel la détermination du prix est une condition de validité du contrat se révèle inadapté dans le contrat cadre. Il est en effet bien difficile, sinon impossible, de déterminer lors de la conclusion du contrat cadre le prix qui sera dû au titre des contrats d'application<sup>16</sup>. C'est pourquoi l'article 1164 du Code civil aménage des règles spéciales pour la détermination du prix.

#### 2. Les règles de fixation unilatérale du prix

14. L'article 1164 du Code civil prévoit que « [d]ans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties ». Bien que le texte ne le précise pas, le prix dont il est question est celui des contrats d'application futurs et non celui du contrat cadre lui-même<sup>17</sup>. L'article 1164 du Code civil permet ainsi aux parties de convenir, dans le contrat cadre, que le prix des contrats d'application sera fixé par l'une d'elles. En pratique, les parties conviennent généralement que le prix des contrats d'application sera fixé par référence aux tarifs du fournisseur. Conformément au principe

15. *A fortiori*, l'article 1165 est inapplicable à un contrat définitif à exécution successive (par ex. une vente prévoyant la livraison de biens échelonnée dans le temps).

16. Ainsi dans un contrat cadre de franchisage, les parties ne sont pas en mesure de fixer *ab initio* le prix des produits que le franchisé commandera au franchiseur.

17. Ainsi lorsqu'un contrat cadre de franchisage prévoit le paiement de redevances qui sont la contrepartie de services rendus par le franchiseur, la détermination du montant de celles-ci ne relève pas du domaine de l'article 1164 du Code civil.

du consensualisme, l'accord des parties pour conférer à l'une d'elles le pouvoir de fixer unilatéralement le prix n'est soumis à aucune exigence de forme. Il peut même être tacite. Toutefois, pour des raisons de preuve, il est préférable que cet accord soit formulé par écrit.

Qu'en est-il si les parties n'ont rien prévu quant à la détermination du prix ? En pareil cas, l'article 1164 ne s'applique pas et on en revient à la règle de principe de l'article 1163 du Code civil : les parties n'ayant pas fixé le prix, le contrat cadre est nul<sup>18</sup>.

**15.** L'article 1164 alinéa 1er du Code civil fait peser sur celui qui est autorisé à fixer unilatéralement le prix la charge d'en « motiver le montant en cas de contestation ». Cette exigence de motivation qui n'intervient qu'en cas de contestation a pour effet d'inverser la charge de la preuve : ce ne sera pas au contractant qui invoque l'abus d'en rapporter la preuve, mais à l'auteur allégué de l'abus de prouver que celui-ci n'existe pas<sup>19</sup>. Cette inversion de la charge de la preuve témoigne de la défiance du législateur français à l'égard de la fixation unilatérale du prix. Et elle accrédite l'idée que l'article 1164, comme l'article 1165, doit être lu comme une exception au principe posé à l'article 1163 du Code civil.

### **3. Les sanctions de l'abus**

**16.** L'article 1164 alinéa 2 prévoit qu'« en cas d'abus dans la fixation unilatérale du prix, le juge peut être saisi d'une demande de dommages et intérêts ou d'une demande de résolution du contrat ». Le texte ne donne aucune précision sur les critères de l'abus dans la fixation du prix. Certains le regrettent<sup>20</sup>. Pour notre part, il ne nous paraît pas choquant de s'en remettre à la sagesse des juges sur cette question délicate. L'expérience a montré depuis les arrêts du 1er décembre 1995<sup>21</sup> que les juges savent faire un usage raisonné du pouvoir de sanctionner l'abus dans la fixation du prix. L'étude de la jurisprudence montre que l'abus ne se déduit pas du simple défaut d'équivalence des prestations, mais suppose une faute de comportement<sup>22</sup>.

**17.** L'article 1164 alinéa 2 prévoit seulement deux sanctions en cas d'abus : les dommages et intérêts et la résolution du contrat. La révision judiciaire du prix, qui était prévue dans la première version du projet d'ordonnance<sup>23</sup>, a été supprimée.

La résolution est la sanction la plus grave puisqu'elle a pour effet d'anéantir le contrat. Bien que le texte ne le précise pas, la résolution doit pouvoir frapper non seulement le contrat d'application pour lequel un prix abusif a été fixé, mais encore, lorsque cela est nécessaire, le contrat cadre lui-même<sup>24</sup>. On relève que la résolution pour abus dans la fixation du prix a un caractère judiciaire : elle doit être demandée au juge, la victime de l'abus ne pouvant opérer la résolution de façon unilatérale par voie de notification. C'est une différence avec la résolution pour inexécution d'une obligation qui, depuis l'ordonnance de 2016, peut être mise en œuvre soit par voie judiciaire soit de façon unilatérale par voie de notification.

18. En ce sens : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 386 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, art. 1164, p. 311.

19. J.-S. Borghetti, n° 36.

20. P. Stoffel-Munck, « Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens », *RDC* 2018, hors-série, p. 52, n° 16.

21. *V. supra*, n° 2.

22. *V. par ex.* Cass. com., 4 nov. 2014, n° 11-14026 ; *RDC* 2015, n° 2, p. 233, obs. P. Stoffel-Munck ; p. 293, obs. M. Behar-Touchais ; *JCP G*, 2014, 1310, note A.-S. Choné-Grimaldi, dans un contrat d'approvisionnement exclusif, l'abus du fournisseur est caractérisé par le fait qu'il demandait un prix nettement moins élevé à ses autres acheteurs et qu'il ne prenait pas en compte l'intérêt de son cocontractant dans la détermination du prix.

23. Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015, art. 1163.

24. En ce sens : J.-S. Borghetti, art. préc., n° 40 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, art. 1164, p. 316. *Contra* C. Grimaldi, art. préc., n° 16.

Ainsi l'ordonnance de 2016 qui a « déjudiciarisé » la résolution pour inexécution<sup>25</sup> a dans le même temps pris le soin de conférer un caractère exclusivement judiciaire à la résolution pour abus dans la détermination du prix. Cette différence de régime peut *a priori* sembler surprenante car il s'agit, dans l'une et l'autre hypothèse, d'apprécier si le comportement du contractant présente une gravité suffisante pour justifier l'anéantissement du contrat. Cependant cette différence peut s'expliquer par le fait que l'abus dans la fixation unilatérale du prix présente un contenu moral plus marqué que l'inexécution d'une obligation contractuelle<sup>26</sup>.

L'évaluation des dommages et intérêts alloués à la victime d'une fixation abusive du prix soulève certaines hésitations. Dans la logique de la responsabilité civile, ils devraient correspondre à la différence entre le prix abusif et un prix non abusif et non à la différence entre le prix abusif et le juste prix<sup>27</sup>. Cependant la distinction entre prix non abusif et juste prix est bien difficile à saisir en pratique, ce qui explique que les dommages et intérêts soient le plus souvent calculés par référence au juste prix<sup>28</sup> (lequel correspond généralement au prix du marché).

On constate que la victime de l'abus ne dispose pas de toutes les sanctions applicables en cas d'inexécution d'une obligation, qui sont désormais présentées à l'article 1217 du Code civil. Le constat ne paraît pas choquant. L'abus dans la fixation unilatérale du prix n'est pas la même chose que l'inexécution d'une obligation et n'appelle donc pas nécessairement les mêmes sanctions.

## **B. Les contrats de prestation de service**

**18.** L'article 1165 du Code civil prévoit que « [d]ans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation ». L'abus étant sanctionné de la même façon que dans les contrats cadre<sup>29</sup>, on ne reviendra pas sur cette question qui a été traitée plus haut<sup>30</sup>. On se limitera à présenter dans les lignes qui suivent les règles de fixation unilatérale du prix prévues par l'article 1165 (1) puis le domaine d'application du dispositif qui constitue la principale source de difficultés (2).

### **1. Les règles de fixation unilatérale du prix**

**19.** Suivant l'article 1165 le prix peut être fixé unilatéralement par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. Il va de soi que le créancier visé par le texte est celui du prix et non celui de l'obligation corrélative. Ce mécanisme appelle trois observations.

D'abord, contrairement à l'article 1164, l'article 1165 n'impose pas que la fixation unilatérale du prix soit prévue par les parties lors de la conclusion du contrat ; le pouvoir du créancier de fixer unilatéralement le prix trouve sa source dans la loi, et non dans le contrat.

Ensuite, il va de soi, comme le rappelle l'article 1165, que les parties peuvent fixer le prix d'un commun accord, lors de la conclusion du contrat ou même ensuite.

Enfin, le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance présente cette disposition

25. Dans un objectif d'efficacité économique, l'ordonnance du 10 février 2016 a abandonné le principe traditionnel de la résolution judiciaire ; v. not. C. Lachièze, *op. cit.*, n° 665.

26. Sur l'abus dans la fixation du prix, v. *supra*, n° 16.

27. J.-S. Borghetti, art. préc., n° 39 ; O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, art. 1164, p. 316.

28. C. Grimaldi, art. préc., n° 21.

29. Dans la version initiale, issue de l'ordonnance de 2016, l'article 1165 ne prévoyait comme seule sanction que des dommages et intérêts, mais la loi de ratification (L. n° 2018-287 du 20 avril 2017, art. 7.) a ajouté la résolution.

30. V. *supra*, n° 16 s.

comme « consacrant [...] une jurisprudence de la Cour de cassation ». Cette présentation est inexacte<sup>31</sup>. Certes, l'article 1165 du Code civil rejoint la jurisprudence antérieure en admettant que la fixation du prix n'est pas une condition de validité pour le contrat d'entreprise ou de mandat. Mais en permettant la fixation unilatérale du prix par le créancier sous réserve du contrôle de l'abus par le juge, l'article 1165 rompt avec la jurisprudence antérieure qui réservait au juge le pouvoir de fixer le prix à défaut d'accord entre les parties<sup>32</sup>.

## **2. Le domaine d'application du dispositif**

**20.** La principale difficulté soulevée par l'article 1165 concerne son domaine d'application. Il convient, dans un premier temps, de définir la notion de contrat de prestation de service avant de montrer, dans un second temps, comment l'article 1165 s'articule avec les dispositions particulières à certains contrats.

**21.** La notion de contrat de prestation de service peut sembler familière car elle se rencontre fréquemment en droit de la concurrence, en droit de la consommation ou encore en droit international privé<sup>33</sup>. Mais le droit français ne donne pas une définition précise de cette notion. Deux interprétations bien différentes s'opposent.

Suivant une interprétation large, cette notion englobe à peu près tous les contrats n'ayant pas pour objet de transférer la propriété d'une chose. Il s'agirait d'une catégorie ouverte, englobant non seulement les contrats d'entreprise et de mandat, mais encore quantité d'autres contrats comme le bail, le prêt d'argent ou encore le cautionnement<sup>34</sup>. L'article 1165 serait ainsi applicable à un très grand nombre de contrats et il ne resterait guère dans le domaine de l'article 1163 que le seul contrat de vente, pour lequel un texte spécial<sup>35</sup> prévoit déjà la détermination du prix. C'est dire que la règle de principe de l'article 1163 du Code civil serait vidée de sa substance.

Suivant une interprétation étroite, qui nous paraît préférable compte tenu du caractère d'exception de l'article 1165, la notion de contrat de prestation de service comprend uniquement les contrats portant sur une activité humaine, à savoir essentiellement le contrat d'entreprise, le contrat de mandat et le dépôt<sup>36</sup>. Ces contrats ne sont classiquement pas soumis à l'exigence de détermination du prix car il est

31. V. ég. O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, art. 1165, p. 318 ; L. Leveneur, art. préc., n° 14.

32. V. par ex. dans le contrat d'entreprise : Cass. 3e civ., 3 déc. 1970, préc. ; Cass. 1re civ, 15 juin 1973, préc. ; dans le mandat : Cass. 1re civ, 16 juin 1998, préc.

33. V. not. F. Labarthe, art. préc. ; G. Lardeux, « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du Code civil », *D.* 2016, p. 1659.

34. *Voc. Jur. Capitant*, V° Prestation de service : « a/ Terme générique englobant, à l'exclusion de la fourniture de produits (en pleine propriété), celle de tout avantage appréciable en argent (ouvrage, travaux, gestion, conseil, etc.), en vertu des contrats les plus divers (mandat, entreprise, contrat de travail, bail, assurance, prêt à usage, etc.) ».

35. C. civ., art. 1591.

36. G. Lardeux, art. préc. ; P. Stoffel-Munck, art. préc., n° 13, suivant lequel la notion de prestation de service comprend « les contrats dont l'intérêt réside non dans les utilités d'une chose (vente, bail, prêt), mais dans l'utilité attendue du service rendu par une personne, le prestataire (entreprise, mandat, dépôt ». C'est cette interprétation étroite qui a été retenue lors des travaux préparatoires de la loi de ratification : F. Pillet, Rapport Sénat n° 22, 11 oct. 2017, spéc. p. 56 : « L'article 1165 du Code civil prévoit, uniquement dans les contrats de prestation de service – incluant pour l'essentiel les contrats d'entreprise, appelés contrats de louage d'ouvrage et d'industrie dans le Code civil –, que le prix peut être fixé par le créancier unilatéralement, dans l'hypothèse où les parties ne se sont pas mises d'accord sur le prix avant l'exécution du contrat. Cette hypothèse existe en pratique, en particulier pour les prestations intellectuelles qui ne peuvent pas être précisément évaluées à l'avance. Se trouve ici consacrée la jurisprudence, qui considère que la fixation du prix n'est pas une condition de validité du contrat d'entreprise ».



le plus souvent difficile de mesurer à l'avance l'importance de l'activité que devra déployer le débiteur de la prestation en nature. Suivant cette interprétation étroite le bail, le prêt ou encore le cautionnement, notamment, ne sont pas considérés comme des contrats de prestation de service au sens de l'article 1165 du Code civil.

Nous allons voir à présent que la prise en compte des règles particulières à certains contrats contribue à cantonner opportunément les dispositions de ce texte.

**22.** L'article 1165 du Code civil figure parmi les règles générales applicables à tous les contrats, énoncées dans le sous-titre Ier du titre III du livre III du Code civil. Mais il existe également des règles particulières à certains contrats et, comme l'indique l'article 1105 alinéa 3, les règles générales « s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ». Pour le dire autrement, les règles spéciales dérogent aux règles générales : *specialia generalibus derogant*. Or il existe de nombreuses règles spéciales qui imposent directement ou indirectement que le prix soit déterminé ou rendu déterminable par les parties lors de la conclusion du contrat, interdisant que le pouvoir de fixer le prix puisse être laissé au créancier et cela même s'il s'agit de contrats relevant de la catégorie des contrats de prestation de service. Il y a alors, par l'effet de ces dispositions particulières, exception à l'exception et retour au principe de détermination du prix.

Dans les contrats de consommation, des dispositions particulières conduisent à la fixation du prix par les parties<sup>37</sup>. L'article L. 111-1 du Code de la consommation impose au professionnel de communiquer au consommateur, avant la conclusion du contrat, le prix du bien ou du service. Ainsi informé, le consommateur qui donne son consentement à la formation du contrat accepte le prix, de sorte que le prix est déterminé par les parties lors de la conclusion du contrat. L'article L. 112-3 du Code de la consommation envisage l'hypothèse dans laquelle « le prix ne peut être raisonnablement calculé à l'avance du fait de la nature du bien ou du service », et il impose alors au professionnel de fournir avant la conclusion du contrat « le mode de calcul du prix ». Ainsi le consentement des parties porte sur un prix déterminable. La violation de ces dispositions est sanctionnée par des amendes administratives<sup>38</sup>, mais elle peut également entraîner la nullité du contrat pour vice du consentement dans les conditions du droit commun des contrats<sup>39</sup>. Sont donc de fait exclus du domaine de l'article 1165 du Code civil les contrats conclus entre professionnels et consommateurs.

Mais ce n'est pas tout. Le droit des contrats spéciaux regorge de dispositions exigeant que le prix de certaines prestations soit déterminé par les parties. Tel est le cas par exemple de l'article 1831-1 du Code civil concernant le contrat de promotion immobilière, des articles L. 231-2 et L. 232-1 du Code de la construction et de l'habitation pour le contrat de construction de maison individuelle, de l'article 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 concernant les contrats de courtage ou de mandat conclus entre les agents immobiliers et leurs clients, ou encore de l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 concernant les contrats conclus entre les avocats et leurs clients. Toutes ces dispositions et bien d'autres encore dérogent à l'article 1165 du Code civil.

Force est donc de constater que le domaine d'application de l'article 1165 du Code civil est doublement restreint. D'une part, apportant une exception au principe de détermination du prix, ce texte doit être

37. En ce sens J.-S. Borghetti, art. préc., n° 24, note 49 ; C. Grimaldi, art. préc., n° 9 ; L. Leveneur, art. préc. n° 20.

38. C. consom., art. L. 131-1 et L. 131-5.

39. Cass. 1re civ., 14 nov. 2018, n° 17-21696.

interprété strictement. D'autre part, relevant du droit commun des contrats, ce texte est écarté par les dispositions spéciales contraires qui exigent une détermination initiale du prix.

**23.** En conclusion, on peut dire que la réforme du droit des contrats est parvenue à instaurer un régime somme toute équilibré entre un principe de détermination du prix et deux exceptions pour tenir compte de certaines situations particulières. Il appartient désormais à la jurisprudence de mettre en œuvre ces dispositions en veillant à cantonner les exceptions dans leur domaine strict.

**Document n° 10 : Civ. 3, 15 sept. 2016**

Sur le moyen unique, ci-après annexé :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rouen, 22 avril 2015), que, par acte notarié du 26 mars 2009, l'Assemblée permanente des chambres d'agriculture (APCA) a vendu deux parcelles de terrain à la commune de Val-de-Reuil (la commune) pour le prix d'un euro, l'acte de vente précisant que l'opération présentait un caractère d'intérêt général justifiant la vente à l'euro symbolique ; que, le 3 juillet 2009, la commune a revendu l'immeuble au prix de 1 053 000 euros à une société civile immobilière, qui l'a revendu le 3 août 2009 à une autre société civile immobilière pour le prix de 1 300 000 euros ; que, sur recommandation de la Cour des comptes, l'APCA a assigné la commune en rescision de la vente pour lésion ;

Attendu que l'APCA fait grief à l'arrêt de dire que la vente conclue le 26 mars 2009 avec la commune était parfaite et de rejeter ses demandes ;

Mais attendu qu'ayant retenu, exactement, que l'existence de la cause de l'obligation de chacune des parties, qui réside dans l'obligation de l'autre dans un contrat de vente, s'apprécie à la date à laquelle l'obligation est souscrite et que la disparition ultérieure de la cause de l'obligation n'est pas de nature à entraîner la nullité du contrat et, souverainement, que la contrepartie, cause de l'obligation de l'APCA, consistait dans la décharge des coûts de gardiennage, des frais d'entretien et des risques d'occupation sans titre ou de dégradations d'un bien libre de toute occupation depuis 2008, du coût de la destruction de la résidence universitaire, estimée à plus d'un million d'euros notamment en raison de la présence d'amiante et de l'obligation de réutilisation, dans des conditions conformes aux objectifs d'aménagement du territoire et de renouvellement urbain, la cour d'appel a pu en déduire, sans dénaturer, que l'acte de vente était valide ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Document n° 11 Com., 22 mars 2016, n° 14-14218**

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par MM. X..., Y... et Z... que sur le pourvoi incident relevé par M. A... ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 21 janvier 2014), que MM. X..., Y... et Z..., qui sont les associés fondateurs de la société Tleta devenue la société Atir rail (la société), ont souhaité obtenir la participation de M. A... à leur projet de développement de la société ; que le 14 février 2003, ils ont conclu avec M. A... un "accord-cadre", aux termes duquel MM. X..., Z... et Y... s'engageaient chacun à céder à celui-ci 5 % du capital de la société "pour le prix forfaitaire et symbolique de 500 euros", cependant qu'"en contrepartie de la cession au prix d'acquisition symbolique précité", M. A... s'engageait à "mettre au service de la société en qualité de directeur commercial sa connaissance du marché ainsi que son industrie, pendant une durée minimum de cinq années" ; que le 5 mars 2003, trois actes de cession de parts sociales ont été signés conformément à l'accord-cadre ; que le 31 mars 2003, la société a engagé M. A... en qualité de directeur commercial ; que par acte du 17 mars 2010, MM. X..., Y... et Z... ont assigné ce dernier, à titre principal, en nullité des cessions de parts pour indétermination du prix, à défaut, pour vétété du prix et, à titre subsidiaire, en résolution des cessions du fait de sa défaillance dans

l'exécution de ses obligations ; que M. A... a soulevé la prescription de l'action en nullité et, reconventionnellement, a réclamé le paiement de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa première branche :

Attendu que MM. X..., Y... et Z... font grief à l'arrêt de dire prescrite l'action en nullité des actes de cession de parts alors, selon le moyen, que la vente consentie sans prix ou sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel du contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription de droit commun qui était, à l'époque de l'acte litigieux, trentenaire ; que pour déclarer l'action en nullité pour indétermination du prix prescrite, la cour d'appel a retenu que l'action pour indétermination du prix constituait une action en nullité relative visant à la protection des intérêts privés du cocontractant et se prescrivant par cinq ans ; que ce faisant, elle a violé l'article 1591 et l'article 2262 du code civil dans sa rédaction applicable à l'espèce ;

Attendu que la Cour de cassation jugeait depuis longtemps que la vente consentie à vil prix était nulle de nullité absolue (1re Civ., 24 mars 1993, n° 90-21.462) ; que la solution était affirmée en ces termes par la chambre commerciale, financière et économique : "la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun" (Com., 23 octobre 2007, n° 06-13.979, Bull. n° 226) ;

Attendu que cette solution a toutefois été abandonnée par la troisième chambre civile de cette Cour, qui a récemment jugé "qu'un contrat de vente conclu pour un prix dérisoire ou vil est nul pour absence de cause et que cette nullité, fondée sur l'intérêt privé du vendeur, est une nullité relative soumise au délai de prescription de cinq ans" (3e Civ., 24 octobre 2012, n° 11-21.980) ; que pour sa part, la première chambre civile énonce que la nullité d'un contrat pour défaut de cause, protectrice du seul intérêt particulier de l'un des cocontractants, est une nullité relative (1re Civ., 29 septembre 2004, n° 03-10.766, Bull. n° 216) ;

Attendu qu'il y a lieu d'adopter la même position ; qu'en effet, c'est non pas en fonction de l'existence ou de l'absence d'un élément essentiel du contrat au jour de sa formation, mais au regard de la nature de l'intérêt, privé ou général, protégé par la règle transgressée qu'il convient de déterminer le régime de nullité applicable ;

Attendu qu'en l'espèce, l'action en nullité des cessions de parts conclues pour un prix indéterminé ou vil ne tendait qu'à la protection des intérêts privés des cédants ;

Attendu que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a retenu que cette action, qui relève du régime des actions en nullité relative, se prescrit par cinq ans par application de l'article 1304 du code civil ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen de ce pourvoi :

Attendu que MM. X..., Y... et Z... font grief à l'arrêt de rejeter leur demande de nullité des actes de cession de parts alors, selon le moyen :

1°/ que le prix de la vente doit être déterminé ou déterminable ; que le prix de vente n'est pas déterminable lorsqu'il est fonction d'éléments dépendant de la volonté unilatérale de l'une des parties ; que pour retenir que le prix n'était pas soumis à la volonté de M. A..., la cour d'appel a relevé que la partie du prix constituée par son activité pour le compte de la société Atir rail était encadrée par un contrat de travail ; que l'exécution du contrat de travail étant rémunérée par un salaire, elle ne pouvait constituer le prix de la cession des parts sociales, qui ne pouvait consister qu'en une contribution au développement de la société allant au-delà de la seule exécution de ses fonctions de directeur commercial ; que le prix prévu sous la forme de cette contribution dépendait de M. A... et était donc indéterminé ; qu'en retenant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 1591 du code civil ;

2°/ que pour dire que le prix n'était pas vil, la cour d'appel a énoncé que la société Atir rail s'était développée en termes de chiffre d'affaires et de résultat ; qu'en ne recherchant pas si ce développement pouvait être imputé à l'activité de M. A... et constituer ainsi le complément de prix prévu, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1591 du code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel ayant déclaré la demande de nullité prescrite sans la rejeter, le moyen, qui n'attaque pas un chef du dispositif de l'arrêt, est irrecevable ;

Et sur le moyen unique du pourvoi incident :

Attendu que M. A... fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande reconventionnelle de dommages-intérêts alors, selon le moyen, que les juges doivent motiver leur décision ; qu'en se bornant à affirmer que le droit à investissements de M. A... résultait de l'accord-cadre du 14 février 2003, "lequel a été valablement résilié le 2 décembre 2009", sans répondre aux conclusions de M. A... qui faisait valoir que la résiliation unilatérale et sans préavis du droit à investissements prévu par cet accord-cadre se heurtait à la force obligatoire du contrat, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que M. A... soutenait que sa qualité d'actionnaire lui donnait le droit de participer aux investissements de la société, la cour d'appel, qui a retenu que ce droit n'était pas lié à sa qualité d'actionnaire mais résultait de l'accord-cadre qui avait été résilié le 2 décembre 2009, a répondu, en les écartant, aux conclusions prétendument délaissées ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en ses deux dernières branches, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE les pourvois, principal et incident ;

### **Document n° 12 : Civ. 3, 13 oct. 2016, n° 15-11128**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 11 décembre 2014), que le capital de la société civile immobilière du 29 A rue Deparcieux (la SCI), propriétaire d'un immeuble, était constitué de 102 000 parts détenues par la SCI Renaissance et de 18 000 parts détenues par M. X... ; que, par acte du 3 août 2011, la SCI Renaissance et M. X... ont vendu l'intégralité de leurs parts à Mme Y... et à M. Z... pour le prix de un euro ; que, le 12 septembre 2011, Mme Y... a cédé à la société Rifar 60 000 des 114 000 parts sociales dont elle était propriétaire dans la SCI Renaissance au prix de un euro ; que, par acte du 8 juin 2012, la société Rifar a acquis l'immeuble de la SCI au prix de 995 000 euros et, par acte du 25 janvier 2013, elle l'a revendu au prix de 1 660 000 euros ; que la SCI Renaissance a été placée en redressement judiciaire, la date de la cessation des paiements étant fixée au 14 août 2010 ; que M. X... et la société Ouizille-de Keating, ès qualités de mandataire judiciaire et de commissaire à l'exécution du plan de redressement de la SCI Renaissance, ont assigné Mme Y..., M. Z... et la société Rifar en annulation de la cession des parts sociales en date du 3 août 2011, sur le fondement de l'article 1591 du code civil, pour le premier, et sur le fondement de l'article L. 632-1 du code de commerce, pour la seconde ; que, subsidiairement, M. X... a sollicité une expertise pour déterminer la valeur du bien immobilier de la SCI;

Sur le moyen unique du pourvoi principal :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes, alors, selon le moyen : 1°/ que la cession de droits sociaux pour un euro symbolique est valable à la condition que les prestations complémentaires de l'euro symbolique constituent une contrepartie réelle et sérieuse qui soit évaluable ; qu'en décidant, pour décider que la cession au prix de l'euro symbolique des parts de la SCI du 29 A rue Deparcieux était valable, qu'elle trouvait sa contrepartie, en l'absence de garanties de passif, dans le paiement des dettes sociales par les cessionnaires, sans qu'il y ait lieu de déterminer la valeur de l'immeuble qui constituait son seul actif au besoin en ordonnant une mesure d'instruction qui ne serait pas utile à la solution du litige dont elle était saisie, quand il lui appartenait de déterminer la valeur de l'immeuble dont dépendait celle des droits sociaux cédés au prix symbolique d'un euro, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, en violation des articles 4 et 1591 du code civil, ensemble les articles 143 et 144 du code de procédure civile ;

2°/ qu'il n'y a carence dans l'administration de la preuve que lorsque la mesure sollicitée est destinée à recueillir des renseignements que la partie demanderesse aurait dû elle-même fournir ; qu'en relevant, pour refuser de déterminer la valeur de l'immeuble dont dépendait l'évaluation des actifs sociaux, qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve, sans expliquer en quoi le prononcé d'une mesure d'expertise visait à pallier une insuffisance reprochable dans l'administration de la preuve de M. X..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 146, alinéa 2, du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé, d'abord, que les acquéreurs des parts sociales avaient repris l'intégralité du passif de la SCI et déclaré connaître le contentieux existant avec deux banques dont l'une avait sollicité la vente forcée de l'immeuble de la SCI qui n'avait pu vendre son bien à l'amiable, ni apurer ses dettes dans le délai accordé par le jugement, ensuite, qu'à l'époque de la cession, la SCI avait un passif

de 964 000 euros, alors que son unique actif était l'immeuble dont le bail d'habitation rapportait un loyer mensuel de 5 500 euros et qui faisait l'objet d'une procédure de saisie immobilière sur une mise à prix fixée à 780 000 euros, enfin, que le bilan de la SCI, clos au 31 décembre 2011, dégagait une perte nette de 96 296 euros, la cour d'appel, qui en a déduit, d'une part, que la prise en charge du passif constituait une contrepartie sérieuse et non dérisoire au transfert de propriété des parts sociales alors au surplus que l'acte de cession excluait toute garantie de passif, d'autre part, que la nomination d'un expert pour procéder à l'évaluation de l'immeuble était dépourvue d'utilité, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident :

Attendu que la société de Keating, ès qualités de liquidateur judiciaire de la SCI Renaissance, fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande en annulation de la cession de parts sociales, alors, selon le moyen :

1°/ qu'est nul tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur, résultant de ce seul contrat et appréciées à la date de sa conclusion, excèdent notablement celles de l'autre partie ; qu'en décidant que la cession des droits sociaux au prix symbolique d'un euro trouvait sa contrepartie dans le paiement du passif social de la SCI du 29 A rue Deparicieux, après avoir posé en principe que l'appréciation du sérieux du prix impose d'apprécier l'économie générale de la convention afin de déterminer les engagements réciproques, quand l'existence d'un excès notable doit être appréciée au regard des seules obligations nées de la cession des droits sociaux, indépendamment de la reprise du passif social, à la date de sa conclusion, la cour d'appel a violé l'article L. 632-1-I-2° du code de commerce ;

2°/ que si tel n'est pas le cas, est nul tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur, résultant de ce seul contrat et appréciées à la date de sa conclusion, excèdent notablement celles de l'autre partie ; qu'il s'ensuit qu'en l'état de la cession pour un euro symbolique des parts d'une société dont le seul actif constitue un immeuble, il appartient au juge du fond de rechercher si les obligations du cédant n'excèdent pas notablement celles du cessionnaire qui est tenu au paiement du passif social, et, donc de vérifier si la valeur des droits sociaux est proportionnée au montant du passif que le cessionnaire prend à sa charge, compte tenu de la valeur du seul immeuble qu'il lui appartient de déterminer, au besoin en recourant à l'expertise, sans que la juridiction du second degré puisse s'arrêter à la seule estimation retenue dans une vente consentie au sous-acquéreur, également partie à l'instance ; qu'en se déterminant sur la seule considération du prix de vente de l'immeuble de la SCI du 29 A rue Deparicieux à la SCI Rifar, après avoir écarté l'évaluation qu'en proposaient M. A... et M. B... dans deux rapports d'expertise, sans en déterminer la valeur vénale, en ordonnant au besoin une expertise, pour la comparer au passif social mis à la charge du cessionnaire des parts sociales, la cour d'appel s'est déterminée par des motifs impropres à exclure l'existence d'un excès notable entre les prestations de chacune des parties ; qu'ainsi, elle a subsidiairement privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 632-I-2° du code de commerce ;

3°/ qu'en affirmant que l'évaluation d'une société n'est pas réductible à celle de son seul actif immobilier, quand il appartenait à la cour d'appel de vérifier que la valeur des droits sociaux n'excédait pas le montant du passif que le cessionnaire prend à sa charge, compte tenu de la valeur du patrimoine social qu'il lui appartenait d'évaluer, sans s'arrêter à la seule estimation du prix retenu pour la vente de l'immeuble à la SCI Rifar, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 632-I-2° du code de commerce ;

Mais attendu qu'ayant d'abord souverainement retenu qu'eu égard à ses conditions de réalisation, l'expertise amiable relative à l'évaluation du bien de la SCI, ainsi que l'évaluation amiable de l'actif de cette société, fondée sur cette même expertise, étaient dépourvues de valeur probante, puis relevé que l'immeuble de la SCI avait été vendu le 8 juin 2012 au prix de 995 000 euros alors qu'il était encore occupé par un locataire, que l'acquéreur avait ensuite revendu ce bien le 25 janvier 2013 au prix de 1 660 000 euros après réalisation de travaux et libération des lieux par le locataire, que les prix des ventes effectivement conclues, en particulier celle réalisée peu après la cession litigieuse, devaient être pris en considération, qu'au regard de la situation de la SCI, dont les comptes clos au 31 décembre 2011 faisaient apparaître une perte nette de 96 296 euros et qui se trouvait sous la menace d'une saisie immobilière avec une mise à prix de 780 000 euros, le passif, au titre d'emprunts immobiliers d'au moins 964 000 euros avait été transmis aux cessionnaires des parts sociales, la cour d'appel, qui a estimé souverainement qu'il n'était pas établi que les obligations de la SCI Renaissance, dans la cession litigieuse des parts

sociales qu'elle détenait, excédaient notablement celles des cessionnaires, a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE les pourvois ;

**Document n° 13 : Com. 22 oct. 1996 (*Chronopost*), *Bull. civ. IV*, n° 261.**

Sur le premier moyen :

Vu l'article 1131 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt infirmatif attaqué, que la société Banchemer a confié, à deux reprises, un pli contenant une soumission à une adjudication à la société Chronopost, venant aux droits de la société SFMI ; que ces plis n'ayant pas été livrés le lendemain de leur envoi avant midi, ainsi que la société Chronopost s'y était engagée, la société Banchemer a assigné en réparation de ses préjudices la société Chronopost ; que celle-ci a invoqué la clause du contrat limitant l'indemnisation du retard au prix du transport dont elle s'était acquittée ;

Attendu que, pour débouter la société Banchemer de sa demande, l'arrêt retient que, si la société Chronopost n'a pas respecté son obligation de livrer les plis le lendemain du jour de l'expédition avant midi, elle n'a cependant pas commis une faute lourde exclusive de la limitation de responsabilité du contrat ;

Attendu qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchemer dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 juin 1993, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Caen.

**Obs. J. Mestre, *RTDciv.* 1997, p. 418.**

A l'heure où le droit des clauses abusives paraît bien définitivement recentré sur la seule protection du consommateur et délaisse le professionnel agissant hors de sa sphère habituelle d'activité (V. cette Revue 1996.609; *adde Civ. 1re*, 10 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 318, p. 222), voici que l'article 1131 et la sanction qu'il édicte à l'égard de l'obligation sans cause en précisant qu'elle « ne peut avoir aucun effet » viennent au secours de ce dernier en donnant aux juges le moyen d'écarter certaines stipulations déséquilibrées des contrats conclus entre professionnels. Déjà, dans un arrêt remarqué du 19 décembre 1990 (*JCP* 1991.II.21656, note J. Bigot), la première chambre civile avait ainsi réputé non écrite, sous ce visa de l'article 1131, la clause d'un contrat d'assurance responsabilité prévoyant que la garantie ne serait due par l'assureur que si la réclamation de la victime intervenait dans une période dite de « validité » du contrat et serait donc exclue si elle survenait une fois le contrat résilié ou non renouvelé : une telle stipulation aboutissait, en effet, « à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite, comme dépourvu de cause, au profit du seul assureur, qui aurait alors perçu les primes sans contrepartie ». Puis, dans une autre décision tout aussi importante, la chambre commerciale (6 avr. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 138, p. 94) avait, sous ce même visa, condamné les clauses de dates de valeur, consistant dans les contrats bancaires à différer les dépôts et à anticiper les retraits. Ici encore, en effet, l'idée était qu'était dépourvue de cause, en présence de telles écritures, l'obligation que le client de la banque pouvait avoir de payer des agios en raison de sa position artificiellement débitrice. Or voici qu'aujourd'hui, toujours par application de l'article 1131, c'est la clause par laquelle la société Chronopost entend limiter sa responsabilité en cas de retard dans l'accomplissement de sa prestation qui se trouve à son tour réputée non écrite par cette même chambre commerciale (22 oct. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 258, p. 220 ; *RJDA* 1997, n° 6, p. 12 ; *D.* 1997.121, note A. Sériaux ; *Contrats, conc. consom.* 1997, n° 24, obs. L. Leveneur ; V. aussi Ph. Delebecque, *Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ?*, *D. affaires*, 1997.235 et s.).

Les faits étaient d'une grande simplicité. Une société avait confié, à deux reprises, un pli renfermant sa soumission à une adjudication à la société Chronopost. Or celle-ci, n'ayant pas réussi à remettre ces plis, comme elle s'y était engagée, le lendemain de leur envoi avant midi, fut assignée en réparation de ses

préjudices par l'expéditeur, mais lui opposa alors la clause du contrat limitant l'indemnisation du retard au prix du transport. Les juges du fond (Rennes, 1<sup>re</sup> ch. B, 30 juin 1993) acceptèrent de faire produire effet à cette stipulation en l'analysant en une clause limitative de responsabilité et en observant que la société Chronopost n'avait pas commis de faute lourde ou a fortiori dolosive. Mais la chambre commerciale a exercé sa censure sous le visa de l'article 1131 : « en statuant ainsi, alors que spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle choisi de se situer au coeur même du contrat, en l'envisageant à travers son obligation fondamentale, et de s'attaquer à la validité même d'une clause qui, à l'évidence, porte atteinte à la force obligatoire de la loi que les parties ont choisi de se donner. Autrement dit, la question n'a pas lieu d'être appréhendée en simples termes de clause limitative de responsabilité valable et de faute lourde lui faisant échec et pouvant consister dans le fait pour un transporteur qui propose un service de livraison rapide de ne pas respecter ses délais (V. ainsi Versailles, 14 nov. 1991, RJDA 1992, n° 121). L'idée plus profonde est que l'obligation souscrite par le client de payer un prix plus élevé qu'à l'ordinaire trouve sa cause dans celle du transporteur d'acheminer le pli avec célérité, dans un court délai qui a été déterminant de son consentement et que, dès lors, la clause qui réduit pratiquement à rien son indemnisation en cas de retard sape tout à la fois la cause même de son engagement et ses légitimes prévisions. Elle ne peut dès lors trouver application sous peine d'une dénaturaison de la loi contractuelle.

**Document 14 : Com. 29 juin 2010 (Faurecia), Bull. civ. IV, n° 115.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 novembre 2008), que la société Faurecia sièges d'automobiles (la société Faurecia), alors dénommée Bertrand Faure équipements, a souhaité en 1997 déployer sur ses sites un logiciel intégré couvrant principalement la gestion de production et la gestion commerciale ; qu'elle a choisi le logiciel V 12, proposé par la société Oracle mais qui ne devait pas être disponible avant septembre 1999 ; qu'un contrat de licences, un contrat de maintenance et un contrat de formation ont été conclus le 29 mai 1998 entre les sociétés Faurecia et Oracle, tandis qu'un contrat de mise en œuvre du "programme Oracle applications" a été signé courant juillet 1998 entre ces sociétés ; qu'en attendant, les sites ibériques de la société Faurecia ayant besoin d'un changement de logiciel pour passer l'an 2000, une solution provisoire a été installée ; qu'aux motifs que la solution provisoire connaissait de graves difficultés et que la version V 12 ne lui était pas livrée, la société Faurecia a cessé de régler les redevances ; qu'assignée en paiement par la société Franfinance, à laquelle la société Oracle avait cédé ces redevances, la société Faurecia a appelé en garantie la société Oracle puis a assigné cette dernière aux fins de nullité pour dol ou résolution pour inexécution de l'ensemble des contrats signés par les parties ; que la cour d'appel a, par application d'une clause des conventions conclues entre les parties, limité la condamnation de la société Oracle envers la société Faurecia à la garantie de la condamnation de celle-ci envers la société Franfinance et rejeté les autres demandes de la société Faurecia ; que cet arrêt a été partiellement cassé de ce chef (chambre commerciale, financière et économique, 13 février 2007, pourvoi n° Z 05-17.407) ; que, statuant sur renvoi après cassation, la cour d'appel, faisant application de la clause limitative de réparation, a condamné la société Oracle à garantir la société Faurecia de sa condamnation à payer à la société Franfinance la somme de 203 312 euros avec intérêts au taux contractuel légal de 1,5 % par mois à compter du 1<sup>er</sup> mars 2001 et capitalisation des intérêts échus dans les termes de l'article 1154 à compter du 1<sup>er</sup> mars 2002 ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Faurecia fait grief à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen :

1°/ que l'inexécution, par le débiteur, de l'obligation essentielle à laquelle il s'est contractuellement engagé emporte l'inapplication de la clause limitative d'indemnisation ; qu'en faisant application de la clause limitative de responsabilité après avoir jugé que la société Oracle avait manqué à l'obligation essentielle tenant à la livraison de la version V 12 en 1999, laquelle n'avait pas été livrée à la date convenue, ni plus tard et que la société Oracle ne démontrait aucune faute imputable à la société Faurecia qui l'aurait empêchée d'accomplir ses obligations, ni aucun cas de force majeure, la cour d'appel n'a pas

tiré les conséquences légales de ses constatations, violant ainsi les articles 1131, 1134 et 1147 du code civil ;

2°/ qu'en jugeant que la clause limitative de responsabilité aurait été prétendument valable en ce qu'elle aurait été librement négociée et acceptée et qu'elle n'aurait pas été imposée à Faurecia, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, violant ainsi les articles 1131, 1134, 1147 du code civil;

3°/ qu'en jugeant que la clause, qui fixait un plafond d'indemnisation égal au montant du prix payé par Faurecia au titre du contrat des licences n'était pas dérisoire et n'avait pas pour effet de décharger par avance la société Oracle du manquement à une obligation essentielle lui incombant ou de vider de toute substance cette obligation, la cour d'appel a violé les articles 1131, 1134, 1147 du code civil ;

Mais attendu que seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ; que l'arrêt relève que si la société Oracle a manqué à une obligation essentielle du contrat, le montant de l'indemnisation négocié aux termes d'une clause stipulant que les prix convenus reflètent la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait, n'était pas dérisoire, que la société Oracle a consenti un taux de remise de 49 %, que le contrat prévoit que la société Faurecia sera le principal représentant européen participant à un comité destiné à mener une étude globale afin de développer un produit Oracle pour le secteur automobile et bénéficiera d'un statut préférentiel lors de la définition des exigences nécessaires à une continuelle amélioration de la solution automobile d'Oracle pour la version V 12 d'Oracles applications ; que la cour d'appel en a déduit que la clause limitative de réparation ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle de la société Oracle et a ainsi légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société Faurecia fait encore le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen, qu'après avoir constaté que la société Oracle n'avait pas livré la version V 12, en considération de laquelle la société Faurecia avait signé les contrats de licences, de support technique, de formation et de mise en œuvre du programme Oracle applications, qu'elle avait ainsi manqué à une obligation essentielle et ne démontrait aucune faute imputable à la société Faurecia qui l'aurait empêchée d'accomplir ses obligations, ni aucun cas de force majeure, la cour d'appel a jugé que n'était pas rapportée la preuve d'une faute d'une gravité telle qu'elle tiendrait en échec la clause limitative de réparation ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, violant les articles 1134, 1147 et 1150 du code civil ;

Mais attendu que la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que les deuxième et quatrième moyens ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ; PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

#### **Document n° 15 : Com., 26 janv. 2022**

La société Locam - location automobiles matériels, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 1], a formé le pourvoi n° E 20-16.782 contre l'arrêt rendu le 27 février 2020 par la cour d'appel de Lyon (3e chambre A), dans le litige l'opposant à la société Green Day, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 2], défenderesse à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Bellino, conseiller référendaire, les observations de la SCP Claire Leduc et Solange Vigand, avocat de la société Locam, après débats en l'audience publique du 30 novembre 2021 où étaient présentes Mme Darbois, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Bellino, conseiller référendaire rapporteur, Mme Champalaune, conseiller, et Mme Fornarelli, greffier de chambre,



la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

#### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Lyon, 27 février 2020), la société Green Day, exerçant une activité de restauration et de sandwicherie, a conclu le 25 septembre 2017, pour les besoins de son activité, un contrat de location financière avec la société Locam, portant sur du matériel fourni par une société tierce, moyennant soixante loyers mensuels.

2. Après une mise en demeure du 16 juillet 2018 visant la clause résolutoire, la société Locam a assigné la société Green Day en paiement.

#### Examen du moyen

Sur le moyen, pris en sa première branche

#### Enoncé du moyen

3. La société Locam fait grief à l'arrêt de dire que l'article 12 des conditions générales du contrat est réputé non écrit et, en conséquence, de dire que le contrat de location n'a pas été résilié et se poursuit jusqu'à son terme, de condamner la société Green Day à lui verser la seule somme de 4 284 euros TTC au titre des échéances échues impayées, majorée des intérêts au taux légal et de rejeter le surplus de ses demandes en paiement, alors « que si dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite, cette disposition générale, introduite dans le droit commun par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ne peut trouver à s'appliquer que dans les matières où la prohibition des clauses génératrices d'un tel déséquilibre n'est pas déjà assurée et régie par des textes spéciaux ; qu'elle est donc inapplicable, en l'état des dispositions de l'article L 442-1, I, 2°, du code de commerce, aux contrats conclus entre commerçants ; qu'en la jugeant néanmoins applicable au contrat de location financière conclu entre les sociétés commerciales Locam et Green day, la cour d'appel a violé l'article 1171 du code civil. »

#### Réponse de la Cour

4. Selon l'article 1171 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

5. Il ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance, que l'intention du législateur était que l'article 1171 du code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation.

6. L'article 1171 du code civil, interprété à la lumière de ces travaux, s'applique donc aux contrats, même conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, lorsqu'ils ne relèvent pas de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, applicable en la cause, tels que les contrats de location financière conclus par les établissements de crédit et sociétés de financement, lesquels, pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du code monétaire et financier, ne sont pas soumis aux textes du code de commerce relatifs aux pratiques restrictives de concurrence (Com. 15 janv. 2020, n° 18-10.512).

7. Le moyen, pris en sa première branche, qui postule le contraire, n'est donc pas fondé.

Mais sur le moyen, pris en sa seconde branche

Enoncé du moyen

8. La société Locam fait le même grief à l'arrêt, alors « que si, dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite, un tel déséquilibre ne saurait s'inférer de la seule absence de réciprocité d'une clause résolutoire de plein droit, dès lors que son unilatéralité s'explique par l'objet même du contrat et la nature des obligations dont sont respectivement tenues les parties ; qu'en matière de location financière, et eu égard au caractère purement financier de son intervention, le loueur exécute instantanément l'intégralité des obligations mises à sa charge, en réglant immédiatement au fournisseur le prix des biens commandés par le locataire et en les mettant à la disposition de ce dernier, si bien que seul le locataire reste ensuite tenu, jusqu'au terme du contrat, d'obligations susceptibles d'être sanctionnées par une clause résolutoire ; qu'en prétendant néanmoins, s'agissant de la clause résolutoire de plein droit pour défaut de paiement des loyers inscrite à l'article 12.a des conditions générales du contrat de location financière, déduire un déséquilibre significatif de son seul défaut de réciprocité, la cour d'appel a violé l'article 1171 du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1171 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 :

9. Aux termes de ce texte, dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ; l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

10. Pour dire que l'article 12 des conditions générales du contrat est réputé non écrit, l'arrêt retient que la clause réserve à la seule société Locam la faculté de se prévaloir d'une résiliation de plein droit qu'aucune autre stipulation n'ouvre à la société Green Day.

11. En statuant ainsi, alors que le défaut de réciprocité de la clause résolutoire de plein droit pour inexécution du contrat prévue à l'article 12, a) des conditions générales se justifie par la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Et sur le moyen, pris en sa troisième branche

Enoncé du moyen

12. La société Locam fait le même grief à l'arrêt, alors « que, dans le cas même où un déséquilibre significatif est caractérisé, seules sont réputées non écrites les clauses génératrices de ce déséquilibre et celles qui leur seraient, le cas échéant, indivisiblement liées, toutes les autres clauses demeurant intactes et pleinement efficaces ; que l'article 12 des conditions générales du contrat de location financière litigieux, tel qu'il est intégralement reproduit dans l'arrêt, se décompose en deux séries distinctes de clauses, l'article 12.a ne comprenant que de très classiques clauses résolutoires de plein droit destinées à sanctionner l'inexécution par le locataire de ses obligations, particulièrement celle de payer les loyers, cependant que sont réunies, sous l'article 12.b, diverses conditions résolutoires, dont l'application éventuelle est commandée, comme l'a relevé la cour d'appel, par des événements extrinsèques à l'exécution même du contrat location en cause, comme ayant trait, notamment, à la vie sociale de la société locataire ou à l'exécution d'autres contrats ; que dès lors, à défaut de toute indivisibilité constatée entre ces deux séries de clauses, qui étaient distinctes tant par leur objet que par leur nature juridique, la cour d'appel ne pouvait retrancher de façon indifférenciée du contrat de location financière l'intégralité des stipulations figurant à l'article 12 de ses conditions générales, motifs pris d'un déséquilibre significatif qui s'inférerait des conditions résolutoires prévues à l'article 12.b, quand seule était ici mise

en oeuvre la clause résolutoire de plein droit pour défaut de paiement des loyers prévue à l'article 12.a, ce en quoi elle a de nouveau violé l'article 1171 du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1171 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 :

13. Pour dire que l'article 12 des conditions générales du contrat est réputé non écrit, l'arrêt retient encore que la clause permet à la société Locam, spécialement dans son paragraphe b), de résilier le contrat de plein droit pour des causes qui ne correspondent pas à des hypothèses de manquements contractuels de la société locataire, qu'elle autorise le bailleur à résilier de plein droit le contrat dans des hypothèses qui affectent la vie sociale de la société locataire cependant que celle-ci en tant que personne morale reste tenue de ses engagements financiers à l'égard de la société Locam et qu'elle permet également à celle-ci de résilier le contrat si le locataire a manqué à ses engagements envers d'autres sociétés du groupe Cofam, sans nécessité de vérifier que le locataire a manqué à ses obligations dans le contrat litigieux, quand ces possibilités ne sont pas laissées à la société Green Day.

14. En statuant ainsi, par des motifs pris du déséquilibre créé par la clause prévue à l'article 12, b) des conditions générales, pour réputer non écrite la clause résolutoire de plein droit pour inexécution du contrat par le locataire prévue à l'article 12, a), la cour d'appel a violé le texte susvisé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il rejette la demande en annulation de l'assignation introductive et du jugement, l'arrêt rendu le 27 février 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ;

Remet, sauf sur ce point, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Lyon autrement composée ;

Condamne la société Green Day aux dépens ;

## **Document ° 16**

**L'impact des droits fondamentaux sur le contrat... dans les manuels de droit des obligations**  
**Julien Raynaud, Maître de conférences à la Faculté de droit de Limoges (OMIJ)**  
RDLF 2019, chron. n° 1

En vertu de l'alinéa 2 de l'article 1102 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». La formule est beaucoup moins complète que celle qui figurait dans le projet de 2015 : « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché » [1]. Cette rédaction aurait sans doute dérouté le non-juriste, mais pas plus que d'autres dispositions consacrées en 2016 [2]. En décidant de s'en tenir au minimum, et de ne pas mentionner les droits et libertés fondamentaux dans le corps des règles s'imposant au contrat, le législateur a ainsi donné le sentiment trompeur que la question ne se posait pas, ou du moins que sa réponse était évidente [3]. Comment dès lors aborder cette thématique, délaissée par le législateur, dans un manuel de droit des contrats ou de droit des obligations ? Faut-il lui accorder de l'importance au vu du contentieux potentiel en la matière et de son intérêt théorique, ou la traiter avec parcimonie en faisant le pari que le lecteur saura bien se reporter aux nombreux manuels sur les droits de l'homme et que ces derniers auront la lucidité d'aborder les enjeux contractuels ?

Des pistes de réponse seront recherchées dans un échantillon partial de manuels, le parti ayant été pris de ne pas analyser les traités et encyclopédies qui, compte tenu du volume de leurs pages, ont

naturellement la possibilité de traiter dans le détail et avec rigueur l'articulation entre la liberté contractuelle et les droits fondamentaux[4]. Lorsque l'influence des libertés, singulièrement européennes, sur le contrat est effectivement abordée par les auteurs de manuels [5], il est possible d'examiner sur quel fondement cette question est rattachée aux règles s'imposant aux conventions (I), quels sont les grands arrêts cités pour illustrer cette influence (II) et quelle appréciation les auteurs portent sur cette emprise (III).

### **I) Le fondement de l'immixtion des droits fondamentaux en droit des contrats**

A quel moment signaler au lecteur que les droits fondamentaux peuvent s'inviter dans la matière contractuelle ? Dès le menu, ou lorsque la nécessité de ce noble condiment se fait sentir ? Ce sera selon le choix du chef... Certains auteurs décident ainsi de traiter la question dès l'étude de l'autonomie de la volonté, pour définir la notion de contrat, ou dès la présentation des principes directeurs, notamment celui de liberté contractuelle [6]. Un tel parti pris présente l'avantage de montrer que la fondamentalisation est un phénomène général, susceptible d'imprégner toutes les notions étudiées par la suite, mais donnera l'impression, peut-être justifiée, que la thématique reste imperméable aux concepts classiques (cause, objet, etc...) abordés dans les chapitres suivants. En tous cas, cette présentation peut s'appuyer sur l'article 6 de Code civil qui lui aussi impose le respect de l'ordre public avec une espèce d'urgence [7]. Elle n'implique pas en outre que la question sera sacrifiée en quelques lignes [8].

D'autres auteurs prennent le parti de présenter l'influence des droits fondamentaux à l'occasion de l'examen des conditions de validité du contrat. L'inclusion des libertés au sein même des règles civilistes traditionnelles est alors privilégiée. La question est dans ce cas traitée à l'occasion de l'examen de la licéité de l'objet du contrat, de son but ou contenu, selon la terminologie privilégiée par le manuel [9]. Les droits fondamentaux peuvent ainsi investir, notamment, le périmètre de l'article 1162 du Code civil, premier article de la sous-section 3 du Code, consacrée au contenu du contrat.

Un troisième groupe d'auteurs abordent la question à la fois dès l'introduction, et lors de l'étude du contenu des stipulations contractuelles. Dans ce cas, cet éclatement n'est pas propice à un examen très poussé [10].

Quel que soit le moment où les droits fondamentaux sont présentés au lecteur, il est systématique en revanche que l'ordre public ne soit jamais bien loin. Sur ce point, deux tendances se dégagent clairement. Soit les droits et libertés sont présentés comme une composante même de l'ordre public, soit ils sont envisagés comme un bloc d'une espèce différente (étrangère au droit civil ?) mais qui comme l'ordre public vient borner la liberté contractuelle. Le rôle résiduel des bonnes mœurs peut venir perturber la présentation.

L'inclusion des droits fondamentaux, notamment européens, au sein de l'ordre public est retenue par MM. Malinvaud, Fenouillet et Mekki [11]. La question se complique pour qualifier dans quel type d'ordre public ils se rangeraient alors : ordre public moral pour M. Bénabent, ordre public traditionnel pour MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck [12], ordre public de l'Union européenne (sic) selon MM. Delebecque et Pansier... Si l'on veut compliquer, on signalera que pour Mme Larribau-Terneyre, les droits fondamentaux doivent bien être intégrés au sein de l'ordre public, mais en gardant à l'esprit qu'ils donnent lieu à un contrôle particulier : la balance des intérêts, inspirée par les juridictions européennes. Un autre groupe d'auteurs envisagent au contraire les droits fondamentaux comme un bloc autonome par rapport à l'ordre public, ce qui implique de trouver des différences entre les deux, et donc des spécificités aux droits fondamentaux. Deux caractéristiques propres à ces derniers se dégagent. En premier lieu, ils s'imposent aux parties contractantes malgré la version édulcorée de l'article 1102 retenue en 2016, et cela en raison du rang supra-législatif des textes qui les consacrent [13]. C'est donc la hiérarchie des normes qui commande le respect des droits fondamentaux en matière contractuelle, sans qu'il faille sous-estimer aussi, de manière spécifique, l'impact du contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme [14]. On soulignera qu'il devient alors presque superflu de convoquer ici le mécanisme spécifique de l'effet horizontal des textes consacrant des droits fondamentaux [15].

En second lieu, contrairement aux règles d'ordre public qui sont synonymes d'interdits sociaux et de protection de l'intérêt général, les droits fondamentaux visent à la protection de l'individu [16]. Cette différence de nature n'est pas sans conséquence quant à la manière d'apprécier les entorses faites à chacun des deux blocs. Alors que l'ordre public constitue une barrière indérogeable [17], les droits fondamentaux tolèrent certaines atteintes contractuelles, dès lors que celles-ci sont justifiées et

proportionnées [18]. Où l'on retrouve ici la précision « fantôme »[19] de l'article 1102, qui figurait dans le projet de 2015...

## **II) Les arrêts retenus pour illustrer l'application des droits fondamentaux en matière contractuelle**

L'arrêt le plus cité dans les manuels est assez logiquement « la décision inaugurale »[20] par laquelle le respect de la Convention européenne des droits de l'homme a été imposé à un contrat de bail par la Cour de cassation. Il s'agit de l'arrêt *Mel Yedei* de 1996, simple arrêt de rejet, mais qui a l'honneur de figurer dans les grands arrêts de la jurisprudence civile [21]. La Cour d'appel de Paris a eu raison de refuser à l'OPAC de Paris la résiliation d'un bail dont la clause d'habitation personnelle n'avait pas été respectée par la locataire, cette dernière ayant le droit d'héberger ses proches en vertu de l'article 8, § 1, de la Convention européenne. Cette décision emblématique est presque toujours complétée par la mention d'un arrêt similaire, rendu dix ans plus tard, toujours par la troisième Chambre civile, annulant une décision de la Cour d'appel de Fort-de-France qui n'était manifestement pas disposée à appliquer l'arrêt *Mel Yedei*. Cette décision de 2006 est reproduite in extenso par MM. Delebecque et Pansier [22]. Ces auteurs font le même honneur à la décision *Arlatex* de 2003, toujours rendue par la troisième Chambre civile, qui retient, au visa de l'article 11 de la Convention européenne, la nullité absolue de la clause d'un bail commercial obligeant le preneur à adhérer à une association de commerçants [23].

Si l'on met de côté l'arrêt *Spileers*, qui relève du droit du travail [24], deux autres décisions internes sont quelquefois citées et concernent l'article 9 de la Convention européenne. Elles présentent la particularité de limiter l'impact de cet article sur le contrat, mais cela est peut-être dû avant tout au fait que la liberté de manifester sa religion bénéficie d'égards mesurés de la part des tribunaux. Il faut citer en premier lieu l'arrêt *Amar* de 2002, classé aux grands arrêts du droit des libertés fondamentales [25] : les pratiques dictées par les convictions religieuses des locataires n'entrent pas normalement dans le champ contractuel et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique. Pour Mme Fabre-Magnan, c'est une illustration du fait que les libertés fondamentales doivent se concilier « avec l'impératif de sécurité contractuelle »[26].

La seconde décision est l'arrêt *Amsellem*, dans lequel la Cour de cassation, en 2006, approuve la Cour d'appel d'Aix-en-Provence d'avoir retenu que la liberté religieuse ne peut rendre licite la violation d'un règlement de copropriété [27]. Les auteurs qui mentionnent cette décision [28] ne relèvent pas que si cet arrêt était rendu aujourd'hui, la Cour de cassation exercerait certainement un contrôle de proportionnalité, qui s'avèrerait le cas échéant favorable aux copropriétaires de confession juive souhaitant seulement édifier une cabane en végétaux sur leurs balcons pour une durée d'une semaine. Ce soin dans le raisonnement éviterait une possible mauvaise surprise à Strasbourg.

Les manuels songent parfois en effet à mentionner des arrêts de la Cour européenne elle-même, surtout s'ils sont potentiellement dangereux pour le droit des contrats. Deux décisions se détachent ici. D'abord l'arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre* de 2004, dont M. Fages comme M. Houtcieff reproduisent la formule menaçante : la Cour ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique ou d'un contrat apparaît déraisonnable ou en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination posée à l'article 14 ou avec les principes sous-jacents à la Convention [29]. On peut peut-être pourtant, avec le recul, se montrer moins inquiet : la Cour se recentre plus actuellement sur le principe de subsidiarité et sur la marge nationale d'appréciation [30]. La menace de l'arrêt *Pla* suppose un juge interne qui, statuant en matière contractuelle, bafoue radicalement la Convention. La France paraît peu concernée.

D'autres auteurs signalent pour leur part la décision *Khurshid c/ Suède* de 2008, qui offre le mérite indéniable de fournir un exemple de condamnation d'un Etat dont les juridictions n'ont pas accordé à un locataire, d'origine irakienne, le plein usage de l'article 10 de la Convention (liberté de recevoir des informations, les cas échéant par une parabole)[31]. En dépit du bail de droit privé, dont le gouvernement suédois ne se sentait pas responsable, qui interdisait l'installation d'une antenne extérieure, il était disproportionné d'expulser le locataire (et ses enfants) qui avait ignoré l'interdiction et procédé à une installation non dangereuse et seule susceptible de lui permettre de rester en contact avec sa culture. Pour ce qui est de la France, une loi du 2 juillet 1966 interdit aux propriétaires d'immeubles de s'opposer, sans motif sérieux et légitime, à l'installation d'une antenne individuelle ; il convient de l'appliquer en réalisant une juste pesée des intérêts.

### III) L'appréciation portée sur la fondamentalisation du droit des contrats

Il est bien possible que cette question ne relève pas, précisément, d'un manuel de droit des obligations. Les auteurs renvoient donc souvent à des éléments bibliographiques d'une autre ampleur ou d'une autre nature : mélanges, colloques, thèses [32]. Les manuels s'en tiennent donc, dans leur grande majorité, à souligner, sans vraiment la juger, l'influence grandissante de la Convention européenne des droits de l'homme [33]. Deux ouvrages seulement se singularisent ici. Le premier est un traité, le second s'en rapproche fortement en volume.

MM. Ghestin, Loiseau et Serinet font le diagnostic que l'intrusion des droits fondamentaux (et du mode de raisonnement qu'ils induisent) dans la matière contractuelle a « revivifié la défense des valeurs fondamentales » en même temps qu'elle déstabilise le droit des contrats [34]. Il y a donc un bénéfice pour les victimes et la morale contractuelle, mais aussi un coût en terme de prévisibilité juridique...

MM. Terré, Simler, Lequette et Chénéde se montrent les moins enthousiastes [35]. Après avoir prouvé de manière convaincante que la prise en compte des droits fondamentaux existait déjà en droit des contrats avant que la Convention européenne ne soit sollicitée par les juges, ils estiment qu'il ne faut pas exagérer la portée des décisions rendues dans la lignée de l'arrêt *Mel Yedei*. Surtout, ils jugent le fondement européen superflu [36]. Enfin, ils ne sont pas convaincus par le fait que seul un examen au nom des droits fondamentaux permettrait un contrôle souple et circonstancié : le contrôle exercé au nom de l'ordre public ne sanctionnerait lui aussi que les atteintes injustifiées ou disproportionnées. Leur présentation habile de la jurisprudence sur les clauses de célibat ou de non-concurrence sert l'argumentation, mais l'honnêteté oblige à dire que lorsque les juridictions ont tranché pendant tout le XXe siècle les litiges engendrés par ces stipulations, elles le faisaient dans le plus grand désordre et les arrêtistes n'y décelaient nullement une démarche rigoureuse et uniforme.

Quoi qu'il en soit, MM. Terré, Simler, Lequette et Chénéde concèdent bien volontiers que du fait de la fondamentalisation « de l'esprit des juristes », « le contrôle de conformité du contrat aux droits et libertés a sans aucun doute de beaux jours devant lui ». Ce contrôle promis à des développements substantiels est d'ailleurs lui-même à l'origine d'autres mutations, plus générales, comme celle de la motivation des décisions [37]. Le développement du contrôle de proportionnalité en la matière ne permet-il pas de répondre à la « préoccupation de la Cour de cassation de rendre ses décisions plus persuasives », comme un remède au caractère obscur d'une motivation traditionnellement « syllogistique et laconique » [38] ? Ce débat est vif, et certains ne souhaitent pas que la Cour de cassation abandonne « son syllogisme bicentenaire », soulignant que le standard européen de proportionnalité menace le droit lui-même, car « il n'y a pas de droit sans généralité de la règle » [39]. Où l'on voit que l'impact des droits fondamentaux sur le contrat peut aussi de fil en aiguille intéresser les manuels d'introduction au droit...

[1] Cf. Gaël Chantepie, La liberté contractuelle : back to basics, sur Blog Dalloz Réforme du droit des obligations.

[2] Prenons au hasard l'article 1170 du Code civil : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Il faudra que le citoyen lambda ait suivi les sagas Chronopost et Faurecia.

[3] En ce sens : F. Marchadier, Le contrôle du contrat au regard des droits fondamentaux : une question qui ne se pose pas et dont la réponse est évidente ?, RDC 2016, p. 518.

[4] Cf. notamment J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, Traité de droit civil, la formation du contrat, tome 1, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd. 2013, spéc. n<sup>o</sup> 587s et 652s ; Lamy Droit du contrat, éd. 2017, p. 515s, Le respect des droits et libertés fondamentaux, par E. Garaud. On s'étonnera au contraire du quasi-silence de Ch. Larroumet et S. Bros (Traité de droit civil, t. 3, Economica 8<sup>e</sup> éd. 2016, n<sup>o</sup> 457), qui règlent la question en une ligne et une note.

[5] On relèvera d'emblée le silence de P. Ancel (Droit des obligations en 12 thèmes, éd. Dalloz 2018), S. Porchy-Simon (Droit civil, les obligations, Dalloz 9<sup>e</sup> éd. 2016), J. Julien (Droit des obligations, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd. 2017), L. Andreu et N. Thomassin (Cours de droit de obligations, Gualino, 3<sup>e</sup> éd. 2018) et M. Brusorio Aillaud (Droit des obligations, Bruylant, 9<sup>e</sup> éd. 2018).

[6] V. ainsi : R. Cabrillac (Droit des obligations, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd. 2016, n<sup>o</sup>21), M. Fabre-Magnan (Droit des obligations, t. 1, PUF, 4<sup>e</sup> éd. 2016, n<sup>o</sup> 68s), Ch. Lachièze (Droit des contrats, Ellipses, 4<sup>e</sup> éd. 2016, n<sup>o</sup> 60s).

[7] Selon les mots de B. Fages, Droit des obligations, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd. 2018, n<sup>o</sup>157.

- [8] V. ainsi M. Fabre-Magnan, qui y accorde plus de six pages.
- [9] On renverra à : Ph. Delebecque et F.-J. Pansier (Droit des obligations, contrat et quasi-contrat, LexisNexis 7<sup>e</sup> éd. 2016, n<sup>o</sup> 189s, spéc. n<sup>o</sup> 199), D. Houtcieff (Droit des contrats, Bruylant 3<sup>e</sup> éd. 2017, n<sup>o</sup> 464), B. Fages (op. cit., n<sup>o</sup> 158), ainsi qu'à F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et Fr. Chénéde (Droit civil, les obligations, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd. 2018, n<sup>o</sup> 501s).
- [10] Cf. Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre (Droit civil, les obligations, Sirey, 15<sup>e</sup> éd. 2017, n<sup>o</sup> 881 et 1311), A. Bénabent (Droit des obligations, LGDJ, 15<sup>e</sup> éd. 2016, n<sup>o</sup> 6 et 175).
- [11] Droit des obligations, LexisNexis, 14<sup>e</sup> éd. 2017, n<sup>o</sup> 282.
- [12] Droit des obligations, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd. 2018, n<sup>o</sup> 649.
- [13] M. Fabre-Magnan, op.cit., n<sup>o</sup> 71.
- [14] Impact souligné par D. Houtcieff, op. cit., n<sup>o</sup> 466.
- [15] La notion est cependant abordée chez D. Houtcieff, F. Terré et alii, B. Fages, ou encore Ch. Lachièze.
- [16] D. Houtcieff, op.cit., loc. cit. Même quand elle est retenue, cette présentation est parfois immédiatement relativisée par les auteurs, car les droits fondamentaux font en même temps partie des « valeurs essentielles de la Cité » : F. Terré et alii, op.cit., n<sup>o</sup> 483, qui rangent ainsi les droits fondamentaux dans une vaste section sur la sauvegarde de l'intérêt général.
- [17] Ainsi l'article 1388 du Code civil interdit aux époux de déroger aux règles de l'autorité parentale.
- [18] En ce sens Ch. Lachièze, ainsi que F. Terré et alii, qui nuancent cependant le propos (op.cit., n<sup>o</sup> 504, v. infra).
- [19] A.-A. Hyde, Contrats et droits fondamentaux : propos critiques sur le "membre fantôme" de l'article 1102, al. 2, nouveau du Code civil, RDLF 2016, chron. n<sup>o</sup> 20.
- [20] F. Terré et alii., op. cit, n<sup>o</sup> 503.
- [21] Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 6 mars 1996, GAJC, Dalloz éd. 2015, t. II, n<sup>o</sup> 273.
- [22] Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 2006, LPA 26 juill. 2006, n. E. Garaud ; RDC 2006, p. 1149, obs. J.-B. Seube ; RTDCiv. 2006, p. 722, obs. J.-P. Marguénaud.
- [23] Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juin 2003, RDC 2004, p. 231, obs. J. Rochfeld ; JCP éd. E 2004, 334, n<sup>o</sup> 7. L'arrêt est mentionné par B. Fages, et par F. Terré et alii.
- [24] Cass. Soc. 12 janvier 1999, D. 1999 p. 649, n. J.-P. Marguénaud et J. Mouly. L'arrêt est mentionné par Ch. Lachièze, B. Fages, M. Fabre-Magnan, A. Bénabent ou F. Terré et alii.
- [25] Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 18 décembre 2002, GADLF, éd. Dalloz 2017, n<sup>o</sup> 68, obs. P. Deumier. L'arrêt est cité notamment chez R. Cabrillac, D. Houtcieff, M. Fabre-Magnan et B. Fages.
- [26] Op. cit., n<sup>o</sup> 70.
- [27] Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juin 2006, D. 2006 p. 2887, n. Ch. Atias ; LPA 2006, n<sup>o</sup> 133, p. 9, n. D. Fenouillet ; AJDI 2006 p. 609.
- [28] Cf. notamment D. Houtcieff, M. Fabre-Magnan, ainsi que F. Terré et alii.
- [29] CEDH 13 juillet 2004, RTDCiv. 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; RDC 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld.
- [30] F. Sudre, La Convention EDH a 65 ans, Un acquis remarquable, un avenir incertain, JCP 2018, p. 1798.
- [31] CEDH 16 décembre 2008, RTDCiv. 2009, p. 281, obs. J.-P. Marguénaud ; AJDI 2009, p. 438. La décision est mentionnée par A. Bénabent, R. Cabrillac, ainsi que F. Terré et alii.
- [32] V. par exemple chez R. Cabrillac ou Ch. Lachièze.
- [33] Cf. D. Houtcieff, B. Fages ou encore M. Fabre-Magnan.
- [34] Op. cit., n<sup>o</sup> 652 et 597. Compte tenu du choix de n'étudier que les manuels, nous renvoyons ici le lecteur aux arguments des auteurs.
- [35] Op. cit., n<sup>o</sup> 504.
- [36] Ils renvoient à la thèse d'A. Debet, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Dalloz, 2002, n<sup>o</sup> 428 et 463.
- [37] C. Jamin, Motivation des arrêts, une alternative, D. 2015 p. 2001, qui fait référence notamment à la décision Amsellem.
- [38] Selon les termes du débat posés par T. Marzal, La Cour de cassation à « l'âge de la balance », analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement, RTDCiv. 2017, p. 789.
- [39] P.-Y. Gautier, Eloge du syllogisme, JCP 2015, 902.

## Thème n° 7

# L'EFFET OBLIGATOIRE DU CONTRAT

### DOCUMENTS

#### I. Interprétation

1) Civ., 15 avr. 1872, *D.P.* 1872, 1, 176 ; S. 1872, 1, 232 ; *Les grands arrêts...*, t. 2, n° 160.

#### II. Qualification

2) Civ. 3, 26 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 436.

#### III. Révision et résiliation

3) Civ. 6 mars 1876, *D.P.* 1876, 1, 193 ; S. 1876, 1, 161 (Canal de Craponne) ; *Les grands arrêts...*, t. 2, n° 163.

4) Com., 3 novembre 1992, *JCP* 1993.II.22164, note G. Virassamy ; *Defrénois* 1993, 1377, obs. J.-L. Aubert ; *RTDciv.* 1993, 124, obs. J. Mestre.

5) Com., 24 novembre 1998, *JCP* 1999, II,10210, note Y. Picod ; *Defrénois* 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1999, I, 143, note C. Jamin.

6) Com. 10 juill. 2007, *RDC* 2007, obs. L. Aynès ; *JCP* 2007, II, 10154, note D. Houtcieff ; *D.* 2007, p. 2844, note P.-Y. Gautier, p. 2839, note P. Stoffel-Munck.

7) Civ. 3, 26 mars 2013, n° 12-14870.

8) Cons. Const., 9 novembre 1999, décision, n° 99-419.

#### IV. Force obligatoire du contrat (documents non reproduits)

P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDciv.* 1999, p. 771.

J.-L. AUBERT, « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTDciv.* 1993, p. 263.

J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTDciv.* 1994, p. 777.

#### V. Bibliographie relative à l'ordonnance du 10 février 2016

9) L. Aynès, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC*, n° spécial avril 2016, p. 14.

P. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* avril 2016, n° spécial, p. 30. (doc. non reproduit)

### EXERCICE :

Commentaire de : Com. 26 mars 2013 (doc. 7)



**Document n° 1 : Civ., 15 avr. 1872**

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu qu'aux termes de cet article les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ;

Qu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, et de modifier les stipulations qu'elles renferment ;

Attendu que la clause invoquée par les demandeurs en cassation pour refuser le paiement des primes réclamées par Z..., en exécution d'un avis réglementaire affiché dans l'usine de la société veuve Y... et X..., porte en termes exprès « qu'il est bien entendu que, n'importe pour quel cas, la prime demeurera facultative » ;

Que cette clause, par laquelle ladite société stipule qu'elle ne pourra être contrainte en paiement de la prime, est formelle et opposable dans tous les cas, aux ouvriers de l'usine ;

Qu'en vain, pour n'en point faire l'application au litige soumis à sa juridiction, le conseil des prud'hommes de Flers s'appuie, d'une part, sur ce que Z... aurait effectué son travail conformément à l'avis dont il s'agit, et, d'autre part, sur ce qu'il aurait précédemment touché des primes ; qu'en effet, les demandeurs, en effectuant le paiement de ces primes, comme depuis en refusant de les accorder à Z..., ont usé de la faculté dont ils s'étaient réservé, par la clause susvisée, de faire ou de ne pas faire usage, suivant leur volonté ;

D'où il suit qu'en condamnant la société veuve Y... et X... à payer les primes réclamées par Z..., le jugement attaqué a formellement violé les dispositions de l'article 1134 du Code civil ; Par ces motifs, casse...

**Document n° 2 : Civ. 3, 26 juin 1973, Bull. civ. III, n° 436**

SUR LE SECOND MOYEN :

ATTENDU QU'IL EST ENCORE REPROCHE A L'ARRET ATTAQUE D'AVOIR ADMIS QUE LA CONVENTION D'ECHANGE DES 24 ET 28 OCTOBRE 1967 CONSTITUAIT UNE VENTE, ALORS, SELON LE MOYEN, QUE LES JUGES DU FOND NE POUVAIENT MODIFIER LA QUALIFICATION DE CETTE CONVENTION DES LORS QU'ELLE N'ETAIT ENTACHEE D'AUCUNE OBSCURITE OU CONTRADICTION ET QUE LA STIPULATION D'UNE SOULTE NE MODIFIAIT PAS SA NATURE ;

MAIS ATTENDU QUE LES JUGES DU FOND ONT LE DEVOIR DE RESTITUER AUX CONVENTIONS LITIGIEUSES LEUR VERITABLE CARACTERE JURIDIQUE, SANS ETRE LIES PAR LA QUALIFICATION DONNEE PAR LES PARTIES ET PEUVENT ESTIMER QU'IL N'Y A PAS CONTRAT D'ECHANGE LORSQUE L'IMPORTANCE DE LA SOULTE PERMET DE LA CONSIDERER COMME L'OBJET PRINCIPAL DE L'OBLIGATION DE L'UNE DES PARTIES QUE LA COUR D'APPEL A CONSTATE EN L'ESPECE LA DISPROPORTION DE VALEUR DES BIENS ECHANGES, L'IMPORTANCE ANORMALE DE LA SOULTE VERSEE A ARMAND C..., D'UNE VALEUR BIEN SUPERIEURE A CELLE DES PARCELLES RECUES PAR LUI EN ECHANGE, ET L'INTENTION DES CONTRACTANTS, QUE LAISSE TRANSPARAITRE LA REDACTION DE L'ACTE, DE FAIRE ECHEC AU DROIT DE PREEMPTION DE DANIEL Y...;

QUE, DE CES CONSTATATIONS ET APPRECIATIONS SOUVERAINES, LES JUGES DU SECOND DEGRE ONT, A BON DROIT, DEDUIT QUE L'ACTE AUTHENTIQUE DES 24 ET 28 OCTOBRE 1967, QUALIFIE D'ECHANGE AVEC SOULTE, DEVAIT S'ANALYSER EN UNE VENTE ;

QU'AINSI LE SECOND MOYEN EST LUI AUSSI SANS FONDEMENT ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 9 FEVRIER 1972 PAR LA COUR D'APPEL D'AMIENS

**Document ° 3 : Civ. 6 mars 1876 (Canal de Craponne)**

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que la disposition de cet article n'étant que la reproduction des anciens principes constamment suivis en matière d'obligations conventionnelles, la circonstance que les contrats dont l'exécution donne lieu au litige sont antérieurs à la promulgation du Code civil ne saurait être, dans l'espèce, un obstacle à l'application dudit article ;

Attendu que la règle qu'il consacre est générale, absolue, et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives de même qu'à ceux de toute autre nature ;

Que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ;

Qu'en décidant le contraire et en élevant à 30 centimes de 1834 à 1874, puis à 60 centimes à partir de 1874, la redevance d'arrosage, fixée à 3 sols par les conventions de 1560 et 1567, sous prétexte que cette redevance n'était plus en rapport avec les frais d'entretien du canal de Craponne, l'arrêt attaqué a formellement violé l'article 1134 ci-dessus visé ;

Par ces motifs, casse...

**Document n° 4 : Com., 3 novembre 1992 (Sté française des pétroles BP c. Huard).**

LA COUR ; — (...) *Sur le moyen unique, pris en ses trois branches* : — Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris 31 mai 1990), que, le 2 octobre 1970, la Société française des pétroles BP (Société BP) a conclu avec M. Huard un contrat de distributeur agréé, pour une durée de quinze années, prenant effet le 25 mars 1971 ; que, par avenant du 14 octobre 1981, le contrat a été prorogé jusqu'au 31 décembre 1988 ; qu'en 1983, les prix de vente des produits pétroliers au détail ont été libérés ; que M. Huard, se plaignant de ce que, en dépit de l'engagement de la société BP de l'intégrer dans son réseau, cette dernière ne lui a pas donné les moyens de pratiquer des prix concurrentiels, l'a assignée en paiement de dommages-intérêts ; — Attendu que la société BP reproche à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande à concurrence de 150.000 francs, alors, selon le pourvoi, d'une part, que, dans son préambule, l'accord de distributeur agréé du 2 octobre 1970 prévoyait que la société BP devrait faire bénéficier M. Huard de diverses aides « dans les limites d'une rentabilité acceptable » ; qu'en jugeant dès lors que la société BP était contractuellement tenue d'intégrer M. Huard dans son réseau en lui assurant une rentabilité acceptable, la cour d'appel a dénaturé cette clause stipulée au profit de la société pétrolière et non à celui de son distributeur agréé, en violation de l'[article 1134 du Code civil](#) ; alors, d'autre part, que nul ne peut se voir imputer une faute contractuelle de nature à engager sa responsabilité sans que soit établie l'existence d'une inexécution de ses obligations contenues dans le contrat ; qu'en ne retenant à rencontre de la société BP que le seul grief de n'avoir pas recherché un accord de coopération commerciale avec son distributeur agréé, M. Huard, la cour d'appel n'a relevé à son encontre aucune violation de ses obligations contractuelles et ne pouvait dès lors juger qu'elle avait commis une faute contractuelle dont elle devait réparer les conséquences dommageables, en violation de l'[article 1147 du Code civil](#) ; et alors, enfin, que nul ne peut être tenu pour responsable du préjudice subi par son cocontractant lorsque ce préjudice trouve sa source dans une cause étrangère qui ne peut lui être imputée ; qu'en jugeant dès lors que la société BP devait être tenue pour contractuellement responsable du préjudice invoqué par M. Huard, préjudice tenant aux difficultés consécutives à l'impossibilité pour ce dernier de faire face à la concurrence, après avoir pourtant constaté qu'elle était néanmoins tenue, en raison de la politique des prix en matière de carburants, de lui vendre ceux-ci au prix qu'elle pratiquait effectivement, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations de fait, en violation des [articles 1147 et 1148 du Code civil](#) ; — Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt ne dit pas que la société BP était tenue d'intégrer M. Huard dans son réseau « en lui assurant une rentabilité acceptable » ; — Attendu, en second lieu, qu'ayant relevé que le contrat contenait une clause d'approvisionnement exclusif, que M. Huard avait effectué des travaux d'aménagement dans la station-service, et que « le prix de vente appliqué par la société BP à ses distributeurs agréés était, pour le supercarburant et l'essence, supérieur

à celui auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires », l'arrêt retient que la société BP, qui s'était engagée à maintenir dans son réseau M. Huard, lequel n'était pas obligé de renoncer à son statut de distributeur agréé résultant du contrat en cours d'exécution pour devenir mandataire comme elle le lui proposait, n'est pas fondé à soutenir qu'elle ne pouvait, dans le cadre du contrat de distributeur agréé, approvisionner M. Huard à un prix inférieur au tarif « pompiste de marque », sans enfreindre la réglementation, puisqu'il lui appartenait d'établir un accord de coopération commerciale entrant « dans le cadre des exceptions d'alignement ou de pénétration protectrice d'un détaillant qui ont toujours été admises » ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il résultait l'absence de tout cas de force majeure, la cour d'appel a pu décider qu'en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ; — D'où il suit que le moyen, qui manque en fait dans sa première branche, est mal fondé pour le surplus.

*Par ces motifs* : — Rejette le pourvoi (...).

**Document n° 5 : Com., 24 novembre 1998, JCP 1999.II.10210, note Y. Picod.**

LA COUR - (...) Attendu, selon l'arrêt déféré, que, par un contrat d'agent commercial du 14 avril 1987, la société BSN, devenue société Groupe Danone, la société Brasseries Kronenbourg et la société Eaux minérales d'Évian (les sociétés) ont confié à M. Chevassus-Marche la représentation exclusive de leurs produits auprès des importateurs, grossistes et détaillants de l'Océan Indien ; (...)

Sur le troisième moyen :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que, pour rejeter la demande en résiliation de contrat présentée par M. Chevassus-Marche et, par voie de conséquence, sa demande en paiement de dommages-intérêts, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que si la lettre de janvier 1994 est maladroite, elle n'établit pas à elle seule la volonté du mandant "d'écarter" M. Chevassus-Marche ;

Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher, comme elle y était invitée, si, en raison de cette lettre circulaire du 25 janvier 1994, par laquelle la société Groupe Danone informait sa clientèle de la création d'une branche "Export" prenant en charge toutes les activités du groupe dans le domaine agro-alimentaire de la zone de l'Océan Indien, laquelle était confiée à un "directeur Océan Indien", M. Chevassus-Marche était, non pas "écarté" mais "conurrencé" sur son territoire par un salarié du mandant, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; (...)

Et sur le quatrième moyen, pris en sa seconde branche :

Vu l'article 4 de la loi du 25 juin 1991 ;

Attendu, selon ce texte, que les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et que le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat ;

Attendu que, pour rejeter la demande en résiliation de contrat présentée par M. Chevassus-Marche et, par voie de conséquence, sa demande en paiement de dommages-intérêts, l'arrêt retient que les sociétés n'avaient pas à intervenir sur les commandes qui pouvaient être passées directement par l'intermédiaire d'une centrale d'achats à partir de la métropole, qu'elles devaient respecter le principe essentiel de la libre concurrence et qu'il n'est pas établi qu'elles aient mis des "obstacles" à la représentation de leur mandataire ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, informées des difficultés de M. Chevassus-Marche en raison des ventes parallèles de produits venant des centrales d'achats qui s'approvisionnaient en métropole, les sociétés ont pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ces ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

Casse et annule (...) l'arrêt rendu le 5 juillet 1996, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Versailles ; (...).

#### **Note Yves Picod :**

L'audacieux arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 24 novembre 1998 illustre parfaitement l'harmonieuse complémentarité du droit de la concurrence et du droit commun des contrats (cf. B. Fages et J. Mestre, *L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat*, in *Droit du marché et droit commun des obligations : RTD com. 1998*, p. 71 et s.), même si cette fois c'est le droit commun qui vient à la rescousse du droit de la concurrence. Aussi, n'a-t-il pas manqué de frapper l'attention de la doctrine (V. en particulier D. Mazeaud in *Deffrénois 1999*, art. 36953, p. 371 et s. ; J. Mestre in *RTD civ. 1999*, p. 98 et s. ; M. Malaurie-Vignal in *Contrats, Conc., Consom. 1999*, p. 14 et s. ; C. Jamin in *JCP G 1999*, I, 143, n° 6), qui a immédiatement perçu ici une résonance de l'arrêt *Huard* rendu six ans auparavant par la même chambre et qui commençait sérieusement à désespérer de pouvoir sortir de sa sollicitude. On se souvient qu'il avait été reproché à une société pétrolière de ne pas avoir donné les moyens à son distributeur d'aligner ses prix sur la concurrence. Or, en l'espèce, la Cour de cassation censure les juges du fond pour n'avoir pas recherché si les sociétés ayant confié à leur agent commercial la représentation exclusive de leurs produits auprès des importateurs, grossistes et détaillants de l'Océan indien, avaient permis à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, par rapport à des centrales d'achat qui se fournissaient auprès d'elles.

Il nous semble, pour notre part, que cet arrêt peut faire en réalité l'objet de deux approches différentes, mais complémentaires, selon que l'on s'en tient aux relations spécifiques qui unissent l'agent commercial à son mandant ou que l'on replace la solution dans son contexte général des règles d'exécution du contrat, étant entendu que l'approche possible du droit de la concurrence semblait avoir été écartée d'emblée par les parties elles-mêmes.

En effet, tout en illustrant parfaitement l'exigence de loyauté dans le contrat d'agence commerciale (1), l'arrêt *Chevassus-Marche* conduit à une adaptation du contrat au contexte concurrentiel (2).

#### **1 - De l'exigence de loyauté dans le contrat d'agence commerciale...**

Le contrat d'agence commerciale est le mandat d'intérêt commun par excellence (A. Brunet, *Clientèle commune et contrat d'intérêt commun*, *Mélanges A. Weil 1983*, p. 86 et s., spéc. n° 10). C'est d'ailleurs précisément la théorie jurisprudentielle du mandat d'intérêt commun qui a inspiré les textes en vigueur sur les agents commerciaux (J.-M. Leloup, *La loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et le mandant ou le triomphe de l'intérêt commun : JCP E 1992*, I, 105, n° 8).

Il est symptomatique de remarquer que les articles 3 et 4 de la directive communautaire du 18 décembre 1986 placent expressément les relations des agents commerciaux et de leurs mandants, sous le signe de la loyauté et de la bonne foi réciproque, concepts expressément traduits par des obligations de coopération et d'information. Or, ces dispositions ont été incorporées dans notre droit interne par l'article 4 de la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants (*JCP G 1991*, III, 64839) : aux termes de l'article 4, "*les contrats conclus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties*", tenues par "*une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information*". Comme si cela ne suffisait pas, le texte précise que l'agent commercial est tenu d'exécuter son mandat en bon professionnel et que le mandant doit mettre l'agent en mesure d'exécuter son mandat.

En mettant l'accent sur l'obligation de loyauté du mandant, l'arrêt rapporté fait contrepoids à la vigueur de l'exigence de bonne foi pesant sur le mandataire et s'inscrit alors dans une réelle perspective d'équilibre des relations mandataire-mandant.

L'exigence de loyauté pesant sur le mandataire a été récemment illustrée par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation ayant considéré que de simples doutes émis publiquement par l'agent commercial sur l'honnêteté et la compétence du mandant caractérisaient un manquement à l'obligation de loyauté et justifiaient la cessation des relations contractuelles (*Cass. com.*, 17 mars 1998, n° 95-16-507, inédit).

De la même façon, on rappellera que l'article 3 de la loi du 25 juin 1991 instaure une véritable obligation de non-concurrence à la charge de l'agent (ce dernier ne peut accepter la représentation d'une entreprise concurrente, sans l'accord de son mandant), obligation que la jurisprudence étend à tout mandat d'intérêt

commun lorsque les conditions d'application de la loi du 25 juin 1991 ne sont pas réunies (*Cass. com., 16 mars 1993 : D. 1994, somm. p. 224 avec nos obs.*) et que les parties peuvent convenir de prolonger dans le temps aux conditions fixées par l'article 14 du même texte. Or, la réciprocité de l'exigence de collaboration et de loyauté, soulignée tant par la directive que par la loi, conduit logiquement à affirmer le caractère bilatéral de l'obligation de non-concurrence (*cf. à ce sujet notre étude L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle : JCP E 1994, I, 349*). En l'espèce, la solution était d'autant plus évidente que l'agent disposait d'un mandat exclusif, ce qui devait logiquement l'assurer de ne pas subir dans le secteur qui lui était réservé la concurrence d'agents représentant les mêmes mandants (*V. par ex. CA Paris, 17 janv. 1995 : D. 1995, somm. p. 260, obs. Y. Serra*). C'est pourquoi la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de Paris de ne pas avoir recherché si en informant sa clientèle de la création d'une branche "export" prenant en charge toutes les activités du groupe dans le domaine agro-alimentaire de la zone de l'Océan indien et en confiant cette activité à un salarié, elle n'avait pas concurrencé son mandataire sur le territoire en question. Toutefois, l'intérêt réel de l'arrêt réside dans la constatation que le devoir de loyauté du mandant ne s'arrête pas à une obligation de ne pas faire : le mandant s'oblige aussi à tout faire pour que l'agent commercial soit en mesure de bénéficier utilement du contrat en lui permettant de réaliser le but commun qui est de développer la clientèle.

L'idée n'est pas nouvelle : il a toujours été admis que le mandant devait fournir à son mandataire tous les moyens nécessaires à l'exécution du contrat : informations utiles sur les délais de livraison ou sur les prix, obligation d'approvisionnement régulier et de garantir un stock suffisant... (*cf. J. Hémar, Les agent commerciaux : RTD com. 1959, p. 573 et s., spéc. n° 58*). En rappelant que le mandant avait l'obligation de "*mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat*", la loi du 25 juin 1991 (*art. 4*) a voulu consacrer, à l'avantage de l'agent, un droit à la non-passivité. Certains mandants pourraient en effet être tentés d'asphyxier leur mandataire jusqu'à ce que rupture s'ensuive, en s'abstenant de leur délivrer certaines instructions ou informations pertinentes. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris avait considéré, au nom de la liberté de la concurrence, que les mandants n'avaient pas à intervenir sur les commandes pouvant être passées directement par l'intermédiaire d'une centrale d'achats à partir de la métropole. L'affirmation paraît critiquable : le mandant doit exercer un contrôle efficace de son réseau, se "porter-fort" en quelque sorte du respect par ses membres de l'exclusivité concédée (*pour application d'une telle règle en matière de contrat de concession commerciale exclusive, V. Ph. Le Tourneau, La concession commerciale exclusive, Economica, p. 38*). Mais portée par son élan, la Cour de cassation franchit une étape supplémentaire : le mandant est susceptible d'engager sa responsabilité pour n'avoir pas pris de mesures concrètes permettant à son mandataire de pratiquer des prix à un niveau compétitif par rapport aux produits vendus dans le cadre des ventes parallèles. Autrement dit, le mandant doit remédier à son propre défaut de vigilance en permettant à son partenaire de pratiquer des prix compétitifs.

## **2 - ... à l'obligation d'adaptation du contrat au contexte concurrentiel**

Après avoir ravivé l'article 1134, alinéa 3, du Code civil pour en faire un instrument de contrôle par le juge de la détermination du prix, la jurisprudence sanctionne ici, non pas l'abus dans la fixation du prix, mais l'absence de volonté de la part du créancier d'adapter le prix aux circonstances de la concurrence. La solution ne manque pas d'audace. Même si, comme nous l'avons auparavant souligné, le comportement des mandants n'était pas exempt de tout reproche, l'arrêt *Chevassus-Marche* s'inscrit dans un contexte jurisprudentiel novateur.

On sait que marquée par le "syndrome de Craponne" (*C. Jarosson, Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 141 et s., spéc. p. 147*), notre jurisprudence refuse traditionnellement de consacrer la théorie de l'imprévision. Pourtant, un certain frémissement prétorien laisse entrevoir depuis quelques années une évolution de l'exigence de bonne foi : d'une obligation de coopération largement consacrée, on glisse parfois vers une obligation d'adaptation encore parcimonieusement affirmée (*V. nos développements in L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in Le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993, p. 57 et s., spéc. nos 14 à 19 ; J.-Cl. Civil Code, Art. 1134 et 1135, n° 93 ; Ph. le Tourneau, Rép. civ. Dalloz, V° Bonne foi, nos 53 et s.*).

La première décision de la Cour de cassation à avoir clairement formulé une exigence d'adaptation du contrat à exécution successive est sans doute l'arrêt *Expovit* (*Cass. soc., 22 févr. 1992 : Bull. civ. V,*

n° 122 ; D. 1992, p. 390, note M. Défossez). En s'appuyant sur l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, la décision consacre l'obligation de l'employeur d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi. Avec perspicacité, M. Mestre (*RTD civ.* 1992, p. 760) y voit une mutation de l'exigence de bonne foi, ce que semble bien confirmer quelques mois plus tard la Chambre commerciale de la Cour de cassation avec un arrêt dont les rédacteurs n'avaient sans doute jamais imaginé le retentissement doctrinal : il s'agit du fameux arrêt *Huard* rendu le 3 novembre 1992 (*Bull. civ. IV, n° 338 ; JCP G 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; RTD civ.* 1993, p. 124, n° 7, obs. J. Mestre) dont la parenté avec l'arrêt *Chevassus- Marche* est étroite, puisqu'il s'agissait d'un contrat de distribution, en l'occurrence entre une compagnie pétrolière et un distributeur lié à cette dernière par une clause d'approvisionnement exclusif. Les circonstances nouvelles constituées par la libération des prix en matière de carburants exposant gravement le distributeur à la concurrence, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel de Paris d'avoir considéré que l'exigence de bonne foi contraignait la compagnie pétrolière à négocier un accord de coopération commerciale permettant au distributeur de s'aligner sur ses concurrents.

Même si l'on ne pouvait qualifier, au sens d'une jurisprudence restrictive, le contrat liant *Huard* à la compagnie pétrolière BP de "contrat d'intérêt commun", les deux parties partageaient bien un intérêt au développement de la clientèle (*sur ces notions, cf. A. Brunet, op. et loc. cit.*) : l'objectif de l'un était en effet d'attirer les clients vers son entreprise et de les y fixer durablement, le but de l'autre consistant à assurer la meilleure commercialisation possible de son produit.

Cet intérêt commun au développement de la clientèle semble bien être la terre d'élection de l'obligation d'adaptation ou de renégociation. L'imbrication des intérêts est telle que l'exigence réciproque de bonne foi qui innerve les relations contractuelles conduit ici à un assouplissement du principe de la force obligatoire. Ce n'est d'ailleurs probablement pas un hasard si l'on trouve une autre illustration de l'obligation d'adaptation en matière de contrat de franchise. Dans l'arrêt *But* du 30 janvier 1996 (*Cass. com., 30 janv. 1996 ; JCP E 1996, II, 825, note C. Jamin*), arrêt qui n'a pas eu les honneurs du Bulletin, la jurisprudence considère que le franchiseur engage sa responsabilité contractuelle pour ne pas avoir adapté sa politique commerciale au contexte concurrentiel du secteur où était installé le franchisé. Les circonstances étaient toutefois particulières puisque le franchiseur, sans manquer à son obligation précontractuelle d'information, s'était trompé à hauteur de 30 % dans son étude de marché : l'échec commercial du franchisé résultait donc à la fois de l'erreur d'appréciation du franchiseur et du maintien par ce dernier d'une politique inadaptée, ce qui réduit l'intérêt de l'arrêt.

Bien entendu, un couple d'hirondelles ne peut à lui seul suffire à annoncer le printemps de la théorie de l'imprévision et il faudra un certain recul pour apprécier l'apport des arrêts *Huard* et *Chevassus-Marche* à la théorie générale des contrats. Mais le pas est franchi : c'est la première fois qu'en l'absence de clause de révision, la Cour de cassation impose clairement en se fondant sur l'exigence de bonne foi (exigence générale dans le premier cas, spécifique dans le second) une obligation de renégocier un accord dont l'exécution devient ruineuse pour l'un des contractants. Comme l'écrit fort justement notre collègue Denis Mazeaud (*op. et loc. cit.*), "le principe de la force obligatoire du contrat perd sa légitimité lorsqu'une application mécanique conduit un des contractants au désastre économique ou à la détresse sociale". Aussi l'obligation de renégocier que nous avons appelée de nos vœux (*Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, nos 176 et s.*) figure-t-elle aujourd'hui en bonne place parmi les principes du droit européen du contrat élaborés par la Commission Lando (*L'exécution, l'inexécution et ses suites, La documentation française, 1997, plus spéc. art. 2- 117*) : "les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'entre elles en raison d'un changement de circonstances". Elle n'est pas non plus ignorée des principes Unidroit (*art. 6-21 à 6-23*).

Mais à l'instar des nombreux systèmes juridiques étrangers qui accueillent la théorie de l'imprévision (*R. David, L'imprévision dans le droit européen, in Mélanges Jauffret, 1974, p. 211 et s. ; D. Tallon, La révision pour imprévision à l'égard des enseignements récents du droit comparé, in Mélanges Sayag, 1997, p. 403*) et de notre droit administratif, ces textes confèrent à l'intercession judiciaire un caractère exceptionnel. En effet, dans une perspective de révision judiciaire, la bonne foi doit servir non seulement de fondement mais aussi de limite à la revendication des parties. L'évènement générateur doit donc être anormal, c'est-à-dire avoir échappé aux prévisions raisonnables des parties, et la situation doit être devenue ruineuse ou insupportable pour l'une d'entre elles. Le risque de voir un contractant de mauvaise foi provoquer à son profit une révision du contrat n'est, en effet, pas négligeable.

En l'espèce, l'évènement générateur n'était pas raisonnablement imprévisible, mais le comportement des mandants l'avait rendu imprévisible. De ce fait, on se dit que pour rechercher leur responsabilité, il n'était alors peut-être pas nécessaire d'aller si loin...

On approuvera, enfin, la démarche des juges qui se contentent, comme dans l'arrêt *Huard*, de sanctionner le refus de renégocier, sans immixtion aventureuse visant à remodeler le contrat.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Chevassus-Marche* rehausse l'exigence de bonne foi dans les contrats, donnant définitivement raison à ceux qui, de plus en plus nombreux, considèrent que c'est le contrat qui doit reposer sur "le juste et l'utile" et non l'inverse...

#### **Document n° 6 : Com. 10 juill. 2007, RDC 2007, obs. L. Aynès**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article 1134, alinéas 1 et 3, du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par acte du 18 décembre 2000, MM. X..., Y... et Z..., actionnaires de la société Les Maréchaux, qui exploite notamment une discothèque, ont cédé leur participation à M. A..., déjà titulaire d'un certain nombre de titres et qui exerçait les fonctions de président du conseil d'administration de cette société ; qu'il était stipulé qu'un complément de prix serait dû sous certaines conditions qui se sont réalisées ; qu'il était encore stipulé que chacun des cédants garantissait le cessionnaire, au prorata de la participation cédée, notamment contre toute augmentation du passif résultant d'événements à caractère fiscal dont le fait générateur serait antérieur à la cession ; que la société ayant fait l'objet d'un redressement fiscal au titre de l'exercice 2000 et MM. X..., Y... et Z... ayant demandé que M. A... soit condamné à leur payer le complément de prix, ce dernier a reconventionnellement demandé que les cédants soient condamnés à lui payer une certaine somme au titre de la garantie de passif ;

Attendu que pour rejeter la demande de M. A..., l'arrêt retient que celui-ci ne peut, sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier à l'égard des cédants dès lors que, dirigeant et principal actionnaire de la société Les Maréchaux, il aurait dû se montrer particulièrement attentif à la mise en place d'un contrôle des comptes présentant toutes les garanties de fiabilité, qu'il ne pouvait ignorer que des irrégularités comptables sont pratiquées de façon courante dans les établissements exploitant une discothèque et qu'il a ainsi délibérément exposé la société aux risques, qui se sont réalisés, de mise en œuvre des pratiques irrégulières à l'origine du redressement fiscal invoqué au titre de la garantie de passif ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la cour d'appel a violé, par fausse application, le second des textes susvisés et, par refus d'application, le premier de ces textes ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 mars 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ; Condamne MM. X..., Y... et Z... aux dépens ;

#### **Obs. L. Aynès**

C'est d'abord au juge que s'adresse ce riche arrêt. Il entend fixer les limites de ce qui lui est « permis » ou « autorisé », lorsqu'il doit prêter la main à cette loi que constitue le contrat. Il lui est permis de « sanctionner » ; mais non de « porter atteinte ». Les mots sont soigneusement choisis. « Sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », c'est-à-dire un comportement abusif, si l'on veut bien voir dans l'abus par déloyauté, en suivant Philippe Stoffel-Munck, une faute de comportement, la violation d'un devoir de portée générale, distinct de l'obligation de fournir la prestation promise (Ph.

Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, LGDJ, 2002, préf. R. Bout, n<sup>os</sup> 178 et s.). Mais ne pas porter atteinte « à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties », c'est-à-dire au droit à la prestation contractuelle promise, dans son intégralité. Ces délimitations sont bienvenues à un moment où le devoir d'exécuter le contrat de bonne foi, en constante expansion, risquait d'emporter la force obligatoire du contrat en abandonnant au juge un pouvoir indéterminé, modérateur et même créateur, certains auteurs ayant soutenu que ce devoir emporterait même l'obligation d'exécuter le contrat... malgré sa disparition (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 sept. 2005, D. 2006, note crit. D. Mazeaud, JCP G 2005, II, 10173, note crit. G. Loiseau).

La Chambre commerciale ne veut pas amoindrir le devoir d'exécuter le contrat de bonne foi. Elle entend seulement affirmer que ce devoir ne peut pas déboucher sur une modification judiciaire de ce qui a été convenu entre les parties. Et ceci au moyen d'une double opposition : la bonne foi s'applique au comportement contractuel, et non à l'échange des prestations ; elle conduit à une sanction (responsabilité, voire neutralisation de l'acte déloyal), et non à une modification du droit à la prestation promise.

Au-delà des pouvoirs du juge, c'est la présence au coeur du phénomène contractuel de deux types d'éléments que consacre, en quelques sobres mots, cet arrêt ciselé : les prérogatives contractuelles, d'un côté, et la substance des droits et obligations, de l'autre.

Les premières sont attachées à la qualité de partie au contrat en général, et à tel contrat en particulier. Ce sont des pouvoirs d'essence unilatérale, qui permettent à l'une des parties de modifier la situation de l'autre par l'exercice unilatéral de sa volonté, où l'on reconnaît la définition du droit potestatif : droit de demander la nullité ou la résolution, d'invoquer l'exception d'inexécution, de céder le contrat, d'agréer le cessionnaire, d'invoquer une clause résolutoire de plein droit, de résilier unilatéralement le contrat en cas de « comportement grave » du cocontractant ; dans certains contrats, droit de fixer le prix, etc. La présence de ces prérogatives au sein du contrat a été découverte et exposée par de nombreux auteurs à l'époque contemporaine ; on songe en particulier à R. Encinas de Munagorri (L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, 1995), P. Lokiec (Contrat et pouvoir, 2004) ou J. Rochfeld (« Les droits potestatifs accordés par le contrat », 2001). C'est la présence de ces prérogatives qui manifeste le plus vivement que le contrat n'est pas qu'une source de créances et de dettes ; et que la notion de « contrat », au-delà de la vue élémentaire du droit romain, est une véritable nouveauté. Naturellement, ce phénomène est surtout perceptible dans les contrats de durée, où la « position contractuelle » s'épaissit dans le temps. L'usage de ces prérogatives est donc soumis aux exigences de la bonne foi, qui dictent la manière dont le contrat doit être exécuté, aux termes de l'article 1134, alinéa 3. Leur usage déloyal peut être sanctionné par le juge, parce que ces prérogatives sont asservies à une fin, qui n'est pas nécessairement altruiste, mais peut correspondre à l'intérêt bien compris de leur titulaire - ce que refusent d'admettre les solidaristes. L'usage déloyal s'identifie au détournement de la prérogative, en un usage qui, au fond ou en la forme, surprend la confiance légitime d'autrui : les contentieux de l'abus dans la fixation du prix, du refus d'agrément ou de l'abus dans l'invocation d'une clause résolutoire manifestent ce contrôle judiciaire. En bref, ces prérogatives relèvent de la « déontologie du contrat » (L. Aynès, « Vers une déontologie du contrat ? », conférence à la Cour de cassation le 11 mai 2006, v. site de la Cour de cassation, 2006). P. Ancel les rattacherait à la force obligatoire du contrat, par opposition au contenu obligationnel (v. son célèbre article in RTD civ. 1999, p. 771) ; mais il n'est sans doute pas nécessaire d'adopter une perspective normativiste pour en rendre compte.

L'autre élément, que l'on peut appeler le « coeur du contrat », ou le « bargain », ou l'« objet principal » et son « prix », dans la terminologie de l'article L. 132-1 du Code de la consommation qui les soustrait précisément au mécanisme de la clause abusive, ou encore les prestations promises, c'est « la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties », d'après la Chambre commerciale, qui adapte l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1134 en une heureuse formule. Ce coeur est intouchable ; il échappe au contrôle par la bonne foi ; il suffit qu'il ait été « légalement convenu ». On n'est pas créancier de bonne ou de mauvaise foi : cela n'a pas de sens. Comment pourrait-on prétendre que le créancier est de mauvaise foi lorsqu'il se borne à exciper de son droit de créance (v. déjà à ce sujet, Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, 3<sup>e</sup> éd. 2005, n<sup>o</sup> 764) ? Parce que son droit est excessif compte tenu de la situation du débiteur ? Parce que son droit de créance est détourné de sa finalité ? Mais quelle est la finalité d'une créance ? La créance a un prix, qui a été convenu. Le juge peut examiner les conditions de naissance de la créance, sous l'angle de la validité du contrat ; mais une fois la créance née, il ne saurait lui « porter atteinte ».



En l'espèce, les juges du fond avaient estimé que le cessionnaire de droits sociaux invoquait de mauvaise foi une créance contractuelle de garantie contre un passif fiscal antérieur à la cession, parce qu'il n'était pas étranger à l'apparition de ce passif. Ils l'avaient privé de sa créance au motif qu'il ne pouvait, « sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier à l'égard des cédants ». Le recours à l'article 1134, alinéa 3, était déplacé. Si le cessionnaire avait bien acquis une créance de garantie dans les circonstances de cette affaire - ce qui peut relever, le cas échéant, de l'interprétation de la convention, laquelle, on le sait, n'est pas exempte de considérations d'équité -, il ne pouvait en être privé : le créancier invoque sa créance parce qu'il est créancier ; nulle place pour un abus dans cette attitude. On peut bien sûr se demander s'il est créancier (validité), et dans quelle mesure (interprétation). Mais le contrôle ne peut porter sur l'exercice même du droit de créance.

L'heureuse consécration de cette opposition entre la prérogative contractuelle et la substance des droits et obligations, seule la première étant ouverte au contrôle judiciaire de la loyauté de son exercice, laisse évidemment subsister des questions de frontière : par exemple, le recours à l'exécution forcée ou la mise en œuvre d'une sûreté relèvent-ils de l'usage d'une prérogative (contrôlable) ou de la mise en œuvre du droit à la prestation promise (non contrôlable) ? La réponse ne dépend pas seulement de considérations techniques ; elle relève aussi d'une politique de l'intervention judiciaire.

Mais le cadre en est fixé par cet arrêt, et c'est heureux.

Laurent AYNÈS

#### **Document 7 : Cass. civ. 3, 26 mars 2013.**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 15 décembre 2011), rendu sur renvoi après cassation (3e Civ. 29 juin 2010, n° 09-10.394), que par acte du 17 septembre 1997, la société Trans-Lys a donné à bail à la société Etablissements Brévière des locaux à usage commercial d'une superficie d'environ 1060 m<sup>2</sup> au rez-de-chaussée d'un immeuble à compter du 1er janvier 1997, moyennant un certain loyer annuel, puis à compter du 1er juillet 1997, une surface complémentaire de 625 m<sup>2</sup> à l'étage moyennant un loyer complémentaire ; que le bail stipulait que les charges seraient réparties à raison de 11/20e pour la société Etablissements Brévière et 9/20e pour un autre locataire occupant un second bâtiment de l'ensemble immobilier appartenant à la même bailleuse ; qu'invoquant la présence d'un troisième locataire occupant l'étage, la société Etablissements Brévière a assigné la société Trans-Lys en restitution de loyers et charges indûment payés ;

Attendu que pour dire que la demande en répétition de l'indu est juridiquement fondée et ordonner une expertise pour en chiffrer le quantum, l'arrêt retient que si les clauses mettant à charge du preneur à bail commercial la répercussion de différentes charges sont licites, il est anormal que la locataire ait payé des charges qu'elle n'aurait pas du payer 15 puisque la répartition des surfaces était à diviser en trois et non pas en deux, que s'il est avéré que le troisième occupant était là depuis l'origine, c'est depuis l'origine que la société Etablissements Brévière aurait dû payer 8,8/20e et qu'elle est légitimement fondée à réclamer les loyers et charges qu'elle aurait indûment payés à compter du 1er janvier 1997 pour les montants excédant la part de 8,8/20e ;

Qu'en statuant ainsi, alors que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la cour d'appel qui a constaté que les termes du bail étaient clairs quant aux sommes dues en ce qui concerne le calcul des charges et faisaient la loi entre les parties, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé le texte susvisé.

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a dit que la demande en répétition de l'indu était juridiquement fondée et ordonné une expertise, l'arrêt rendu le 15 décembre

2011, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Douai, autrement composée.

**Document n° 8 : Cons. Const., 9 novembre 1999.**

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Vu la Constitution ; Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 modifiée portant loi organique relative aux lois de finances ; Vu la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 modifiée tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 ; Vu le code civil ; Vu le code général des impôts ; Vu le code de la sécurité sociale ; Vu le code de la santé publique ; Vu les observations du Gouvernement enregistrées le 25 octobre 1999 ; Vu le mémoire présenté par M. GOASGUEN, député, enregistré le 4 novembre 1999 ; Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les députés et les sénateurs auteurs respectivement de la première et de la seconde saisines, défèrent au Conseil constitutionnel la loi relative au pacte civil de solidarité ; qu'ils contestent la régularité de la procédure d'adoption de la loi et mettent en cause la conformité à la Constitution, en tout ou en partie, de ses articles 1er à 7 et 13 à 15 ;

[...]

- SUR LE GRIEF TIRÉ D'UNE ATTEINTE AUX « PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT DES CONTRATS » :

60. Considérant que les députés et les sénateurs requérants font grief à l'article 515-7 nouveau du code civil de porter atteinte au « principe d'immutabilité des contrats » en permettant une rupture unilatérale du pacte civil de solidarité sans qu'aucune cause ne soit invoquée ;

61. Considérant que, si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ; qu'à cet égard, il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis ;

62. Considérant que ne sont pas contraires aux principes constitutionnels ci-dessus rappelés les dispositions de l'article 515-7 nouveau du code civil qui permettent la rupture unilatérale du pacte civil de solidarité, la prise d'effet de celle-ci intervenant, en dehors de l'hypothèse du mariage, trois mois après l'accomplissement des formalités exigées par le législateur, et qui, dans tous les cas de rupture unilatérale, y compris le mariage, réservent le droit du partenaire à réparation ; que toute clause du pacte interdisant l'exercice de ce droit devra être réputée non écrite ; que la cessation du pacte à la date du mariage de l'un des partenaires met en oeuvre le principe de valeur constitutionnelle de la liberté du mariage ;

63. Considérant que, sous cette réserve, le grief tiré d'une atteinte aux principes fondamentaux du droit des contrats doit être écarté ; [...]

D E C I D E : Article premier.- Est déclaré irrecevable le mémoire de Monsieur Claude GOASGUEN, député. Article 2.- Sont déclarés conformes à la Constitution, sous les réserves et compte tenu des précisions ci-dessus énoncées, les articles 1er à 7 et 13 à 15 de la loi relative au pacte civil de solidarité. [...].

**Document n° 9 : Laurent Aynès, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? »**

À première vue, l'ordonnance, soucieuse de renforcer l'efficacité du droit des contrats, n'accroît pas les occasions d'intervention du juge, la révision pour imprévision mise à part. Ce n'est peut-être qu'une apparence, car le texte nouveau multiplie les standards et les qualificatifs, qui donnent au juge un véritable pouvoir normatif.

La décision judiciaire et le contrat sont deux modes de gestion des rapports sociaux opposés. Le contrat doit sa force à l'engagement personnel des parties intéressées. La décision judiciaire la doit à l'autorité du juge, un tiers indépendant des parties intéressées. Il peut certes arriver que cette autorité trouve son origine dans une convention ; c'est le cas de l'arbitrage. Mais, en règle générale, l'efficacité de la décision judiciaire ne doit rien au consentement des parties. Ajoutons que le contrat est précisément fait pour éviter le juge ; et lorsqu'il est dressé en la forme authentique, il est doté d'une force comparable à celle d'un jugement<sup>1</sup>.

Deux modes opposés qui ne peuvent cependant s'ignorer. Il arrive d'abord que le juge pousse les litigants à contracter – conciliation, médiation. Et cela lui est aujourd'hui vivement recommandé. Ensuite et surtout, au cours de l'exécution du contrat surgit parfois un contentieux, qu'il faudra bien faire trancher par un juge, à défaut d'accord.

Mais il faut ici distinguer trois sortes de contentieux, dans lesquels la relation juge/contrat n'est pas du même ordre :

- en premier lieu, se présente le contentieux de la validité du contrat lorsque l'une des parties ou un tiers met en question sa conformité à l'ordre public, ou la réunion de ses éléments de formation, ou bien encore son efficacité. Le juge est alors l'organe de la loi, et c'est au nom de celle-ci qu'il examine le contrat ;
- en deuxième lieu, apparaît le contentieux de l'exécution du contrat, lorsque l'une des parties se dérobe à son engagement. Le contentieux de l'interprétation est de même ordre : dans l'un et l'autre cas, le juge est l'organe du contrat dont il assure la pleine efficacité ;
- et puis vient un troisième contentieux, le plus original : il a trait au contenu du contrat, les droits et obligations réciproques. L'une des parties voudrait voir modifié son engagement parce qu'elle estime qu'il est excessif, injuste, déséquilibré dès l'origine ou qu'il l'est devenu en raison de la survenance de circonstances postérieurement à sa formation. Elle demande au juge de le dire, et d'en tirer les conséquences en le révisant. Au nom de quoi le juge le ferait-il, sinon de l'équité ou d'un impératif d'équilibre qui l'emporterait sur la volonté des parties ?

Le Code civil de 1804, porté par une forte méfiance à l'égard des juges, après avoir hissé le contrat à l'égal de la loi supplétive dans l'article 6, a fait du juge le serviteur du contrat. Certes, les deux premiers contentieux sont inévitables : il n'était pas possible d'exclure l'intervention judiciaire à leur égard. Mais s'agissant du troisième, la réponse se trouve dans l'article 1134 : le contrat est la loi, pour les parties comme pour le juge. Celui-ci l'applique, mais ne la fait ni ne la révisé.

Cependant, chassez le juge par la porte, il revient par la fenêtre. Les tribunaux ne se sont pas contentés du rôle que leur assignait le Code. En manipulant quelques textes – et même parfois sans le secours d'aucun texte (on songe par exemple au contrôle de la rémunération des intermédiaires et professionnels libéraux<sup>2</sup>) – ils se sont ouvert un accès au contenu du contrat. Quels textes ?

- l'article 1135, relatif aux suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation convenue, et qui débouche sur le forçage du contrat<sup>3</sup> ;
- l'article 1131 relatif à la cause qui débouche sur la nullité de certaines clauses contractuelles (Chronopost, dates de valeur), sur la caducité pour disparition de la cause dans certains cas, et la nullité pour absence d'intérêt du contrat pour une partie<sup>4</sup> ;
- l'article 1134, alinéa 3, selon lequel les contrats doivent être exécutés de bonne foi, a été également utilisé jusqu'à ce que la Cour de cassation interdise l'invocation de ce texte pour modifier les droits et obligations légalement convenus<sup>5</sup>.

Si bien qu'à la veille de l'ordonnance du 10 février 2016, le droit des contrats français était jugé, parfois non sans exagération, instable et imprévisible en dépit de la belle proclamation de l'article 1134, alinéa 1.

Qu'en est-il du nouveau droit des contrats ?

Les auteurs de l'ordonnance ont affiché leur volonté de « prévenir le contentieux ou le résoudre sans nécessairement recourir au juge »<sup>6</sup>. Et de fait, on peut observer une diminution des occasions d'intervention du juge dans le contrat (I).

Mais dans le même temps, le texte nouveau est parsemé de standards, et d'adverbes, qui appellent une définition proprement judiciaire de la règle en cas de litige, de sorte que pourrait augmenter l'imprévisibilité du droit des contrats (II).

## I – Les occasions d'intervention judiciaire

Les deux fonctions traditionnelles du juge n'ont guère changé. À la différence de la troisième, en nette évolution.

**A.** Dans le contentieux de la validité du contrat, il n'y a pas de changement, par rapport à l'état actuel du droit positif. Certaines causes de nullité disparaissent (l'absence de cause, la contrariété aux bonnes mœurs); tandis que d'autres font leur entrée : les clauses abusives dans les contrats d'adhésion (art. 1171), une définition peut-être plus large de la violence économique (art. 1143). De même que la caducité (art. 1186 et 1187).

Mais c'est la loi qui change, et non l'office du juge, qui demeure identique.

**B.** Dans le contentieux de l'exécution, on constate une forte promotion de l'exécution forcée en nature (art. 1221) et la possibilité pour le créancier, sans recourir au juge, soit de procéder au remplacement (art. 1222), soit de réduire unilatéralement le prix en cas d'exécution imparfaite (art. 1223). De même, la consécration d'un droit de rupture unilatérale par notification au débiteur, alternative à la résolution judiciaire (art. 1226).

Cependant, l'article 1228 nouveau atténue la portée de cette innovation en restaurant le pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la résolution, non seulement lorsque celle-ci est judiciaire, mais aussi lorsqu'il n'est demandé au juge que de « constater » une résolution par ailleurs acquise. Ce texte s'applique-t-il au constat du jeu d'une clause résolutoire ? Si c'était le cas, ce serait une malheureuse régression.

**C.** Mais c'est surtout à l'égard du contenu du contrat que l'évolution est sensible.

Certes, le nouvel article 1195 relatif au changement de circonstances donne finalement au juge le pouvoir de réviser le contrat à la demande d'une partie, à défaut d'accord dans un délai raisonnable. C'est une occasion nouvelle qui rompt totalement avec le passé, mais elle est enfermée dans un processus strict, et sur ce point le droit français rejoint un certain nombre de droits européens. Ajoutons que, suivant le principe qui gouverne les textes nouveaux, celui-ci est supplétif.

On pourrait de même observer que le Code civil s'ouvre à deux nouvelles nullités partielles, celles des articles 1170 et 1171 (adhésion). Or, la nullité partielle est une réfection du contrat. Mais à cet égard, le juge n'est que l'organe de la loi qui, elle, a changé.

En revanche, la suppression de la cause, comme condition de validité de l'obligation s'ajoutant à la volonté de s'engager, écarte la possibilité pour le juge de soupeser la rationalité ou l'intérêt d'un engagement. L'imprécision de cette notion, sa malléabilité faisaient peser sur tout contrat un risque que l'ordonnance a heureusement fait disparaître. Il ne sera plus désormais nécessaire de se demander a priori quelle est la cause d'une obligation – par exemple de payer une somme – et inutile de plaider l'absence de cause ou la disparition de la cause. On n'aura plus à craindre qu'une conception subjective, objective ou objectivo-subjective n'aboutisse entre les mains du juge à un anéantissement de l'engagement. Seule la démonstration du caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie convenue conduira à la nullité d'un contrat à titre onéreux (art. 1169). Les errements sur l'identification de la cause, sa suffisance, sa disparition... ont vécu.

Au total, on peut constater que les occasions d'intervention du juge ont plutôt été réduites en droit commun, et c'est heureux.

Mais, en contrepartie, les modalités de l'intervention judiciaire sont devenues plus souples et indéterminées, de sorte qu'une nouvelle imprévisibilité de la règle de droit pourrait être le fruit amer de l'ordonnance, si l'on n'y veille.

## II – La souplesse de l'intervention judiciaire

Cela tient à deux phénomènes : la multiplication des standards (A) et la relativité des qualifications (B).

#### A – La multiplication des standards

Le phénomène des standards juridiques est bien connu<sup>7</sup>. Il s'étend dans la législation contemporaine, de moins en moins sûre d'elle-même, qui délègue au juge son autorité normative, en lui laissant le soin de définir, cas par cas, la norme de référence, et même la « normalité », et par voie de conséquence la conformité ou la contrariété à la loi.

Trois standards ont un succès considérable dans l'ordonnance du 10 février 2016.

1°) La bonne foi, étendue à la formation du contrat (art. 1104) et répétée à l'article 1112, à propos des négociations. Il est clair que la jurisprudence des *Maréchaux*<sup>8</sup> ne peut s'appliquer qu'à la bonne foi dans l'exécution. Qu'est-ce alors que la bonne foi dans la formation ? Une obligation d'information qui, contrairement à l'article 1112-1, s'étendrait à l'estimation de la valeur d'une prestation ? Un devoir de conseil ou de mise en garde qui pèserait sur certains contractants, dans certaines circonstances ? Comment savoir<sup>9</sup> ?

2°) Le raisonnable, auquel font référence onze articles du nouveau code : délai raisonnable (art. 1116, 1117, 1123, 1158, 1211, 1226, 1307-1), une personne raisonnable (art. 1188, 1197), une période raisonnable (art. 1218), un délai et un coût raisonnables (art. 1222).

3°) L'abusif, l'anormal, l'excessif : « manifestement excessif » (art. 1141, 1143) ; « conditions normales » (art. 1148) ; « déséquilibre significatif » (art. 1171) ; « excessivement onéreux » (art. 1195) ; « disproportion manifeste » (art. 1221) ; « abus dans la fixation du prix » (art. 1164, 1165). Peut-être est-il impossible de légiférer aujourd'hui sans standard. Peut-être est-il plus facile à un législateur doutant de lui-même d'édicter une « soft law », et bientôt des principes plutôt que des règles. Mais dans la mesure où c'est le juge qui détermine lui-même le modèle à partir duquel il décèle l'illicite ou l'irrégulier, il faut souhaiter que la Cour de cassation exerce un contrôle régulateur sur ce point, – ce qui n'est pas aujourd'hui toujours le cas<sup>10</sup> – faute de quoi nous entrerions dans l'incertitude d'une loi contractuelle indéterminée.

#### B – Les qualifications relatives

Quant aux qualifications relatives, elles mobilisent l'application de la règle de droit par le biais d'une appréciation quantitative ou qualitative, opérée par le juge en complément de la loi, suivant ses convictions propres.

- ainsi du « légitime » : « attentes légitimes » (art. 1166), « légitimement cru » (art. 1156), « refus légitime du créancier » (art. 1320-1, 1345), « ignorance légitime » (art. 1112-1) ;
- ainsi du « grave », du « substantiel », du « significatif », du « suffisamment grave » (art. 1219, 1220, 1224), du « manifestement » (art. 1221).

Cette profusion d'adjectifs qualificatifs et d'adverbes rompt avec le style traditionnel du Code civil. Elle manifeste sans doute le souci de la mesure et la crainte d'une intervention inappropriée de la loi dans le contrat. La loi s'abandonne au juge, et le sort des prévisions contractuelles est finalement entre les mains de celui-ci. Ce n'est pas qu'il y ait lieu de se méfier du juge. Mais dans nos pays de droit écrit, la règle doit être formulée et connue par avance.

Ainsi, paradoxalement, le souci affiché par les auteurs de la réforme de présenter un droit des contrats simple et lisible par le citoyen et l'étranger débouche sur des règles de droit qui comportent une large part d'indéterminé, remise au discours du juge, appelé à compléter la norme. Cette méthode est peut-être aujourd'hui inéluctable. Elle appelle en tout cas un contrôle régulateur de la Cour de cassation, car il ne s'agit pas ici de l'appréciation de fait. À défaut, l'ordonnance aurait facilité le gouvernement du contrat par le juge.

Notes de bas de page

1 – Sur l’origine commune du jugement et de l’acte authentique, v. L’authenticité, Doc. fr., sept. 2013, ouvrage collectif, L. Aynès (dir.), nos 16 et s.

2 – Jurisprudence constante ; ex. : Cass. 1re civ., 3 mars 1998, n° 95-15799 : Bull. civ. I, n° 85 ; JCP 1998, II, 10115, note J. Sainte-Rose – Cass. 1re civ., 3 juin 1986 : Bull. civ. I, n° 150 ; JCP G 1987, II, 20791, note A. Viandier – déjà : Cass. civ., 29 janv. 1867 : DP 1967, I, 53.

3 – V. not., L. Leveueur, « Le forçage du contrat » : Dr. et patr. 1998, p. 69 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Les Obligations, 7e éd., nos 774 et s.

4 – Ex. : Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-23376 : D. 2013, p. 686, note approb. D. Mazeaud ; Dr. et patr. juin 2013, p. 66, obs. crit. L. Aynès.

5 – Cass. com., 10 juill. 2007, Soc. Les Maréchaux : Les Grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Dalloz, 2015, 13e éd., par F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, n° 164, p. 163.

6 – Rapport au Président de la République.

7 – V. nota. : C. Bloud-Rey, V° « Standard » in Dictionnaire de la culture juridique, D. Alland et S. Rials (dir.), PUF, 2003 ; S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard, LGDJ, 1980.

8 – V. supra, note 5.

9 – On songe en particulier aux devoirs que la Cour de cassation fait peser sur le banquier à l’égard de l’emprunteur ou de la caution non avertie, au titre de la bonne foi. Dans le Rapport au Président de la République, les auteurs de l’ordonnance reconnaissent que les Principes liminaires pourront combler les lacunes de la loi !

10 – V. J. Boré et L. Boré, La cassation en matière civile, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2015/2016, nos 65.111 et s.

## Thème n° 8

# LES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DU CONTRAT (1) :

## EXECUTION FORCEE, EXCEPTION D'INEXECUTION ET RESOLUTION

### DOCUMENTS :

#### I. Exécution forcée

- 1) Civ. 3, 11 mai 2005, n° 03-21136, *Bull. civ.* III, n° 103 ; *RDC* 2006 p. 323, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2005, p. 396, obs. J. Mestre et B. Fages.  
2) Civ. 3, 17 janv. 1984, n° 82-15982 ; *RTD civ.* 1984, p. 711, obs. J. Mestre.

#### II. Exception d'inexécution

- 3) Com., 16 juillet 1980, *Bull. civ.* IV, n° 297.  
4) Civ. 3, 1<sup>er</sup> mars 1995, *Bull. civ.* III, n° 60.  
S. Amrani-Mekki, La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, *Deffrénois* 2003, p. 369 (non reproduit).  
Roche-Dahan (J.), L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique, *D.* 1994, chron., p. 255 (non reproduit).

#### III. Résolution pour inexécution

##### . La résolution judiciaire

- 5) Civ. 3, 6 mai 2009, n° 08-12824 (non pub. Bull.).

##### . La résolution unilatérale

- 6) Civ. 1, 13 oct. 1998, *D.* 1999, p. 197, note C. Jamin ; somm. P. 115, obs. P. Delebecque ; *JCP* 1999, II, note N. Rzepecki ; *Deffrénois* 1999, p. 374, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. J. Mestre.  
7) Civ. 1, 28 oct. 2003, *Bull. civ.* I, n° 211 ; *JCP G* 2004, II, 10018, note C. Lachièze ; *Deffrénois* 2004, p. 378, obs. R. Libchaber et p. 381, obs. J.-L. Aubert ; *Contrats, conc. consom.* 2004, n° 4, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2004, p. 89, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, p. 273, obs. L. Aynès et p. 277, obs. D. Mazeaud.

#### **IV. Bibliographie relative à l'ordonnance du 10 février 2016**

8) Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution des contrats », *RDC* avril 2016, n° spécial, p. 39.

9) H. Lécuyer, « L'inexécution du contrat », *Contrats, conc. cons.* 2016, dossier n° 7.

#### **EXERCICES :**

Commentaire de : Civ. 1, 28 oct. 2003, *Bull. civ.*, n° 211 (doc. 7)

Dissertation : L'inexécution du contrat synallagmatique

#### **Document n° 1 : Civ. 3, 11 mai 2005, n° 03-21136**

Sur le moyen unique

Vu l'article 1184 du Code civil ;

Attendu que la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 23 septembre 2003), que M. et Mme X... Y... ont signé avec la société Les Bâisseurs du Grand Delta un contrat de construction de maison individuelle dont ils ont réglé la totalité du prix tout en refusant de signer le procès-verbal de réception en raison d'une non-conformité aux stipulations contractuelles relative au niveau de la construction ; qu'ils ont assigné la société de construction afin d'obtenir sa condamnation à démolir puis reconstruire la maison, ou, à défaut, sa condamnation au paiement d'une somme équivalente au coût des opérations de démolition et de reconstruction ;

Attendu que pour débouter M. et Mme X... Y... de leur demande, l'arrêt retient que la non-conformité aux stipulations contractuelles ne rend pas l'immeuble impropre à sa destination et à son usage et ne porte pas sur des éléments essentiels et déterminants du contrat ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le niveau de la construction présentait une insuffisance de 0, 33 mètre par rapport aux stipulations contractuelles, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 23 septembre 2003, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Grenoble ;

Condamne la société Les Bâisseurs du Grand Delta aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, condamne la société Les Bâisseurs du Grand Delta à payer à M. et Mme X... Y... la somme de 2 000 euros et rejette la demande de la société Les Bâisseurs du Grand Delta ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;



Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du onze mai deux mille cinq.

**Document n° 2 : Civ. 3, 17 janv. 1984, n° 82-15.982**

Premier moyen : Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir débouté M. Abou de sa demande tendant à voir procéder par M. Alessandra aux travaux utiles et à la mise en conformité de la piscine et de ses accessoires conformément au devis contractuel du 26 décembre 1977, notamment en ce qui concerne le nombre des marches d'accès à ladite piscine, au motif que la preuve n'étant pas rapportée que cette modification soit de nature à rendre plus malaisé l'accès, le grief n'est pas à retenir, alors que la Cour a refusé d'appliquer les clauses prévues au devis du 26 décembre 1977 signé des deux parties et prévoyant la réalisation d'un escalier de quatre marches de 0,20 m de hauteur ;  
[...]

Mais, sur le premier moyen : Vu l'article 1184 du Code civil ;

Attendu que, selon ce texte, la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque cette exécution est possible ;

Attendu que pour rejeter la demande du maître de l'ouvrage qui demandait la mise en conformité de l'escalier de la piscine qui comprenait trois marches au lieu des quatre prévues au marché, l'arrêt retient que la preuve n'était pas rapportée que cette modification soit de nature à rendre malaisé l'accès de la piscine ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la remise en état des lieux était impossible, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Par ces motifs : CASSE et ANNULE, dans la limite du premier moyen, l'arrêt rendu entre les parties le 13 mai 1982, par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence [...]

**Document n° 3 : Com. 16 juillet 1980, Bull. civ. IV, n° 297**

Sur la première branche du moyen :

Vu l'article 1184 du Code civil ;

Attendu que, pour s'opposer à la demande par laquelle Caruso lui réclamait le paiement d'une somme de 1 295, 53 francs représentant le prix de marchandises vendues, parmi lesquelles figurait une combinaison de cuir d'une valeur de 550 francs, Buffin a soutenu que ladite combinaison comportait une malfaçon non décelable à la livraison ; attendu que le tribunal, qui a condamné Buffin à régler à Caruso le total des sommes réclamées par celui-ci, s'est borné à relever que Caruso « a cherché à faire diligence pour réparer les défauts constatés sur la combinaison livrée » ; attendu qu'en statuant ainsi sans avoir recherché si le vendeur avait exécuté ses obligations et si, le cas échéant, son inexécution était d'une gravité suffisante pour affranchir l'acheteur de ses obligations corrélatives, le tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Par ces motifs, et sans qu'il soit besoin de statuer sur la seconde branche du moyen :

Casse et annule le jugement rendu entre les parties le 11 juillet 1978 par le tribunal de commerce de Sète;

Remet, en conséquence, la cause et les parties au même et semblable état ou elles étaient avant ledit jugement et, pour être fait droit, les renvoie devant le tribunal de commerce de Montpellier.

**Document n° 4 : Civ. 3, 1<sup>er</sup> mars 1995, Bull. civ. III, n° 60.**

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Groupe Trianon, propriétaire de locaux à usage commercial donnés à bail aux époux X..., fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1992) de déclarer sans effet la clause résolutoire du bail, alors, selon le moyen, qu'il est constant que le preneur ne peut suspendre le paiement de ses loyers de sa propre autorité et ne peut invoquer l'exception d'inexécution que si l'impossibilité d'utiliser les lieux est totale ; qu'en se contentant de relever que le bailleur n'avait pas respecté son obligation de garantie des vices cachés et jouissance, sans avoir constaté que les locaux, au moment où les locataires avaient cessé de régler le loyer et les charges, étaient totalement inutilisables, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1741 et 1134 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant retenu que le bailleur, n'ayant pas respecté ses obligations d'assurer une jouissance paisible des lieux et de garantir les vices cachés, s'était refusé à faire exécuter les travaux de consolidation indispensables prescrits, la cour d'appel a souverainement apprécié le bien-fondé de l'exception d'inexécution opposée par les preneurs ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur les deuxième et troisième moyens : (sans intérêt) ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi.

**Document n° 5 : Civ. 3, 6 mai 2009, n° 08-12824 (non pub. Bull.)**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 20 mars 2007), que la commune de Leucate a vendu le 11 février 1998, à la société civile immobilière Berchel (la SCI) ayant pour associés M. X..., gérant et sa nièce Mme X..., une parcelle de terrain à bâtir formant le lot n° 2 du lotissement communal Les Salins autorisé par arrêté du 4 décembre 1996 ; que l'acte de vente contenait une clause selon laquelle la commune imposait aux acquéreurs l'obligation de réaliser la construction dans un délai de cinq ans faute de quoi la vente serait révoquée et le prix payé à l'achat remboursé mais sans réévaluation et déduction faite d'une somme de 10 % à titre d'indemnité ; que les acquéreurs n'ayant pas rempli cette obligation, la commune les a assignés en résolution de la vente ;

Sur le moyen unique du pourvoi, qui est recevable :

Attendu que la SCI fait grief à l'arrêt de constater la résolution de la vente, alors, selon le moyen :

1°/ que la clause résolutoire ne peut produire effet lorsque l'inexécution du débiteur est due à un cas de force majeure ; qu'en refusant de vérifier, comme il le lui était demandé, si les circonstances invoquées par la SCI Berchel pour justifier le retard de la construction, parmi lesquelles les crises cardiaques, la congestion cérébrale et le décès de son gérant entre 2000 et 2002 et les maladies invalidantes de son successeur diagnostiquées après la conclusion du contrat en 1998, n'étaient pas constitutives d'un cas de force majeure au motif que "la commune de Leucate peut, à supposer même que l'inexécution résulterait de la force majeure, prétendre à la résolution de cette vente par l'effet même de la clause résolutoire", la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1184 du code civil ;

2°/ que sauf dispense expresse et non équivoque, une clause résolutoire ne peut être acquise au créancier sans la délivrance préalable d'une mise en demeure restée sans effet ; qu'en jugeant que "la commune de Leucate peut prétendre à la résolution de cette vente par l'effet même de la clause résolutoire sans que puisse utilement lui être opposée l'absence de mise en demeure préalable", après avoir relevé que la clause invoquée stipulait uniquement que "la commune

impose aux acquéreurs des lots l'obligation de réaliser la construction dans un délai de cinq ans faute de quoi la vente serait révoquée et le prix payé à l'achat remboursé non réévalué", sans faire aucune allusion à une résolution de plein droit, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi les articles 1134 et 1184 du code civil ;

3°/ que seule la clause stipulant expressément une résolution de plein droit peut priver le juge de la faculté d'accorder un délai au débiteur ; qu'en jugeant que la SCI Berchel ne peut "solliciter l'octroi d'un délai en présence d'une clause résolutoire expresse dont la commune a d'ailleurs constaté l'acquisition par lettre recommandée avec avis de réception en date du 25 février 2003", après avoir relevé que la clause invoquée stipulait uniquement que "la commune impose aux acquéreurs des lots l'obligation de réaliser la construction dans un délai de cinq ans faute de quoi la vente serait révoquée et le prix payé à l'achat remboursé non réévalué", sans faire aucune allusion à une résolution de plein droit, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi les articles 1134 et 1184 du code civil ;

4°/ qu'en jugeant également, pour refuser d'accorder un délai à la SCI, que l'arrêté autorisant le lotissement en date du 4 décembre 1996 est, en application de l'article L. 315-2-1 du code de l'urbanisme, devenu caduc le 4 décembre 2006, sans constater pour autant que la SCI Berchel serait dans l'impossibilité d'obtenir le permis de construire qu'elle demandait, la cour d'appel a statué par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard de l'article 1184, alinéa 3, du code civil ;

Mais attendu qu'ayant énoncé à bon droit qu'il résulte de l'article 1184 du code civil que la résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, quel que soit le motif qui a empêché cette partie de remplir ses engagements, alors même que cet empêchement résulterait de la force majeure, et constaté que la SCI n'avait pas exécuté l'obligation contractuelle de construire dans le délai de cinq ans à peine de révocation de la vente, et que l'arrêté autorisant le lotissement était devenu caduc le 4 décembre 2006 en application de l'article L. 315-2-1 du code de l'urbanisme, la cour d'appel, qui n'a pas constaté l'acquisition d'une clause résolutoire de plein droit, et qui n'était pas tenue de répondre à une simple allégation non assortie d'une offre de preuve sur la possibilité pour la SCI d'obtenir un permis de construire, a pu en déduire, abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant relatif à la possibilité de solliciter l'octroi d'un délai, que la commune pouvait prétendre à la résolution de la vente sans que l'absence de mise en demeure préalable puisse lui être opposée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : Déclare le pourvoi recevable ; REJETTE le pourvoi ;

**Document n° 6 : Civ. 1, 13 oct. 1998, D. 1999, p. 197, note C. Jamin.**

LA COUR - Attendu que, exerçant depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1980 la profession de médecin anesthésiste-réanimateur au sein de la Clinique des Ormeaux au Havre, M. Tocqueville s'est vu consentir, par un contrat du 30 janvier 1986, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1986, en même temps que d'autres anesthésistes avec lesquels il était associé au sein d'une société civile de moyens, dite Groupement médical anesthésique des Ormeaux, dit GMAO, l'exclusivité des actes de sa spécialité pour une durée de trente ans ; qu'il a acquis en contrepartie des actions de la société anonyme Clinique des Ormeaux (la Clinique) ; qu'après l'avoir convoqué à la réunion du conseil d'administration du 27 janvier 1995, pour l'entendre sur son comportement professionnel, la Clinique lui a notifié, par une lettre du 30 janvier 1995, sa décision de mettre un terme à leurs relations contractuelles après un préavis de six mois ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal de M. Tocqueville, pris en ses deux branches : -

Attendu que M. Tocqueville fait grief à l'arrêt attaqué (Rouen, 11 septembre 1996), de l'avoir débouté de ses demandes tendant à voir déclarer abusive la rupture unilatérale du contrat d'exercice par la Clinique, et en conséquence, à la voir condamner à lui payer une indemnité complémentaire de préavis et des dommages-intérêts, alors, selon le moyen, que, d'une part, le « contrat d'anesthésie-réanimation » a été passé entre, d'un côté, la clinique, et, de l'autre, conjointement, M. Drieu, M. Mossand, M. Loisel, M. Tocqueville, associés dans le GMAO, se réservant la possibilité de se substituer une société civile professionnelle constituée entre eux, qu'il est exposé que la clinique accorde conjointement aux associés du GMAO un contrat d'exercice de la profession d'anesthésiste-réanimateur, qu'aux termes de l'article 1, il est concédé conjointement aux associés du GMAO le droit d'exercer leur activité à titre exclusif, que selon l'article 3, les médecins du GMAO auront la possibilité de se faire assister par tout collaborateur de leur choix, que les autres clauses visent également « les médecins du GMAO », que le contrat qui a été ainsi conclu non entre la clinique et quatre personnes physiques prises chacune individuellement, mais entre deux parties uniques, dont l'une est une partie simple - la clinique - et dont l'autre est une partie plurale - les médecins anesthésistes-réanimateurs du GMAO rassemblés par un même intérêt défini par rapport à l'objet de l'acte -, est, partant, un contrat conjonctif ne pouvant que continuer entre tous ou disparaître entre tous, et qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a dénaturé le contrat litigieux ; alors que, d'autre part, la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions de M. Tocqueville faisant valoir que les dirigeants de la Clinique pouvaient d'autant moins faire valoir qu'il ne s'agissait pas d'un contrat collectif, qu'ils n'ont eu de cesse de vouloir y mettre un terme pour lui substituer des contrats individuels conclus avec chaque médecin ;

Mais attendu que c'est sans dénaturer le contrat que la cour d'appel, par une interprétation rendue nécessaire par le terme même de « conjoint », qui est susceptible de plusieurs acceptions, dont celle d'obligation plurale dans laquelle chacun des débiteurs n'est obligé que pour sa part, et au vu des autres clauses du contrat, spécialement l'article 10 permettant une cession du contrat à un successeur qualifié, a jugé que la clinique était habile à résilier individuellement le contrat du 30 janvier 1986, en justifiant de sa décision devant le juge ; - Et attendu que le rejet de la première branche rend la seconde inopérante ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal, pris en ses deux branches : - Attendu qu'il est reproché à l'arrêt d'avoir débouté M. Tocqueville de ses demandes, alors, selon le moyen, que, d'une part, en relevant que la clinique avait, à juste titre, fixé à six mois la durée du préavis accordé à M. Tocqueville, et que le conseil de l'ordre avait seulement sanctionné le 27 janvier 1996 par un blâme certains faits reprochés à M. Tocqueville, ce qui excluait que les fautes et manquements allégués à l'encontre de celui-ci depuis 1981, fussent d'une gravité telle qu'ils pussent justifier une résolution immédiate du contrat sans décision judiciaire préalable, la cour d'appel n'a pas tiré de ses propres constatations les conséquences qui en résultaient, et a ainsi violé les articles 1134 et 1147 du code civil ; alors que, d'autre part, l'article 1184 du code civil précise que le contrat n'est point résolu de plein droit, et que la résolution doit être demandée en justice, et qu'en déclarant justifiée, par application de cet article, la décision de la clinique de rompre sans décision judiciaire préalable le contrat à durée déterminée la liant à M. Tocqueville, la cour d'appel a violé ce texte ;

Mais attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinaire ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et, sur les troisième, quatrième, et cinquième moyens, du pourvoi principal, pris en leurs diverses branches, tels qu'ils sont énoncés au mémoire en demande, et reproduits en annexe : - Attendu que la cour d'appel retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que le contrat imposait à M. Tocqueville de ne pratiquer tous les actes relevant de l'exercice de sa profession qu'à l'intérieur de la clinique, que cependant M. Tocqueville a passé outre une mise en demeure de respecter cette clause et continué à consulter en dehors, et ce malgré les inconvénients en résultant pour les patients qui devaient sortir de la clinique, qu'à différentes reprises des chirurgiens se sont plaints par lettres du comportement de M. Tocqueville qui a refusé d'accomplir des actes liés à sa qualité d'anesthésiste, notamment en manquant de disponibilité lorsqu'il était de garde, qu'un chirurgien a souligné qu'en 1993, 1994 et 1995, sont survenus des incidents caractérisés, soit par un manque de disponibilité pouvant avoir des répercussions graves sur la santé des personnes opérées, soit même des états d'énerverment et de brutalité à l'égard de certains malades qui s'en sont plaints, qu'une pétition a été signée le 22 décembre 1994 par trente praticiens critiquant le comportement de M. Tocqueville, que les témoignages versés aux débats par celui-ci sont contredits par les attestations et autres pièces du dossier qui démontrent qu'en de nombreuses circonstances et depuis 1981, il a gravement manqué à ses obligations de médecin anesthésiste, y compris en compromettant la santé des patients ; que, de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, répondant aux conclusions dont elle était saisie, et qui n'a ni méconnu les exigences de l'article 455 du nouveau code de procédure civile, ni violé l'article 59 du code de déontologie médicale, ni inversé la charge de la preuve, a pu déduire, sans dénaturer le contrat, ni des lettres de la clinique des 10 décembre 1993 et 16 septembre 1994, justifiant légalement sa décision, que ces violations graves et renouvelées des obligations contractuelles permettaient à la clinique de résilier le contrat de M. Tocqueville ; d'où il suit que les moyens ne peuvent être accueillis ;

Et sur le moyen unique du pourvoi incident de la clinique des Ormeaux, pris en ses six branches : - Attendu que la clinique fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à racheter ses actions détenues par M. Tocqueville ; - Mais attendu que, par un mémoire du 8 octobre 1997, M. Tocqueville a déclaré avoir informé la clinique qu'il avait vendu ses actions à M. Loisel, déjà actionnaire, et qu'il renonçait ainsi à se prévaloir de la partie de l'arrêt critiquée par celle-ci ; que, dès lors, l'arrêt attaqué n'est plus de nature à nuire à la demanderesse au pourvoi incident; qu'il s'ensuit que le pourvoi est devenu sans objet;

Par ces motifs, rejette [...].

### **Note C. Jamin**


1 - Bien que l'on s'en offusque parfois avec talent (cf. P. Comte, L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur, JCP 1988, I, n° 3343), le temps n'est plus où les juges se faisaient un devoir de respecter les textes, ou du moins de ne pas sciemment les violer, surtout s'ils figuraient dans le vénérable code civil.

Même s'il convient encore d'en réserver l'exacte portée, l'arrêt présenté en constitue une nouvelle illustration. Alors que l'art. 1184 c. civ. dispose que « le contrat n'est point résolu de plein droit » et que « la résolution doit être demandée en justice », alors que le pourvoi y faisait expressément référence pour se prévaloir d'une violation de la loi, voici la Cour de cassation qui admet que « ... la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette fin de façon unilatérale... ». Ce faisant, elle abandonne le terrain de la technique, ce jeu subtil avec les textes qui l'autorise à multiplier les exceptions sans heurter de front les principes qu'ils sont censés exprimer, pour effectuer un choix directement politique, à l'aune duquel son arrêt doit donc être à son tour discuté.

2 - Lorsqu'ils décidèrent de réserver au juge le soin de prononcer la résolution du contrat, les codificateurs avaient à l'esprit un souci apparent d'humanité à l'égard du débiteur, auquel il pouvait ainsi être donné un temps supplémentaire pour exécuter son engagement. C'est du moins ce qu'avait exprimé le tribun Favart en relevant, lors des travaux préparatoires, que l'octroi judiciaire d'un délai donnait « au juge un droit précieux, puisqu'il tend à venir au secours de celui que des circonstances malheureuses ont empêché de remplir à jour fixe les engagements qu'il a contractés » (dans P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. 13, Videcoq, éd. 1827, p. 327). Cependant, la préférence accordée au prononcé judiciaire de la résolution avait aussi pour effet d'assurer le respect de la force obligatoire du contrat (rapp. A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil, Dalloz, t. 2, 3e éd., 1921, p. 346 : « ... si la résolution du contrat se produisait automatiquement, comme par l'effet d'une condition, dans le cas où l'une des parties se serait mise hors d'état d'exécuter son obligation, ce lien contractuel deviendrait illusoire »). Soumettre la résolution au pouvoir d'un tribunal libre d'accorder un délai au débiteur, ce n'était pas seulement faire preuve d'humanité à son égard, c'était aussi l'inciter à exécuter son engagement, fût-ce avec retard ; c'était donc faire respecter en dernière analyse sa force obligatoire. Bien plus, refuser au créancier le droit de rompre seul le contrat, c'était encore se placer sous l'autorité de ce principe, en déniait à ce dernier le droit de se délier trop facilement d'un contrat, dont il n'aurait plus voulu, en se prévalant de son inexécution par le débiteur. Or l'attachement que manifestaient par ailleurs les codificateurs à la force obligatoire du contrat, qu'ils n'entendaient nullement remettre en cause à propos de la résolution (P. A. Fenet, *op. et loc. cit.*), avait une signification particulière : il trahissait leur volonté politique de rétablir l'ordre social, que les soubresauts révolutionnaires avaient trop longtemps bafoué, en forçant des individus réputés faibles à respecter leurs engagements de manière scrupuleuse (cf., plus spécialement, X. Martin, L'insensibilité des rédacteurs du code civil à l'altruisme, Rev. hist. dr. fr. et étr. 1982, spéc. p. 611 s.). Privilégier la résolution judiciaire du contrat revenait donc, fût-ce sur un mode mineur et technique, à faire primer une certaine conception des rapports sociaux.

3 - Exigences mêlées d'humanité et de maintien rigoureux de l'ordre social : voici donc ce qu'a implicitement signifié pour des générations de juristes la nature judiciaire de la résolution pour inexécution. Admettre avec l'arrêt que l'une des parties puisse se délier seule de son contrat quand l'autre ne l'exécute pas correctement, est-ce pour autant remettre en cause cette double exigence ?

Même s'il manifeste une certaine forme d'altruisme, le délai dont l'arrêt n'interdit pas la stipulation au profit du débiteur ne joue plus le même rôle qu'en matière de résolution judiciaire, car il n'a pas pour but de lui permettre d'exécuter correctement son engagement mais seulement de lui réserver un certain laps de temps, en l'occurrence six mois, pour trouver un autre emploi. Il s'agit d'un délai de préavis et non d'un délai de grâce. Peut-on alors parler d'un sacrifice du souci d'humanité au sens où l'entendaient les codificateurs ? Peut-être pas en l'espèce, car les reproches adressés au débiteur lui avaient été formulés depuis 1981, alors que la rupture lui fut notifiée le 30 janvier 1995 : ce dernier aurait donc eu la faculté d'exécuter son engagement de manière correcte depuis fort longtemps ; lui accorder un nouveau délai, judiciaire cette fois-ci, n'eût probablement servi à rien. N'oublions pas cependant qu'il s'agit là d'une question d'espèce : dans d'autres cas, des inexécutions moins anciennes et répétées pourraient être susceptibles de justifier l'octroi d'un délai, fût-ce par le biais d'une mise en demeure. Ainsi la formule générale de l'arrêt suscite-t-elle une première question : la résolution unilatérale qu'elle autorise ne doit-elle pas être précédée d'une mise en demeure, du moins si l'on souhaite à la fois préserver les intérêts du débiteur et vérifier une dernière fois que le contrat ne peut être sauvé (cf. dans ce sens, art. 107 du code suisse des obligations) ?

Cette dernière remarque nous renvoie à sa force obligatoire. L'arrêt prétend la préserver de deux manières. Il exige d'abord un comportement grave du débiteur. Il précise ensuite que le créancier agit à ses risques et périls. Revenons un instant sur chacune de ces deux affirmations. Celle d'un manquement grave est fort classique. La Cour de cassation sollicite des juges du fond qu'ils démontrent indifféremment l'*importance* ou la *gravité* suffisante des manquements reprochés à la partie défaillante pour justifier le prononcé de la résolution (cf., par ex., Cass. com., 11 déc. 1990, Bull. civ. IV, n° 316 ; RTD civ. 1991, p. 527, obs. J. Mestre  ; 2 déc. 1980, Bull. civ. IV, n° 401 ; Cass. 1re civ., 24 févr. 1970, Bull. civ. I, n° 67 ; 6 janv. 1969, Bull. civ. I, n° 3 ; Cass. com., 21 juin 1967, Bull. civ. III, n° 256 ; Cass. 1re civ., 29 nov. 1961, Bull. civ. I, n° 563). En continuant à se fonder sur un même critère dans le contexte de la résolution unilatérale, l'arrêt entend donc toujours préserver la force obligatoire du contrat : il ne faudrait pas que le créancier prenne prétexte d'une inexécution bénigne pour s'affranchir de son propre engagement. Ce sont des exigences voisines qu'expriment d'ailleurs les systèmes civilistes qui admettent un principe de résolution unilatérale. C'est ainsi que l'art. 1604 c. civ. québécois autorise la résolution unilatérale à la condition que l'inexécution ne soit pas de « peu d'importance », alors que l'art. 265-1 du livre 6 du nouveau code civil néerlandais octroie au créancier un pouvoir de résiliation unilatérale du contrat « à moins que le manquement, vu sa nature particulière ou son importance mineure, ne justifie pas cette résiliation avec ses effets » (traduction par P.P.C. Haanapel et E. Mackaay du Nouveau code civil néerlandais, Le droit patrimonial, Kluwer, 1990). Cependant, le juge n'est plus l'unique gardien de la préservation du lien contractuel ; il se borne désormais à contrôler l'attitude du créancier qui rompt seul le contrat. C'est ce qu'il faut entendre dans le fait que ce dernier agisse « à ses risques et périls » : si le juge estime que les manquements invoqués devant lui par le créancier ne sont pas d'une gravité suffisante pour justifier la résolution unilatérale du contrat, il lui sera possible de le sanctionner. La difficulté réside cependant dans la nature de cette sanction. Mis devant le fait accompli, le juge peut ne plus être en mesure de rétablir utilement le lien contractuel défait et donc se contenter d'allouer des dommages-intérêts au débiteur ; il est toujours moins aisé de réintégrer un associé ou un salarié que de lui allouer une indemnité... Si tel était le cas, la conception française de la force obligatoire, qui privilégie l'exécution en nature sur l'octroi d'une indemnisation, serait donc indirectement altérée.

Voici en définitive le double glissement politique qu'opère de manière subreptice l'arrêt. Il revient en partie sur un souci d'humanité, tel du moins que l'exprimaient les codificateurs, et il est susceptible d'amoinrir une conception particulière de la force obligatoire du contrat, imprégnée d'un moralisme très puissant justifié par une volonté, héritée de la philosophie du code civil, de préserver l'ordre social.

4 - Des justifications de nature et d'importance diverses sont néanmoins susceptibles d'expliquer ce glissement.

Puisque nous parlons de moralisme, commençons par celle qui s'en nourrit. L'anéantissement rétroactif du contrat que mentionne l'art. 1183 c. civ. avait à l'origine pour but de sanctionner durement le débiteur, qui ne devait pouvoir tirer aucun avantage du contrat, parce qu'il n'avait pas respecté sa parole. Cependant, la dureté même de cette sanction justifiait un contrôle étroit du juge et donc son intervention préalable. Dès l'instant que cet anéantissement n'est plus rétroactif, la présence de ce dernier devient moins impérative ; or, cette rétroactivité est remise en cause par l'arrêt qui emploie une formule neutre, en autorisant simplement le créancier à « mettre fin » au contrat. Autrement dit, en paraissant se rallier à une jurisprudence qui ne prône plus de manière systématique l'anéantissement rétroactif du contrat, spécialement dans les contrats à exécution successive tel que celui soumis à son analyse (cf. de façon générale, J. Ghestin, L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 203 s.), la Cour de cassation rend moins nécessaire

l'intervention du juge, car le débiteur a moins à souffrir des conséquences de la résolution. Voici donc tirée d'une formule de l'arrêt une première justification favorable à la rupture unilatérale du contrat, mais une justification qui incite à se poser une nouvelle question : à moins qu'il faille la limiter aux seuls contrats à exécution successive, l'admission de la résolution unilatérale du contrat ne doit-elle pas inciter à revenir sur les termes de l'art. 1183, tant les effets de la résolution et ses conditions de mise en oeuvre paraissent liés (cf. sur ce thème, S.-K. Myoung, *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1996) ?

Il ne s'agit cependant pas là de l'argument le plus important. Il en est un autre qui consiste à voir dans l'arrêt, non point une innovation, mais la reprise d'une jurisprudence qui admet la rupture unilatérale du contrat quand celui-ci « établit entre les parties des rapports personnels qui sont devenus intolérables » (G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Les sources, Sirey, 2e éd., 1988, n° 337 ; *Adde*, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 6e éd., 1996, n° 631). Nous serions bien en l'espèce dans ce genre d'hypothèse et il y aurait au soutien de l'analyse quelques arrêts anciens (cf. Cass. civ., 22 oct. 1920, S. 1922, 1, p. 369, note R. Morel ; 17 janv. 1906, S. 1909, 1, p. 205). Ceux-ci ont néanmoins toujours gêné et il a fallu beaucoup d'ingéniosité à leurs exégètes pour tenter de surmonter la violation délibérée de l'art. 1184 c. civ. Ce qui est en définitive ressorti de leurs réflexions, c'est que l'urgence ou plus encore l'état de nécessité justifiaient cette entorse au droit commun (cf. R. Morel, note préc. ; R. Savatier, note sous CA Poitiers, 9 et 12 juin et 23 déc. 1918, DP 1920, 2, p. 41), tant il est acquis que l'urgence est susceptible de remettre en cause les principes les mieux acquis du droit civil (cf., en particulier, P. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préf. P. Raynaud, LGDJ 1968, spéc. n° 198 s.). Cependant, cet état de nécessité n'existait pas en l'espèce : il ne s'agissait pas ici d'un praticien en état d'ébriété qu'il fallait d'urgence éloigner de ses patients (comp. CA Paris, 14 octobre 1982, D. 1983, IR p. 494, obs. J. Penneau), mais d'un médecin qui, depuis plusieurs années déjà, et semble-t-il depuis 1981, manquait aux obligations mises à sa charge. Peu importait donc ici la gravité avérée de ses manquements : le fait qu'ils aient existé depuis longtemps privait de fondement la résolution unilatérale du contrat au regard de l'urgence. Celle-ci était d'ailleurs d'autant plus étrangère à l'affaire que la clinique avait réservé à son médecin un délai de préavis de six mois lorsqu'elle lui avait notifié la résiliation de son contrat. Si l'état de nécessité ou l'urgence avaient enfin justifié l'arrêt, ce n'est pas à la gravité du manquement à laquelle auraient dû s'attacher les juges du fond puis la Cour de cassation, mais au caractère pressant du péril subi par la clinique, pour l'autoriser à se soustraire de sa propre autorité à son engagement (rapp. R. Morel, note préc., p. 370, 2e col.). Le fait de ne pas avoir invoqué l'état de nécessité, ni l'urgence, et de s'en être tenu à la seule gravité du manquement reproché au médecin, montrent que la Cour de cassation a entendu poser un principe directement concurrent de celui fixé par l'art. 1184 c. civ., puisqu'elle s'est bornée à en reprendre le critère habituel d'appréciation.



Ce principe lui vient peut-être du droit du travail. C'est là encore une justification qui nous rattacherait au passé et nous prouverait que les branches du droit sont décidément poreuses. En cette matière, quelques arrêts ont autorisé, au mépris de l'art. 1184 c. civ., la résolution unilatérale du contrat, lorsque la gravité du manquement de l'employé est telle qu'elle interdit plus longtemps la poursuite de sa collaboration avec l'employeur (cf., par ex., Cass. soc., 11 juin 1969, Bull. civ. IV, n° 401 ; Gaz. Pal. 1970, 1, p. 116, note J. Rozier ; 22 mai 1964, Bull. civ. IV, n° 423 ; 11 mars 1955, Bull. civ. IV, n° 240 ; Cass. civ., 25 avr. 1936, Gaz. Pal. 1936, 1, p. 879 ; V., en sens contraire, Cass. soc., 1er juill. 1964, D. 1964, p. 577 ; Gaz. Pal. 1964, 2, p. 384 ; Cass. civ., 15 juin 1914, DP 1918, 1, p. 32 ; 11 juill. 1911, DP 1912, 1, p. 69). L'analogie est de prime abord séduisante : le contrat, par lequel la clinique avait octroyé au médecin l'exclusivité des actes de sa spécialité pour une période de trente ans en contrepartie de l'achat d'actions de la société anonyme qu'elle constituait, n'était pas loin de ressembler dans la pratique



quotidienne à un contrat de travail. Pour autant, on pourrait arrêter ici la comparaison et refouler cette explication, car la faute grave du contrat de travail nécessite du salarié qu'il quitte l'entreprise sur-le-champ et soit donc privé de préavis ; or, ce préavis, l'arrêt ne l'exclut pas. Cependant, ce n'est point cela qui doit principalement nous opposer à l'analogie. Si l'on veut en notre matière justifier la résolution unilatérale par l'existence d'une faute grave, il convient nécessairement de la qualifier, sinon elle se confond avec la faute suffisamment grave pour justifier la résolution judiciaire ; or, la Cour de cassation ne nous donne aucune précision sur ce point, du moins au soutien de sa réponse au deuxième moyen. Par ailleurs, la rupture unilatérale du contrat de travail s'accompagne aujourd'hui des garanties propres au droit du licenciement, ce qui n'est nullement le cas en l'espèce, puisque le contrat est censé être soumis au seul droit civil. Autrement dit, la résolution unilatérale peut se comprendre à l'abri d'un système et non plus au regard d'un autre. Et quand il s'agit d'un contrat de travail à durée déterminée, la solution s'évince d'une relative brièveté d'exécution qui n'offre pas toujours le temps nécessaire à une décision judiciaire, ce qui n'était nullement le cas en l'espèce. Si analogie il doit y avoir, celle-ci doit enfin connaître des limites. On se souvient d'une cour d'appel qui avait appliqué la résolution unilatérale au contrat d'entreprise (CA Poitiers, 12 juin et 23 déc. 1918, préc.) et nous voici avec un autre arrêt qui l'étend à ce contrat un peu particulier qui lie un médecin à une clinique. On sent bien que ces contrats établissent des rapports plus ou moins personnels entre ceux qui les concluent. La frontière entre ce plus et ce moins n'est cependant pas très nette, elle n'est nullement marquée par l'arrêt, qui se borne à parler de la rupture d'« un contrat » sans autre précision, et en toute hypothèse elle ne suffit pas à contrarier l'art. 1184 c. civ., en dehors précisément du droit du travail dont il est entendu qu'il dispose d'une indépendance plus ou moins marquée à l'égard du code civil. Autrement dit, nous voici renvoyés à la discussion évoquée dans le paragraphe précédent, et à nos auteurs qui ne voyaient pas, dans la nature particulière du lien contractuel, celui qui engendre des rapports personnels, un argument suffisant pour contrarier l'art. 1184, au point de se retourner du côté de l'état de nécessité et de l'urgence (R. Morel et R. Savatier, notes préc.). Si la recherche d'un critère permettant d'autoriser une analogie entre notre contrat et le contrat de travail devait et pouvait d'ailleurs être effectuée, elle risquerait au surplus d'autoriser la résolution unilatérale de tous les contrats, tant ceux-ci supposent - à l'exception peut-être des ventes occasionnelles - des rapports plus ou moins personnels (comp. avec les obs. de M.-A. Eisenberg, *Relational contracts*, dans J. Beatson and D. Friedman, *Good faith and fault in contract law*, Clarendon Press, 1995, p. 291 s.).

Si l'on ne s'en tient donc pas à ces explications, à vrai dire les moins perturbatrices de l'ordre juridique, parce qu'elles contournent plus ou moins l'obstacle constitué par l'art. 1184 et se rattachent à des solutions acquises, il est possible de voir dans le pouvoir unilatéral octroyé par l'arrêt à l'une des parties la confirmation d'une tendance jurisprudentielle récente qui s'est déjà exprimée à propos, par exemple, de la fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadre (sur laquelle, divers auteurs, *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1997). Les juges semblent aujourd'hui octroyer une liberté plus grande à chacun des contractants en leur restituant un pouvoir qui leur échappait auparavant, hier celui de fixer le prix, demain peut-être celui de déclarer le contrat résolu, mais à la condition qu'ils n'en abusent pas. S'il existe toujours, le dirigisme judiciaire du contrat change peu à peu de modalité : il s'exprime plus en aval qu'en amont. Peut-être faut-il voir dans cette possible évolution le signe d'un libéralisme politique plus marqué, fût-il assez largement tempéré, ou plus exactement d'un libéralisme moins réticent à l'égard de l'individu que ne le fut longtemps le libéralisme français (cf., dans ce sens, L. Jaume, *L'individu effacé*, ou le paradoxe du libéralisme français, Fayard 1997, ou encore X. Martin, *Sur l'essor et l'essence de l'individualisme libéral en France*, Bull. de la soc. fr. d'hist. des idées

et d'hist. rel., vol. 3, 1986, p. 37 et s.), dont je pense qu'il trouva l'une de ses modestes traductions dans l'art. 1184 (cf. *supra*, n° 2).


Cet esprit libéral imprègne plus spécialement une dernière justification, peut-être la plus immédiate, qui sous-tend la solution adoptée : celle-ci se prévaut d'un souci d'efficacité économique. On l'entend souvent et plusieurs juridictions du fond s'en sont fait l'écho (cf., par ex., CA Rouen, 30 mars 1994, JCP 1995, éd. N, II, p. 162 ; CA Paris, 17 févr. 1994, D. 1995, Somm. p. 69, obs. D. Ferrier  ; CA Colmar, 7 févr. 1977, D. 1978, Jur. p. 169, note P. Orstscheidt) : il n'est pas nécessaire de solliciter une autorisation du juge lorsque la gravité du manquement est telle qu'il n'y a plus d'espoir de sauver le contrat, et que, par ailleurs, l'urgence contraint le créancier à contracter avec un tiers. Autrement dit, la résolution unilatérale doit être privilégiée, parce qu'elle permet une réallocation plus prompte des ressources, tout en évitant le coût d'un procès. C'est probablement ce motif qui a incité les législateurs québécois (cf., dans ce sens, P.-G. Jobin, La résolution du contrat sans intervention du tribunal, RTD civ. 1997, p. 556 ) et néerlandais à abandonner le modèle français, depuis longtemps rejeté par d'autres (cf., par ex., art. 349 BGB), à l'occasion de la récente refonte de leurs codes civils. C'est ce même motif qui imprègne la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises dont l'art. 49 adopte un principe de résolution unilatérale (cf., nettement, V. Heuzé, La vente internationale de marchandises, GLN Joly, 1992, n° 413). C'est aussi celui qui justifie que celle-ci soit privilégiée par l'art. 7.3.1 des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international ou par l'art. 4.303 des principes du droit européen du contrat élaborés sous l'autorité du professeur Lando (leur version française par I. de Lamberterie, G. Rouhette et D. Tallon, Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites, Doc. fr., 1997).


Il serait néanmoins possible de disserter longuement sur l'affirmation de cette efficacité économique, car il n'est pas certain qu'il existe en définitive une si grande différence entre la résolution judiciaire et la résolution unilatérale. Quel que soit le système adopté, il appartient toujours au juge de trancher dans les cas où la résolution fait l'objet d'une contestation. La seule différence tient au fait que son intervention est préalable à la rupture du contrat dans un cas et postérieure dans l'autre. Il n'est donc pas sûr que le système de la résolution unilatérale réduise le nombre et le coût des procès. Le maintien d'un contentieux important en matière de clauses résolutoires en atteste. Au surplus, l'adoption d'un tel système risque d'assurer une moindre protection du débiteur lorsque la résolution ne s'avère pas justifiée. Il n'est pas en effet certain que le juge, mis devant le fait accompli, puisse toujours ordonner l'exécution forcée du contrat. Même d'un point de vue économique, celle-ci ne peut pas être mise sur un strict pied d'égalité avec l'allocation de dommages-intérêts. La perte d'un client, fût-elle compensée par une indemnité, est toujours susceptible de produire un effet désastreux sur la réputation d'un agent économique, et donc lui nuire à terme sans qu'il soit possible de chiffrer le montant exact du dommage qu'il subit (comp. B. Rudden et P. Juilhard, La théorie de la violation efficace, RID comp. 1986, p. 1015 s., spéc. n° 15 et 16). Par ailleurs, plus une partie engage ce que les économistes nomment des actifs spécifiques à l'occasion de la formation et de l'exécution d'un contrat, plus elle semble avoir besoin de la protection du juge pour éviter les comportements qualifiés d'opportunistes de son partenaire. Autrement dit, il n'est pas sûr que le coût social de la résolution judiciaire soit nécessairement le plus important.

5 - La résolution unilatérale du contrat protège d'ailleurs d'autant moins le débiteur que le critère permettant de l'autoriser est flou ou imprécis. C'est pour cette raison, par exemple, que les principes Unidroit visent une inexécution « essentielle » (Principes relatifs aux contrats du commerce international, éd. Unidroit, 1994, spéc. p. 191 : « ... la résolution du contrat entraînera souvent un grave préjudice au débiteur qui ne pourra récupérer les dépenses engagées pour la préparation et l'exécution de la prestation. Pour ces raisons, le paragraphe 1 du présent article



prévoit que le créancier ne peut résoudre le contrat que si l'inexécution de l'autre partie est « essentielle »... ») ; or ce n'est pas cette voie qu'emprunte l'arrêt, qui parle de « la gravité du comportement d'une partie à un contrat ». Plus précisément, la Cour de cassation ne mentionne pas la gravité d'une inexécution contractuelle mais la gravité d'un « comportement ». Ce n'est pas nouveau (cf. dans ce sens, B. Fagès, *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PU Aix-Marseille, 1997, spéc. n° 731) et il est acquis que le pouvoir dont usent les juges du fond lorsqu'ils statuent sur la résolution du contrat « est pour eux le moyen de porter un jugement moral sur la conduite respective des contractants » (J. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, 21e éd., 1998, § 190). C'est ainsi qu'ils prennent en considération le manquement pris en tant que tel, qui est d'ailleurs susceptible de varier selon la nature du contrat et les obligations mises à la charge du débiteur, mais aussi la situation et l'attitude des contractants qu'il s'agit de sanctionner, l'appréciation de leur seul comportement étant même susceptible d'autoriser parfois la résolution de certains contrats (cf. Cass. 3e civ., 29 avr. 1987, Bull. civ. III, n° 93 ; RTD civ. 1987, p. 536, obs. J. Mestre, en matière de bail à métayage ; *Adde*, Cass. 3e civ., 11 juillet 1977, Gaz. Pal. 1977, 2, Pan., p. 364).

On comprend d'ailleurs que, dans l'espèce commentée, les juges se soient plutôt référés au comportement du débiteur qu'à un manquement de sa part à une stipulation formelle du contrat. Ce sont en effet une longue série d'incidents, un manque de disponibilité, une fébrilité certaine, ou encore un défaut de coopération avec les autres praticiens de la clinique dont il avait perdu la confiance qui ont fini par rendre nécessaire la résolution du contrat. En d'autres termes, ce sont plus sûrement une attitude générale et l'accumulation de manquements plus ou moins importants que l'inexécution caractérisée d'une obligation formelle du contrat qui ont justifié la rupture du lien contractuel, tout en incitant d'ailleurs la Cour de cassation à ne pas condamner l'octroi d'un délai de préavis, alors que la gravité du manquement aurait pu au premier abord laisser penser que l'un et l'autre étaient incompatibles.

Qu'une telle accumulation justifie la résolution n'est pas critiquable en soi. Cela contribue même à renforcer l'exigence de loyauté et de coopération entre les parties qu'exprime le droit contemporain des contrats (cf., de façon générale, C. Guelfucci-Thibierge, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ. 1997, spéc. p. 382 et s. ) et qui trouve l'une de ses meilleures expressions dans les rapports que doit entretenir un médecin avec la clinique à laquelle il est lié. On ne peut néanmoins s'empêcher de penser que l'appréciation d'un tel comportement est plus subjective que la constatation de la violation d'une clause formelle d'un contrat. C'est la raison pour laquelle elle s'accorde moins avec la résolution unilatérale qui nécessite une plus grande netteté dans l'appréciation de l'inexécution que la résolution judiciaire. Autrement dit, pour ne pas nuire de façon excessive au débiteur, la résolution unilatérale ne peut pas se contenter des mêmes critères que la résolution judiciaire, car ils ne sont plus dans la main du juge mais dans celle du créancier.

Si donc la jurisprudence était amenée à évoluer, peut-être devrait-elle se montrer plus rigoureuse dans l'appréciation des manquements reprochés au débiteur pour ne pas s'en tenir à la seule « gravité du comportement » mais à l'inexécution d'une obligation déterminante ou essentielle, ainsi qu'elle a déjà paru le faire (Cass. com., 2 juill. 1996, Bull. civ. IV, n° 198 ; Defrénois 1996, p. 1364, obs. D. Mazeaud ; JCP 1996, I, n° 3983, n° 14, et nos obs. ; D. 1996, IR p. 192  ; *Adde*, Cass. com., 24 avr. 1950, Bull. civ. III, n° 139). Ce serait néanmoins regrettable, car cela constituerait un recul par rapport au raffinement jurisprudentiel actuel, puisque les comportements déloyaux dont l'accumulation justifie la résolution ne pourraient être que plus difficilement pris en considération, à moins de retenir qu'ils finissent par remettre en cause ce genre d'obligation. En outre, il peut être fort difficile de cerner ce qu'est une obligation essentielle : les termes des art. 49 de la convention de Vienne ou 7.3.1 des principes Unidroit en attestent (comp. sur les débats en droit anglais, R. Sefton-Green, *La notion d'obligation fondamentale : comparaisons franco-anglaises*, th. Paris I, dactyl., 1997). C'est la

raison pour laquelle mieux vaudrait peut-être privilégier une autre voie, celle de la motivation : en disposant de la faculté de déclarer seul le contrat résolu, le créancier exerce un pouvoir dont le juge doit être en mesure de vérifier qu'il ne l'a pas détourné à son seul profit ; or l'un des meilleurs moyens pour ce faire est de lui permettre de s'appuyer sur les motifs tels que le créancier les a exposés (comp. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, *Economica*, 1985, n° 187 : « Sans aller jusqu'à exiger du titulaire du pouvoir qu'il justifie la légitimité de son attitude, ce qui reviendrait à présumer le détournement de pouvoir, il serait tout à fait concevable de lui imposer la charge de l'allégation des mobiles qui ont dicté son action. Une telle obligation se situerait dans le droit fil de la qualification de pouvoir »). C'est d'ailleurs dans cette voie que s'est engagé, en matière de résiliation pour faute, un droit administratif (sur le fondement de la loi n° 79-587 du 11 juill. 1979 qui dispose que les décisions individuelles défavorables constituent une sanction et doivent être motivées ; cf. B. Stirn, concl. sur CE, 23 juin 1986, *Thomas*, RFD adm. 1987, p. 197 ; *adde*, L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 1995, p. 191) qui a une expérience plus affirmée que le droit civil de ce droit inégalitaire des contrats que celui-ci tente aujourd'hui de forger, de même d'ailleurs qu'un droit du travail qui n'a peut-être pas été étranger à notre affaire (cf. *supra*, n° 4).

6 - Cependant la jurisprudence évoluera-t-elle ? C'est la question que l'on peut se poser pour conclure. L'arrêt présenté n'est certes pas le premier rendu en ce sens par la 1<sup>re</sup> Chambre civile. Celui-ci a connu au moins un précédent (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 avr. 1987, D. 1988, Jur. p. 1, note P. Delebecque). Ainsi que nous l'avons vu, il est même possible qu'il se rattache à quelques arrêts justifiés par l'urgence ou la nature spécifique du lien contractuel (cf. *supra*, n° 4). Il contredit cependant une jurisprudence traditionnelle (cf. en particulier, Cass. soc., 31 mai 1967, Bull. civ. IV, n° 433 ; Cass. com., 24 nov. 1964, Bull. civ. III, n° 517 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> mars 1956, Bull. civ. IV, n° 213 ; Cass. civ., 15 juin 1914, DP 1918, 1, p. 32 ; Req., 1<sup>er</sup> déc. 1897, DP 1898, 1, p. 289, note M. Planiol ; Cass. civ., 12 déc. 1876, DP 1877, 1, p. 228 ; Cass. civ., 24 nov. 1875, DP 1876, 1, p. 363 ; Req., 8 janv. 1850, DP 1850, 1, p. 11) à laquelle la Chambre commerciale a eu l'occasion de se rallier à plusieurs reprises en termes dénués d'ambiguïté, à propos d'affaires où l'importance de l'enjeu et le caractère personnel des liens contractuels - il s'agissait de concession commerciale - n'en auraient pas moins justifié une solution identique à celle de la 1<sup>re</sup> Chambre civile (Cass. com., 1<sup>er</sup> déc. 1992, RTD civ. 1993, p. 578, obs. J. Mestre  ; D. 1995, Somm. p. 72, obs. Ferrier  ; 25 mars 1991, Contrats, conc., consomm. 1991, comm., n° 162, obs. L. Leveneur ; 24 juin 1980, Bull. civ. IV, n° 273). Le débat n'est donc pas clos. Il est à mon sens susceptible d'emprunter trois voies principales. L'état de nécessité peut d'abord justifier une entorse faite à l'art. 1184 c. civ., mais il faut alors fonder la solution, non point sur la gravité du manquement du débiteur, mais sur la preuve de cet état. Il est ensuite possible d'étendre la solution propre aux contrats de travail à ceux des contrats qui leur ressemblent, mais il faut alors en déterminer les critères, qualifier la gravité du manquement pour la distinguer de celle qui autorise la résolution judiciaire, et se souvenir qu'il s'agit là d'une violation de l'art. 1184 c. civ. qui ne peut se prévaloir de la relative indépendance du droit du travail. Aussi le temps est peut-être venu de discuter du principe même du caractère judiciaire de la résolution : la formule générale de l'arrêt y pousse, de même que les systèmes juridiques qui nous entourent par leur abandon du modèle français. En ces termes, le débat mériterait d'être repris par l'assemblée la plus prestigieuse de la Cour de cassation, tant ses implications pratiques, les ajustements qu'il nécessite et sa signification politique sont, ainsi que nous l'avons vu, loin d'être neutres. Plus sûrement, puisque les termes des alinéas successifs de l'art. 1184 sont nets, justifieraient-ils une intervention du législateur. Cependant, la solliciter aujourd'hui présumerait de la solution. Aussi le débat judiciaire demeure-t-il irremplaçable, fût-ce à titre de préalable à une future réforme.

**Document 7 : Civ. 1, 28 oct. 2003, Bull. civ. I, n° 211 ; JCP G, II, 10018, note C. Lachière.**

LA COUR - (...) Sur le premier moyen, pris en sa quatrième branche, qui est de pur droit :

Vu les articles 1134 et 1184 du Code civil ;

Attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non ;

Attendu que, par contrat du 23 mai 1997, la société Barep a confié, pour dix huit mois, à la société Financière Laurent (SFL) une mission d'assistance et de conseil, avec la participation personnelle de M. Laurent, son PDG ; qu'à la suite de difficultés survenues entre les parties, la société Barep a déclaré prendre acte de la résiliation unilatérale du contrat, du fait de la société SFL, avec effet au 1er juillet 1998 ; que la société SFL et M. Laurent ayant assigné la société Barep pour rupture abusive de la convention, l'arrêt partiellement infirmatif attaqué les a déboutés de leurs demandes à l'exception d'un droit à commission de 3 % sur une commande pour 89 155,18 F ;

Attendu que pour rejeter les demandes de la société SFL en paiement et en dommages-intérêts, l'arrêt attaqué retient que la rupture à l'initiative de la société Barep était justifiée par la non-exécution par la société SFL de ses obligations contractuelles au cours des deux mois précédents ;

Attendu qu'en statuant ainsi sans rechercher si le comportement de la société SFL revêtait une gravité suffisante pour justifier cette rupture, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et sur le second moyen :

Attendu que la cour d'appel ayant débouté M. Laurent de sa demande en dommages-intérêts contre la société Barep au motif que la rupture du contrat était imputable à la société SFL, en application de l'article 625 du Nouveau Code de procédure civile, la cassation du chef de l'arrêt relatif à la demande que la société Barep avait dirigée contre la société SFL atteint, par voie de dépendance nécessaire, le chef de l'arrêt concernant cette demande de M. Laurent.

Par ces motifs (...) :

Casse et annule, sauf en ce qu'il a condamné la société Barep à payer à la société SFL la somme de 89 155,18 F, l'arrêt rendu le 15 novembre 2000, entre les parties, par la Cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Bordeaux, autrement composée ;

### **Note C. Lachière**

#### **La rupture unilatérale pour comportement grave, évolution ou révolution ?**

1 - La rupture unilatérale pour comportement grave a fait une irruption tonitruante dans notre droit positif, depuis que la première Chambre civile de la Cour de cassation a jugé que " la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls "(1) " peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non "(2) . Reste que sa place est discutée. De nombreux auteurs considèrent que la rupture unilatérale vient concurrencer le principe de la résolution judiciaire inscrit à l'article 1184 du Code civil. Le contractant insatisfait disposerait d'une véritable option : il pourrait soit saisir le juge pour faire prononcer la résolution du contrat, soit rompre lui-même le contrat(3). Cette interprétation nous paraît discutable. La rupture pour comportement grave suppose un manquement particulièrement caractérisé et elle doit donc être analysée comme une dérogation particulière à la règle de l'article 1184 du Code civil. L'arrêt ci-dessus rapporté(4) nous semble confirmer cette analyse.

2 - Par contrat du 23 mai 1997, la société B. avait confié pour une période de dix-huit mois une mission d'assistance et de conseil à la société SFL et à son PDG, M. L. Des difficultés survenant entre les parties, la société B. a rompu le contrat avec effet au 1er juillet 1998. La société SFL et M. L. ont alors assigné la société B. pour rupture abusive du contrat. La cour d'appel a rejeté cette demande. Elle décide que la rupture du contrat par la société B. était justifiée par la non-exécution par la société SFL de ses obligations contractuelles au cours des deux mois précédents. Pour la cour d'appel, la simple inexécution de ses obligations contractuelles par l'une des parties justifiait que l'autre partie mette fin au contrat unilatéralement.

3 - La première chambre civile a censuré cette décision. Sous le visa des articles 1134 et 1184 du Code civil, les Hauts magistrats ont d'abord réaffirmé, au seuil de leur décision, la faculté de rupture unilatérale pour comportement grave : " la gravité du comportement d'une partie peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non ". Ils ont ensuite censuré la décision attaquée, pour manque de base légale, reprochant aux juges du fond d'avoir rejeté la demande en réparation de la rupture unilatérale " sans rechercher si le comportement de la société SFL présentait une gravité suffisante pour justifier cette rupture ".

Cette décision apporte une intéressante contribution à la définition du comportement propre à justifier la rupture unilatérale, en soulignant que ce comportement doit présenter une particulière gravité (1). Cette solution permet, nous semble-t-il, d'analyser la rupture pour comportement grave comme une simple dérogation à la règle de la résolution judiciaire (2).

### **1 - Le seuil de gravité propre à justifier la rupture unilatérale pour comportement grave**

4 - L'arrêt rapporté livre d'intéressantes indications sur le comportement de nature à justifier la rupture unilatérale. La Cour de cassation prend le soin de préciser que : " L'arrêt attaqué retient que la rupture à l'initiative de la société B. était justifiée par la non-exécution par la société SFL de ses obligations contractuelles au cours des deux mois précédents ", avant de censurer la décision de la cour d'appel pour manque de base légale. La Cour de cassation indique ainsi clairement que la simple inexécution des obligations contractuelles ne suffit pas à justifier la rupture unilatérale.

Cette décision permet d'affirmer que la rupture unilatérale est subordonnée à une exigence plus stricte que la résolution judiciaire. La résolution judiciaire peut, semble-t-il, être prononcée pour tout manquement contractuel(5) et, invariablement, les pourvois contre les décisions qui admettent le prononcé de la résolution judiciaire se heurtent au pouvoir souverain des juges du fond(6) . Au contraire, la rupture unilatérale ne peut être justifiée que par un comportement grave de l'autre partie, et la Cour de cassation veille au respect de cette exigence : elle censure les décisions des juges du fond qui admettent la rupture unilatérale sans caractériser un manquement d'une particulière gravité(7).

5 - Le seuil de gravité exigé pour justifier la rupture unilatérale paraît donc plus élevé que le seuil de gravité exigé pour prononcer la résolution judiciaire. Cette divergence se justifie pleinement. Dans la conception française qui fait du respect de la parole donnée le principe essentiel du contrat, il est normal qu'un contractant ne puisse pas rompre unilatéralement le contrat pour un simple manquement contractuel de l'autre partie. Au contraire, le juge, saisi d'une demande de résolution judiciaire, doit pouvoir apprécier souverainement s'il y a lieu de prononcer la résolution.

Cette divergence dément la thèse suivant laquelle le comportement du débiteur défaillant devrait être apprécié de la même façon dans la résolution judiciaire et dans la rupture unilatérale. Suivant cette thèse, le juge ne peut sanctionner la rupture unilatérale là où il aurait lui-même

prononcé la résolution judiciaire(8). Si séduisante soit-elle par son apparente simplicité, cette thèse ne convainc pas vraiment. La rupture unilatérale et la résolution judiciaire ne doivent pas être placées sur un même plan. Le juge, chargé de contrôler après coup la régularité de la rupture, doit rechercher si cette décision contraire à la règle de l'article 1184 était bien justifiée par un manquement d'une particulière gravité ; il n'a pas à se demander s'il aurait, ou non, prononcé la résolution.

6 - Il reste à définir le seuil de gravité qui peut justifier la rupture unilatérale. En fixant comme critère " la gravité du comportement ", et non " la gravité du manquement " comme dans la résolution judiciaire, la Cour de cassation semble bien inviter à une appréciation subjective. La référence au comportement renvoie à un manquement de nature morale, c'est-à-dire à la mauvaise foi ou à la déloyauté du débiteur(9).

La Cour de cassation semble bien utiliser toutes les ressources que lui offre le contrôle formel de la motivation pour indiquer que le standard qui justifie la rupture correspond à une violation grave de l'obligation de bonne foi. Pour maintenir les décisions qui ont admis la régularité de la rupture unilatérale, les Hauts magistrats soulignent que les juges du fond ont caractérisé la mauvaise foi du débiteur(10). Et dans les arrêts de cassation, le visa de l'article 1134 du Code civil s'expliquerait par référence à l'alinéa 3 qui pose l'exigence de bonne foi(11). Ces décisions montrent bien que la régularité de la rupture unilatérale pour comportement grave présente un caractère d'exception.

## **2 - Le caractère dérogatoire de la rupture unilatérale pour comportement grave**

7 - La régularité de la rupture unilatérale présente un caractère d'exception et la règle de la résolution judiciaire conserve la valeur d'un principe(12). On sait que le principe de la résolution judiciaire supporte déjà certaines dérogations. La loi admet que certains contrats peuvent, en l'absence de toute clause résolutoire, être rompus de façon unilatérale(13). La jurisprudence admet que l'urgence(14) ou l'existence de rapports personnels devenus intolérables(15) justifient la rupture sans recourir au juge. Dans ces différentes hypothèses, la rupture unilatérale est permise pour éviter certaines conséquences excessives de la règle de la résolution judiciaire. La rupture unilatérale pour comportement grave participe, dans notre idée, de la même logique. Il serait illogique et peu équitable que le contractant qui a agi de mauvaise foi, poussant l'autre partie à rompre le contrat, puisse faire sanctionner l'auteur de la rupture unilatérale en se fondant sur le principe de la résolution judiciaire !

8 - Suivant cette conception, la rupture pour comportement grave s'inscrit dans le mouvement de développement de la bonne foi dans notre droit. D'abord en sanctionnant la mauvaise foi du débiteur défaillant (V. *supra* n° 6). Ensuite, et de façon aussi efficace que discrète, en encourageant le créancier à faire preuve de loyauté envers son débiteur en difficulté. En effet le créancier insatisfait aurait tout intérêt à déployer certains efforts pour dialoguer avec son partenaire, voire lui venir en aide ; si ces efforts ne permettent pas de rétablir la bonne exécution du contrat, ils permettront peut-être de justifier la rupture unilatérale en soulignant la mauvaise foi du débiteur. Les décisions des juges du fond qui ont admis la régularité de la rupture unilatérale sans être censurées par la Cour de cassation relèvent que l'auteur de la rupture avait fait preuve de patience envers son débiteur en essayant de le convaincre de s'exécuter, et qu'il avait pris le soin de lui adresser une mise en demeure avant de rompre le contrat(16). Nous rejoignons sur ce point l'opinion de Mme Rochfeld qui souligne que le système de la rupture unilatérale induit une appréciation du comportement de celui qui l'exerce(17).

9 - Interprétée comme une simple dérogation particulière à la règle de l'article 1184 du Code civil, la rupture unilatérale pour comportement grave pourrait s'insérer sans difficulté dans notre

ordre juridique sans heurter l'esprit du Code civil. Elle permettrait de préserver les intérêts des créanciers contre les débiteurs de mauvaise foi, sans sacrifier la protection des débiteurs de bonne foi.

Au contraire, la consécration d'un principe de rupture unilatérale du contrat, souhaitée par certains auteurs, impliquerait de profonds bouleversements dans notre ordre juridique interne. Il conviendrait d'une part de définir les conditions de mise en œuvre de ce droit de rupture unilatérale : les auteurs préconisent une obligation de motivation de la rupture(18) voire l'exigence d'un préavis(19). Il conviendrait d'autre part d'aménager le contrôle judiciaire de l'exercice de cette prérogative. Le débiteur devrait pouvoir saisir le juge des référés pour demander le maintien du contrat à titre conservatoire(20), mais la compétence du juge des référés à prononcer une telle mesure soulève d'importantes difficultés(21). Dans ces conditions, la simplification et la rapidité attendues ne seraient peut-être pas au rendez-vous(22)...

10 - La rupture unilatérale n'a pas encore été admise par l'ensemble des chambres de la Cour de cassation(23) et elle suscite l'hostilité de certaines juridictions du fond(24). La question reste entière de savoir si elle doit intervenir comme une simple dérogation particulière au principe de la résolution judiciaire ou bien comme un principe concurrent de celui-ci. Suivant le cas, elle entraînera un simple aménagement technique ou bien un véritable séisme dans notre droit. Alors, évolution ou révolution ?

---

1) Cass. 1re civ., 13 oct. 1998 : Bull. civ. 1998, I, n° 300 ; D. 1999, somm. p. 197, note C. Jamin ; D. 1999, somm. p. 115, obs. P. Delebecque ; JCP G 1999, II, 10133, note N. Rzepecki ; Defrénois 1999, p. 374, note D. Mazeaud ; RTD civ. 1999, p. 394, obs. J. Mestre et p. 506, obs. J. Raynard.

2) Cass. 1re civ., 20 févr. 2001 : Juris-Data n° 2001-008276 ; Bull. civ. 2001, I, n° 40 ; JCP G 2001, IV, 1683 ; D. 2001, p. 1568, note C. Jamin ; D. 2001, somm. p. 3239, obs. D. Mazeaud ; Defrénois 2001, p. 705, obs. E. Savaux ; RTD civ. 2001, p. 363, n° 9, obs. J. Mestre et B. Fages.

3) C. Jamin, préc. note (1) ; C. Jamin, préc. note (2), spéc. p. 1569 ; E. Savaux, obs. préc. note (2), p. 706 et 707 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Les obligations : Dalloz, 8e éd., 2002, n° 661.

4) Cass. 1re civ., 28 oct. 2003 : Bull. civ. 2003, I, n° 211.

5) La Cour de cassation a décidé que la résolution peut être prononcée même si l'inexécution due au fait du débiteur n'est pas fautive : Cass. 1re civ., 4 févr. 1976 : Bull. civ. 1976, I, n° 53.

6) Cass. com., 27 mai 1981 : Bull. civ. 1981, IV, n° 252. - Cass. 3e civ., 22 mars 1983 : Bull. civ. 1983, III, n° 84. - Cass. 1re civ., 15 juill. 1999 : Bull. civ. 1999, I, n° 245.

7) Outre l'arrêt commenté, V. Cass. 1re civ., 20 févr. 2001, préc. note (2).

8) E. Savaux, préc. note (2) ; Defrénois 2001, p. 706 et 707, " on ne voit pas pourquoi le juge sanctionnerait une résolution dans des circonstances où il l'aurait lui-même prononcée " ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit. note (3), n° 661 ; C. Jamin, préc. note (1).

9) V. not. S. Amrani-Mekki, La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée : LPA 12 août 2002, p. 8 s., spéc. n° 20 et 21 ; C. Jamin, préc. note (1), spéc. p. 2001. Ces auteurs préconisent pourtant une appréciation objective.

10) Cass 1re civ., 13 oct. 1998, préc. note (1). - Cass 1re civ., 9 juill. 2002 : Juris-Data n° 2002-015145 ; Bull. civ. 2002, I, n° 187 ; JCP E 2003, 629, note C. Lachièze, relevant des violations " graves et renouvelées " du débiteur en dépit des tentatives d'apaisement du créancier et d'une mise en demeure.

11) Outre l'arrêt commenté, V. Cass. 1re civ., 20 févr. 2001, préc. note (2).

12) Sur la vocation générale de la règle de l'article 1184 du Code civil, V. déjà J. Béguin, Rapport sur l'adage " Nul ne peut se faire justice à soi-même " : Travaux de l'association Henri Capitant, t. XVIII, Dalloz 1969, p. 41 s., spéc. p. 58 s.



13) V. par ex. C. civ., art. 1657, qui dispose que la résolution de la vente a lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur de denrées ou d'effets mobiliers, après l'expiration du terme convenu pour le retirement. C. consom., art. L. 114-1 prévoyant que le consommateur peut " dénoncer le contrat de vente d'un bien meuble ou de fourniture d'une prestation de services par lettre recommandée avec demande d'avis de réception en cas de dépassement de la date de livraison du bien ou d'exécution de la prestation excédant 7 jours et non dû à un cas de force majeure ". C. trav., art. L. 122-3-8 autorisant la rupture du contrat de travail à durée déterminée en cas de faute grave de l'une ou l'autre partie.

14) T. civ. Seine, 31 juill. 1897 : S. 1898, 2, p. 85, expulsion d'un spectateur qui trouble la représentation. - CA Paris, 14 oct. 1982 : D. 1983, inf. rap. p. 494, une clinique peut interdire à l'un des médecins exerçant en son sein l'accès au patient lorsqu'il en menace la sécurité (par son ébriété).

15) Cass. civ., 26 févr. 1896 : S. 1897, 1, p. 187. - Cass. civ., 25 avr. 1936 : DH 1936, p. 331. - Cass. soc., 22 oct. 1991 : D. 1992, jurispr. p. 189, note crit. J.-P. Karaquillo, rupture unilatérale du contrat à durée déterminée d'un salarié " dont les insuffisances mettaient en péril le bon fonctionnement de l'établissement au point de rendre impossible le maintien du lien contractuel jusqu'au terme de l'année scolaire ".

16) Cass. 1re civ., 13 oct. 1998, préc. note (1) et Cass. 1re civ., 9 juill. 2002, préc. note (10).

17) J. Rochfeld, Résolution et exception d'inexécution in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats : Dalloz, 2003, p. 213 s., spéc. p. 222 s.

18) C. Jamin, préc. note (1), spéc. n° 5 ; D. 2001, p. 1569 ; S. Amrani-Mekki, préc. note (9), spéc. n° 39 s.

19) S. Amrani-Mekki, préc. note (9) spéc. n° 42 s.

20) V. Cass. 1re civ., 7 nov. 2000 : Juris-Data n° 2000-006739 ; Bull. civ. 2000, I, n° 286 ; D. 2001, p. 256 s., note C. Jamin et M. Billiau ; JCP G 2001, II, 10506, note X. Vuitton ; RTD civ. 2002, p. 137, obs. J. Normand.

21) V. not. J. Normand, préc. note (20).

22) V. not. les réserves de C. Jamin, préc. note (1), spéc. p. 200 n° 4 in fine. V. ég. D. Tallon, L'article 1184 du Code civil, un texte à rénover ? in Clés pour le siècle : Dalloz, 2000, p. 253 s.

23) La chambre commerciale sanctionne la rupture du lien contractuel sans tenir compte de la gravité des manquements avancés pour la justifier, V. not. Cass. com., 24 juin 1980 : Bull. civ. 1980, IV, n° 273. - Cass. com., 25 mars 1991 : Contrats, conc., consom 1991, comm. 162, obs. L. Leveneur. - Cass. com., 1er déc. 1992 : RTD civ. 1993, p. 578, n° 2, obs. J. Mestre.

24) V. par ex. CA Nancy, 20 nov. 2000 : Juris-Data n° 2000-139560 ; JCP G 2002, II, 10113, note C. Jamin ; JCP E 2002, 199.

### **Document 8 : Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution des contrats », *RDC* avril 2016, n° spécial, p. 39.**

*Le regroupement des sanctions de l'inexécution du contrat au sein d'une même section, la place accrue de l'unilatéralisme, le domaine de l'exécution forcée en nature, la généralisation de la mise en demeure et l'exigence ponctuelle de notification sont les principaux changements effectués par l'Ordonnance.*

*Certains traits caractéristiques du droit français ont été maintenus, notamment la prise en compte de l'existence et de la gravité de la faute du débiteur et la liberté reconnue au créancier d'opter pour la sanction de son choix.*

*Il est regrettable que l'occasion de modifier le régime très incomplet des dommages-intérêts n'ait pas été saisie.*

Par comparaison avec le Code civil de 1804, le régime des sanctions de l'inexécution du contrat est entièrement refondu par l'Ordonnance du 10 février 2016 1. L'amélioration des textes est saisissante. Il est vrai que la marge de progression était immense. Rappelons en effet que jusqu'à la veille de la réforme, les sanctions de droit commun étaient dispersées dans le Code civil – une dispersion que la doctrine avait parfois accentuée en renvoyant l'étude de certaines sanctions tantôt au droit de la responsabilité civile, tantôt au régime général de l'obligation. Par ailleurs, plusieurs sanctions, y compris les plus fondamentales, étaient mal exprimées. Songeons à l'exécution forcée en nature, que l'ancien article 1142 écartait sans nuance, ou à la résolution pour inexécution, logée dans le paragraphe consacré à la condition résolutoire. Enfin, certaines sanctions étaient oubliées, par exemple l'exception d'inexécution, tout comme était passée sous silence l'articulation entre les divers moyens dont dispose le créancier.

La plupart de ces défauts sont corrigés par les articles 1217 et suivants du Code civil. Sur les 22 articles que comportent la Section 5 relative à « l'inexécution du contrat », plus des trois quarts ont été modifiés entre le projet publié par la Chancellerie en février 2015 et la version définitivement adoptée – du moins jusqu'à la loi de ratification 2. Ces nombreux changements n'ont pas tous la même portée.

Certains sont secondaires. C'est le cas du renvoi par l'article 1217 aux autres sanctions, qui est formulé de façon plus rigoureuse mais sans changement substantiel. De même, l'article 1226 indique que l'urgence dispense de mettre en demeure le débiteur avant de résoudre unilatéralement le contrat ; la précision est bienvenue, mais la Cour de cassation n'en aurait sans doute pas décidé autrement. Plus généralement, le style et la terminologie ont été – dans l'ensemble 3 – améliorés. Ainsi, « sanction » remplace « remède » (art. 1217), « obligation » remplace « engagement » (art. 1217) 4 ou « prestation » (art. 1220) ; les dernières allusions à la distinction entre les obligations de faire et de donner sont supprimées (art. 1231) ; la cause étrangère est absorbée par la force majeure (art. 1231-1).

À l'inverse, d'autres changements sont significatifs. Par exemple, selon l'article 1123, al. 2 du Code civil, la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte de préférence redevient une condition de la substitution en cas d'inexécution. La nécessité d'une autorisation préalable du juge est réintroduite pour la destruction de ce qui a été fait en violation du contrat (art. 1222) 5.

Entre ces deux séries de modifications se situe une zone d'ombre, c'est-à-dire des changements dont il est difficile à ce jour de mesurer la portée exacte. Ainsi, y a-t-il une différence, et dans l'affirmative laquelle, entre le « coût manifestement déraisonnable » de l'exécution forcée en nature et la rédaction adoptée excluant le prononcé de cette sanction en cas de « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier » (art. 1221) ? De même, le projet prévoyait que la résolution puisse « toujours » être demandée en justice. La rédaction de ce texte soulevait la question de savoir s'il remettait en cause la validité des clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. L'actuel article 1227 dispose que « la résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice ». La rédaction se veut plus claire 6. En vérité, elle est tout aussi équivoque. De même encore, en matière de clause pénale, comment interpréter le silence de l'article 1231-5 (dernier alinéa) au sujet de la validité des clauses de dispense de mise en demeure qui, dans la version initiale, était expressément reconnue ? Dans l'ensemble, il n'y a rien d'inattendu dans ces nouvelles dispositions. Toutes avaient été suggérées soit avant le projet publié en 2015, soit à l'occasion de la consultation publique qui s'en était suivie. Ce qui révèle, non pas l'avènement d'une « démocratie participative » (ne serait-ce qu'en raison de l'opacité du processus), mais plus sobrement la dimension collective de l'œuvre. Ces textes ont été rédigés par sédimentation, avec le concours critique d'universitaires et de praticiens de divers horizons 7.

De manière générale, les objectifs poursuivis de modernisation, de simplification, d'accessibilité du droit commun et de regroupement des règles sont atteints. Par-delà la remise

en ordre formelle, on remarque que plusieurs traits caractéristiques du droit français ont été conservés. C'est vrai du recours au concept de « faute » (du débiteur) et de la prise en compte de son degré de gravité. C'est vrai également de la résolution du contrat qui reste conçue comme une sanction grave devant être réservée, sauf clause contraire, aux inexécutions les plus sérieuses. On devine l'orientation choisie : le contrat ne doit pas être anéanti à la légère, ce que montre également le régime de la force majeure temporaire (art. 1218, al. 2) ou la généralisation de la réduction du prix (art. 1223). C'est vrai enfin de l'exigence minimale de coopération imposée aux parties en dépit de l'inexécution et qui découle, plus ou moins directement, de l'idée de bonne foi.

Parallèlement, une autre orientation – plus innovante 8 – se dégage du nouveau régime visant à promouvoir l'efficacité, y compris économique, des sanctions de l'inexécution et donc du droit des contrats 9. Elle se manifeste par un retrait du juge, dont l'intervention est plus souvent retardée ou facultative qu'auparavant. Le régime de l'exécution en nature par un tiers, la rétrogradation de la résolution judiciaire ou l'automatisme des effets de la force majeure sur le contrat en sont autant d'illustrations. Participe également de cette nouvelle orientation la prise en compte du coût de l'inexécution et de ses suites. Cela ne concerne pas seulement la nouvelle limite à l'exécution forcée en nature 10. C'est la même préoccupation qui inspire l'exception d'inexécution par anticipation, la réduction du prix ou la consécration de la résolution unilatérale 11. On mesure ainsi le chemin parcouru depuis l'article remarqué que Denis Tallon avait publié en 1994 et qui, éclairé par son expérience de co-rapporteur des Principes d'Unidroit 12, avait appelé de ses vœux une nouvelle présentation des sanctions de l'inexécution du contrat 13. C'est désormais chose faite. D'abord, les sanctions sont regroupées de façon cohérente dans une subdivision du Code, sans que la présentation ne soit brouillée par le type d'obligation, ni par la nature synallagmatique du contrat. Ce qui permet, ensuite, de mieux saisir au sein de cet éventail comment les sanctions s'articulent en fonction de leur utilité propre, leur compatibilité ou leur incompatibilité. Le Code civil, tel que modifié par l'Ordonnance, offre ainsi une panoplie de sanctions (I) parmi lesquelles un choix doit être effectué (II).

## **I – La panoplie des sanctions**

La panoplie des sanctions de l'inexécution en droit commun est annoncée par l'article 1217. Aucune de celles qui sont consacrées n'est d'un type nouveau. Aucune de celles qui existaient déjà n'est supprimée 14. Toutefois, cette continuité apparente est trompeuse. En réalité, la plupart des sanctions voient leur domaine ou leur régime modifié. Et si l'on s'interroge sur les innovations, une distinction apparaît alors clairement entre l'innovation manquée, d'un côté (A), et les innovations réalisées, de l'autre (B).

### **A – L'innovation manquée : les dommages-intérêts**

L'innovation manquée concerne les dommages-intérêts, qu'il s'agisse de leur régime conventionnel (1) ou plus encore de leur régime légal (2).

1 – Le régime conventionnel de la réparation et plus largement des clauses de responsabilité est consolidé. L'inefficacité de ces clauses en cas de faute intentionnelle est maintenue et l'article 1231-3 fait produire le même effet à la faute lourde, ce qui est acquis de très longue date. Aucune définition légale de ces fautes n'est donnée. Il faut également compter avec l'article 1170, dont la filiation avec la jurisprudence Chronopost n'est pas difficile à établir, sans oublier l'interdiction des clauses abusives dans les contrats d'adhésion édictée par l'article 1171 qui est certes une innovation, mais qui n'est pas propre à l'inexécution du contrat.

En ce qui concerne la clause pénale, il est dommage qu'au nom de l'objectif de simplification toute référence à la fonction incitative ait été effacée du Code 15. Cela confortait l'utile et

pertinente distinction – malheureusement perdue de vue à chaque fois que la somme « manifestement excessive » est réduite par le juge à une valeur proche du dommage réparable – entre la « vraie » clause pénale (celle qui comporte par essence une fonction punitive et donc comminatoire) et la clause forfaitaire d'indemnisation. Surtout, il est regrettable que l'occasion n'ait pas été saisie, d'une part, de définir plus précisément la clause pénale alors que persiste un contentieux sur ce point précis malgré des études décisives 16, d'autre part, de mieux identifier le ou les critères en fonction desquels l'excès manifeste est apprécié et le cas échéant corrigé. À cet égard, la référence devenue usuelle au préjudice réparable au moment où le juge statue paraît bien insuffisante. La légitimité de la pénalité et de son montant ne saurait être appréciée dans l'ignorance de l'intérêt que son bénéficiaire cherchait à défendre en la stipulant. Or la poursuite d'un intérêt légitime peut justifier un écart, même sensible, avec le préjudice causé.

2 – Mais ces réserves sont peu de choses à côté de celles que suscite l'absence de réforme du régime légal des dommages-intérêts. En effet, si l'on met à part quelques changements terminologiques, le régime des dommages-intérêts judiciaires ne comporte aucune innovation. Compte tenu de l'importance pratique de cette sanction et du caractère sommaire des dispositions du Code civil, cet immobilisme représente le défaut majeur de la réforme en matière d'inexécution. L'occasion est ainsi manquée d'attribuer aux dommages-intérêts une fonction qui ne soit pas seulement compensatoire. Sans aller nécessairement jusqu'à admettre les dommages-intérêts punitifs, une fonction « confiscatoire » aurait pu être instaurée afin de tenir en échec les fautes lucratives, du moins lorsque le créancier a intérêt à ce que le débiteur ne conserve aucun bénéfice de son manquement.

De même, l'occasion n'a pas été saisie de préciser plus en détail les méthodes d'évaluation du préjudice, alors que règne un certain flottement en ce domaine et que le risque de sous indemnisation est régulièrement dénoncé 17, ce qui est d'autant plus malvenu que l'exécution forcée en nature est a priori moins accessible qu'auparavant 18. La remarque vaut pareillement en ce qui concerne le moment de l'évaluation du dommage. Toutes ces absences rejaillissent sur le degré de motivation des décisions de justice et fragilisent, par voie de conséquence, les anticipations que peuvent faire les parties du montant de l'indemnisation qu'elles sont amenées tantôt à payer, tantôt à percevoir. Enfin, la réforme aurait pu être l'occasion de régler les rapports avec la responsabilité extracontractuelle, notamment à propos des conditions auxquelles un tiers peut se prévaloir de l'inexécution du contrat afin d'engager la responsabilité délictuelle du débiteur 19. Cette lacune est grave. Mais aussi importante soit-elle, elle demeure isolée et sera peut-être comblée à la faveur de la réforme annoncée du droit de la responsabilité civile. Les autres sanctions ont toutes été modifiées.

## **B – Les innovations réalisées**

Les principales innovations ont trait à la place de l'unilatéralisme dans les sanctions (1) et au domaine de l'exécution en nature (2).

1 – Précisons au préalable que l'unilatéralisme ne désigne pas l'éviction définitive du juge mais simplement la possibilité qu'a le créancier, en droit et non pas seulement en fait, de déclencher et de faire produit effet aux sanctions. L'essor de l'unilatéralisme dans la mise en œuvre des sanctions est légèrement en retrait par rapport

à ce que laissait supposer le projet rendu public en février 2015. Dans l'intervalle, le rôle du juge a été accru dans la mise en œuvre de l'exécution en nature aux dépens du débiteur prévue par l'article 1222, plus précisément à propos de la « destruction » de ce qui a été fait en violation du contrat. Ce texte – qui montre que la distinction entre les obligations de faire et de ne pas faire a peut-être encore un avenir – a été modifié afin d'imposer l' « autorisation préalable du

juge ». D'après le Rapport au Président de la République, ce n'est pas le caractère irréaliste de l'absence d'intervention préalable du juge, mais le caractère « irrémédiable » de la destruction et le risque d'abus commis par le créancier qui justifient la règle. Pourtant, toute destruction n'est pas nécessairement irrémédiable. En outre, le fait qu'une conséquence irrémédiable se produise ou qu'un abus soit commis par le créancier n'a pas empêché l'admission des sanctions unilatérales par ailleurs. Qu'en est-il de la réduction du prix ? Dans le projet initial, le caractère extra-judiciaire de la sanction ne faisait aucun doute<sup>20</sup>. La rédaction de l'article 1223, al. 1er est moins claire. Le texte prévoit en effet que le créancier peut « solliciter » une réduction proportionnelle du prix. Ce verbe suppose que le créancier s'adresse à autrui. Est-ce au débiteur ? C'est concevable<sup>21</sup>. Mais aucun texte spécifique n'était nécessaire pour permettre aux parties de modifier leur contrat d'un commun accord<sup>22</sup>, fût-ce après une inexécution. Dès lors, ne serait-ce pas plutôt du juge que le créancier sollicite la réduction du prix ? Si cette interprétation devait l'emporter, l'article 1223 mettrait en place une « révision » judiciaire du contrat « pour inexécution »<sup>23</sup> à la demande du seul créancier. Ce qui soulèverait au moins les deux questions suivantes. Premièrement, est-il permis de stipuler une réduction unilatérale du prix en cas d'inexécution ? En d'autres termes, l'unilatéralisme d'origine conventionnelle est-il licite ? Deuxièmement, comment concilier le caractère judiciaire de la sanction avec la suite du texte (non modifiée) indiquant les circonstances dans lesquelles le créancier notifie « sa décision de réduire le prix »<sup>24</sup> ? Quoi qu'il en soit, en dépit de ces quelques modifications, l'unilatéralisme demeure un trait marquant du nouveau régime des sanctions de l'inexécution du contrat. Cela se manifeste dans cette sanction provisoire qu'est l'exception d'inexécution, qui n'est pas originale en soi, mais qui est pour la première fois consacrée en tant que règle de droit commun (C. civ., art. 1219).

Plus novatrice est l'admission de l'exception d'inexécution par anticipation (C. civ., art. 1220), c'est-à-dire celle qui est invoquée avant que ne soit exigible l'obligation dont la violation est pressentie. Le procédé renforce la fonction de garantie de l'exception d'inexécution. Une autre contribution majeure à l'unilatéralisme consiste en la suppression de l'autorisation judiciaire préalable dans ce qu'il est convenu d'appeler la « faculté de remplacement », c'est-à-dire la possibilité de faire exécuter l'obligation par un autre que le débiteur défaillant (C. civ., art. 1222). Jusqu'à la veille de la réforme, la dispense d'autorisation était exceptionnelle en matière civile. Elle constitue désormais la règle de principe, ce qui est une excellente innovation. Comme l'indique l'alinéa 1er, cette sanction n'est qu'une possibilité offerte au créancier. Aucun devoir de minimiser le dommage ne l'incite à la mettre en oeuvre. De ce point de vue également, la réforme mérite d'être approuvée.

Enfin, et c'est l'une des innovations les plus remarquables de l'Ordonnance, la résolution judiciaire descend de son piédestal textuel. Dès le milieu du 19<sup>e</sup> siècle, la Cour de cassation avait perçu les limites de cette judiciarisation en reconnaissant la licéité des clauses résolutoires, avant d'admettre, plus tard, la résolution unilatérale. Désormais, le Code civil reconnaît trois modes de résolution du contrat, la résolution judiciaire étant symboliquement rétrogradée de la première à la dernière place, derrière la résolution conventionnelle et la résolution par notification (v. C. civ., art. 1224 et art. 1227 et s.). On relèvera tout de même, pour nuancer la portée de l'unilatéralisme, d'une part, que le juge conserve le pouvoir d'apprécier la régularité de la résolution mise en oeuvre par le créancier (V. C. civ., art. 1228 et plus généralement le devoir de bonne foi, art. 1104) dont le renouveau depuis une trentaine d'années doit beaucoup au contentieux relatif à la clause résolutoire), d'autre part, qu'à la différence de l'exception d'inexécution, les textes ne prévoient pas de résolution unilatérale par anticipation.

2 – La seconde innovation notable concerne le domaine de l'exécution en nature. L'exécution forcée en nature est reconnue comme un droit appartenant à tout créancier sans distinction (C.

civ., art. 1221). Ce principe, la Cour de cassation l'avait déjà consacré, tout en faisant une exception pour les promesses unilatérales. Cette exception est supprimée par l'article 1124 qui tient la révocation de la promesse pour non avenue, ouvrant ainsi la voie à la formation du contrat promis et à son exécution forcée. Cette faveur pour l'exécution en nature est en quelque sorte contrebalancée par une autre innovation : celle prévoyant une limite tirée de l'existence d'une « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier » (C. civ., art. 1221) 25. Une première question que soulève l'introduction de cette limite légale est de savoir s'il est possible de l'écarter conventionnellement. A priori la ratio legis du texte s'y oppose : la clause risquerait d'infliger au débiteur une sanction manifestement disproportionnée, ce qui est précisément le résultat contre lequel la réforme entend lutter. À la réflexion cependant, la validité de la clause pourrait être défendue en tant qu'elle constitue un moyen de répartir et d'accepter les risques, ou un moyen de faire échec aux fautes lucratives, ou encore, plus généralement, un indicateur de la valeur ou de l'importance subjective que le créancier accorde à l'exécution en nature escomptée et qui est (ou a pu être) la raison de son engagement. La compréhension des deux termes du rapport de proportionnalité (coût de la sanction pour le débiteur et intérêt retiré par le créancier) est une autre question soulevée par l'introduction de cette limite légale. Il reviendra à la jurisprudence de préciser cette directive 26, notamment s'il y a lieu de faire une appréciation objective ou subjective de l'intérêt du créancier ou s'il faut tenir compte de la situation patrimoniale du débiteur. En tout cas, il est certain que cette disposition ne donne pas au juge le pouvoir d'apprécier rétrospectivement l'équilibre économique du contrat 27. Ce qui importe, c'est le coût de l'exécution forcée elle-même. Par exemple, un cédant de parts sociales récalcitrant ne peut pas se prévaloir d'un coût disproportionné 28 au motif que le prix convenu est insuffisant et qu'il aurait pu conclure une meilleure affaire ultérieurement. Observons, enfin, que la rédaction de l'article 1221 aurait gagné à être plus ouverte afin que d'autres paramètres puissent être pris en compte tels que l'existence d'une faute intentionnelle du débiteur à des fins lucratives (qui est à craindre avec une pareille limite), l'accès et l'utilité d'autres sanctions, notamment le remplacement (art. 1222), voire la difficulté plus ou moins aiguë d'évaluer les dommages-intérêts ou la prise en compte des répercussions néfastes de l'exécution forcée sur les tiers (par exemple, l'incidence de travaux de démolition sur des commerçants étrangers à la procédure 29). Telle est la nouvelle panoplie des sanctions inscrite dans le Code civil parmi lesquelles un choix va devoir être effectué.

## **II – Le choix de la sanction**

Les nouvelles dispositions du Code civil comportent deux séries d'indications, les unes relatives à la liberté de choix (A), les autres à son exercice (B).

### **A – La liberté de choix**

Le choix offert au créancier est vaste. Il suppose, naturellement, que les conditions de chaque sanction soient remplies. Mais, sous cette réserve, le principe est la liberté de choisir le moyen le plus conforme à ses intérêts. L'Ordonnance n'instaure pas de hiérarchie 30 ; les sanctions ne sont pas enfermées dans un rapport de subsidiarité. Ainsi, par exemple, la résolution n'est pas réservée aux cas dans lesquels l'exécution forcée en nature est inaccessible ; l'exception d'inexécution n'est pas le préalable obligatoire au déclenchement des autres sanctions ; l'exécution forcée en nature ne suppose pas la démonstration du caractère inadéquat des dommages-intérêts. Ce principe de liberté de choix comporte toutefois des limites de deux sortes 31 : il existe des restrictions légales (1) auxquelles peuvent s'ajouter des restrictions conventionnelles (2).

1 – Selon l'article 1217, « les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ». Le texte règle ensuite un cas (le plus facile) : la possibilité de cumuler les dommages-intérêts avec les autres sanctions. Le fait est que cette sanction est compatible avec les autres – sous réserve que l'inexécution ne résulte pas d'un cas de force majeure (C. civ., art. 1231-1). Dans le prolongement de la critique sur l'absence de réforme des règles relatives à l'indemnisation du préjudice 32, on observera qu'il n'est pas indiqué si la définition du dommage réparable varie selon que le contrat est résolu ou non, c'est-à-dire, pour reprendre la terminologie suisse, s'il y a lieu de compenser l'intérêt positif ou l'intérêt négatif du créancier.

Pour le reste, l'article 1217 ne donne pas d'indication. En général, la compatibilité des sanctions dépend du moment où elles sont mises en œuvre. Par exemple, à l'instant T, la résolution est incompatible avec l'exception d'inexécution, la réduction du prix ou l'exécution forcée en nature. Un contrat ne peut pas, en même temps, être maintenu et anéanti. C'est contradictoire. En revanche, la résolution peut faire suite à l'une de ces sanctions si, pour une raison ou une autre, elles n'ont pas produit leur plein effet et que l'inexécution persiste. Le risque d'enrichissement injustifié peut également être à l'origine d'une incompatibilité. Par exemple, une même créance ne peut pas donner lieu à la fois à une condamnation du débiteur à l'exécution forcée en nature (C. civ., art. 1221) et à un remplacement auprès d'un tiers (C. civ., art. 1222) quelle que soit l'époque.

2 – À ces restrictions légales du choix des sanctions s'ajoutent éventuellement des limites conventionnelles. Plusieurs modalités sont envisageables.

Les parties peuvent réduire l'accès ou les effets d'une sanction. Une clause peut, par exemple, fixer un seuil en deçà ou au-delà duquel la réduction du prix n'est pas autorisée. De même est-il concevable que soit conventionnellement encadré le pouvoir du juge d'octroyer un délai sur le fondement de l'article 1228 du Code civil.

De façon plus radicale, les parties peuvent exclure une sanction. Il est certes interdit de supprimer toute sanction en cas de violation ; ce serait ôter au contrat sa force obligatoire. Mais il est permis d'en écarter certaines, par exemple, la résolution judiciaire 33, l'exécution par un tiers ou la réduction du prix. Le sort de la clause excluant l'exécution forcée en nature est plus incertain 34. À ce sujet, on peut se demander quelle position la Cour de cassation adopterait si elle devait connaître d'une clause de ce type stipulée au profit d'un promettant voulant maintenir la jurisprudence Consorts Cruz 35, c'est-à-dire une jurisprudence à laquelle la Cour de cassation est restée fidèle contre vents et marées mais que l'Ordonnance a ostensiblement brisée.

Il faut enfin observer que, dans le silence de l'Ordonnance, la jurisprudence décidant que la stipulation d'une clause résolutoire ne suffit pas en elle-même à exclure la résolution par notification 36 devrait être maintenue. Ce dont il découle, plus généralement, que toute exclusion conventionnelle d'une sanction doit au minimum, à peine d'inefficacité, être explicite. Au fond, la liberté de choisir la sanction obéit à un régime qui n'est guère innovant par rapport au droit positif. Il en va différemment de l'exercice du choix.

## **B – L'exercice du choix**

Le choix de la sanction soulève deux questions : qui est l'auteur du choix (1) et quelles en sont les conditions d'exercice (2) ?

1 – En principe, il revient au créancier de choisir la sanction de l'inexécution. L'article 1217, al. 1<sup>er</sup> l'indique expressément. Ce n'est certes pas une nouveauté, mais il n'y avait aucune raison que cela évolue : le créancier est le mieux placé pour connaître et défendre ses intérêts. Il faut observer que le Code civil, dans sa nouvelle rédaction, ne précise ni l'incidence éventuelle de

la faute du créancier sur l'étendue de son choix 37, ni la mesure dans laquelle le créancier peut modifier son choix initial. Le choix du créancier peut être tenu en échec par le juge, ne serait-ce qu'à travers le contrôle qu'il effectue du respect des conditions de chaque sanction. Sans surprise, c'est dans le cadre de la résolution judiciaire que les pouvoirs du juge sont les plus étendus 38. Saisi d'une demande de résolution, ce dernier peut-il d'office ordonner une réduction du prix ? À notre sens, la réponse est négative. Le juge n'a pas le pouvoir de réviser le contrat, fût-ce pour inexécution, si le créancier n'en a pas fait la demande 39. Quant au débiteur, la règle est évidemment qu'il ne doit pas pouvoir invoquer sa propre inexécution pour décider de la sanction applicable. Ainsi, il n'est pas question qu'il puisse imposer la résolution du contrat, ni la réduction du prix. Et s'il peut offrir l'exécution en nature, l'Ordonnance, à la différence de certains projets ou de textes spéciaux, ne lui confère pas un « droit de correction ».

2 – Là où l'Ordonnance est plus innovante, c'est à propos des conditions de mise en œuvre des sanctions. En effet, indépendamment des exigences spécifiques à chaque moyen, le nouveau régime impose au créancier l'accomplissement d'actes formels. Il en existe deux types que l'Ordonnance distingue soigneusement.

Le premier type d'acte formel est la mise en demeure 40. L'exception d'inexécution mise à part, la mise en demeure est une condition préalable à la totalité des sanctions, qu'elles soient judiciaires ou extra-judiciaires 41. Le but est de favoriser l'exécution volontaire, ce qui explique sans doute pourquoi elle n'est pas requise en cas d'exception d'inexécution avec laquelle elle ferait double emploi. Dans cette perspective, plusieurs dispositions imposent – en plus de l'acte de mise en demeure lui-même – la mention du risque de résolution auquel s'expose le débiteur défaillant 42 et l'octroi d'un délai raisonnable pour s'exécuter 43.

Le deuxième type d'acte formel est la notification. Celle-ci est moins souvent requise que la mise en demeure 44, son régime est plus hétérogène et sa fonction différente, raison pour laquelle les deux actes peuvent se cumuler.

La notification sert au minimum à informer le débiteur d'une décision prise par le créancier. Son rôle est plus fondamental dans la résolution par notification puisque, comme son nom l'indique, l'une n'existe pas sans l'autre. C'est d'ailleurs le seul cas, en matière d'inexécution 45, où le contenu de la notification est imposé par la loi. En effet, selon l'article 1226, al. 3, le créancier qui notifie la résolution au débiteur doit indiquer « les raisons qui la motivent ». De manière générale, la réforme ne consacre pas l'idée chère à certains auteurs 46 selon laquelle tout exercice d'un pouvoir contractuel devrait être motivé. L'Ordonnance n'en fait ici qu'une application ponctuelle. L'avenir dira si cette disposition reste un cas isolé en droit commun ou si elle est l'amorce d'un changement de plus vaste ampleur.

#### Notes.

1 – Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO 11 févr. 2016.

2 – N'ont pas été modifiés les articles 1219, 1224, 1230, 1231-2 et 1231-7 du Code civil.

3 – Certains changements lexicaux sont contestables. Ainsi, fidèle aux habitudes de langage (y compris de la Cour de cassation), l'Ordonnance réintroduit la distinction entre résolution et résiliation pour inexécution selon que l'anéantissement est rétroactif ou non (C. civ., art. 1229 al. 3). Cette distinction est mal fondée car la rétroactivité ne participe pas de l'essence de la résolution (V. T. Genicon, « "Résolution" et "résiliation" dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats » : JCP G 2015, 960). Mais, hormis une clarification du droit (en perdant la chance d'éviter le maintien de la confusion avec la résiliation sans inexécution), cela n'a pas d'autre incidence pratique.

4 – Du moins le changement a-t-il eu lieu à propos de l'exécution forcée en nature ; en revanche, sans justification apparente, l'article 1217, al. 1er maintient la référence à « l'engagement » du débiteur.

5 – La règle reprend celle posée par l'ancien article 1143 du Code civil.



6 – Le Rapport au Président de la République relatif à l’Ordonnance (JO 11 févr. 2016) indique explicitement que l’objectif du texte n’est pas de remettre en cause la jurisprudence validant les clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. Remarque : ce Rapport (rédigé par la Chancellerie) peut éclairer le sens de l’Ordonnance, mais il est dénué de toute force normative. Ce n’est donc qu’un élément d’appréciation parmi d’autres.

7 – Ce qui n’est d’ailleurs pas sans rappeler l’élaboration progressive et collective du Code civil depuis le projet rédigé sous la direction de Cambacérès et soumis à l’assemblée en août 1793 jusqu’à l’adoption du Code civil des Français le 21 mars 1804. V. soulignant les influences multiples et la formation d’une « chaîne de projets » ayant conduit au Code civil, J.-L. Halpérin, V° Code Napoléon (Préparation, rédaction et évolution), in D. Alland et S. Rials, (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003.

8 – Pour une défense de cette orientation, V. notre Etude comparative des sanctions de l’inexécution du contrat, préf. H. Muir Watt, LGDJ, 2004.

9 – D’ailleurs, le Rapport au Président de la République (préc.) n’en fait pas mystère. La volonté de promouvoir l’ « efficacité économique du droit » français y est exprimée noir sur blanc.

10 – V. infra I, B, 2).

11 – V. infra I, B, 1).

12 – D. Tallon était rapporteur d’une partie des dispositions du Chapitre 7 relatif à l’inexécution du contrat des Principes relatifs aux contrats du commerce international (1re éd., Unidroit, Rome, 1994).

13 – V. D. Tallon, « L’inexécution du contrat : pour une autre présentation » : RTD civ. 1994, p. 223.

14 – Un léger doute existe à propos de la réparation en nature (V. par exemple, G. Viney, « Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité » : JCP G 2016, 99, n° 50), mais rien ne s’oppose à ce que la Cour de cassation maintienne cette sanction, au besoin en se fondant sur la lettre de l’article 1217 qui emploie le terme de « réparation » sans distinction.

15 – V. C. civ., anc. art. 1226.

16 – V. notamment, D. Mazeaud, La notion de clause pénale, préf. F. Chabas, LGDJ, 1992.

17 – Pour de plus amples développements, V. Y.-M. Laithier, « Les règles juridiques relatives à l’évaluation du préjudice contractuel (droit anglais, droit français, droit suisse) » : Rev. arb. 2015, p. 361.

18 – V. infra I, B, 2).

19 – V. à ce propos, G. Viney, « Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité », op. cit., n° 56.

20 – L’article 1223 prévoyait que « le créancier » puisse « réduire proportionnellement le prix ».

21 – Les observations du Rapport au Président de la République (préc.) sous l’article 1223 peuvent être citées en faveur de cette analyse.

22 – V. déjà C. civ., art. 1193.

23 – T. Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007, n° 802.

24 – C. civ., art. 1223, al. 2 (nous soulignons).

25 – Du fait de cette consécration légale, on ne saura jamais si, dans le silence du Code civil, le droit à l’exécution forcée en nature aurait été soumis, un jour ou l’autre, au contrôle de proportionnalité actuellement en vogue au sein de la Cour de cassation. Sur ce phénomène, V. A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? » : D. 2016, p. 137.

26 – V. pour de plus amples indications, notre Étude comparative des sanctions de l’inexécution du contrat, op. cit., n° 315 et s. V. également, P. Stoffel-Munck (dir.), « Réforme du droit des contrats et pratique des affaires » : D. 2015, p. 97 et s.

27 – La même considération inspire les articles 1168 et 1171, al. 2 du Code civil.

28 – V. A. Couret, A. Reygrobellet, « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux » : BJS mai 2015, p. 247, n° 113m8, spéc. n° 44.

29 – V. par exemple, Cass. 3e civ., 3 avr. 1996, n° 94-14485 : Bull. civ. III, n° 91 : cassation de l’arrêt qui décide que l’exécution en nature sollicitée par le preneur est justifiée dans son principe « mais qu’une démolition des constructions aurait des conséquences hors de proportion avec les données et la dimension du litige, qu’elle conduirait à la destruction d’une dizaine de boutiques tenues par des commerçants étrangers à la procédure et apporterait un préjudice à d’autres locataires de boutiques pendant les travaux de remise en état » (nous soulignons). La solution serait-elle identique en application du nouvel article 1221 du Code civil ?

- 30 – V. dans le même sens, Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance, préc., à propos de l'énumération de l'article 1217.
- 31 – À ces limites de droit substantiel s'ajoute, pour les sanctions judiciaires, la contrainte procédurale découlant de la nécessité, issue de la jurisprudence Cesareo (Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672 : Bull. AP, n° 8), de concentrer tous les moyens de nature à fonder la demande. La réforme ne modifie pas cet aspect des choses.
- 32 – V. supra I, A, 2).
- 33 – V. en ce sens également, Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance, préc.
- 34 – V. en faveur de la validité de la clause excluant l'exécution forcée en nature, G. Helleringer, Les clauses du contrat. Essai de typologie, préf. L. Aynès, post. F. Terré, LGDJ, 2012, p. 87 et s. ; M. Lamoureux, L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants, préf. J. Mestre, PUAM, 2006, p. 381 et s.
- 35 – V. Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10199 : Bull. civ. III, n° 174: D. 1995, p. 87, obs. L. Aynès ; JCP G 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; RTD civ. 1994, p. 584, obs. J. Mestre.
- 36 – V. en dernier lieu, Cass. com., 20 oct. 2015, n° 14-20416 : Contrats conc. consom. 2016, comm. 3, obs. L. Leveneur. L'arrêt ne s'explique pas par l'urgence, qui n'est nulle part évoquée dans la décision, mais par la gravité et la répétition des manquements.
- 37 – V. à propos de l'exécution en nature, Cass. 1re civ., 2 oct. 2013, n° 12-19887 : RDC 2014, p. 27, obs. O. Deshayes et p. 171, obs. T. Genicon.
- 38 – Il est dommage qu'à l'occasion de la réforme, le régime du délai que le juge peut accorder dans le cadre d'une demande en résolution n'ait pas été mieux précisé (durée, renouvellement, etc.).
- 39 – L'article 1223 indique sans aucune ambiguïté que cette sanction ne peut être mise en œuvre que si le créancier la sollicite.
- 40 – Des dispositions sont spécialement consacrées à la mise en demeure du débiteur aux articles 1344 et suivants du Code civil. Selon l'article 1344, la mise en demeure peut résulter, si le contrat le prévoit, de « la seule exigibilité de l'obligation ». La même règle est exprimée par l'article 1225, al. 2 en matière de résolution conventionnelle.
- 41 – V. C. civ., art. 1221, 1222, 1223, 1225, 1226, 1231, 1231-5 et 1231-6.
- 42 – V. C. civ., art. 1225 et 1226.
- 43 – V. C. civ., art. 1226 et 1231.
- 44 – V. C. civ., art. 1220, 1223 et 1226.
- 45 – V. également, mais seulement en cas de contestation du montant du prix, C. civ., art. 1164 et 1165.
- 46 – Sur cette proposition et sa critique, V. G. Helleringer, Les clauses du contrat, op. cit., p. 242 et s.

# Thème n° 9

## LES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION DU CONTRAT (2) :

### LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

#### DOCUMENTS

##### **I. Notion de responsabilité contractuelle**

La responsabilité civile désigne l'obligation de réparer le dommage causé à autrui. Lorsque le dommage trouve sa cause dans l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat, la responsabilité est qualifiée de contractuelle.

Le régime de la responsabilité contractuelle a été élaboré par la jurisprudence et la doctrine par référence au modèle de la responsabilité délictuelle. Mais la responsabilité contractuelle présente certaines particularités, du fait qu'elle découle d'un manquement d'une partie à ses obligations contractuelles. En effet, en matière de responsabilité contractuelle : le dommage réparable doit avoir été prévu ou prévisible lors du contrat ; la preuve est gouvernée par la distinction des obligations de moyens et de résultat ; les parties peuvent prévoir dans leur contrat des clauses portant sur la responsabilité.

La notion de responsabilité contractuelle est contestée par certains auteurs, notamment :

- P. Rémy, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.
- P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, n° 802 s.

##### **II. Distinction des obligations de moyens et de résultat**

La distinction des obligations de moyens et de résultat qui a été mise en lumière par Demogue<sup>1</sup> commande le régime de la responsabilité contractuelle. L'obligation est dite *de résultat* lorsque le débiteur promet de parvenir à un résultat déterminé. Au contraire l'obligation est dite *de moyens* lorsque le débiteur s'engage à mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour

---

<sup>1</sup>. V. not. *Traité des obligations en général*, Rousseau, 1923, t. V, n° 1237.

accomplir sa mission, mais sans s'engager sur le résultat. La distinction s'opère à partir de différents critères : la volonté des parties, le caractère aléatoire ou non du résultat attendu et enfin le rôle actif ou passif du créancier au cours de l'exécution de l'obligation.

- 1) Civ. 1, 20 mars 2013, n° 12-12300.
- 2) Civ. 1, 4 février 2003, *Bull. civ. I*, n° 40.
- 3) Civ. 2, 17 octobre 2012, n° 11-17964.

### **III. La force majeure**

#### **A. Jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016**

- 4) Ass. Plen. 14 avril 2006, *Bull. A.P.*, n°5 ; *JCP* 2006, II, 10087, obs. P. Grosser ; *D.* 2006, p. 1566, note D. Noguero, p. 1577, note P. Jourdain ; *CCC* 2006, n°8/9, p.21, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 2006, p.1212, obs. E. Savaux.
- 5) Civ. 1, 23 juin 2011, n° 10-15811.

#### **B. Ordonnance du 10 février 2016**

- 6) Art. 1218 C. civ.
- 7) Civ. 1, 25 nov. 2020, n° 19-21060, à paraître au *Bull. civ.* ; *JCP G* 2020, 1409, note M. Mekki ; *RTDciv.* 2021, p. 126 obs. H. Barbier ; p. 152, obs. P. Jourdain ; *D.* 2021, p. 89, obs. C. Grimaldi ; p. 114, obs. S. Tisseyre ; p. 483, obs. X. Serrier ; *JCP E* 2021, note C. Lachièze ; *Contrats, conc. consomm.* 2021, 1, note L. Leveneur ; *AJDI* 2021, p. 118, note D. Houtcieff ; *Communication commerce électr.*, 2021, 4, note G. Loiseau.

#### **C. Crise sanitaire et force majeure**

- 7bis) Civ. 3, 30 juin 2022, n° 21-20.190 ; *JCP G* 2022, 975, note J. Monéger ; *Cont. Conc. Consumm.* 2022, comm. 129, obs. L. Leveneur ; *D.* 2022 ; p. 1445, note D. Houtcieff.

### **III. Les clauses portant sur la responsabilité**

Le principe de la liberté contractuelle permet aux parties d'aménager par avance les effets que pourrait avoir l'inexécution par le débiteur de ses obligations. Elles peuvent insérer dans leur contrat une clause pénale. Elles peuvent également insérer une clause limitative ou exonératoire de responsabilité, dont la validité est étroitement encadrée en droit positif.

#### **A. Les clauses limitatives de responsabilité dans la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016**

- 8) Com., 22 octobre 1996 (*Chronopost*), *D.* 1997, p. 175, obs. Ph. Delebecque et p. 121, note A. Sériaux ; *Defrénois*, 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud, *JCP* 1997.I.4002, obs. M. Fabre-Magnan, et 4025, obs. G. Viney, *RTDciv.*, 1997, p. 418, obs. J. Mestre.
- 9) Com., 29 juin 2010, *CCC* 2010, p.28, obs. L. Leveneur, *JCP E* 2010, p. 25, obs. Ph. Stoffel-Munck, *Gaz. Pal.* n° 216-217, p.22, obs. D. Houtcieff ; *D.* 2010, p.1832, obs. D. Mazeaud, *RTDciv.* 2010, p. 555, obs. B. Fages.

#### **B. Ordonnance du 10 février 2016**

- 10) Article 1170 du Code civil

### **EXERCICE**

Commentaire de : Civ. 1, 25 nov. 2020 (doc. 7)

**Document 1 : Civ. 1, 20 mars 2013, n° 12-12300.**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 5 novembre 2010), que Mme X..., souffrant d'un déchaussement parodontal, a été soignée à partir de 1998, par M. Y..., lequel, le 27 décembre 2002, lui a soumis un devis pour deux inlays et quatre couronnes inlays-core, qu'il a mis en place entre mai et juillet 2003, que Mme X..., se plaignant de douleurs persistantes, a recherché la responsabilité de M. Y... ;

Sur le premier moyen :

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande en réparation des préjudices résultant, selon elle, de la mauvaise exécution du traitement pratiqué par M. Y..., alors, selon le moyen, que le chirurgien-dentiste est, en vertu du contrat le liant à son patient, tenu de lui fournir un appareillage apte à rendre le service qu'il peut légitimement en attendre, une telle obligation, incluant la conception et la confection de cet appareillage, étant de résultat ; que dès lors en l'espèce, se bornant à retenir l'absence de faute du M. Y... dans le choix du traitement proposé et la qualité des soins dispensés, sans rechercher, comme il lui était demandé, si les prothèses litigieuses fournies par ce dernier étaient aptes à rendre à Mme X... le service qu'elle pouvait légitimement en attendre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté que les prestations de M. Y..., qui comprenaient la conception et la délivrance d'un appareillage, étaient opportunes, adaptées et nécessaires eu égard à la pathologie de Mme X..., que les soins avaient été dispensés dans les règles de l'art en fonction de la difficulté particulière du cas de la patiente et que les résultats obtenus correspondaient au pronostic qu'il était raisonnable d'envisager, la cour d'appel a, par ces motifs, exclusifs d'une faute quelconque imputable à M. Y..., légalement justifié sa décision ;

Et attendu que le second moyen n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;  
PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

**Document 2 : Civ. 1, 4 février 2003, Bull. civ. I, n° 40.**

Attendu que Mlle X... a subi, le 10 juillet 1991, à la clinique Milan une intervention chirurgicale consistant en l'exérèse d'un lipome intra-canalair ; que M. Y..., anesthésiste a mis en place une sonde sous-clavière ; que la patiente est sortie de la clinique le 17 juillet 1991 ; que le lendemain, un faux anévrisme artériel sous clavier droit consécutif à une plaie de la sous clavière droite causée par la mise en place de la sonde, a été diagnostiqué et a nécessité une seconde intervention ; que les époux X..., agissant en leur nom personnel et en qualité d'administrateurs légaux de leur fille, ont assigné M. Y... en réparation des différents préjudices subis par leur fille ; que l'arrêt attaqué (Paris, 3 mars 2000) a débouté Mlle X..., devenue majeure et ayant repris l'instance en son nom, de ses demandes ; (...)

Attendu qu'il est encore fait grief à l'arrêt d'avoir dit que M. Y... n'avait pas commis de faute lors de l'anesthésie, alors, selon le moyen :

1 / que dans le cadre de son obligation de moyens, le praticien répond de toute lésion survenue de son fait ; qu'en écartant en l'espèce toute faute d'imprudence et de négligence de M. Y..., quand il était constant que c'est la pose du cathéter Swann-Ganz par ce dernier qui a provoqué une plaie de la sous-clavière droite de la naissance de l'artère vertébrale et de l'artère mammaire interne, à l'origine de l'anévrisme, atteinte qui était dès lors indiscutablement de son fait, la cour d'appel a violé par refus d'application, l'article 1147 du Code civil ;

2 / que, tenu d'une simple obligation de moyen dans le diagnostic et la délivrance des soins, le médecin est tenu d'une obligation de sécurité-résultat dans l'utilisation de ses instruments et l'exactitude du geste médical ; qu'en excluant en l'espèce toute obligation de sécurité résultat, quant il est constant que c'est la pose du cathéter Swann-Ganz par M. Y... qui a provoqué une plaie de la sous-clavière droite de la naissance de l'artère vertébrale et de l'artère mammaire interne, à l'origine de l'anévrisme pour lequel une seconde intervention a dû être pratiquée, la cour d'appel a violé par refus d'application, l'article 1147 du Code civil ;

Mais attendu que le médecin est tenu d'une obligation de moyens lorsqu'il procède à la pose d'un appareil sur la personne du patient ; qu'il n'est tenu d'une obligation de sécurité de résultat qu'en ce qui concerne les matériels utilisés pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins, sous réserve que le patient prouve qu'ils sont à l'origine de son dommage ; que la cour d'appel, se fondant sur les conclusions des experts, a retenu que la blessure subie par la patiente constituait une complication très rare provoquée par la mise en place de la sonde qui ne pouvait être évitée par un examen ou une manœuvre particulière et qu'aucun manque de précaution et aucune négligence ne pouvaient être reprochés au médecin ; qu'en l'absence de toute défectuosité de la sonde et de possibilité de prévenir la blessure, elle a pu en déduire que la responsabilité de M. Y... n'était pas engagée ; que le moyen, pris en ses troisième et quatrième branches n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi

### **Document 3 : Civ. 2, 17 octobre 2012, n° 11-17964.**

Vu les articles 1147 du code civil et 873 du code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X..., propriétaire d'un véhicule de marque Toyota qui, en raison de la survenance d'une panne, avait été conduit chez le concessionnaire de la marque le plus proche, la société Claverie automobiles, pour en diagnostiquer l'origine, a assigné celle-ci en référé, en paiement d'une provision à valoir sur la réparation du préjudice qu'il lui imputait à faute pour avoir émis une appréciation erronée sur l'origine de la panne et procédé inutilement au démontage de la boîte de vitesses du véhicule ;

Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt, après avoir rappelé les conclusions du rapport d'expertise selon lesquelles les investigations menées par la société Claverie automobiles n'avaient pas permis "d'établir un diagnostic fiable sur l'origine de la panne, puisqu'il s'est effectivement avéré qu'elle avait une autre cause" que celle identifiée par cette société retient que cette dernière n'était chargée que d'une obligation de moyens, laquelle échappe à la compétence du juge des référés, puisqu'elle nécessite l'examen au fond des prestations offertes à ce titre par le garagiste ;

Qu'en statuant ainsi, alors d'une part, que la société Claverie automobiles avait été chargée des opérations de "diagnostic et de démontage", ce dont il résultait qu'elle était tenue d'une

obligation de résultat, d'autre part, qu'elle relevait que les opérations expertales, conduites contradictoirement, avaient révélé le caractère erroné du diagnostic posé par ladite société, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS,  
CASSE ET ANNULE (...)

#### **Document 4 : Ass. Plen. 14 avril 2006**

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Douai, 12 novembre 2001), que M. X... a commandé à M. Y... une machine spécialement conçue pour les besoins de son activité professionnelle ; qu'en raison de l'état de santé de ce dernier, les parties sont convenues d'une nouvelle date de livraison qui n'a pas été respectée ; que les examens médicaux qu'il a subis ont révélé l'existence d'un cancer des suites duquel il est décédé quelques mois plus tard sans que la machine ait été livrée ; que M. X... a fait assigner les consorts Y..., héritiers du défunt, en résolution du contrat et en paiement de dommages-intérêts ; Sur le premier moyen :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de dommages-intérêts alors, selon le moyen :

1) qu'en estimant que la maladie dont a souffert M. Michel Z... avait un caractère imprévisible, pour en déduire qu'elle serait constitutive d'un cas de force majeure, après avoir constaté qu'au 7 janvier 1998, date à laquelle M. Michel Y... a fait à son cocontractant la proposition qui fut acceptée de fixer la date de livraison de la commande à la fin du mois de février 1998, M. Michel Y... savait souffrir, depuis plusieurs mois, d'une infection du poignet droit justifiant une incapacité temporaire totale de travail et se soumettait à de nombreux examens médicaux, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé, en conséquence, l'article 1148 du code civil ;

2) qu'un événement n'est pas constitutif de force majeure pour le débiteur lorsque ce dernier n'a pas pris toutes les mesures que la prévisibilité de l'événement rendait nécessaires pour en éviter la survenance et les effets ; qu'en reconnaissant à la maladie dont a souffert M. Michel Y... le caractère d'un cas de force majeure, quand elle avait constaté que, loin d'informer son cocontractant qu'il ne serait pas en mesure de livrer la machine commandée avant de longs mois, ce qui aurait permis à M. Philippe X... de prendre toutes les dispositions nécessaires pour pallier le défaut de livraison à la date convenue de la machine commandée, M. Michel Y... avait fait, le 7 janvier 1998, à son cocontractant la proposition qui fut acceptée de fixer la date de livraison de la commande à la fin du mois de février 1998, soit à une date qu'il ne pouvait prévisiblement pas respecter, compte tenu de l'infection au poignet droit justifiant une incapacité temporaire totale de travail, dont il savait souffrir depuis plusieurs mois, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé, en conséquence, l'article 1148 du code civil ;

Mais attendu qu'il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure ; qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que seul Michel Y... était en mesure de réaliser la machine et qu'il s'en était trouvé empêché par son incapacité temporaire partielle puis par la maladie ayant entraîné son décès, que l'incapacité physique résultant de l'infection et de la

maladie grave survenues après la conclusion du contrat présentait un caractère imprévisible et que la chronologie des faits ainsi que les attestations relatant la dégradation brutale de son état de santé faisaient la preuve d'une maladie irrésistible, la cour d'appel a décidé à bon droit que ces circonstances étaient constitutives d'un cas de force majeure ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; (...) PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi

**Document n° 5 : Civ. 1, 23 juin 2011**

Attendu qu'Eric X..., passager d'un train, ayant été mortellement blessé de plusieurs coups de couteau par M. Y..., sa mère Mme Z... a assigné ce dernier ainsi que la SNCF en réparation de son préjudice moral ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué (Grenoble, 5 janvier 2010) d'avoir rejeté sa demande dirigée contre la SNCF alors, selon le moyen :

1°/ que le transporteur ferroviaire, tenu envers les voyageurs d'une obligation de sécurité de résultat de les conduire sains et saufs à destination, ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en apportant la preuve d'un cas de force majeure, à savoir de circonstances imprévisibles et irrésistibles ; que les agressions de voyageurs dans un train sont prévisibles ; qu'ainsi, la cour d'appel ne pouvait décider que l'agression mortelle de Eric X... dans le train Grenoble Lyon par un voyageur, au demeurant démuné de titre de transport, était imprévisible, au motif inopérant du trouble de comportement de l'agresseur, sans violer l'article 1148 du code civil ;

2°/ que d'autre part, l'agression de Eric X... étant survenue au moment de la coupe du monde de football de 1998 dans une région où se déroulaient des matches, l'afflux de population et de supporters qui devaient alors emprunter les transports imposait à la SNCF de prendre des mesures exceptionnelles de précaution, notamment en renforçant son personnel de contrôle et de surveillance ; qu'il résulte des propres constatations de la cour d'appel que la SNCF n'avait pris aucune mesure particulière pour la protection des voyageurs lors du parcours ferroviaire vers Saint-Etienne où devait se dérouler un match de football et que l'agresseur, anglais, monté dans le train sans titre de transport n'avait pas été contrôlé ; qu'ainsi faute de déduire de ces constatations qu'en l'absence de toute preuve ou allégation de quelconques mesures de prévention, il y avait lieu d'écarter l'existence d'un cas de force majeure faute d'irrésistibilité de l'agression, la cour d'appel a derechef violé l'article 1148 du code civil ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que M. Y... s'était soudainement approché d'Eric X... et l'avait poignardé sans avoir fait précéder son geste de la moindre parole ou de la manifestation d'une agitation anormale, la cour d'appel a estimé qu'un tel geste, en raison de son caractère irrationnel, n'eût pu être empêché ni par un contrôle à bord du train des titres de transport, faute pour les contrôleurs d'être investis du pouvoir d'exclure du train un voyageur dépourvu de titre de transport, ni par la présence permanente d'un contrôleur dans la voiture, non plus que par une quelconque autre mesure à bord du train ; qu'elle en a déduit à bon droit que l'agression commise par M. Y... présentait pour la SNCF un caractère imprévisible et irrésistible ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette...

**Document n° 6 : art. 1218 C. civ.**



« Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles [1351](#) et [1351-1](#) ».

## **Document n° 7 : Civ. 1, 25 nov. 2020, n° 19-21060**

### Faits et procédure

1. Selon le jugement attaqué (tribunal d'instance de Manosque, 27 mai 2019), rendu en dernier ressort, par acte du 15 juin 2017, M. et Mme H... ont souscrit un contrat d'hébergement auprès de la société Chaîne thermique du soleil (la société) pour la période du 30 septembre 2017 au 22 octobre 2017 pour un montant total de 926,60 euros, payé le 30 septembre 2017. Le 4 octobre, M. H..., hospitalisé en urgence, a dû mettre un terme à son séjour. Mme H... a quitté le lieu d'hébergement le 8 octobre.

2. Soutenant n'avoir pu profiter des deux dernières semaines de leur séjour en raison d'une circonstance revêtant les caractères de la force majeure, M. et Mme H... ont assigné la société en résolution du contrat et indemnisation.

### Examen du moyen

Sur le moyen, pris en sa première branche

### Enoncé du moyen

3. La société fait grief au jugement de prononcer la résiliation du contrat à compter du 9 octobre 2017 et de la condamner au paiement d'une certaine somme, alors « que, si la force majeure permet au débiteur d'une obligation contractuelle d'échapper à sa responsabilité et d'obtenir la résolution du contrat, c'est à la condition qu'elle empêche l'exécution de sa propre obligation ; qu'en retenant que l'état de santé de M. H... était constitutif d'une situation de force majeure de nature à justifier la résolution du contrat et la condamnation de la société à lui reverser les sommes perçues, quand ces difficultés de santé ne l'empêchaient aucunement d'exécuter l'obligation dont il était débiteur, mais uniquement de profiter de la prestation dont il était créancier, le tribunal d'instance a violé l'article 1218 du code civil. »

### Réponse de la Cour

### Recevabilité du moyen

4. M. et Mme H... contestent la recevabilité du moyen. Ils soutiennent qu'il serait contraire aux arguments développés par la société devant le tribunal d'instance.

5. Cependant la société a contesté l'application de la force majeure dans ses conclusions.

6. Le moyen est donc recevable.

Bien-fondé du moyen

Vu l'article 1218, alinéa 1, du code civil :

7. Aux termes de ce texte, il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

8. Il en résulte que le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure.

9. Pour prononcer la résiliation du contrat à compter du 9 octobre 2017, après avoir énoncé qu'il appartenait aux demandeurs de démontrer la force majeure, le jugement retient que M. H... a été victime d'un problème de santé imprévisible et irrésistible et que Mme H... a dû l'accompagner en raison de son transfert à plus de cent trente kilomètres de l'établissement de la société, rendant impossible la poursuite de l'exécution du contrat d'hébergement.

10. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que M. et Mme H... avaient exécuté leur obligation en s'acquittant du prix du séjour, et qu'ils avaient seulement été empêchés de profiter de la prestation dont ils étaient créanciers, le tribunal a violé le texte susvisé.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, le jugement rendu le 27 mai 2019, entre les parties, par le tribunal d'instance de Manosque ;

### **Document 7 bis : Civ. 3, 20 juin 2022**

Sur le moyen, pris en ses deux premières branches

5. La locataire fait grief à l'arrêt de valider la saisie-attribution à hauteur d'une certaine somme, alors :  
« 1°/que les mesures optionnelles et dérogoires résultant des ordonnances n° 2020-306 du 25 mars 2020 et n° 2020-316 du 25 mars 2020 adoptées pendant la crise sanitaire et neutralisant certaines sanctions de l'inexécution des obligations pendant la période juridiquement protégée n'écartent pas l'application des règles permanentes du Code civil relatives au contrat de bail qui ne sont pas incompatibles avec de telles dispositions, telles que l'article 1722 du Code civil sur la perte de la chose louée ; qu'en considérant que la société Action France ne pouvait pas se prévaloir de l'article 1722 du Code civil, dès lors que le législateur avait déjà pris en compte les conséquences pour bailleurs et preneurs de la fermeture des commerces pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire, lorsque les ordonnances du 25 mars 2020 avaient pour seul objet de neutraliser les sanctions du retard dans le paiement des loyers et n'excluaient pas le droit pour le preneur d'invoquer la perte de la chose louée résultant de l'impossibilité temporaire d'exploiter les lieux conformément à la destination prévue au contrat, la cour d'appel a violé par refus d'application l'article 1722 du Code civil ;

2°/que le preneur non éligible aux dispositions protectrices de l'ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020 peut invoquer l'article 1722 du Code civil sur la perte de la chose louée, en l'absence de règle spécifique applicable à sa situation ; qu'en énonçant, pour considérer que le preneur ne pouvait pas invoquer les dispositions de l'article 1722 du Code civil, qu'il importait peu que la société Action France

ne réponde pas aux critères d'éligibilité prévus à l'article 1er de l'ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020 précitée, permettant à certains preneurs de bénéficier de son article 4, la cour d'appel a violé par refus d'application l'article 1722 du Code civil. »

#### Réponse de la Cour

6. En application de l'article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, l'état d'urgence sanitaire a été déclaré sur l'ensemble du territoire national.

7. En application de l'article 3, I, 2°, du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 et du décret n° 2020-423 du 14 avril 2020 le complétant, jusqu'au 11 mai 2020, tout déplacement de personne hors de son domicile a été interdit à l'exception des déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle et des achats de première nécessité.

8. Édictée pour limiter la propagation du virus par une restriction des rapports interpersonnels, l'interdiction de recevoir du public, sur la période du 17 mars au 10 mai 2020, prévue par les arrêtés des 14 et 16 mars 2020 du ministre des solidarités et de la santé, ainsi que par les décrets précités, résulte du caractère non indispensable à la vie de la Nation et à l'absence de première nécessité des biens ou des services fournis.

9. Par suite, cette interdiction a été décidée, selon les catégories d'établissement recevant du public, aux seules fins de garantir la santé publique.

10. L'effet de cette mesure générale et temporaire, sans lien direct avec la destination contractuelle du local loué, ne peut donc être assimilé à la perte de la chose, au sens de l'article 1722 du Code civil.

11. Par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, dans les conditions prévues par les articles 620, alinéa 1er, et 1015 du Code de procédure civile, l'arrêt se trouve légalement justifié de ce chef.

#### Sur le moyen, pris en sa troisième branche

12. La locataire fait le même grief à l'arrêt, alors « que l'impossibilité pour le preneur d'exploiter les lieux conformément à la destination prévue au bail, même si elle est imposée par les pouvoirs publics, constitue un manquement du bailleur à son obligation de délivrance justifiant que le preneur invoque l'exception d'inexécution ; qu'en énonçant que le bailleur n'avait pas pour obligation, en l'absence de stipulations contractuelles particulières, de garantir la commercialité des locaux, ceux objet du bail ayant été mis à la disposition du preneur, lequel admet que l'impossibilité d'exploiter qu'il allègue était le seul fait du législateur, la cour d'appel a violé les articles 1219 et 1719 du Code civil. »

#### Réponse de la Cour

13. Ayant relevé que les locaux loués avaient été mis à disposition de la locataire, qui admettait que l'impossibilité d'exploiter, qu'elle alléguait, était le seul fait du législateur, la cour d'appel en a exactement déduit que la mesure générale de police administrative portant interdiction de recevoir du public n'était pas constitutive d'une inexécution de l'obligation de délivrance.

14. Le moyen n'est donc pas fondé.

#### Sur le moyen, pris en sa quatrième branche

##### Énoncé du moyen

15. La locataire fait le même grief à l'arrêt, alors « que le preneur qui n'a pu exploiter la chose louée selon sa destination à cause de la fermeture des locaux pendant la crise sanitaire peut obtenir la suspension de son obligation de paiement des loyers pendant cette fermeture, en invoquant la force majeure ; qu'en énonçant qu'à supposer que l'état d'urgence sanitaire constitue un fait de force majeure, le bailleur a fourni un local en lui-même exploitable, étant rappelé que le preneur reconnaît qu'il n'était pas dans l'impossibilité d'exécuter son obligation de payer le loyer de sorte qu'il n'est pas fondé à invoquer à son profit la force majeure, lorsque le preneur était pourtant dans l'impossibilité d'exploiter les lieux conformément à la destination prévue au contrat, la cour d'appel a violé l'article 1218 du Code civil. »

#### Réponse de la Cour

16. Il résulte de l'article 1218 du Code civil que le créancier qui n'a pu profiter de la contrepartie à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat ou la suspension de son obligation en invoquant la force majeure.

17. Dès lors, la cour d'appel a exactement retenu que la locataire, débitrice des loyers, n'était pas fondée à invoquer à son profit la force majeure.

18. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le moyen, pris en sa cinquième branche

Énoncé du moyen

19. La locataire fait encore le même grief à l'arrêt, alors « que les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ; que pour considérer que le bailleur n'avait pas manqué à son devoir de bonne foi, la cour d'appel a retenu qu'il avait proposé de différer le règlement du loyer d'avril 2020 pour le reporter sur le 3<sup>o</sup> trimestre, voire sur le 4<sup>o</sup> trimestre, proposition refusée par le preneur, tandis que le preneur n'avait pas adressé au préfet du département de la Savoie de demande de dérogation, ni mis en œuvre pendant la période considérée des activités de livraison ou de retraits de commande, ce qu'il a mis en place ultérieurement ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si le fait pour le bailleur de pratiquer trois semaines seulement après la fin du confinement une mesure d'exécution forcée à l'encontre de son débiteur pour obtenir le paiement des loyers échus pendant la fermeture des locaux et ce, sans tentative préalable de renégociation du contrat pour l'adapter aux circonstances, autre qu'une proposition de report d'un mois de loyer sous la forme d'un commandement de payer, ne constituait pas un manquement au devoir d'exécution du contrat de bonne foi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1104 du Code civil. »

Réponse de la Cour

20. Ayant constaté que la bailleuse avait vainement proposé de différer le règlement du loyer d'avril 2020, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre la locataire dans le détail de son argumentation, en a souverainement déduit que la bailleuse avait tenu compte des circonstances exceptionnelles et ainsi manifesté sa bonne foi.

21. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

### **Document n° 8 : Com., 22 octobre 1996 (Chronopost)**

Vu l'article 1131 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt infirmatif attaqué, que la société Banchereau a confié, à deux reprises, un pli contenant une soumission à une adjudication à la société Chronopost, venant aux droits de la société SFMI ; que ces plis n'ayant pas été livrés le lendemain de leur envoi avant midi, ainsi que la société Chronopost s'y était engagée, la société Banchereau a assigné en réparation de ses préjudices la société Chronopost ; que celle-ci a invoqué la clause du contrat limitant l'indemnisation du retard au prix du transport dont elle s'était acquittée ;

Attendu que, pour débouter la société Banchereau de sa demande, l'arrêt retient que, si la société Chronopost n'a pas respecté son obligation de livrer les plis le lendemain du jour de l'expédition avant

midi, elle n'a cependant pas commis une faute lourde exclusive de la limitation de responsabilité du contrat ;

Attendu qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation

essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :  
CASSE ET ANNULE (...)

### **Document n° 9 : Com., 29 juin 2010**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 novembre 2008), que la société Faurecia sièges d'automobiles (la société Faurecia), alors dénommée Bertrand Faure équipements, a souhaité en 1997 déployer sur ses sites un logiciel intégré couvrant principalement la gestion de production et la gestion commerciale ; qu'elle a choisi le logiciel V 12, proposé par la société Oracle mais qui ne devait pas être disponible avant septembre 1999 ; qu'un contrat de licences, un contrat de maintenance et un contrat de formation ont été conclus le 29 mai 1998 entre les sociétés Faurecia et Oracle, tandis qu'un contrat de mise en oeuvre du "programme Oracle applications" a été signé courant juillet 1998 entre ces sociétés ; qu'en attendant, les sites ibériques de la société Faurecia ayant besoin d'un changement de logiciel pour passer l'an 2000, une solution provisoire a été installée ; qu'aux motifs que la solution provisoire connaissait de graves difficultés et que la version V 12 ne lui était pas livrée, la société Faurecia a cessé de régler les redevances ; qu'assignée en paiement par la société Franfinance, à laquelle la société Oracle avait cédé ces redevances, la société Faurecia a appelé en garantie la société Oracle puis a assigné cette dernière aux fins de nullité pour dol ou résolution pour inexécution de l'ensemble des contrats signés par les parties ; que la cour d'appel a, par application d'une clause des conventions conclues entre les parties, limité la condamnation de la société Oracle envers la société Faurecia à la garantie de la condamnation de celle-ci envers la société Franfinance et rejeté les autres demandes de la société Faurecia ; que cet arrêt a été partiellement cassé de ce chef (chambre commerciale, financière et économique, 13 février 2007, pourvoi n° Z 05-17.407) ; que, statuant sur renvoi après cassation, la cour d'appel, faisant application de la clause limitative de réparation, a condamné la société Oracle à garantir la société Faurecia de sa condamnation à payer à la société Franfinance la somme de 203 312 euros avec intérêts au taux contractuel légal de 1,5 % par mois à compter du 1er mars 2001 et capitalisation des intérêts échus dans les termes de l'article 1154 à compter du 1er mars 2002 ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Faurecia fait grief à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen :

1°/ que l'inexécution, par le débiteur, de l'obligation essentielle à laquelle il s'est contractuellement engagé emporte l'inapplication de la clause limitative d'indemnisation ; qu'en faisant application de la clause limitative de responsabilité après avoir jugé que la société Oracle avait manqué à l'obligation essentielle tenant à la livraison de la version V 12 en 1999, laquelle n'avait pas été livrée à la date convenue, ni plus tard et que la société Oracle ne démontrait aucune faute imputable à la société Faurecia qui l'aurait empêchée d'accomplir ses obligations, ni aucun cas de force majeure, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, violant ainsi les articles 1131, 1134 et 1147 du code civil ;

2°/ qu'en jugeant que la clause limitative de responsabilité aurait été prétendument valable en ce qu'elle aurait été librement négociée et acceptée et qu'elle n'aurait pas été imposée à Faurecia, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, violant ainsi les articles 1131, 1134, 1147 du code civil ;

3°/ qu'en jugeant que la clause, qui fixait un plafond d'indemnisation égal au montant du prix payé par Faurecia au titre du contrat des licences n'était pas dérisoire et n'avait pas pour effet de décharger par avance la société Oracle du manquement à une obligation essentielle lui incombant ou de vider de toute substance cette obligation, la cour d'appel a violé les articles 1131, 1134, 1147 du code civil ;

Mais attendu que seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ; que l'arrêt relève que si la société Oracle a manqué à une obligation essentielle du contrat, le montant de l'indemnisation négocié aux termes d'une clause stipulant que les prix convenus reflètent la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait, n'était pas dérisoire, que la société Oracle a consenti un taux de remise de 49 %, que le contrat prévoit que la société Faurecia sera le principal représentant européen participant à un comité destiné à mener une étude globale afin de développer un produit Oracle pour le secteur automobile et bénéficiera d'un statut préférentiel lors de la définition des exigences nécessaires à une continuelle amélioration de la solution automobile d'Oracle pour la version V 12 d'Oracles applications ; que la cour d'appel en a déduit que la clause limitative de réparation ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle de la société Oracle et a ainsi légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société Faurecia fait encore le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen, qu'après avoir constaté que la société Oracle n'avait pas livré la version V 12, en considération de laquelle la société Faurecia avait signé les contrats de licences, de support technique, de formation et de mise en oeuvre du programme Oracle applications, qu'elle avait ainsi manqué à une obligation essentielle et ne démontrait aucune faute imputable à la société Faurecia qui l'aurait empêchée d'accomplir ses obligations, ni aucun cas de force majeure, la cour d'appel a jugé que n'était pas rapportée la preuve d'une faute d'une gravité telle qu'elle tiendrait en échec la clause limitative de réparation ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, violant les articles 1134, 1147 et 1150 du code civil ;

Mais attendu que la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que les deuxième et quatrième moyens ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

#### **Document n° 10 :**

Article 1170 du Code civil

« Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle est réputée non écrite ».