

DROIT DES CONTRATS

(Vol. 1)

Daniel Mainguy

Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne

ECOLE DE DROIT DE LA SORBONNE

LICENCE 2

2022-2023



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

INTRODUCTION GENERALE

1. **Présentation.** – Le *droit des obligations* est la base même des études du droit privé, du droit en général et est souvent considéré comme le droit commun du droit commun.

Théorique et pratique, élégant et rigoureux, sophistiqué et fondé sur des principes élémentaires, technique et reposant sur des analyses extra juridiques importantes, sociales, économiques, morales, etc., le droit des obligations est une matière centrale qu'il n'est pas aisé d'aborder. Il forme la matière première du droit des contrats et du droit de la responsabilité mais propose aussi un régime, des règles, qui se présentent comme l'outil de base des relations personnelles patrimoniales, la notion d'obligation. Il est donc indispensable pour comprendre l'ensemble des questions qui fondent la vie économique, dans ce qu'elle a de plus simple : l'acquisition banale d'un bien de consommation courante, les conséquences d'une chute dans l'escalier d'une grande surface, ou dans ce qu'elle a de plus sophistiquée : les relations de la distribution, les contrats de longue durée de façon plus générale et le droit financier.

Nous verrons, en le développant que ce que nous appelons « droit des obligations » correspond alors à trois logiques : le contrat, échange de volontés producteur d'effets juridiques, dont des obligations, la responsabilité qui, partant du constat d'un dommage causé par un fait générateur, proposera une indemnisation sous forme d'une obligation de réparation, et enfin, le « microcosme » juridique, l'obligation en tant que telle, à travers son régime, son paiement, sa circulation essentiellement, où nous observerons alors trois fonctions principales distinctes : la gestion des échanges volontaires entre patrimoines, s'agissant des contrats, d'affaires pour les plus intéressants, la gestion des tragédies et des larmes pour la responsabilité, la gestion des mécanismes financiers et de garantie pour le régime des obligations.

Il n'est pas certain d'ailleurs que la considération d'un ensemble disciplinaire dit « *droit des obligations* » soit parfaitement cohérente. Il l'est ou le semble pour les juristes français qui apprennent et vivent à l'aune de celui-ci avec une telle intensité qu'il ne leur vient pas à l'idée de s'interroger sur cette cohérence qui repose, pour l'essentiel sur l'ensemble de règles formées des articles 1101 et suivants du Code civil, avant ou après la réforme du droit des contrats de 2016, souvent présentées comme un ensemble uniforme.

A bien y regarder cependant, cette uniformité n'est que de façade distinguant les règles du droit des contrats, auxquelles sont attachées les règles en matière de preuve, celle relative à la responsabilité civile et celle relative au régime général des obligations. En outre, dans bien des pays, l'ensemble « *droit des*

obligations » n'a pas de sens, mais se divisent en trois catégories, le droit des contrats, de la responsabilité et le régime des obligations, souvent étudiées à des moments différents et non au sein d'un ensemble plus vaste.

Enfin, la notion même d'« obligation », comme élément fédérateur de la matière, on peut là encore être dubitatif : les contrats produisent des effets, dont certains sont des obligations mais au milieu de bien d'autres, des durées, des options, des effets translatifs (de droits, de propriété, de risques, etc.), des effets abdicatifs (renonciation à un droit par exemple) ou encore créatifs de droit, des effets entre les parties, à l'égard de tiers, des effets automatiques ou volontaires, etc., et l'essentiel des règles et des problèmes du droit des contrats n'est en rien concentré sur des questions d'obligation, mais sur la formation du contrat, son exécution, sa circulation, ou sa rupture ; les questions de responsabilité civile évitent des problèmes très étrangers aux obligations alors que l'obligation, de réparation, n'est que l'ultime point d'arrivée de la question ; le régime général de l'obligation évoque les obligations, essentiellement de paiement, mais indépendamment de la source de celles-ci.

La question de savoir si l'ensemble « *droit des obligations* » est ou non un référent cohérent est donc aisée à trancher : c'est davantage par tradition, par commodité, que l'on envisage, dans un ensemble global, dit « *droit des obligations* » trois thèmes qui pourraient parfaitement être scindés (et qui le sont souvent) : droit des contrats, droit de la responsabilité, régime général des obligations.

Reste alors, sans admettre que cet ensemble soit cohérent à identifier la notion d'obligation (I) avant d'aborder les sources de ce droit des obligations (II) et les sources des obligations elles-mêmes (III) et enfin, les contrats (IV).

I – La notion d'obligation

A – Définition

2. **Définition.** – L'obligation, au centre de la matière étudiée, le droit des obligations, peut être entendue de plusieurs manières alternatives, par les juristes ou les non-juristes : certains considéreront qu'ils sont soumis à des obligations religieuses, sociales, financières, morales, politiques, internationales, envers l'état, les autres ou soi-même. Ce faisant, ils confondront *obligation* et *devoir* (devoir envers la patrie par exemple), et donc, effet obligatoire et effet normatif, ou *obligation* et *engagement* (engagement moral, engagement d'honneur) et, donc effet obligatoire et effet de la volonté.

Pour le juriste, le terme « *obligation* » est aussi employé à de multiples égards. Ainsi parle-t-on des *obligations* des époux nées du mariage, de l'*obligation* de respecter le Code de la route et d'ailleurs le Code pénal en général, de l'*obligation* de déclarer ses impôts, etc. Le terme n'est donc pas réservé au droit des obligations.

Cependant, l'ensemble de ces « obligations » ne correspond pas à la notion d'obligation au sens où l'on envisage le droit des obligations, elles correspondent à un tissu de devoirs, d'exigences qui fondent la vie sociale.

Le droit des obligations en effet utilise le terme obligation dans un sens très étroit. L'obligation est définie comme un lien de droit, un lien contraignant entre deux ou plusieurs personnes : l'obligé est contraint de faire quelque chose, peu importe qu'il le souhaite ou non.

L'obligation est ainsi un rapport juridique abstrait, entre deux personnes, ou plus exactement entre les patrimoines de deux personnes, par lequel une personne, appelée débiteur, doit fournir à une autre personne, appelée créancier, une certaine prestation ou une abstention.

3. **Origine.** – L'origine du terme « obligation » n'est romaine que par excès de rapidité dans l'expression. Le terme « obligatio » apparaît surtout au XIII^{ème} siècle au moment de la redécouverte du droit romain et de son insertion dans le droit existant, coutumier et canonique et se développe en droit civil au XVI^{ème} siècle pour identifier ce lien de contrainte. Le terme obligation provient du latin *ligare* qui signifie *lier* et le préfixe *ob* qui signifie *pour ou en échange de*. En droit romain c'est les romains utilisaient le terme beaucoup rude *vinculum juris* qui signifie un lien de droit équivalent à des chaînes et surtout le terme « nexum » qui est utilisé pour expliquer le lien de droit existant entre deux personnes, sous la forme d'une contrainte¹, l'« obligatio » n'étant alors qu'un type de nexum. C'est donc essentiellement après le XIII^{ème} siècle que le terme « obligatio », puis « obligation », pour identifier un rapport personnel de dette ou de créance, né d'un échange de volontés ou d'un fait juridique, que la notion d'obligation civile apparaît.
4. **Description.** – Passée cette définition qui relève du consensus historique, on ne sait pas grand chose, d'un point de vue normatif sur la notion d'obligation. Le Code civil ne la décrit pas, pas davantage qu'il ne trace les éléments d'une théorie générale de l'obligation, de telle manière que la frontière entre les obligations civiles, c'est-à-dire juridiques, et d'autres liens de droit sont parfois flous. Ainsi en est-il, de manière très classique, entre les obligations juridiques et les obligations morales ou les obligations naturelles (cf. infra, n°4) mais encore avec les obligations légales : lorsque la loi impose à un contractant d'exécuter telle ou telle obligation, une obligation d'informer par exemple, est-ce encore une « obligation », est-ce un devoir, est-ce une simple contrainte légale ? Et si ce contractant répète, ou améliore, cette « obligation », se transforme-t-elle en obligation juridique ? Qu'en est-il des rapports entre une personne publique et un usager qui ressemblent trait pour trait à ceux, des rapports d'obligation juridique, qui se nouent entre deux personnes privées, comme c'est le cas entre un hôpital ou une clinique et un patient, ou bien entre un établissement public, ou privé, d'enseignement ? Pour rester dans le champ du Code civil, bien des incertitudes demeurent. L'article 1101 du Code civil dispose que « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou*

¹ Cf. J. Gaudemet, « naissance d'une notion juridique : les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », APD, 2000, 44, p. 19.

éteindre des obligations ». Avant la réforme de 2016 ce même article 1101 disposait que le contrat est une sorte de convention produisant des obligations qui peuvent être de donner (transfert de propriété), de faire (payer, livrer une marchandise, effectuer telle prestation, etc.) ou de ne pas faire (ne pas révéler une information confidentielle).

En premier l'existence de l'obligation de donner, résurgence anachronique de l'obligation *de dare* du droit romain et de l'ancien régime, était discutable à l'heure du consensualisme de principe en droit des obligations et a disparu depuis 2016.

En second l'article 1101 ancien du Code civil a longtemps été lu comme si les conventions, modèle des sources d'obligations, ne produisaient *que* des obligations. Or, les contrats sont producteurs d'effets de droit très divers dont des obligations, les effets systématiques et les plus remarquables, mais aussi des effets réels (transfert de propriété, constitution de droit réel, etc.), des options, des durées, des délais, des facultés, des paiements des extinctions, des droits, etc..., qui tous sont distincts de la notion d'obligation, question sur laquelle nous reviendrons bien souvent, ce dont rend compte le nouveau article 1101.

Tout au plus peut-on considérer que la convention produit des effets multiples, dont les plus remarquables sont des obligations. D'ailleurs, l'exécution de ces effets, leur durée, peuvent être différents de celle du contrat. Par exemple un contrat de travail peut être conclu pour une durée d'un an. L'obligation de l'employeur de fournir du travail dure effectivement un an, mais l'obligation de l'employeur de payer un salaire naît à chaque échéance et cesse dès le paiement ; en outre une clause de non-concurrence peut être stipulée à la charge du salarié qui ne prendra effet qu'à compter de la rupture du contrat.

- 5. Obligation civile, obligation naturelle.** – Lien de droit, l'obligation, dite alors civile, se distingue de l'obligation naturelle, l'obligation morale, en ce sens que l'obligation civile, seule, est à l'origine d'un lien juridique, qui peut faire l'objet d'une action en justice. A l'inverse, l'obligation naturelle² n'est pas définie par le Code civil précisément parce qu'elle n'est pas juridique : elle ne permet d'exercer aucune action en justice.

Ce qu'on appelle obligation naturelle, par opposition à obligation civile, est une sorte d'obligation morale, qui relève d'une conception intime, ou sociale, du juste et de l'injuste, de la manière de se comporter de s'habiller. La sanction de ces obligations est soit intime, la mauvaise conscience, ou bien sociale, une forme de rejet par exemple. Par exemple la courtoisie, les dress codes, le civisme, le sens de l'honneur, etc., sont des questions qui relèvent tout à la fois des conventions sociales et de l'intime : être impoli peut aboutir à un sentiment de culpabilité ou à une forme de rejet.

Les nuances sont à la fois simples et complexes.

Par exemple, une personne emprunte une somme d'argent à une autre. L'emprunteur et le prêteur concluent un contrat, source d'obligations, dont

² Cf. M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, 1957.

l'une, l'obligation de rembourser la dette, les lie en ce sens que l'emprunteur, débiteur de cette obligation de rembourser, doit s'exécuter auprès du prêteur, le créancier de l'obligation de rembourser.

A l'inverse celui qui s'engage sur l'honneur à réaliser quelque chose, ne s'engage, en principe³, pas juridiquement. Toutefois, celui qui s'engage par une obligation naturelle, et qui commence volontairement d'exécuter cette obligation fait entrer son obligation naturelle, plus exactement ce qui a été commencé (de ce point de vue, il ne pourra obtenir répétition de ce qui a été payé) ou qui s'engage, ensuite, à exécuter cette obligation dans l'avenir s'oblige juridiquement : mais par quelle technique, est-ce une transformation, une novation (cf. *Infra*, n°34) pensait-on pendant très longtemps, ce qui ne peut convenir car la novation suppose l'extinction d'une obligation ancienne par remplacement d'une obligation nouvelle alors même que précisément, aucune obligation préexistante n'est éteinte, ou création d'une obligation civile, solution aujourd'hui privilégiée⁴ par un engagement unilatéral de volonté.

L'exécution volontaire d'une obligation naturelle ou la promesse d'exécution de celle-ci en fait une obligation juridique.

- 6. Caractères de l'obligation : contrainte, prestation, valeur, durée.** – En ce sens, l'obligation présente deux aspects, deux faces d'une même réalité : du côté actif, c'est-à-dire du côté du créancier, l'obligation est aussi appelée *créance* : la faculté qu'à le créancier de réclamer au débiteur l'exécution de cette prestation ou de cette abstention. Inversement, du côté passif, c'est-à-dire du côté du débiteur, l'obligation est appelée *dette* : le devoir qu'à le débiteur d'exécuter cette prestation ou cette abstention.

Se dégagent alors d'autres composantes de l'obligation, d'autres façons de l'envisager. D'un point de vue économique, l'obligation se décompose : d'une part la *valeur* que représente celle-ci, la créance vue du côté actif, du côté du créancier, et d'autre part, la *contrainte* qui lui est inhérente, vue du côté passif, du côté du débiteur. Ce pouvoir de contrainte, qui permet par exemple de distinguer l'obligation civile de l'obligation naturelle est la logique de l'effet obligatoire d'une obligation. La méthonimie est ambiguë mais saisissante : une obligation est obligatoire, c'est-à-dire que le fait que celle-ci naisse crée, en elle-

³ En principe seulement, tant le régime juridique des engagements d'honneur est complexe (Cf. *infra* n°34). D'une manière plus générale, les obligations naturelles se rencontrent dans deux types de situations, d'une part lorsqu'une obligation est imparfaite, parce qu'un obstacle quelconque a empêché la formation normale de l'obligation (nullité, règle de forme non respectée, etc.) alors que l'obligation s'est éteinte sans avoir été payée (par prescription notamment), et d'autre part, face à des obligations relevant de la morale, le l'honneur ou de la conscience.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, *Bull. civ. I*, n°352, *D.* 1996, somm. 120, obs. R. Libchaber, *D.* 1997, p. 155, note G. Pignarre : « *La transformation, improprement qualifiée novation d'une obligation naturelle en obligation civile, laquelle repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle, n'exige pas qu'une obligation civile ait elle-même préexisté à l'obligation* ». Adde : N. Molfessis, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première chambre civile le 10 octobre 1995 », *D.* 1997, Chr. 85.

même, un pouvoir de contrainte qui permet au créancier d'utiliser des moyens de droit (processuels pour l'essentiel), pour obtenir l'exécution de l'obligation par le débiteur (qu'il s'agisse d'une obligation produite par un contrat ou non).

Par conséquent, l'obligation se situe dans la catégorie des droits personnels, par opposition aux droits réels, mieux des droits patrimoniaux, par opposition des droits extrapatrimoniaux⁵ avec deux facettes, l'une étant que l'obligation a pour objet d'une prestation et qu'elle dispose d'autre part d'une valeur.

« L'obligation a pour objet une prestation » dispose désormais l'article 1163 du Code civil. La prestation de l'article 1163 du Code civil consiste en un fait positif (livrer, payer) ou un fait négatif, une abstention (ne pas exercer une activité particulière, ne pas diffuser une information secrète). Exit donc l'obligation de donner, qui n'était qu'une explication très approximative d'un effet du contrat, l'effet translatif, de propriété notamment dans la vente.

L'obligation a ensuite une valeur. Au-delà de la distinction entre droit personnel et droit réel, il s'agit surtout d'observer que les obligations ne sont pas de pures abstractions juridiques : une obligation peut être valorisée, elle dispose d'une valeur économique particulière. Ainsi une obligation peut être cédée : un créancier dispose d'une créance de 100 sur son débiteur, payable à terme, dans un an. Si le créancier est pressé, il peut céder sa créance, de 100, à un tiers, qui attendra et, certainement, l'achètera pour un prix inférieur à sa valeur nominale, 95 par exemple.

L'obligation a par ailleurs une durée propre, qui peut être distincte de la durée du contrat qui l'a produite. C'est d'ailleurs l'un des points de départ de l'étude du régime de l'obligation, l'observation, microcontractuelle, des obligations, en les étirant, de telle manière que, valeur et durée se combinant, les obligations, de payer notamment, peuvent faire l'objet d'opérations diverses : prises de garanties, saisie, cession de créance ou de dette, paiement pour autrui, etc.

B – Distinction avec le droit réel

7. **Exemple.** – Un exemple permet d'illustrer cette différence, à partir de la situation du propriétaire d'un immeuble soucieux d'accorder à une personne la jouissance de son bien.

Ce propriétaire peut d'abord démembrement son droit de propriété, et remettre à la personne bénéficiaire quelques unes des prérogatives qui étaient incluses dans ce droit de propriété : en l'occurrence les prérogatives d'usage et de jouissance. Cela peut passer, par exemple par la constitution d'un droit d'usufruit, qui est un démembrement du droit de propriété et, par conséquent, comme lui, un droit réel : comme le droit réel de propriété, le droit d'usufruit, droit réel, porte directement sur la chose (C.civ. art. 578). Dans ce cas, il y a, en effet, assujettissement d'une chose à une personne, création d'un droit portant sur une chose, une « *res* ». Dès lors si le propriétaire de la maison vend cette dernière, l'usufruitier qui détient un droit réel sur la chose, conserve ce droit que le nouveau propriétaire doit supporter, l'usufruitier peut exercer des actions réelles,

⁵ Cf. D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, LexisNexis, 7^{ème} éd. 2020.

par exemple une action en revendication.

Ce propriétaire peut aussi conserver intact son droit de propriété et être simplement tenu vis à vis du bénéficiaire de lui assurer l'usage et la jouissance paisible de l'immeuble, par la conclusion d'un contrat de bail. Il y a alors constitution, au profit du bénéficiaire, d'un droit de créance reconnu à une personne, le créancier, le locataire, sur une autre personne, le débiteur, le bailleur. Le rapport s'établit entre deux personnes (créancier et débiteur, locataire et bailleur) : c'est un droit personnel (C.civ. art.1709). Dans ce cas, il y a, en effet, assujettissement d'une personne, le débiteur, à une autre personne, le créancier ; il y a création d'un droit portant sur une personne, point sur la chose. Les différences entre les deux types de droit concurrent se mesurent alors aisément.

8. **La nature de la relation est différente.** – La différence entre les droits s'exprime de plusieurs manières. Le droit réel lie une personne à une chose, tandis que le droit personnel lie deux personnes. Le droit réel s'exprimant en un pouvoir portant sur une chose, il faut que cette chose existe et soit déterminée au moment de la naissance du droit qui la concerne (« *je suis propriétaire de cette maison* »), tandis que le droit personnel liant une personne à une autre et s'exprimant par un pouvoir reconnu à une personne sur une autre personne peut intéresser des biens futurs (« *vous me construirez une maison selon tel plan* »), et même des biens indéterminés, définis *in genere* (« *vous me livrerez un stère de bois* »). Le droit réel s'exerçant sur la chose sans intermédiaire peut s'éteindre par la volonté unilatérale de son titulaire (le principe de l'abandon du droit par déguerpissement ou délaissement général est admis quel que soit le droit réel concerné ; le Code civil en évoque diverses applications à propos du droit d'un copropriétaire sur un mur mitoyen : C.civ. art.656 et des hypothèques : C.civ. art.2172) ; tandis que le droit personnel liant une personne à une autre ne peut s'éteindre qu'avec l'accord des deux personnes : le sujet actif et le sujet passif ; en d'autres termes la remise de dette ne peut pas s'opérer par une manifestation unilatérale de volonté du créancier. La remise de dette réglementée par le Code civil (C.civ., art. 1282) est la convention par laquelle le créancier consent gratuitement au débiteur qui l'accepte, l'abandon complet ou partiel de sa créance; cette remise est une convention qui suppose, par conséquent, l'accord des volontés du créancier et du débiteur; la volonté unilatérale du créancier renonçant spontanément et isolément à sa créance est insuffisante pour éteindre l'obligation : l'acceptation du débiteur est nécessaire (Cf., infra, n°519).
9. **L'autorité des deux types de droits est différente.** – Le droit réel s'impose à tous ; il est opposable *erga omnes* tandis que le droit personnel ne s'impose qu'au débiteur, il n'est opposable qu'*inter partes*. Le droit réel, s'exerçant directement sur la chose, produit ses effets à l'égard de tous. Il est absolu dans ses effets (l'usufruitier peut revendiquer la jouissance de son bien directement contre tout tiers ; il n'a pas à s'adresser préalablement au nu-propriétaire du bien), tandis que le droit personnel, pouvoir sur une personne, ne peut s'exercer que sur une personne bien déterminée : l'article 1165 du Code civil pose le

principe de la relativité des effets des conventions (c'est du bailleur et du bailleur seul que le locataire attend, par exemple, l'usage et la jouissance paisibles du bien loué).

- 10. Le régime des deux types de droits est différent.** – Le droit réel par la combinaison des deux séries de caractères que l'on vient de souligner bénéficie de deux techniques originales de protection qui font précisément son intérêt, à savoir le droit de préférence et le droit de suite que le droit personnel ne connaît pas.

Le *droit de préférence* est le droit d'être payé avant tout autre sur le prix de vente d'une chose : le titulaire d'un droit réel a sur la chose un droit lui permettant de la soustraire à la poursuite de créanciers ordinaires. Ainsi, par exemple, le créancier titulaire d'un droit réel d'hypothèque pourra se faire payer sur le prix de vente du bien hypothéqué avant tous les créanciers ordinaires dits « chirographaires », d'une part, avant tous les créanciers privilégiés de rang inférieur ou de date postérieure à la date de la prise d'hypothèque, d'autre part ; tandis que le titulaire d'un droit personnel n'a aucun droit à être préféré aux autres créanciers. Tous les créanciers ont, en effet, un égal droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur commun ; les créanciers seront, donc, payés dans l'ordre de présentation, le paiement étant « *le prix de la course* ». S'ils interviennent en même temps, la loi du concours s'appliquera et ils partageront entre eux le prix de vente de la chose.

Le *droit de suite* est le pouvoir de revendiquer un bien entre quelque main qu'il se trouve. Le titulaire d'un droit réel a un droit direct sur la chose. Peu importent les mains entre lesquelles se trouve cette chose. L'usufruitier a un droit sur la chose quel que soit le nu-propriétaire, qu'il soit ou non celui dont il tire son droit réel. Il pourra, donc, revendiquer la chose où qu'elle se trouve. De la même manière, le créancier hypothécaire titulaire d'un droit réel a un droit de suite en raison non pas de son titre de créance mais de son droit réel d'hypothèque sur l'immeuble hypothéqué ; il pourra suivre le bien même dans un patrimoine autre que celui de son débiteur initial, il pourra, notamment, saisir le bien hypothéqué entre les mains d'un tiers acquéreur ; tandis que le titulaire d'un droit personnel a un simple droit à exécution sur le patrimoine de son débiteur, tel qu'il sera au moment de la saisie. Lorsqu'un bien est vendu par le débiteur entre la naissance de la créance et son exécution, le créancier chirographaire ne peut pas le saisir entre les mains de l'acquéreur. Le bien sorti du patrimoine du débiteur avant la saisie va échapper au créancier qui n'a pas de droit de suite sur ce bien entre les mains d'éventuels acquéreurs et sous-acquéreurs.

- 11. Relativité de la différence.** – Ainsi marquée, de manière classique, la différence entre droit réel et droit personnel, entre propriété et contrat paraît irréductible et définitive. Il n'est pas certain que cette distinction, didactique, reflète la réalité économique. Ainsi, la « propriété » et le « droit de propriété » est une situation objective, un rapport entre une personne et une chose qui est présentée par l'article 544 du Code civil comme un « pouvoir », le pouvoir de jouir de la chose de la manière la plus absolue, ce qui est assez étrange pour un

droit réel, à moins de ne pas confondre propriété et chose, droit de propriété et objet de l'appropriation⁶. En outre, bien des techniques contractuelles permettent d'assurer une constitution de droit réel ou un effet acquisitif de propriété, un transfert de propriété ou une extinction d'un droit réel. Enfin, le rapport entre une personne et un bien, appelé droit de propriété ou droit réel est parfois de source personnelle, par exemple lorsque le droit de propriété est entièrement constitué par un contrat, comme une sûreté réelle. Les liens entre droit des biens et droit des contrats sont, de ce point de vue, permanents.

Enfin, la valorisation du contrat, des obligations, permet de les considérer comme des biens appropriables⁷ et ce faisant d'identifier un rapport de propriété et de droit réel sur un contrat ou une créance, permettant de les céder ou de les nantir par exemple (cf. infra, n°247 s. et 475 et s.).

II – Les normes juridiques applicables au droit des obligations

12. **Théorie générale des obligations ?** – Ce qu'on appelle *droit des obligations* est souvent présenté comme dérivé d'une *théorie générale des obligations*, ayant vocation à s'appliquer à n'importe quel type d'obligation, contractuelle, extracontractuelle, publique, privée... C'est donc le plus petit dénominateur commun duquel on exclura les études de certains contrats particuliers par exemple. Cette façon de présenter le droit des obligations est très classique, très didactique, mais peut-être erronée ou en tout cas imparfaite, à l'observation de la réalité contractuelle où les enjeux, les faits, les réalités économiques au cœur des problèmes posés permettent de relativiser la *technicité* du droit des obligations et, en tout cas, de considérer que, au-delà des questions techniques, s'imposent des considérations autres, économiques, sociologiques, philosophiques par exemple, qui permettent également d'apporter des solutions. L'idée même de *théorie générale des obligations* est elle-même très récente ; elle est née à la toute fin du XIX^{ème} siècle, à un moment où la doctrine, pour résister aux jures qui interprétaient le Code civil de manière nouvelle, à l'aune des bouleversements de la société d'alors (nouveaux enjeux en termes de responsabilité des machines, nouveaux enjeux sociaux dans les rapports de travail, apparition de nouvelles valeurs comme les droits de propriété incorporelle, nouveaux enjeux politiques, avec l'apparition de la Doctrine sociale de l'Eglise, le mouvement ouvrier, la III^{ème} République, etc.) et souhaitaient limiter les possibilités que les juges avaient d'interpréter les règles du Code civil. Si on admet en effet, que le juge, en interprétant un texte, crée la norme, de manière libre sous réserve de contraintes dont celles qu'il veut bien s'imposer d'ailleurs⁸, il en résulte que le pouvoir du législateur et notamment du lointain codificateur et dont la doctrine se voulait le garant, diminue d'autant. L'invention de la *théorie générale des obligations*, comme de toutes les *théories générales*, apparaissait alors comme un moyen, très efficace d'ailleurs, de

⁶ Cf. F. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, Puf, 2007, n°162 et les références.

⁷ Cf. par ex : Y. Emerich, *La propriété des créances : approche comparative*, LGDJ, 2007.

⁸ Cf. ; D. Mainguy, Introduction générale au droit, Litec, 6^{ème} éd., 2013.

limiter le pouvoir des juges, ou de laisser croire aux juges que leur pouvoir est limité par une sorte de cadre général qui s'imposerait à eux, pris comme une « loi », immanente.

Le droit des obligations demeure cependant une matière globalement abstraite. Le droit des obligations se distingue en effet de l'étude du droit des contrats spéciaux, les contrats usuels comme la vente, le bail, le mandat..., des contrats d'affaires ou de la pratique contractuelle.

C'est la raison pour laquelle le droit des obligations est une matière relativement intemporelle : on dit souvent que le droit français des obligations est l'héritier direct du droit romain des obligations. C'est vrai pour l'essentiel même si le droit des obligations est aussi et logiquement le produit de l'histoire bimillénaire du droit. Ainsi, le droit romain des obligations se fondait sur l'existence d'un petit groupe de contrats, auxquels était attachée une action en justice. Point de principe du consensualisme, de liberté contractuelle, de force obligatoire des contrats, etc. Ce n'est que l'influence du christianisme durant le Moyen-Age qui, tout en redécouvrant le droit romain et en le transformant, l'a imposé : *pacta sunt servanda* : les contrats sont obligatoires en raison d'un principe de respect de la parole donnée. Il y a donc une tradition romaine, et plus exactement, romaniste, dans le droit des obligations, mais qui doit être combinée avec bien d'autres produits de l'évolution historique du droit, pour parvenir à l'affirmation de ce principe qui, lui demeure.

Depuis 1804, il est vrai que le droit des obligations a, longtemps, peu évolué et, surtout, été épargné par l'inflation législative. De sorte que le lecteur du Code civil pouvait être surpris de la constance du droit en la matière. En réalité, les règles avaient beaucoup évolué, mais sous l'influence de la jurisprudence, point de la loi et souvent à côté de la loi, voire contre celle-ci, ce qui a justifié les différents projets de réforme du droit des obligations (Cf. infra, n°24) jusqu'à la réforme de 2016, mais également une nouvelle manière d'approcher le droit des contrats (cf. infra, n°75).

En revanche, l'inflation législative n'a pas épargné les matières annexes au droit des obligations. Une évolution notable s'est alors produite : le droit des obligations, droit commun et donc résiduel des contrats et des obligations, s'est réduit au profit de la prolifération des statuts spéciaux des contrats et de nouvelles manières d'aborder les relations d'obligations : de rapports de créancier à débiteur vers des rapports de professionnel à consommateur, d'employeur à salarié, d'assuré à assureur, etc.

Par ailleurs, le droit des obligations est une réalité multi-quotidienne. Nous concluons ou exécutons tous les jours plusieurs contrats ou obligations. De la sorte le droit des obligations est en prise directe avec les réalités économiques. Par exemple, le droit de la responsabilité moderne suit largement les évolutions de la technique, le « *machinisme* » dit-on souvent.

- 13. Sources des obligations et sources du droit des obligations.** – Une précision sémantique s'impose d'emblée. Les *sources des obligations* peuvent s'entendre de deux façons. Le droit des obligations lui-même envisage par ces termes l'ensemble des conditions de la formation des obligations, et c'est ainsi que nous

étudierons ces règles mais de manière plus globale à l'observation que le contrat produit des effets juridiques, dont des obligations. Ici ce sont les sources du droit des obligations au sens normatif qui nous intéressent, d'autant plus qu'elles se sont multipliées, alors qu'une réflexion lourde et fructueuse sur une réforme du droit des obligations, dans la suite logique des réformes récentes du droit civil, s'amorce.

- 14. Code civil.** – Le Code civil d'abord, est la principale source du droit des obligations : le titre III du Livre III du Code civil est entièrement consacré aux *sources des obligations* (C. civ., art. 1101 et suivants) à savoir le contrat, la responsabilité extracontractuelle et les quasi-contrats, le Titre IV se consacre au *régime des obligations* et le Titre IV bis est consacré à la *preuve des obligations*. Observons en outre que le l'ensemble s'insère dans le Livre III du Code civil « *des différentes manières dont on acquiert la propriété* », logique évocatrice de celle qui imprime le Code civil de 1804 : les contrats y sont perçus comme le développement du contrat de vente, conçu comme le modèle des contrats du début du XIX^{ème} siècle et, plus singulièrement encore, de la vente immobilière. Or, cette conception, ce modèle, sont très largement dépassés : le contrat d'entreprise est largement aussi important que la vente, sans compter les contrats de longue durée.

Deux remarques ici, en premier la réforme du droit des contrats de 2016 a élargi cette perspective pour se conformer aux exigences actuelles des praticiens, même si on peut regretter, nous y reviendrons, que la réforme ne se soit pas réellement intéressée à un droit des clauses contractuelles et, ce faisant aux contrats d'affaires. En second, le droit commun des contrats est complété par le droit des contrats spéciaux, qui identifie les règles applicables aux principaux contrats (vente, bail, mandat, contrat d'entreprise, contrats de distribution, etc.), en cours de réforme à la suite de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux préparé en juillet 2022 par le Professeur Philippe Stoffel-Munck.

- 15. Hors le Code civil,** nombreuses sont les règles qui intéressent le droit des obligations. Les lois relatives au commerce, d'abord (Cf. C. civ., art. 1107), les lois codifiées ou non qui gouvernent des contrats et qui ne seraient pas insérées dans le Code civil. On songe alors au Code du travail, au Code des assurances par exemple.

Certaines de ces règles sont par ailleurs d'une importance majeure pour le droit des obligations. C'est le cas notamment du droit de la consommation, et son Code, ou du droit de la concurrence, interne (C. com., art. L. 410-1 et s.) ou de l'union européenne (TUE, art. 81 et 82), du droit des entreprises en difficulté, des marchés financiers, etc.

Certaines de ces règles extérieures au Code civil ont tendance à revendiquer une certaine autonomie, à se démarquer parfois très franchement, du droit commun des obligations, du Code civil, le cas du droit du travail est à cet égard assez remarquable, sans y parvenir toutefois, en raison de caractère commun, donc subsidiaire du droit des obligations, y compris s'agissant du droit du travail qui recourt volontiers aux concepts du droit des obligations, par exemple en matière

de force majeure ou de mode atypique de rupture du contrat de travail. D'autres ce ces matières, tout en justifiant leur autonomie, comme le droit de la consommation, entretiennent des rapports très étroits avec le droit commun des obligations : ainsi peut-on sans difficulté que le droit de la consommation a sans doute supplanté le droit commun s'agissant des rapports contractuels usuels de tout un chacun : tous les contrats que nous concluons tous les jours sont bien plus régis par le Code de la consommation que par le Code civil.

- 16. Droit constitutionnel civil.** – Les rapports entre le droit constitutionnel et le droit des obligations sont assez lâches. Pourtant, la constitutionnalité de la liberté contractuelle s'est posée à plusieurs reprises à l'occasion de la discussion de la constitutionnalité de lois touchant au droit des contrats.

Le Conseil constitutionnel a systématiquement considéré que la liberté contractuelle n'était pas un principe à valeur constitutionnel, en sorte que la loi peut imposer des restrictions à cette liberté, pour autant que ces restrictions soient proportionnées : « *aucun principe de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle* » avait décidé le Conseil constitutionnel, le 3 août 1994⁹.

En 1998, cependant, le Conseil avait considéré que « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclu une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »¹⁰. C'est dire que, bien entendu, le principe de la liberté contractuel n'est pas un principe de valeur constitutionnel, affirmer le contraire condamnerait toute loi d'ordre public, mais que le Conseil constitutionnel en vérifie tout de même les tenants¹¹.

- 17. Droit de l'Union européenne.** – Le droit communautaire n'influence, aujourd'hui le droit des obligations que de façon plutôt marginale¹², parce que le droit communautaire est à l'origine de nombreuses directives d'harmonisation qui peuvent avoir une influence directe sur les règles du droit des obligations, comme en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (Dir. 25 juill. 1985 transposée par la loi du 19 mai 1998 : C. civ., art. 1386-1 et s), ou de manière indirecte par l'harmonisation des règles du droit de la consommation comme en matière de clauses abusives par exemple (Dir. 5 mai 1993, L. 1er fév.

⁹ Déc. Cons. constit. 3 août 1994, *JCP*, 1995, II, 22404, note Y. Broussole, *RTD civ.* 1996.151, obs. J. Mestre) puis le 20 mars 1997 (*JCP* 1997, I, 4039, obs. M. Fabre-Magnan, *RTD civ.* 1998.99, obs. J. Mestre. V. Ph. Terneyre, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mélanges G. Peiser*, PU Grenoble, 1995, p. 473.

¹⁰ Déc. Cons. constit. 10 juin 1998, *RTD civ.* 1998.796, obs. N. Molfessis. V. Aussi Déc. Cons. constit., 19 déc. 2000, n°2000-437 DC qui se réfère à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen duquel découlerait le principe de liberté contractuelle.

¹¹ Cf. A. Duffy, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *RDP* 2006, p. 1539.

¹² V. Cependant H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PUAM 2002.

1995 : C. consom., art. L. 132-1 s.) ou de garantie de conformité dans la vente (Dir. 25 mai 1999, transposée par l'ord. Du 17 févr. 2005)¹³. Cette influence demeure marginale car le droit de l'Union européenne n'a, pour l'instant (cf. infra, n°21), pas abordé de front la question de l'harmonisation des règles communes et ne s'est intéressé qu'à des thèmes techniques.

- 18. Droit européen.** – A l'opposé, l'influence des règles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) est de plus en plus notable¹⁴. Cette influence se mesure en premier lieu s'agissant des obligations de la France comme signataire de la CESDH et notamment, pour ce qui nous concerne, l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel lequel, à travers une formule proche de celle de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, assure la protection d'un droit au respect des biens, biens dont nul ne saurait être privé à moins que soit respecté le « *juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens* », et la jurisprudence de la CEDH considère qu'un droit de créance est un bien entrant donc dans le champ de l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole. L'effet direct vertical de la convention se mesure ainsi, notamment, dans les arrêts de la Cour de cassation. Les suites de la célèbre affaire Perruche en sont une illustration presque humiliante pour le législateur français : les arrêts Perruche avaient admis l'indemnisation d'un préjudice lié à la non-révélation du handicap d'un enfant pendant la grossesse de sa mère à la suite d'une faute d'un professionnel de santé, ce qui revient à indemniser le préjudice lié à la perte de chance de réaliser une interruption volontaire de grossesse. Au-delà de l'appréciation que chacun peut avoir de cette question, qui touche le plus haut de la philosophie, de la morale et du droit, le législateur avait crû utile de légiférer et l'article I-1 de la loi du 4 mars 2002, dit dispositif « *anti-Perruche* », disposait que « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* » de telle manière que ce préjudice est compensé par une indemnisation forfaitaire devait s'appliquer aux instances en cours. Mais la Cour de cassation par trois arrêts majeurs du 24 janvier 2006, dans des affaires identiques utilisait l'article 1^{er} du 1^{er} protocole de la CEDH pour distinguer, s'agissant de la réparation du préjudice, entre celui de l'enfant et celui des parents devant supporter des charges d'entretien de l'enfant handicapé tout au long de sa vie, pour écarter, sur ce point l'article I-1 de la loi de 2002¹⁵.

¹³ Varii actores, « Défauts, qualités et vices du nouveau régime de garantie dans la vente des biens de consommation », *RDC* 2005/3, p. 921 s. ; D. Mainguy, « Le nouveau droit de la garantie de conformité dans la vente au consommateur », *JCP* éd. E, 2005, 630, G. Paisant, « La transposition de la directive du 25 mai 2005 ... », *JCP* éd. G, 2005, I, 146 ; O. Tournafond, « La nouvelle garantie de conformité des consommateurs », *D.* 2005, chron. p 1557.

¹⁴ Cf. J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002.

¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 2006, *Bull. civ. I*, n°29, 30, 31 : « *si une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition selon l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les*

En outre, l'effet horizontal de la CEDH se mesure entre contractants, s'agissant de mesurer le caractère proportionné des éventuelles atteintes apportées à leurs droits fondamentaux par une clause d'un contrat. Il est ainsi de plus en plus fréquent que des contractants invoquent ces règles pour obtenir l'annulation de certaines clauses, qui contrarient, par exemple, le droit au respect de la vie privée et familiale (CESDH, art. 8) ou le droit à la liberté de réunion ou d'association (CESDH, art. 11) dans un contrat de bail¹⁶ ou dans le contrat de travail¹⁷.

19. Droit international privé des obligations, des contrats, de la responsabilité.

– Plus complexe encore est la question des règles du droit international privé des obligations, des contrats ou de la responsabilité qu'il n'y a pas lieu de traiter ici¹⁸, sinon pour rappeler que ces questions justifient la résolution de conflits de juridictions (Cf. Règlement n° 2000, art. 5) et surtout de conflits de lois portant sur les contrats (et Cf. Conv. de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles) sur la responsabilité (et cf. Regl. n° 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles) où pour l'essentiel règne le principe d'autonomie qui assure aux contractants le choix libre de la loi applicables à leurs rapports. Plus rarement, des conventions établissent des règles matérielles internationales (Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises). Mais, surtout, des sources privées, de nature et d'autorité parfois assez floue, comme les principes Unidroit ou les Principes pour un droit européen des contrats ont vocation à profondément bouleverser sinon ces questions, du moins les consciences des juristes européens et, peut-être surtout, français.

20. Principes « Unidroit ». – L'institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) a publié en 1994 des « principes relatifs aux contrats du commerce international » en 1994, ensuite complétés en 2004¹⁹. Leur objectif

impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que l'article 1er-I, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand les époux Z... pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur fille serait indemnisée au titre du préjudice résultant de son handicap ».

¹⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, *JCP* éd. G, 1996, I, 3958, n°1, obs. Ch. Jamin, *RTD civ.* 1996, p. 897, obs. J. Mestre, à propos d'une clause d'un bail d'habitation interdisant au locataire d'héberger ses proches ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, *JCP*, éd. G, II, 1190, note F. Auque, s'agissant d'une clause d'un bail commercial imposant l'adhésion à une association.

¹⁷ Cf. Cass. soc. 12 janv. 1999, *D.* 1999, somm. 645, obs. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, s'agissant d'une clause de mobilité imposant au salarié de transférer son domicile dans la région de son lieu de travail, tel qu'imposé par l'employeur.

¹⁸ Cf. D. Mainguy, « Les opérations du commerce international », in *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2005, n° s.

¹⁹ *JCP* 1995, III, 67399. V. J.-P. Béraudo, « Les Principes d'unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP* 1995, I, 3842 ; F.-M. Bannes, « L'impact de l'adoption des principes unidroit 1994 sur l'unification du droit du commerce international : réalité ou utopie »,

est de proposer, par une forme de concrétisation de la *lex mercatoria* dont les principes Unidroit se réclament, une unification des règles matérielles en matière de commerce international, par une technique alternative aux procédés traditionnels, conventions internationales ou lois-types. L'initiative permet de proposer un ensemble de règles directement accessibles, bien plus que la *lex mercatoria* classiquement entendue, mythique, discutée et difficile d'accès. Elle s'inscrit ainsi dans un processus de codification voire de *restatement* à l'américaine, rejoignant en cela l'enseignement de Lambert, ce comparatiste qui estimait que le but du droit comparé était de parvenir à un droit commun²⁰.

Ces « Principes » résultent d'une initiative privée : ils ne bénéficient d'aucun caractère obligatoire malgré leur présentation mais leur autorité est indéniable, dans le champ de l'arbitrage international tout au moins. On y trouve un ensemble cohérent et construit de règles applicables aux contrats internationaux de leur formation à leur extinction, s'appuyant sur des techniques propres à la pratique des contrats internationaux telles que la recherche d'un certain équilibre contractuel, ainsi les « avantages excessifs » sont sanctionnés, et à l'inverse, promues les obligations implicites qui découlent de la nature et du but du contrat, des pratiques établies entre les parties et des usages, de la bonne foi, de ce qui est raisonnable.

L'intérêt est alors multiple, bien que ces Principes, comme les Principes pour un droit européen des contrats ne disposent pas de l'appui d'une institution publique de telle manière qu'ils demeurent dans le champ des codifications savantes. Ils sont ainsi une source non négligeable d'appui à des raisonnements, en matière d'arbitrage mais aussi, quoique rarement, par des juridictions étatiques²¹. Surtout, ils révèlent la possibilité, non expressément formulée, de l'hypothèse d'un droit mondial des contrats, comme réponse à la relative anarchie de la mondialisation des échanges.

- 21. Principes pour un droit européen des contrats.** – Les « Principes pour un droit européen des contrats » (PEDC : *Principes pour un Droit européen des Contrats* ou PECL : *Principles of European Contract Law*) se présentent comme un ensemble de règles concurrentes des Principes Unidroit ». Elaborés sur la

RRJ 1996, p. 933, M. J. Bonell, « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Toward a New Lex Mercatoria ? », *RDAI* 1997, p. 161, B. Fauvarque-Causson, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *RIDC* 1998, p. 463, J. Huet, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *Les petites affiches*, 10 nov. 1995, p. 6, C. Kessedjian, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par l'Unidroit », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 641, C. Larroumet, « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP* 1997, I, 4011, D. Mazeaud, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando », *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 205.

²⁰ E. Lambert, *La fonction du droit civil comparé. Etudes de droit commun législatif*, 1^{ère} série, LGDJ, 1903.

²¹ Cf. les résultats d'une recherche : P. Deumier, « L'utilisation par la pratique des conditions d'origine doctrinale », *D.* 2008, Chr. p. 494.

férule du Pr. Ole Lando et d'universitaires reconnus des différents Etats membres, ces principes²² érigent un système très voisin de celui proposé par les « Principes Unidroit ». Ils ont été publiés en trois phases, en 1995, 1998 et 2002 pour enfin présenter un visage complet. On retrouve fort logiquement les mêmes objectifs que pour les principes Unidroit, mais dans un contexte européen largement revendiqué. En effet, le Parlement européen a aujourd'hui repris le flambeau universitaire de départ pour promouvoir un futur Code européen des obligations. On retrouve les principes de liberté contractuelle, de bonne foi, l'usage de standards juridiques comme le « raisonnable » ou le « proportionné », comme dans les « Principes Unidroit » quoique les PEDC soient encore plus développés que les « Principes Unidroit », 200 articles environs, structurés en 17 chapitres, intéressant un droit matériel des obligations et des contrats, éventuellement internationaux.

- 22. Vers un Code européen des contrats ?** – Les « Principes pour un droit européen des contrats » signalent une « communautarisation » du droit des contrats internationaux, déjà largement entamée avec le Convention de Rome, mais qui s'installe, ici, dans le droit matériel des contrats²³ que les autorités communautaires ont repris à leur compte depuis le début des années 2000 avec, aujourd'hui, non un objectif clair mais, fin 2004, la constitution d'un « Cadre commun de référence » (CCR) dont l'objet est de rassembler les textes existants afin d'améliorer la qualité et la cohérence de l'acquis communautaire²⁴. Le projet s'élargit cependant dans une perspective plus vaste de « Code civil européen » voire plus modestement de « Code européen des contrats et des obligations », vœu relayé par les institutions communautaires²⁵. On observera

²² Cf. C. Prieto (dir.) *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, dont une excellente introduction, « Une culture contractuelle commune en Europe » par C. Prieto, p. 18 ; « Regards croisés avec le droit français », *Dr. et Patrimoine*, avril 2003, p. 39 s. ; P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003.

²³ C. Jamin, « Un droit européen des contrats » ?, in *Le droit privé européen*, Economica, 1998, p. 40, D. Tallon, « Vers un droit européen du contrat ? », *Mélanges A. Colomer*, p. 485, G. Alpa, « Les nouvelles frontières du droit des contrats » *RIDC* 1998, p. 1015, G. Rouhette, « La codification du droit des contrats », *Droits*, 1996, p. 113.

²⁴ COM 2004 (651), final, 11 oct. 2004, COM 2006, 744 final. Adde, D. Blanc, « La longue marche vers un droit européen des contrats » *D.* 2007, Chron. 1615, C. Aubert de Vincelles et J. Rochfeld (dir.), *L'acquis communautaire, les sanctions de l'inexécution du contrat*, Economica, 2006 ; A. Tenenbaum (dir.), B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud (coord.), *Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, coll. « Droit privé comparé européen », vol. 6, 2008, G. Wicker et J.-B. Racine (dir.), B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud (coord.), *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Société de législation comparée, coll. « Droit privé comparé européen », vol. 7, 2008.

²⁵ V. R. Schultz, « Le droit privé européen », *RIDC* 1995, p. 7, D. Tallon, « Vers un droit européen des contrats » art. cit., P. Legrand, « Sens et non sens d'un Code civil européen », *RIDC* 1996, p. 779, J. Basedow, « Un droit commun des contrats pour le marché commun », *RIDC* 1998, p. 7, P. de Vareilles-Sommières (dir.), *Le droit privé européen*, Economica, 1998, C. Witz, « Plaidoyer pour un Code européen des obligations », *D.* 2000, p. 79, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, A,

simplement que les deux formules ne sont pas équivalentes. Les « Principes » instituent un corps de règles souples et non normatives de règles intéressant les contrats internationaux où un « Code » des contrats, qui pourtant prend sa racine dans les « Principes », intéresserait tous les contrats, intégrant les contrats intereuropéens. Deux formules sont proposées par les autorités communautaires dans un document intitulé « plan d'action » et diffusé début 2003, soit pour imposer l'application de ces règles de façon automatique, sauf clause d'*exclusio juris*, comme à propos de la CVIM (formule « d'opt out »), soit pour les présenter de façon facultative, via une clause d'*electio juris*, comme dans les formules traditionnelles du droit international privé (formule « d'opt in »).

Cette question n'est ni nouvelle ni consensuelle. Déjà, en 1928, un projet de Code civil franco-italien, dans la ligne de la pensée d'Edouard Lambert, un comparatiste auquel la question de l'unification des droits était chère, s'était heurté à l'incompréhension des juristes français, peut-être, mais aussi, à l'idée d'unifier le droit français avec celui de l'Italie de Mussolini.

De même, mais pour d'autres raisons, l'unification projetée et la perspective d'un droit européen des contrats ne fait pas l'objet d'un consensus en doctrine. La communauté des juristes est en effet divisée entre partisans²⁶ et adversaires²⁷ d'un tel projet.

- 23. Rôle de la coutume ?** – La coutume exerce un rôle mineur et discuté. Citée comme exemple typique, la solidarité dans les obligations civiles exclue par principe (C. civ. art. 1202) ou commerciales où une coutume justifierait, au contraire, que les obligations conclues par plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers soient conclues de façon solidaire.

En revanche, les usages jouent un rôle important voire considérables qu'il s'agisse d'usages généraux ou surtout d'usages particuliers dans tels secteurs d'activité. C'est le cas d'abord lorsqu'il s'agit d'*interpréter* un contrat) mais aussi, et surtout, pour *compléter* un contrat, s'agissant notamment des contrats commerciaux, dans lesquels certaines clauses sont réputées figurer, en vertu d'un usage professionnel.

- 24. La jurisprudence, source majeure.** – La jurisprudence est en revanche, avec la loi, l'autre grande source du droit des obligations.

Chamboderon, « La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats », *JDI* 2001, p. 5, N. Charbit, « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. A propos de la communication de la commission européenne relative au droit européen des contrats », *JCP* 2002, I, 100, Ph. Malaurie, « Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte », *JCP* 2002, I, 110, G. Cornu, « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, p. 351, Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, p. 2202, B. Fauvarque-Causson, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463.

²⁶ Cf. not. D. Mazeaud, « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? », *Mélanges X. Blanc-Jouvan*, 2005, p.309 ; Ch. Jamin, « Vers un droit européen des contrats ? », *Rev. jur. com.* 2006, p. 94.

²⁷ Cf. not. Y. Lequette, « Vers un Code civil européen ? », *Pouvoirs*, 2004, n°107, p. 97, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », art. cit.

C'est ainsi autant, voire bien davantage, la jurisprudence que la loi qui est à l'origine de notre droit de la responsabilité, à travers les grandes constructions jurisprudentielles du début du siècle : l'élaboration de la théorie de la concurrence déloyale et du parasitisme économique qui vivifie l'article 1382, le mécanisme de la responsabilité du fait des choses (C. civ., art. 1384, al. 1er) inexistant au XIX^{ème} siècle et qui est devenue le mécanisme essentiel aujourd'hui, construit tout au long du XX^{ème} siècle, la responsabilité du fait d'autrui, accompagnant et généralisant les règles posées par l'article 1384 du Code civil.

C'est aujourd'hui la jurisprudence qui, à coup de grands arrêts ou de séries d'arrêts plus discrets, par une technique dite « des petits pas », assure l'adaptation du Code civil au droit moderne des obligations, aujourd'hui tout autant fondé sur la sécurité juridique, la force obligatoire des conventions, que sur la bonne foi, l'éviction des abus, des déloyautés contractuelles, l'analyse de la proportionnalité de telle clause d'un contrat avec les buts recherchés par ses promoteurs.

L'inconvénient est cependant de transformer le droit des obligations en un droit prétorien et, donc, en un droit complexe, presque secret, un droit de savants et d'érudits. En même temps, est-ce réellement un inconvénient, Le droit des obligations, spécialement le droit des contrats ou de la responsabilité peuvent-ils être régis par un Code civil, des règles, autres que supplétives, servant davantage de guide qu'autre chose, ce domaine relève-t-il d'un système de *Civil Law* ou de *Common Law*, par nature ? Poser la question apporte, déjà, des éléments de réponse. Il est certain que le contrat, la responsabilité, ne méritent et ne supportent pas des règles comme les autres.

- 25. Réforme du droit français des contrats et des obligations** (Ord. 10 février 2016) – La réforme du droit des contrats répond à une question assez simple : le droit français des contrats est-il obsolète, ou au contraire équilibré, efficace ? Un rapport conduit sous l'égide de la Banque mondiale *Doing business* (www.doingbusiness.org) avait ainsi considéré en 2005 le droit français des contrats comme peu efficace, à ranger au fin fond du classement des droits des pays du monde. L'enjeu est fondamental : le choix du droit français dans les contrats internationaux la référence au droit français dans les litiges internationaux ou dans les négociations internationales, l'éventuelle exportation du droit français... si le droit français est aussi épouvantable que ce rapport l'estime, alors il faut en changer très vite.

Certes, la méthode utilisée par le rapport est critiquable²⁸ mais le constat posé par ce rapport ne peut être nié. Si l'on envisage le droit français des obligations dans son entièreté, avec les yeux d'un juriste français, c'est un droit globalement équilibré, doté de principes forts, pertinents, pérennes qui répond sans aucune peine ni aucune gêne apparente à la plupart des difficultés qui se posent.

²⁸ Et V. la réponse de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, sous la houlette de M. Grimaldi et D. Mazeaud : *Les droits de tradition civiliste en question, à propos des rapports doing business de la banque mondiale*, Soc. Leg comp. 2006.

La réforme de 2016 était bienvenue et ce, pour plusieurs raisons. En premier, et contrairement à ce que l'on dit ou écrit souvent, les règles du droit des contrats du Code civil n'étaient pas très bien rédigées et avaient beaucoup vieilli. Même si c'est surtout vrai des règles sur les contrats spéciaux, il restait de nombreuses confusions entre obligation et contrat par exemple (par ex : art. 1129, 1131, 1133, 1142, etc.), des règles contradictoires, voire obsolètes, comme le mystère de l'obligation de donner. En outre, le Code civil de 1804 se fondait sur un modèle de contrat hésitant entre la vente, le bail et le contrat d'entreprise, où ce sont aujourd'hui les contrats de longue durée qui posent difficulté.

La réforme fait suite à près de soixante-dix ans de tergiversations, depuis les travaux de la Commission de révision du Code civil après la seconde guerre mondiale, puis l'action réformatrice de Carbonnier, écartant le sujet au profit d'une action européenne future supposée, jusqu'aux célébrations du bicentenaire du Code civil où le président de la République suscitait une telle réforme, incitant les juristes à s'y plonger, aiguillonnés par le rapport *Doing Business* de 2003 ou les travaux à l'échelon de la doctrine européenne, entre Code européen des contrats (dit « Projet de Pavie), Principes du droit européen des contrats, principes Unidroit, etc. « Avant-projet de loi Catala » en 2005²⁹, projet de l'Académie des sciences morales et politiques réalisé sous la direction de F. Terré en 2009³⁰ et « Projet de la Chancellerie » de 2009³¹ ponctuaient alors un débat constant, jusqu'à la discussion d'un projet de loi de simplification du droit,

²⁹. P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006 ; « Bref aperçu sur l'avant-projet de loi de réforme du droit des obligations et de la prescription », *D.* 2006, Chr. p. 535 ; B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud, « L'avant-projet de loi de réforme du droit des obligations et de la prescription et les principes du droit européen des contrats : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *LPA* 2006, n°146, p.3 ; « La réforme du droit des contrats : projets et perspectives », *RDC* 2006, p. 3 (pour la partie concernant la réforme du droit des contrats), et « L'avant-projet de loi de réforme du droit de la responsabilité », *RDC* 2007, p. 3, adde Ph. Malaurie, « Avant-projet de loi de réforme du droit de la prescription en droit civil », *Defrénois*, 2006, p. 230, A. Bénabent, « Sept clés pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007, Chr. 1800 (pour la partie de la réforme du droit de la prescription).

³⁰ F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009. Comp. D. Mazeaud, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.* 2009, Chr., p. 1364.

³¹ Cf. Not. D. Mazeaud, Réforme du droit des contrats : Haro, en Hérault, sur le projet, *D.* 2008, Chr. p. 2675, R. Cabrillac, Le projet de réforme du droit des contrats, Première impressions, *JCP*, 2998, I, 190, Ph. Malaurie, « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP* 2008, I, 204, M. Fabre-Magnan (Entretien), « Réforme du droit des contrats : un très bon projet », *JCP*, éd. G ? 2008, I, 199 ; C. Larroumet, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008, Chr. p. 2441 ; O. Tournafond, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.* 2008, Chr., p. 2607, A. Ghazi et Y. Lequette, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie », *D.* 2008, Chr., p. 2609 ; Ph. Malinvaud, « Le contenu « certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le *stoemp* bruxellois aux légumes », *D.* 2008, Point de vue, 2551, Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres. Présentation des dispositions du projet de réforme des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat, *RDC* 2009-1, D. Mainguy, « Défense, critiques et illustration du projet de réforme de droit des contrats », *D.* 2009, Chr., p. 308.

fin 2013, aboutissant à la loi du 16 février 2015 et, finalement, l'ordonnance du 10 février 2016, elle-même ratifiée par une loi du 20 avril 2018.

Une deuxième raison de satisfaction correspond à la manière de présenter le droit français par les juristes français. Celle-ci se fonde sur l'idée que le droit français serait tout entier établi sur le primat de la loi écrite, que les juges n'auraient plus qu'à appliquer, ensemble qui serait sublimé par le « code », le Code civil notamment, dont Carbonnier a pu dire qu'il était la « constitution civile des français », pas moins, comme si le Code civil s'inscrivait dans une hiérarchie particulière dans l'ensemble des lois. Par l'existence des codes seraient vérifiées des exigences d'intelligibilité, d'accessibilité, de complétude du droit, voire de garantie de cette existence. Qu'on adhère ou pas à cette présentation (nous n'y adhérons pas), elle demeure très partagée, y compris par les juristes étrangers qui posent leur regard sur le droit français. Or, le droit des obligations était devenu, de ce point de vue, incompréhensible, inaccessible, incomplet voire non garanti puisque les principaux problèmes contemporains n'y figuraient pas ou faisaient l'objet d'interprétations très éloignées des textes supposés fonder la simple « application » de la loi par les juges (l'action directe, l'équilibre des prestations dans le contrat, la négociation, la circulation du contrat, l'existence d'obligations inhérentes au contrat, la résiliation, la résolution unilatérale, la révision pour changement des circonstances économiques, la durée, etc.). Le Code civil pourra à nouveau être présenté selon la méthode qui est traditionnellement celle du récit du droit français, avec plus d'efficacité, au moins pour quelque temps, celui nécessaire à de nouvelles interprétations judiciaires. Observons que c'est déjà faux : bien des questions ne sont pas traitées par le Code civil version 2016, pas plus qu'elles ne l'étaient par le Code civil version 1804, de sorte qu'il convient déjà de se référer à la jurisprudence pour déterminer bien des régimes juridiques d'institutions contractuelles (songeons à la promesse synallagmatique de contracter, à l'action directe en responsabilité, aux définitions de différentes clauses, etc.) ; les règles du droit des contrats spéciaux, notamment celles totalement obsolètes ou inexistantes du contrat d'entreprise, demeurent inchangées, ou celles, maigres, confuses et ambiguës, des contrats d'affaires (*C. com.*, art. L. 330-1 s., L. 441-3 s., L. 442-6) et, qu'enfin, bien des règles nouvelles suscitent déjà, et avant même leur entrée en vigueur, débats et interprétations.

Une troisième raison repose sur la nécessité de disposer d'un « outil » normatif efficace dans un contexte de concurrence des droits, qu'il s'agisse de la mesure de l'efficacité des droits, comme le fait (de manière contestable ou non) le rapport *Doing Business* de la Banque Mondiale, de situations de négociation de conventions internationales où les modèles juridiques sont confrontés, voire plus prosaïquement lorsqu'il s'agit de promouvoir le droit français dans le choix d'une loi contractuelle dans un contrat international, et dans le dessein de promouvoir le *french legal business*. De ce point de vue c'est assez efficace, notamment au regard de la promotion de la sécurité juridique attendue d'un contrat, notamment au stade de l'exécution des contrats ; tant pis, alors, pour la cause, trésor « romantique » du droit français, inconnue des législations anglo-américaines.

La quatrième raison souvent avancée, et parfois présentée comme la première, est la nécessité pour le droit des contrats de s'adapter à l'évolution du monde. Fabriqué au temps des calèches et des premiers toussotements de la machine de Papin ou des frères Montgolfier, le droit des contrats aurait eu besoin d'une sérieuse cure de rajeunissement. D'autres considérations techniques entrent en jeu, le fait que le centre de gravité du droit des contrats s'est déplacé vers la prise en compte de l'ordre public, de l'intérêt général. L'irruption de contraintes sociales ou économiques conduit à l'organisation d'un droit du travail, de la consommation, de la concurrence par exemple, puissants, organisés et spécialisés, contre un droit des contrats désuet, non sans contradiction entre ces blocs d'ailleurs (*C. consom.*, art. L. 132-1 ; *C. com.* art. L. 442-6, etc.). Ce droit des contrats était désuet également parce que centré autour « des différentes manières dont on acquiert la propriété » et plus spécifiquement de la vente alors qu'aujourd'hui les objectifs contractuels sont différenciés et que les « grands contrats », les contrats d'affaires, sont des contrats de durée, des contrats de contrepartie et d'intérêts variables dans le temps, lesquels sont ignorés du Code civil dans leurs principes comme dans leurs effets, mais encore le fait que les grands litiges mettent en oeuvre des débats connexes sur la « validité » de la norme applicable, au regard de « droits fondamentaux » qui sont des valeurs positivées où règne la méthode la proportionnalité entre les exigences contraires, déhiérarchisant les valeurs, notamment les valeurs d'ordre public face à leur contraire, etc. Ce constat n'est pas inexact : le droit « légiféré » des contrats est d'expression ancienne, d'ailleurs antérieure au Code civil lui-même, dans un contexte de faible juridicisation et dans un état autoritaire, et non dans un État de droit moderne. On pourrait opposer que le droit des contrats, entendu comme l'ensemble des règles applicables, textes de loi et interprétations, est au contraire parfaitement contemporain. Il était certes devenu un droit d'érudits, un droit jurisprudentiel et complexe, mais pas davantage que le droit administratif français ou le droit anglais des contrats.

Il est parfaitement clair que la réforme des contrats ne se contente pas d'un simple toilettage ou d'une méthode de codification à droit constant en ce sens que la réforme se serait contentée de reprendre les solutions jurisprudentielles établies. Bien au contraire il s'agit d'une véritable réforme, d'ampleur, avec des modifications remarquables. L'effet de masse d'une telle réforme aboutit à une certaine surestimation de son importance, ce que pourrait tempérer le souvenir de la formule du Guépard de Lampedusa « il faut que tout change pour que rien ne change ».

26. Effet de la réforme dans le temps. – L'une des principales difficultés face à une nouvelle norme est celle de son application dans le temps.

Or, la question est, pour les contrats, particulièrement complexe.

L'article 9 de l'ordonnance de 2016 prévoit l'application de celle-ci au 1^{er} octobre 2016 et l'alinéa 2 ajoute que « *les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne* », soit le Code civil dans sa version 1804. L'idée est celle de la théorie de l'application de la loi ancienne en raison du respect de la sécurité juridique à laquelle les parties s'attendent, qui est elle-

même une exception au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle. La loi de 2018 a ajouté à cet alinéa 2 une formule « *y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public* »³².

Il s'agissait alors de clôturer un débat entamé après 2016 sur la portée de l'article 9, al. 2³³. Si on compare en effet les modifications du droit des contrats opérés par la jurisprudence, qui sont rétroactive ou d'effet immédiat, et celles réalisées par la loi, qui ne serait donc pas d'effet immédiat, on constate une divergence qui ne manque pas d'interroger, notamment au regard d'interprétation du Code civil de 1804 à la lumière de la réforme de 2016 : si la réforme de 2016 crée, *a priori*, un régime meilleur ou plus efficace que le Code de 1804, pour quelles raisons se passer de ces solutions ?

La jurisprudence a d'ailleurs appliqué ce raisonnement à plusieurs reprises les trois arrêts de la Chambre mixte du 24 février 2017³⁴, en matière de mandat, et de la chambre sociale du 21 septembre 2017³⁵, s'agissant de la reprise de la nouvelle considération de l'offre et des promesses unilatérales de contracter, mais, également celui de la troisième Chambre civile du 9 février 2017³⁶ qui avait stigmatisé l'hypothèse d'un « effet légal » d'une situation contractuelle susceptible d'échapper à la « règle » de la survie de la loi ancienne.

27. Contenu et avenir de la réforme du droit des contrats. – La réforme du droit des contrats modernise très évidemment le droit légiféré des contrats, quand bien même elle a été présentée comme une réforme à droit constant, c'est-à-dire

³² Par ailleurs, l'article 16, I, al. 2 précise que seules certaines des règles modifiées sont applicables à cette date : « les articles 1110, 1117, 1137, 1145, 1161, 1171, 1195, 1223, 1327 et 1343-3 du code civil et l'article L. 112-5-1 du code monétaire et financier, dans leur rédaction résultant de la présente loi, sont applicables aux actes juridiques conclus ou établis à compter de son entrée en vigueur ». Outre la question de savoir ce que peut bien être un contrat « établi », et s'il s'agit de quelque chose de différent d'un contrat « conclu », il en résultera des conflits de droit transitoire, en application des articles 1110, 1171 ou 1137 d'origine et les mêmes modifiés. Ensuite, l'article 16, I, al. 3 de la loi de ratification introduit une précision sur les autres modifications (celles qui ne sont pas visées par l'article 16, I, al.2) : « Les modifications apportées par la présente loi aux articles 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1352-4 et 1347-6 du code civil ont un caractère interprétatif ».

³³ Cf. D. Mainguy, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats*, D. 2016, p. 1762, adde : *L'étrange rétroactivité de la survie de la loi ancienne. A propos de la loi de ratification de la réforme du droit des obligations et des contrats*, JCP, G, 2018, 964.

³⁴ Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20411, PB : D. 2017, p. 793, note B. Fauvarque-Cosson ; D. 2017, p. 1149, note N. Damas ; Contrats, conc. consom. 2017 comm. n°93 note L. Leveneur, RTD civ. 2017 p. 377 obs. H. Barbier ; RTDcom. 2017, p. 46, obs. J. Monéger, RDC 2017 p. 415 note Th. Genicon, AJCA 2017 p. 175 note D. Houtcieff, AJDI 2017 p. 612 note M. Thioye, Gaz. Pal. 18 avr. 2017, n° 292, p. 33, note D. Houtcieff. V. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 20 septembre 2017, n°16-12906, Gaz. pal. 9 janv. 2018, p. 29, note D. Houtcieff.

³⁵ Cass. soc. 21 sept. 2017, n°16-20.103 et n°16-21.104, D. 2017, p. 2007, note D. Mazeaud ; AJCA 2017, p. 480, note C.-E. Bucher, RJDA 2017, p. 899, note D. Mainguy ; Gaz. Pal. 10 oct. 2017, p. 13, note M. Lettina, Gaz. pal. 9 janv. 2018, p. 29, note D. Houtcieff.

³⁶ Cass. civ. 3^e 9 févr. 2017 n°16-10350, D. 2017, p. 1107 concl. G. Casu, AJDI 2017 p. 432 note A. Antoniutti, RTD com. 2017, p. 46 obs. J. Monéger (application de l'article L 145-7-1 du Code de commerce aux baux en cours).

sans introduire de modifications, par rapport au droit légiféré et jurisprudentiel, existant. Or ce n'est pas exact, des modifications profondes sont apparues, en matière de formation des contrats par exemple, mais aussi en matière de sanction des inexécutions des contrats, ou encore en termes de durée des contrats ou encore de considération des contrats déséquilibrés. Globalement équilibrée et satisfaisante cependant, la réforme du droit des contrats laisse place à d'immenses inconnues : en effet, il est impossible de prédire la manière dont la cour de cassation interprétera les dispositions les plus sensibles des nouvelles règles. Par exemple, la réforme de 2016 consacre ce qu'on appelle des formes d'unilatéralisme, c'est-à-dire des facultés pour une partie au contrat d'agir seule, sans saisir un juge, pour mettre fin à un contrat par exemple. Bien d'autres exemples permettront de montrer, face à l'incertitude qui guette le praticien, les ressources de l'interprétation du droit des contrats.

III. Les sources des obligations

28. La raison d'être de l'obligation. – Le rapport d'obligation est en tout premier lieu l'occasion d'une contrainte : le créancier insatisfait peut engager une action en justice pour obtenir satisfaction, soit pour obtenir l'exécution forcée de l'obligation, soit pour obtenir une exécution par équivalent, des dommages et intérêts ou pour qu'un effet juridique soit reconnu. Les obligations sont donc par hypothèse le produit de quelque chose antécédant. L'étude des obligations impose de rechercher leur origine : les obligations résultent soit d'actes juridiques, dont le modèle est le contrat, soit de faits juridiques, dont le régime de la responsabilité civile. Cette unité du droit des obligations n'est cependant pas nécessaire : en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, par exemple les disciplines *Contract Law* ou *Torts law* ne sont pas étudiées ensemble. C'est donc un point de vue particulier, le point de vue romano-germanique, qui impose de considérer ces disciplines du point de vue des obligations.

29. Classification des obligations. – Quelques éléments de présentation du problème de classification des obligations peuvent, cependant, être présentés. Au problème classique de connaître les sources des obligations, différentes réponses ont été données qui se séparent moins qu'elles ne se complètent et ne se précisent.

Une distinction empruntée à Justinien et à Pothier est à l'origine des distinctions actuelles : on trouve dans les compilations de Justinien la formule suivante : "*aut ex contractu, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio (delicto) aut quasi ex maleficio (delicto) obligations nascuntur*" (les obligations naissent ou du contrat ou comme du contrat ou du délit ou comme du délit, étant entendu que les contrats, actes licites, emportaient exécution et les délits, actes illicites, réparation). La formule était d'ailleurs singulièrement plus complexe puisque tous les contrats n'emportaient pas en droit romain, obligation d'exécuter, pas plus que tous les délits n'emportaient obligation de réparer.

Les distinctions en la matière ont largement évolué.

Une distinction classique identifiait ce que l'on appelait, à la suite de Pothier,

qui avait largement emprunté à Justinien d'ailleurs, à la veille du Code civil, la *classification quadripartite des obligations* : le contrat, le quasi-contrat (gestion d'affaires et paiement de l'indu), le délit (faute intentionnelle), le quasi-délict (faute non intentionnelle).

Mais Pothier y ajoutait la loi comme source supplémentaire d'obligation même si la loi est une source ambiguë : ainsi lorsque la loi impose au vendeur professionnel une obligation particulière à l'attention de l'acheteur consommateur, est-ce une obligation de source légale ou une obligation de source conventionnelle (il faut un contrat) mais dont l'existence ou l'intensité est rendue obligatoire par la loi. C'est sans doute cette deuxième acception qu'il fait ici retenir. En revanche, lorsque la loi impose une obligation précontractuelle de renseignement, alors, plus de doute, c'est bien la loi qui est la source de cette obligation.

La distinction proposée par le Code civil est quelque peu différente dans la mesure où les auteurs du Code civil ont apporté quelques rectifications à la classification classique : les sources conventionnelles (contrat) : C. civ., art. 1101 et s., les sources non conventionnelles : C. civ., art. 1370 et s. : quasi-contrats (gestion d'affaires et paiement de l'indu), actes illicites (délits et quasi-délits, C. civ., art. 1382 s) et la loi. Les distinctions doctrinales postérieures ont conduit à certaines rectifications et une nouvelle présentation, évoquant, de façon complémentaire, les rôles de l'acte juridique unilatéral et de l'acte juridique collectif, le fait que le paiement de l'indu est en réalité une application d'une source plus générale d'obligations, l'enrichissement sans cause, que la loi n'est pas une source particulière d'obligations mais bien une source générale du droit.

30. Nouvelle classification du Code civil : actes juridiques, faits juridiques et autorité de la loi. – A cette complexification croissante s'oppose une simplification extrême et une distinction identifiant deux grandes familles, celle des actes juridiques et celle des faits juridiques. Cette distinction est un classique du droit privé, désormais inscrite aux articles 1100, 1100-1 et 1100-2 : « *Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi* ».

L'acte juridique est défini comme une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit (C ; civ., art. 1100-1). Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux, voire collectifs. En réalité, la définition de l'article 1100-1 ne reflète qu'une partie de la réalité des actes juridiques, le contenu de celui-ci, le *negocium*, tandis que ce contenu dépend d'un contenant, un document écrit par exemple, l'*instrumentum*. Le contrat est ainsi un acte juridique type, dont il constitue le modèle, « en tant que de raison », pour leur validité et leurs effets. Un contrat administratif, par exemple ou un contrat interétatique, est un acte juridique qui échappe à ces règles.

Les faits juridiques sont des faits, involontaires donc, qui produisent des effets de droit : la naissance d'un enfant, la possession, le fait de parvenir à l'âge de la majorité, le fait pour un actionnaire de détenir des actions au-delà de certains seuils, ou encore un accident, qui créera une obligation de verser des

dommages et intérêts, etc. Le plus souvent les conséquences juridiques n'ont pas été voulues : on souhaite un enfant mais sans vouloir assumer l'obligation de l'entretenir, être à l'origine d'un accident sans vouloir les conséquences, parfois graves, de celui-ci, etc.

La distinction est efficace mais contestable. L'acquisition d'une carte annuelle Navigo qui permet, au passage des barrières de conclure, chaque fois, un contrat de transport terrestre aux effets très complexes qui contient notamment une stipulation pour autrui tacite en cas d'inexécution par le transporteur de son obligation de sécurité (sur cette question, cf. infra, n°262) est-elle véritablement une manifestation de volonté ? Inversement, une faute commise dans l'intention délibérée de commettre un préjudice est-elle toujours un fait *involontaire* ?

En toute hypothèse, la distinction ne présente d'autre intérêt qu'en termes de catégorie, de rangement, mais également en termes de preuve : la preuve des actes juridiques s'effectue en principe par écrit tandis que la preuve des faits juridiques est en principe libre.

IV. – Les contrats

- 31. Qu'est-ce qu'un contrat ?** Les contrats tiennent une place considérable dans notre vie de tous les jours, sous diverses formes, les contrats usuels, lorsque j'achète mon pain le matin, contrat d'entreprise lorsque j'utilise un billet de train ou un ticket de métro, etc., des contrats plus complexes ou plus rares comme un contrat de crédit, une vente d'immeuble, un contrat de bail, voire des contrats spécialisés, ceux utilisés par les entreprises, les contrats d'affaires, contrats de distribution, contrats de cession d'action, contrats relatifs à l'organisation d'une structure sociale, contrats de production, de sous-traitance, ... une immense variété de contrats, une immense palette de situations contractuelles différentes. Pas vraiment *un* contrat donc, mais plutôt *des* contrats.

Ils sont en outre la pierre angulaire de nos sociétés et de notre droit plus globalement. Carbonnier, par exemple, situait le contrat parmi les trois piliers du droit avec les biens et la famille³⁷.

Sans contrat, comment réaliser des échanges économiques, c'est-à-dire des transferts de patrimoines à patrimoines destinés à réaliser les besoins d'une personne : bien entendu une vente pourrait être simplifiée en deux dons et l'on pourrait élargir à toute une série de contrats simples, comme l'expérience des SEL le montre, mais c'est une forme archaïque d'échange. De même, des sociétés archaïques, utopiques ou totalitaires envisagent la suppression de la propriété, de l'argent, donc des contrats. Aucun n'a, pour l'heure, fonctionné efficacement.

Le contrat donc, est cet outil juridique producteur d'un certain nombre d'effets de droit qui assure, dans des considérations presque illimitées des échanges économiques. Il devient tellement utile, ce contrat, qu'il est aujourd'hui le modèle même permettant de résoudre bien des difficultés qui vont au-delà du champ du droit des obligations : le contrat se diffuse dans la famille (le PACS en

³⁷ J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 1997.

est un exemple mais aussi le divorce par consentement mutuel sans recours au juge), dans le procès, les relations de travail qu'il s'agisse des relations collectives de travail à travers les conventions collectives et les relations individuelles dont les licenciements économiques, les plans de retour à l'emploi par exemple, les relations entre personnes publiques, entre Etats, la politique elle-même³⁸, la Police de la Cité se contractualise, des contrats sont conclus entre l'Etat et les collectivités locales, etc. Même l'Université, cette noble et ancienne institution doit sa légitimité grâce à un « contrat quadriennal » conclu avec le ministère de tutelle. Tous ces contrats ne sont pas placés à la même échelle et tous n'ont pas la même force, certains sont des contrats « Canada-Dry », ils ressemblent à un contrat mais ce ne sont pas des contrats, au sens où les juristes les entendent mais peu importe, l'idée, le modèle contractuel sont plus que jamais présents : confrontation d'une liberté, celle de conclure un engagement, dans une certaine réciprocité et est susceptible d'emporter une certaine responsabilité.

Tout n'est pas contrat, bien entendu, mais le contrat se diffuse, devient un instrument utile et efficace, au sein d'une société qui se rend compte, avec difficulté parfois que les logiques économiques sont sinon essentielles, du moins très présentes et que le meilleur outil de gestion des questions économiques est le contrat.

Les contrats sont aussi essentiels au droit privé dans la mesure où la plupart des rapports juridiques valorisés sont des rapports contractuels, et donc d'obligation : vente(s), bail, contrat de travail, de transport, d'entreprise, d'assurance, de prêt, de dépôt, de mandat, médical : nous avons tous conclu de nombreux de ces contrats, et s'ajoutent de nombreuses autres formules contractuelles, plus rares et plus complexes, les contrats d'affaires, contrats de distribution, contrats de la société (statuts, pactes d'actionnaire), contrats de financement...

L'étude des contrats n'est, alors, pas l'étude de ces contrats : elle relève de l'étude du droit des contrats spéciaux ou de règles spéciales organisées autour de tel ou tel contrat, comme le droit des assurances ou le droit du travail. L'étude des contrats consiste à observer les règles communes à tous ces contrats, les règles d'une « droit commun des contrats » plus qu'une théorie générale du contrat³⁹.

32. Définition, description du contrat. – Le contrat est donc l'une des premières manières de produire des obligations, quand bien même ces obligations sont l'un des effets produits par un contrat. On distingue plusieurs formules voisines, engagement⁴⁰, contrat, convention, protocole, accord.

La notion de convention était avant 2016 identifiée par l'ancien article 1101 du

³⁸ Quoique...Les promesses électorales n'engagent que ceux qui les écoutent, point ceux qui les font : cf. Paris, 18 oct. 1994, *RTD civ.* 1995, p. 351, obs. J. Mestre.

³⁹ Cf. E. Savaux : *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, LGDJ, 1998, *Comp. Pour ou contre une théorie générale des contrats spéciaux*, *RDC* 2007/1.

⁴⁰ Cf. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources des obligations*, Defrénois, 2007.

Code civil comme un acte juridique formé par plusieurs personnes qui produit des effets de droit, transférer la propriété, éteindre un droit, et, surtout, créer des obligations. Aujourd'hui l'article 1101 fait de cette définition celle du contrat, ce qui est un peu dommage car il existe encore bon nombre de « conventions », des clauses par exemple, une clause de résiliation, une clause de non-concurrence, ou des convention reconnues comme telles, comme la convention d'arbitrage (CPC, art. 1142), etc.

Certains de ces contrats sont extrêmement connus, comme certains contrats nommés (vente, louage, contrat de mariage...) ; d'autres sont plus confidentiels car réservés en pratique aux relations d'affaires, comme les contrats de distribution (franchise, concession commerciale, etc.), les contrats de financement (*swaps*, obligations, *eurobonds*, affacturage, produits financiers dérivés, etc.), les contrats de transfert de technologie (contrats de licence de marque, de communication de savoir-faire, contrats de l'internet), les contrats intéressant l'organisation d'une entreprise (contrat de cession de titres, contrat de fusion de sociétés, d'apport partiel d'actif, cession de contrôle, etc.).

Par ailleurs, la définition et la description du contrat font l'objet de discussions, pour ne pas dire de querelles parfois, doctrinales majeures.

Pourtant, tous ces contrats différents sont régis par le même ensemble de règles générales de principe. Cela ne signifie nullement que tous les contrats sont soumis à la même réglementation, puisque les règles des contrats spéciaux montrent au contraire que de nombreuses réglementations déterminent des règles particulières à certains contrats, mais que tous se fondent sur les mêmes principes, applicables dès lors qu'une règle spéciale ne prévoit pas une autre règle.

33. C'est en même temps une matière savante qui traite de tous les aspects des contrats : la négociation, la circulation, les problèmes d'exécution, la gestion de la durée du contrat, l'extinction, etc. En termes de méthode alors, quelques généralités sur les classifications des obligations et des contrats (A) puis de la théorie des contrats (B) permettront de saisir quelques éléments de méthode du droit des contrats (C).

A. Classifications des obligations et des contrats

34. **Présentation classique.** – On trouve plusieurs de ces classifications, classique, alors même que chaque manuel, chaque auteur, chaque juriste sans doute trouvera une classification qui lui convient. Ce n'est guère aisé car cette présentation se fonde sur les catégories du Code civil, en principe, dont nous avons déjà pu observer sinon les lacunes du moins le caractère parfois obsolète. Ainsi le Code civil confond très régulièrement contrat et obligation, dans ses sources, dans ses effets, ce qui n'arrange pas celui qui souhaite proposer une classification.

Nous proposons celle-ci, une première classification oppose les obligations juridiquement obligatoires de celles qui ne le sont pas (1), d'autres sont relatives à l'origine de la règle applicable (2), et d'autres enfin sont relatives au contenu

de ces règles (3). Il s'agit d'une simple présentation, à vocation essentiellement didactique, sans aucune autre prétention. Cependant, nous présenterons aussi une autre classification, entre les contrats, en termes de méthode.

1. Classifications relatives au caractère obligatoire de l'obligation

35. Tout ce qu'on appelle parfois un peu facilement « obligation » est-il une obligation au sens du Code civil ? C'est une question ancienne qui allie droit et morale, droit et honneur, droit et ordre public qui permet d'écarter un certain nombre d'engagement comme non juridiques.

a – Les obligations naturelles et les obligations civiles

36. Certaines obligations, comme des obligations familiales, de bienséance, morales, de politesse, de religion ne sont pas considérées comme des obligations juridiques (cf. supra, n°4). Ainsi nul n'est juridiquement obligé de donner quelque argent à la quête, à la messe, ou de donner à un indigent. Ce ne sont pas des obligations juridiques car nulle sanction étatique n'impose leur exécution ; elles demeurent dans le cadre de la morale ou de la religion, avec leur propre régime de sanction (remord, réprobation publique...). On est en plein dans ce que Carbonnier appelait le « non droit »⁴¹.

37. La distinction qui rend compte de cette dualité repose sur la distinction entre obligation naturelle qu'on appelle parfois aussi obligation imparfaite, que le Code civil n'évoque pas sinon au détour de l'article 1235, al. 2 du Code civil, et obligation civile.

Il peut s'agir d'une *obligation de conscience* comme la promesse de faire un cadeau ou comme une obligation d'entraide entre parents, qui irait au-delà des obligations alimentaires ou l'engagement pris par un ex-mari de verser une pension qui irait au-delà de ses obligations légales⁴².

Il peut s'agir d'une obligation dégénérée ou inefficace, comme une dette qui serait prescrite ou un engagement issu d'un acte annulé.

L'identification de ces devoirs en *obligation naturelle* permet de les rapprocher des obligations civiles : ces obligations naturelles ne sont pas obligatoires de sorte que le « créancier » d'une obligation naturelle ne peut pas en exiger l'exécution par une action en justice.

En revanche, si le « débiteur » de l'obligation naturelle exécute l'obligation ou même effectue un simple commencement d'exécution, l'obligation naturelle devient une obligation civile.

Il en résulte que :

– la répétition de l'indu est impossible : le débiteur ne peut exiger le remboursement sur le fondement que l'engagement n'était pas obligatoire ; il l'est devenu.

⁴¹ J. Carbonnier, *Flexible droit*, « L'hypothèse du non droit », LGDJ.

⁴² Cf. Civ. 1ère, 9 mai 1988, D. 1989.289, note J. Massip.

– Le commencement d'exécution doit être poursuivi, de sorte que le créancier peut alors poursuivre le débiteur, par une action en justice.

– L'obligation civile naît *ex nihilo* et non par novation comme on l'écrivait traditionnellement. La novation assure la création d'une obligation nouvelle par extinction d'une obligation ancienne. Le mécanisme ne peut s'appliquer aux obligations naturelles puisque les obligations naturelles ne sont pas des obligations et, donc, ne peuvent s'éteindre ; le mécanisme assurant cette « transformation » est la technique de l'engagement unilatéral de volonté : l'obligation civile existe du fait de la volonté du débiteur de s'engager civilement alors qu'il n'était que moralement engagé ⁴³.

b. Les engagements à portée obligatoire discutée

38. Bien des engagements, pour utiliser un autre terme que celui de contrat, se présentent comme des contrats, font parfois même l'objet d'écrits et, pourtant, leur valeur contractuelle est discutée, comme l'exemple le plus topique que sont les engagements d'honneur, et d'autres encore, assez fréquent : quelle est la valeur juridique d'un document publicitaire, d'un protocole d'accord, d'un engagement moral ou d'honneur, d'une clause indiquant que « cette photographie n'est pas contractuelle » : dans le droit ou hors du droit, contractuel ou pas contractuel, c'est bien là toute la discussion à partir du constat que la tradition civiliste française est profondément centripète, elle a tendance à tout attirer vers le champ du contrat, à la différence de droits étrangers comme le droit anglais où prospèrent les « *Gentleman's agreement* » ou autres clauses « *subject to contract* ». Observons en outre que ces documents s'inscrivent parfois dans la question plus large de la négociation du contrat (cf. infra, n°85 et s.).

39. **Gentleman's agreement.** – L'engagement d'honneur est une proposition par laquelle son auteur entend exprimer sa volonté d'assumer un engagement sans pour autant que cet engagement soit pourvu d'effets juridiques : c'est un engagement moral *a priori* donc non obligatoire en ce sens que sa violation ne serait pas sanctionnée⁴⁴.

Utilisés dans les relations familiales ou dans les relations d'affaires (engagement d'honneur comme les « *clauses de retour à meilleure fortune* » ou « *gentleman's agreement* », « *binding in honour only* », « *honour clause* » ou encore « *no contractual agreement* »), ils identifient une curieuse démonstration de la volonté de faire comme si il y avait un engagement, d'énoncer une intention, mais de ne pas s'engager juridiquement, de rester au seuil du droit, soit par

⁴³ Cf. Civ., 1ère, 10 oct. 1995, *Bull. civ.* I, n°352, *D.* 1997.155, note G. Pignarre.

⁴⁴ Cf. B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979. Chron. 107 et *Droit et modernité*, Puf, 1998, p. 277 ; v. aussi D. Ammar, *Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur*, Th. Paris I, 1990 ; B. Beignier, *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1991, J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant contrat*, Ed. F. Lefebvre, 2001, n°352s, D. Mainguy, « Les opérations du commerce international », in J. Béguin et M. Menjucq, (dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2005, n°958 s.

répugnance juridique, soit par manque de confiance, soit que l'engagement ne soit pas recevable juridiquement car illégitime (« *l'honneur des voyous* ») mais que les parties souhaitent cependant formaliser.

40. Lettres d'intention. – Ce qu'on appelle « lettre d'intention » identifie des engagements, unilatéraux, dans les relations d'affaires, portant sur la négociation d'un contrat, par lequel une partie fait part de son intention d'entrer en négociation et délimite le champ de cette négociation⁴⁵. D'autres fois, les lettres dites « lettres de confort », sont des garanties, plus ou moins juridiquement obligatoires, données par une société mère à une banque pour rassurer cette dernière sur la santé financière de sa filiale qui sollicite un crédit. Quel que soit le sens choisi, les lettres d'intention sont très souvent exclues du champ juridique, de façon plus ou moins explicite, par leurs auteurs et, comme pour les engagements d'honneur, sont considérés comme des engagements juridiques

41. Protocoles d'accord et autres accords de principe. – Ces expressions ambiguës sont censées désigner des bribes d'accords, des accords qui n'en seraient pas ou n'en seraient que « par principe »⁴⁶. Le droit des contrats ne s'embarrasse guère de ces ambiguïtés : il y a contrat ou il n'y a pas contrat, en fonction de l'existence des éléments de nature à former le contrat de sorte que la plupart des protocoles d'accord sont en réalité des accords, tout court.

Les accords de principe connaissent un régime particulier en raison d'une jurisprudence célèbre qui les a identifiés. L'accord de principe peut être défini ainsi : accord obligeant deux parties, l'une envers l'autre, non point à conclure mais à négocier un second contrat dont ledit accord ne précise ni les clauses accessoires ni les clauses essentielles.

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 1958 est suffisamment importante et topique pour être évoquée. Un dénommé Marchal avait été employé jusqu'en 1940 dans les usines Renault et avait demandé après la Libération et quelques hauts faits de résistance, sa réintégration par un courrier auquel il fut répondu « *bien que nous désirions vous donner satisfaction, nous avons répondu à votre demande faisant état des titres que vous avez acquis dans la Résistance, que la marche actuelle de nos usines et l'organisation de nos services déjà très chargés devant une production encore faible, ne nous permettent pas de vous donner, pour l'instant, une réponse favorable* » puis dans un autre courrier, adressé à Rol-Tanguy, héros communiste de la résistance, qui était intervenu « *Après un nouvel examen de la question, je puis vous indiquer que nos intentions à l'égard de M. Marchal n'ont pas changé et que, dès que la reprise de l'activité automobile le permettra, nous examinerons à nouveau la possibilité de le réintégrer dans le personnel de la Régie* ». Belles paroles ! Mais non suivie d'effet car si une place s'était libérée et la reprise attendue était revenue, M. Marchal ne retrouva point son poste. Le tribunal civil de la Seine avait considéré

⁴⁵ X. Barré, *La lettre d'intention*, Economica, 1995.

⁴⁶ Cf. L. Rozès, « Le projet de contrat », *Mélanges L. Boyer*, p.639.

que les lettres contenaient « l'engagement de réintégrer Marchal ». Cassation car, « en décidant que les lettres susvisées contenaient un engagement ferme de la part de la Régie de réintégrer Marchal et ce dès le premier poste vacant, le jugement attaqué a dénaturé le sens et la portée de leurs clauses claires et précises selon lesquelles la Régie, désireuse de donner satisfaction à la demande de Marchal, examinerait, selon la prospérité et l'évolution de la situation de l'entreprise, la possibilité de le réintégrer, ce qui ne constituait qu'un accord de principe »⁴⁷.

L'accord de principe est donc un contrat dans lequel un consentement est donné sur le contrat projeté, sur le principe de ce contrat, d'où son appellation. Manquent cependant les éléments essentiels qui permettraient de considérer que le contrat projeté est déjà conclu, chose, prix, mission... Souvent, cette omission est involontaire mais elle peut être tout à fait souhaitée. On ne confondra alors pas l'accord de principe, accord définitif avorté, et le contrat de négociation qui a pour but d'encadrer les conditions de la négociation (Cf. infra, n°85 et s.).

42. « **Photo non contractuelle** », clause « **subject to contract** ». Il est très fréquent de se heurter à une formule, dans un document, du type, « cette photographie n'est pas contractuelle », « cette information n'a pas de valeur contractuelle » alors qu'ils pourraient comme l'essentiel de ce qui va décider le contractant à conclure le contrat. Le droit anglais généralise la formule avec les clauses « *subject to contract* » ou « *subject to contract and survey* » et que l'on peut traduire comme « sujet à la condition de conclusion d'un contrat » ou bien « sous réserve de confirmation ». Si par exemple, un partenaire anglais envisage la conclusion d'un contrat de vente avec un français et que les parties se mettent d'accord sur tout une série de conditions, dont le prix, que l'anglais assortit cependant d'une telle clause « *subject to contract* », cela signifiera, devant un

47 Cass. Soc. 24 mars 1958, *JCP*, 1958.II.10868 note J. Carbonnier. V. déjà Req. 16 novembre 1927, *D.* 1928.I.33, note A. Rouast ; Req. 10 octobre 1931, *D.H.* 1931.540 à propos de sociétés ayant donné congé à un salarié en lui promettant de le convoquer le mois suivant pour lui proposer un nouvel emploi ; trois mois plus tard, une nouvelle situation était effectivement proposée mais à des conditions très inférieures ; les sociétés furent condamnées pour avoir manqué à leurs engagements, qui était un accord de principe, au sens où il fut ensuite donné par l'arrêt de 1958 (Cf. J.-C. Serna, *Le refus de contracter*, LGDJ, 1967, n°203 s.). De même, mais postérieurement à 1958, la Cour de cassation a pu déduire de l'attitude d'un médecin qui avait pris contact avec un architecte et les services de l'urbanisme un accord de principe relatif à un contrat de société à conclure entre ce médecin et le propriétaire d'un immeuble pour l'exploitation d'une clinique (Cass. civ.1ère, 8 octobre 1963 : *Bull. civ.* I, n°419) ou encore, l'engagement pris par le propriétaire d'un immeuble de consentir un bail sous réserve de se mettre d'accord sur les conditions qu'il poserait à la conclusion, constitue lui aussi un accord de principe (Cass. civ. 1ère, 16 avril 1973 : *Bull. civ.* III, n°287). Pour d'autres exemples, v. Cass. com. 9 juin 1980, *Bull. civ.* IV, n°251, à propos d'une cession de clientèle ; Cass. civ. 3ème, 27 novembre 1984 : *Bull. civ.* III, n°200, pour un contrat d'échange, V. aussi Com. 6 octobre 1964, *Bull. civ.* III p.366 ; Com 28 octobre 1989, *D.* 1991,62, note J. Schmidt-Szalewski ; Soc. 19 décembre 1989, *D.* 1991.62, note J. Schmidt-Szalewski ; Civ.1ère, 3 juillet 1996, *Bull. civ.* I, n°287, *RTD civ.* 1997.659, obs. J. Mestre. V. aussi B. Gross, *Pourparlers, J.-Class. Contr. distr.*, fasc 20, 1988, p.7 et P. Jourdain, *Responsabilité précontractuelle, J.-Class. Contr. distr.*, fasc 35, 1996, p.9.).

juge anglais, que l'engagement définitif sur le prix est exclu, ce qui posera quelque difficulté au juge français.

- 43. Sort de ces engagements : contractuels ou non contractuels ?** – Toute l'ambiguïté de ces engagements se pose face au caractère profondément juricentrisme de droit français des contrats. La tendance du droit français est de considérer ces engagements comme juridiquement obligatoires d'es lors que l'engagement, même expressément considéré comme moral, exprime de manière non équivoque une volonté de s'obliger⁴⁸. L'attraction juridique est alors plus importante que les choix des parties, parce que la cohérence contractuelle veut qu'un acte qui ressemble à un contrat, contenant des engagements qui ressemblent à des obligations, soit traité comme un contrat ordinaire contenant des obligations ordinaires, pour refuser, plutôt, que l'on s'engage sans s'engager, à l'inverse du droit anglais qui admettra sans difficulté qu'un engageant du type « *A réalisera telle prestation, sur son honneur, sans toutefois que son inexécution puisse être obtenue en justice de quelque façon* » soit une *abstention of the law*.

Pourtant, même en droit français, la jurisprudence reconnaît parfois des engagements d'honneur, dans le cas de la « clause de retour à meilleure fortune »⁴⁹ par exemple.

c. Les actes de courtoisie et de complaisance

- 44.** Nombre d'actes pourraient être qualifiés d'accord et sont pourtant exclus de cette catégorie car ils ne reposent pas sur l'existence d'une intention de contracter⁵⁰. Ainsi, le transport bénévole d'une personne, d'un auto-stoppeur par exemple, ne repose pas sur un contrat de transport de même que l'assistance à autrui n'est pas, en principe, fondée sur un contrat, pas davantage que l'acceptation d'une invitation à dîner, le fait de jurer fidélité à un ami ou l'engagement de rendre un service ne sont, en principe, juridiquement obligatoires : la complaisance, la courtoisie, la politesse ne sont, pas plus que la morale, sur le même plan qu'un engagement de nature juridique. Il n'en résulte pas une absence de droit mais, en présence d'un acte de véritable courtoisie, l'éventuelle responsabilité n'est pas d'ordre contractuel, mais délictuel⁵¹ : c'est d'ailleurs le seul intérêt de cette catégorie discutable : l'identification d'un *contrat* d'assistance justifie que l'« assisté » se retourne contre l'« assistant »

⁴⁸ Cf. Cass. com. 23 janv. 2007, *RTD civ.* 2007, p. 340, obs. J. Mestre et B. Fages, à propos d'un engagement considéré par les parties comme « *exclusivement moral* » de ne pas copier les produits commercialisés par le créancier de l'engagement.

⁴⁹ Cass. civ. 29 avril 1873, *DP* 1873,1,207. V. aussi Req. 4 juillet 1904, *S.* 1905.1.37 : « *l'engagement d'honneur pris par V. de désintéresser complètement ses créanciers en cas de retour à meilleure fortune, a été l'une des conditions déterminantes de l'acceptation des créanciers, et ne pouvant être séparé des autres clauses du contrat, auxquelles le débiteur a voulu ajouter la garantie de son honneur, il avait le caractère d'une obligation civile* », Cass. com. 23 déc. 1963, *Bull. civ.* IV, n°374.

⁵⁰ V. A. Viandier, « La complaisance », *JCP* 1980, I, 2987.

⁵¹ Cf. Cass. civ. 2ème, 27 janv. 1993, *Bull. civ.* I, n°42, *RTD civ.* 1994, p. 864, obs. P. Jourdain.

via un régime de responsabilité alors contractuelle⁵².

2. – Classifications relatives à l'origine de la règle applicable

45. Contrats internes et contrats internationaux. – C'est un lieu commun de considérer que les échanges économiques sont mondialisés, comme les contrats, de telle manière que les contrats internationaux sont sans doute de plus en plus présents dans l'esprit des juristes. Les organisations internationales ou régionales se préoccupent d'ailleurs de plus en plus de cette internationalisation pour proposer des règles particulières aux contrats internationaux. Traditionnellement, cependant la question des contrats internationaux se posait de manière classique : conflit de lois et conflits de juridictions dans le but de soumettre le contrat à un ordre juridique national particulier, substantiel ou processuel, le nationaliser en quelque sorte. Mais la spécificité des contrats internationaux, contrats d'affaires du grand commerce justifie une autre conception pour proposer des règles propres, alternatives aux règles nationales, comme les Principes Unidroit ou les Principes pour un droit européen des contrats par exemple réalisant sans doute la recherche de la mythique *Lex mercatoria* (Cf. Supra, n°18 s.). Encore convient-il de déterminer un contrat international. Le fruit d'une longue évolution doctrinale et jurisprudentielle (⁵³) fait privilégier aujourd'hui un critère dit économique : ce n'est donc pas la nationalité différente des parties qui fait d'un contrat un contrat international mais le fait qu'il présente un élément d'extranéité, c'est-à-dire un lien de rattachement avec au moins deux pays différents et, surtout, le fait qu'il mette en jeu les intérêts du commerce international⁵⁴.

L'enjeu est alors de déterminer la loi applicable à ce contrat. En principe et en vertu de l'application du principe d'autonomie, ce choix appartient aux parties qui peuvent choisir librement la loi applicable à leur contrat, via une clause de loi applicable ou clause d'*electio juris* : « la loi applicable à ce contrat est la loi française ». Ce peut être une loi non nationale comme les règles de la Convention de Vienne sur la Vente Internationale de marchandises du 11 avril 1980 (CVIM ou « CISG : *Convention on International Sale of goods* ») qui proposent des règles uniformes c'est-à-dire matérielles autres que les règles nationales auxquelles elles se substituent et ce, automatiquement, sans qu'il soit besoin d'une clause d'*electio juris* (plus exactement une clause d'*exclusio juris* permettrait d'exclure l'application de la CVIM) : en ce sens les règles de la CVIM forment le cœur du droit français de la vente internationale. C'est encore le cas des conventions internationales en matière de transport international. Ce pourrait même être les usages du commerce international, la *lex mercatoria*, ce

⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1996, *Bull. civ. I*, n°463, Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juill. 1977, *Bull. civ. I*, n°243 (client qui se blesse alors qu'il aidait bénévolement un entrepreneur).

⁵³ D. Mainguy, « Les opérations du commerce international », in J. Béguin et M. Menjucq (Dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2005, n°909.

⁵⁴ Civ. 19 févr. 1930, *Mardelé*, S. 1931, 1, 1, note Niboyet, Cass. civ. 27 janv. 1931, *Dambricourt*, *Rev. crit. DIP* 1931, p. 516.

qu'un arrêt, l'arrêt *Valenciana*, avait admis⁵⁵. A défaut de choix ou d'application automatique d'une règle quelconque, les règles de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles proposent des techniques de détermination de la loi applicable (art. 4), à partir de trois règles qui s'enchaînent : la loi applicable est celle du pays qui présentent les liens les plus étroits avec le contrat (art. 4.1) et, poursuit l'article 4.2, « *il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle* ». Cette notion de « prestation caractéristique » notion nouvelle pour le droit français permet de localiser objectivement le contrat et ce, en utilisant des éléments intrinsèques du contrat⁵⁶. Pour cette raison, la prestation caractéristique n'est pas l'obligation de payer d'un contrat synallagmatique qui est en effet commune à tous ces contrats. La prestation caractéristique sera donc le plus souvent l'obligation qui est la contrepartie de l'obligation de payer ce qui révèle bien des difficultés pour certains contrats complexes comme les contrats de distribution. Cette présomption est cependant écartée « *lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays* ». Ces règles générales connaissent bien des exceptions, tenant à l'application d'un contrat particulier (le contrat de travail, le contrat de consommation) ou à une autre convention internationale (s'agissant de la vente par exemple).

Il faut surtout souligner l'importance de l'ordre public international : « *l'application d'une disposition de la loi désignée (...) ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* » (art. 16), d'application assez rare et qu'on ne confondra surtout pas avec des règles d'ordre public interne, et surtout des *lois de police* (art. 7) notion assez imprécise qui renvoie à des règles nationales « *qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat* » éventuellement étrangères d'ailleurs. Ce sont des lois nécessaires pour la sauvegarde de l'organisation sociale, politique, économique d'un pays. Les lois impératives d'un Etat, celles qui forment l'ordre public interne ne sont pas nécessairement des lois de police mais peuvent l'être, soit parce que la loi interne dispose expressément qu'elle s'applique à des situations internationales quelle que soit le choix des parties, ou parce qu'elles répondent à cette définition : les règles du droit de la concurrence sont ainsi des règles d'ordre public interne et des lois de Police : si par conséquent un contrat conclu entre un américain et un français désigne le droit du Mexique, ce choix n'exclut cependant pas l'application du droit français de la concurrence ou du droit communautaire qui eux-mêmes, n'excluent évidemment pas l'application du droit américain de la concurrence (ni le droit mexicain en raison du choix de cette loi)...

⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1991, *JDI* 1992, p. 176, note B. Goldman, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 112, note B. Oppetit, *Rev. arb.* ; 1992, p. 457, note P. Lagarde) : « *en se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jugements des jurisprudences nationales, l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission* ».

⁵⁶ M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2003.

Précisons enfin que les contrats internationaux bénéficient de techniques juridiques propres, liées à la pratique de ces contrats et, surtout, à la pratique de l'*arbitrage international* particulièrement organisé notamment par la Chambre de commerce international.

46. Contrats administratifs et contrats privés. – Les contrats relevant du droit public, qu'on appelle contrats administratifs se reconnaissent à deux critères, un critère organique, qui suppose la présence d'une personne publique, directement ou indirectement, et un critère matériel, qui suppose que le contrat a pour objet l'exécution ou participe à l'exécution du service public ou bien qu'il contient des clauses exorbitantes du droit commun, c'est-à-dire qui, par nature, ne sauraient être stipulées dans un contrat de droit privé.

Au-delà de ce caractère, les contrats administratifs sont des contrats comme les autres avec cependant quelques différences sensibles, par exemple la question de la possibilité pour les tiers de demander la nullité d'un contrat administratif, révision du contrat pour changement des circonstances économiques (cf. infra, n°212 s.) ou encore des conditions de la cession d'un contrat public⁵⁷. Par ailleurs, les contrats administratifs se signalent par la présence de clauses exorbitantes du droit commun, qui diffèrent de celles qui pourraient être insérées dans un contrat de droit privé⁵⁸.

47. Contrats nommés et innommés. – Un contrat nommé est un contrat portant un nom traditionnel dans la mesure où il fait l'objet d'une réglementation légale particulière. Ainsi en est-il des contrats de vente, échange, louage, dépôt, mandat... traités par le Code civil, mais aussi les contrats identifiés par d'autres sources (comme le contrat de crédit-bail, le contrat de location-gérance).

Un contrat innommé ne porte pas de nom traditionnel (cela ne signifie pas qu'il ne soit pas identifié sous une désignation particulière) car il ne fait pas l'objet d'une réglementation légale propre ; ainsi en est-il des contrats d'hôtellerie, médical, de déménagement, de spectacle, etc. Ainsi en est-il, surtout, des multiples contrats non susceptibles de se réduire à la simple juxtaposition de modèles (contrat d'usine « clé en main ») ou imaginés par la pratique pour les besoins d'une opération ponctuelle originale.

Cette distinction avait une grande importance dans les systèmes formalistes comme en droit romain. Elle n'a plus cet intérêt dans les systèmes consensualistes où les parties peuvent aussi bien conclure des contrats particuliers envisagés par le législateur que des contrats ignorés de lui.

Cette distinction conserve toutefois aujourd'hui une certaine importance pour la désignation des règles applicables à un contrat déterminé. La diversification des règles et des contrats conduit alors, pour savoir quel type de règle appliquer à tel

⁵⁷ Cf. D. Mainguy, « La circulation des contrats d'affaires, bref aperçu comparatif des droits privé et public des contrats », *Mélanges M. Guibal*, 2006, p. .

⁵⁸ Par exemple : Clause de résiliation d'office : CE 20 janv. 1980, *Rec. Lebon*, p. 54 ; Clause instituant un contrôle sur le montant des prestations du locataire, : CE 4 mai 1981, *Rec. Lebon*, p. 615.

contrat, à une tâche de « *qualification* », c'est à dire d'identification du contrat à une catégorie de contrats nommés, en vue d'obtenir un « rattachement » de ce contrat à tel ou tel corps de règles, qu'il s'agisse de règles impératives, de règles supplétives, de règles internes, de règles internationales propres à tel ou tel contrat. L'échec du processus, rare, conduit à reconnaître l'existence de « *contrats sui generis* ».

3. Classifications relatives au contenu des règles applicables

48. Ces classifications se distinguent selon qu'elles concernent les conditions (a) du contrat ou ses effets (b), mais aussi en fonction de la qualité des contractants (c).

a. Classifications relatives aux conditions du contrat

49. **Contrat consensuels, solennels, réels.** – En principe, les contrats sont formés par le seul échanges des volontés : c'est l'application du principe du consensualisme, qui reconnaît le formalisme pour exception : sont des contrats formels, les contrats solennels (qui nécessitent une formalité particulière pour leur validité, un écrit, une mention obligatoire) et les contrats réels qui supposent la remise de la chose pour la formation du contrat, catégorie en désuétude. Cette distinction est essentielle pour les règles de la formation du contrat.

50. **Contrats de « gré à gré » et contrats d'adhésion.** – Tous les contrats ne sont pas négociés, et ceux qui le sont le sont souvent faiblement. Les actes de la vie courante ne le sont pas du tout ou rarement et même les actes plus extraordinaires, un contrat de bail, un contrat de travail, le sont peu. On distinguera à ce titre les « *contrats de gré à gré* » librement discutés par les parties (des contrats d'affaires le plus souvent) et les « *contrats d'adhésion* », principalement identifiés par Saleilles au tournant du XIX^{ème} siècle, reproduisant la différence entre le « *sur mesure* » et le « *prêt-à porter* » ce dernier étant en outre « *à prendre ou à laisser* » et traduisant le phénomène de massification des contrats et, notamment, des contrats de consommation, justifiant d'autant l'intervention du législateur.

L'article 1110 du Code civil dispose ainsi que « *le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

Cette disposition a fait l'objet d'âpres discussions : la rédaction actuelle résulte de la loi de ratification de 2018, tandis que la version issue de l'ordonnance de 2016 utilisait comme technique de distinction le fait que le contrat soit non point négociable, mais effectivement négocié. Un contrat peut en effet être négociable entre les parties, mais non négocié.

Dans les contrats d'adhésion, l'une seulement des parties adhère à un dispositif contractuel élaboré par avance et en dehors de toute négociation. Il y a adhésion « bilatérale » lorsque les parties adhèrent, toutes deux, à un système contractuel

établi par le législateur ou une convention collective. Il y a « adhésion unilatérale », beaucoup plus fréquente, quand l'une des parties impose les clauses que l'autre est libre d'accepter ou de refuser.

Or la distinction, outre son aspect pédagogique, est le point d'entrée de l'article 1171 du Code civil : celui-ci prévoit en effet la possibilité de discuter en justice une clause considérée comme abusive dans un contrat d'adhésion, même conclu entre professionnels.

Les contrats d'adhésion correspondent à deux séries de situations. On peut d'abord associer contrat d'adhésion et domination, éventuellement abusive, exercée par un contractant à l'égard d'un autre à qui se trouve imposée la règle du « tout ou rien », le professionnel face au consommateur, l'employeur face au salarié, le producteur face à un distributeur (et réciproquement). On peut également associer contrat d'adhésion et normalisation, standardisation, banalisation des mécanismes juridiques, qui n'implique pas toujours d'effet de domination.

b. Classifications relatives aux effets des contrats

51. Contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux. – Cette distinction (C. civ., art. 1106) est fondamentale. Le contrat synallagmatique est celui par lequel les contractants sont réciproquement obligés les uns envers les autres, leurs obligations se servent alors mutuellement de contrepartie⁵⁹ : chaque partie est débitrice et, en retour, chaque partie est aussi créancière. Mais il n'est pas suffisant de dire que les obligations sont réciproques : elles sont également interdépendantes, se servant mutuellement de support et ceci explique l'originalité des effets du contrat synallagmatique par rapport à ceux du contrat unilatéral. C'est le standard contractuel.

A l'inverse, le contrat unilatéral est celui dans lequel une seule des parties s'oblige principalement envers la ou les autres, ces dernières, n'étant tenues à aucune obligation ou, si elles existent, elles ne forment pas la contrepartie de l'engagement du premier. Ainsi le contrat de cautionnement, le contrat de donation sont des contrats unilatéraux.

L'intérêt de la distinction tient à ce que l'interdépendance des obligations nées du contrat synallagmatique entraîne un certain nombre de conséquences, inconnues du régime du contrat unilatéral, que l'on envisagera en étudiant les effets particuliers des contrats synallagmatiques (*exceptio non adimpleti contractus*, résolution judiciaire, régime des risques, etc.), mais aussi sur le terrain de la preuve.

52. Contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit. – Cette autre grande distinction (C. civ., art. 1107), les contrats à titre onéreux, ceux dans lesquels chaque partie recherche un avantage et les contrats à titre gratuit ou de bienfaisance, dans lesquels l'une des deux parties ne recherche aucun avantage

⁵⁹ Cf. A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ 2001, p. 777.

(⁶⁰).

Certains contrats sont par nature onéreux (échange, vente) ou gratuits (donation, contrats de bienfaisance ou de services gratuits). D'autres peuvent être à titre gratuit ou onéreux (mandat gratuit ou salarié, dépôt gratuit ou salarié, prêt gratuit ou salarié). L'intérêt de cette distinction tient par exemple la réglementation très stricte des libéralités dans la mesure où, à la différence des opérations à titre onéreux, elles mettent en péril l'intégrité du patrimoine familial (conditions de forme très rigoureuses des donations, possibilité de rapport à succession ou de réduction post-successorale des libéralités), l'importance de *l'intuitus personae* dans les libéralités, alors qu'elle est souvent très faible dans les contrats à titre onéreux : l'erreur sur la personne du cocontractant sera très fréquemment un vice de consentement dans les contrats à titre gratuit, rarement dans les contrats à titre onéreux. De même, on admet généralement que la responsabilité d'un cocontractant à titre onéreux est plus lourde que d'un cocontractant à titre gratuit (C.civ., art. 1927 et 1928 C.civ. pour le dépôt et 1992 sur le mandat) ou encore les conditions de l'action paulienne (C. civ., art. 1167 C.civ. et infra, n° 512 et s.) sont différentes.

53. Contrats commutatifs et contrats aléatoires. – Cette distinction ne concerne que les contrats à titre onéreux. Le contrat commutatif est celui dans lequel les avantages réciproques que les parties s'échangent sont déterminés au moment de la formation ; peu importe à cet égard que l'échange soit strictement équilibré, il suffit que les avantages soient « *regardés comme équivalents* » (C. civ., art. 1108). Le contrat aléatoire est celui dans lequel le contenu d'une prestation est incertain parce qu'il consiste « *dans la chance de gain ou de perte... d'après un événement incertain* ». C'est le cas du contrat de jeu mais surtout du contrat d'assurance. L'aléa peut être naturel, c'est le cas dans le contrat d'assurance, dans le contrat de rente viagère ou dans le contrat de généalogiste ; il peut être établi par l'effet de la volonté, c'est le cas lorsque les parties décident de contracter à leurs risques et périls, par exemple un acheteur prend le bien dans son état en renonçant à toute action contre le vendeur au cas de défaut caché. L'intérêt de cette distinction tient à ce que à la différence du contrat commutatif, le contrat aléatoire ne peut être contesté en raison du déséquilibre qui en résulte, on dit que « *l'aléa chasse la lésion* », sauf lorsque le contrat n'est pas réellement aléatoire : contrat de rente viagère conclu avec une personne atteinte d'une maladie mortelle (C.civ., art.1975).

54. Contrats à exécution instantanée et successive, contrats de courte durée et de longue durée. – Le contrat ou obligation à exécution instantanée est celui pour lequel la réalisation de la prestation obligatoire occupe un « instant de raison » (obligation du bailleur de remettre les clés de l'appartement loué, obligation de payer dans la vente, transfert de propriété...). Le contrat ou obligation à exécution successive est celui dans lequel la réalisation de la prestation obligatoire exige une certaine durée. L'article 1111-1 du Code civil

⁶⁰ St. Bénils, *La gratuité en droit privé*, Th. Montpellier, 2006.

envisage ces deux hypothèses.

On peut même affiner : certaines obligations sont à exécution continue (la prestation s'accomplit de manière homogène, dans le temps comme l'obligation du bailleur d'assurer au preneur la jouissance de l'appartement loué, une obligation de confidentialité) ; certaines obligations successives sont à exécution discontinue ou échelonnée (où la prestation s'effectue à intervalles plus ou moins réguliers comme l'obligation de payer des loyers, ou un salaire).

Au-delà de cette classification traditionnelle, une opposition plus moderne oppose les contrats de courte durée (à exécution instantanée ou à exécution rapide) et les contrats de longue durée. Ceux-ci peuvent être à durée déterminée ou à durée indéterminée, contrats par nature précaires. La durée du contrat importe en effet tout particulièrement : la plupart des effets du contrat se produisent pendant la durée du contrat, mais certains effets s'achèvent avant la fin du contrat, certains naissent pendant, d'autres à la rupture du contrat : la durée d'un effet est indépendante de la durée du contrat.

En outre, les effets d'un contrat de longue durée sont modifiés. Ils imposent des exigences, des comportements ou des obligations particulières. Ainsi l'incidence de la bonne foi dans l'exécution y est plus intense, les comportements doivent être plus mesurés, la rupture d'un tel contrat s'apprécie de manière plus attentive, des obligations de collaboration naissent, mais, surtout, la prévision du contrat doit être plus mesurée : la rédaction d'un contrat « sur mesure », sans doute, avec des clauses particulières : clauses de force majeure, clauses de renégociation en cas de changement des circonstances, clauses de rupture, clauses relatives au litige.

55. Contrats-cadres et contrats d'application. Cette distinction introduite en 2016 (C. civ., art. 1111). Celui-ci dispose que « *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 distinction est classique des contrats de distribution de marchandises : un contrat de franchise par exemple a pour objectif de conclure des contrats de vente entre un franchiseur et un franchisé. Or le contrat de vente est trop rigide pour être efficace : le prix doit être déterminé, tout comme les marchandises et leur quantité, etc. Par conséquent le contrat de vente n'est pas adapté à la vente en masse de différents types de références de produits. Il peut s'agir de ventes successives, les unes après les autres, mais dans cette situation, vendeur et acheteur ont certainement intérêt à considérer la durée de leur relation, les avantages à tirer de celle-ci, notamment en termes d'avantages sur les prix et sur l'automatisation de la procédure de conclusion et d'exécution des ventes. C'est l'objet d'un contrat-cadre, les ventes étant alors des contrats d'exécution. Les conditions de validité de ces deux types de contrats peuvent donc varier selon les cas.

56. Contrats et clauses contractuelles. Le droit des contrats est globalement supplétif de telle manière que les parties peuvent amender, modifier, contrarier les règles supplétives du droit des contrats ; ils peuvent de même créer des

mécanismes contractuels non prévus par le Code civil. D'ailleurs, nous avons que l'un des défauts de la réforme de 2016 repose précisément sur le fait de ne pas avoir envisager les clauses contractuelles⁶¹. Or ces clauses sont soit de simples ajustements contractuels, comme la clause indiquant le moment du paiement d'une somme d'argent, soit des sortes de mini-contrats susceptibles d'être autonome, comme des clauses de confidentialité, des clauses de non-concurrence, des clauses d'arbitrage, etc.

c. – Classifications relatives à la qualité des contractants

- 57. Contrat anonyme et contrat *intuitu personae*.** – La considération de l'auteur de la prestation exigible, pris comme individu confère à l'obligation le caractère d'une obligation *intuitu personae*. L'*intuitus personae* est alors défini comme le lien particulier et renforcé entre les parties au contrat lorsque le contrat, ou l'obligation, a été conclu en considération de la personne du contractant. Plus exactement, il peut s'agir de la personne même du contractant, de sa solvabilité, de ses capacités techniques, intellectuelles... On parle aussi d'*intuitus firmæ* ou d'*intuitus societatis* pour évoquer ce même lien entre parties contractantes sous forme de société.

La difficulté est alors de reconnaître un tel lien *intuitu personae*. En principe, un contrat est-il conclu *intuitu personae* ou au contraire les contrats sont-ils par principe anonymes, conclus *intuitu pecuniae* ? Nous opinons pour la négative à la considération de l'article 1110, al.2 du Code civil qui n'envisage l'annulation d'un contrat pour erreur sur la personne que si le contrat a été conclu en considération de cette personne. Ainsi, la plupart des relations de consommation, de masse sont standardisées, banalisées, anonymes mais peuvent être dotées d'un *intuitus personae*. A l'inverse nombre de relations d'affaires sont négociées, réfléchies et sont très souvent affectées d'un tel lien *intuitus personae*.

- 58. Contrats entre professionnels et contrats de consommation.** – La considération de l'auteur du comportement pris comme relevant d'une catégorie particulière de personnes peut également influencer sur le régime de l'obligation.

Ainsi, selon que le débiteur est un professionnel ou un consommateur, un initié ou un profane, des règles parfois radicalement différentes seront appelées à s'appliquer. C'est le cas du droit de la consommation, du droit pénal (ex : refus de vente, sanctionné pénalement à l'égard d'un consommateur, point à l'égard d'un professionnel...).

Le droit de la consommation propose alors une clef de compréhension du droit des obligations à partir d'une considération des rapports juridiques comme des

⁶¹ Comp. M. Mekki, *Le nouvel essor du concept de clauses contractuelles*, RDC 2006/4, p. 1051 et RDC 2007/2, p. 239, R. Libchaber, *Le contrat au XXIème siècle, l'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ, 2020. V. aussi, J.-M. Mousseron et alii, *Technique contractuelle*, Ed. F. Lebevre, 2017 ; F. Buy, M. Lamoureux, J. Mestre et J.-Ch. Roda, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2018.

rapports déséquilibrés, en faveur du professionnel – celui qui agit pour ses besoins professionnels – et en défaveur du consommateur – celui qui agit pour ses besoins privés – ; il propose alors tout une série de rééquilibrage, par l'intervention législative dont les règles les plus marquantes sont celles encadrant la conclusion des contrats de crédit à la consommation, les crédits immobiliers conclus avec le consommateur, les règles intéressant l'élimination des clauses abusives, celles imposant une faculté de rétractation dans les contrats conclus par démarchage à domicile ou les ventes à distance...

C'est alors une façon d'observer les rapports contractuels qui dépasse les seules interventions législatives et que l'on retrouve en jurisprudence et, même, en dehors des strictes frontières du droit de la consommation.

B. Théorie du contrat et principes directeurs du droit des contrats

59. Théorie ou philosophie du droit des contrats ? – Il existe une controverse fameuse, en philosophie du droit, pour savoir si la détermination des conditions du droit, des tentatives de réponses aux questions fondamentales sur l'organisation juridique relève d'une philosophie ou d'une théorie du droit⁶².

Les questions ici évoquées ne prennent pas partie sur cette question. La théorie du droit dont il y est question traite, simplement sans doute, de quelques questions de philosophie du droit des contrats : pourquoi respectons-nous un contrat, devons-nous le respecter, est-ce naturel ou contraint, pourquoi et dans quelles conditions un contrat peut-il être conclu, quelles sont ses limites, etc. mais également et au-delà de cette explication générale du contrat quelques éléments permettant de fournir des réponses justifiant certains problèmes techniques de droit des contrats.

Il s'agit donc de déterminer les principes qui guident le droit des contrats et quelques tentatives d'explication de ceux-ci. Il s'agit, surtout, de présenter les thèmes, thèses, théories qui, d'une part, fondent le caractère obligatoire des contrats et, d'autre part, permettent d'expliquer ses règles, ses évolutions, parfois très techniques (les questions relatives à la circulation du contrat, son extinction, les conditions de l'exécution du contrat et la gestion de son inexécution, la « responsabilité » contractuelle, la rupture du contrat, etc.) pour autant que cela soit d'ailleurs efficace, ce dont nous ferons ici le pari : le nominalisme d'Occam repris par la philosophie analytique moderne conduit à nier toute idée même de pensée idéale (même réaliste au sens aristotélicien) : le fait de désigner un contrat ne permet pas d'identifier une Idée universelle de contrat (au sens platonicien).

Les fondements théoriques du droit reposent sur le mythe ou la réalité du point de départ du droit moderne des contrats : la thèse de l'autonomie de la volonté, et plus exactement s'agissant du droit des contrats le principe du respect de la parole donnée, qui fonde le principe de base en la matière (I) que des conceptions nouvelles, souvent présentées comme plus modernes viennent compléter (II).

⁶² Cf. R. Sève, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2007.

Or ce qui a été apporté par la réforme du Code civil repose sur le fait que certaines propositions discutées d'un point de vue philosophiques ou théoriques sont désormais posées dans le Code civil, notamment le principe de liberté contractuelle, celui de la force obligatoire du contrat mais aussi l'exigence de bonne foi.

1. Liberté contractuelle et force obligatoire du contrat, issues de la conception classique de l'autonomie de la volonté et du respect de la parole donnée

60. De la doctrine de l'autonomie de la volonté et du respect de la parole donnée. – La thèse de l'autonomie de la volonté appliquée au contrat montre, en premier, que la légende tenace de la filiation directe et sans heurts du droit français au droit romain des obligations est plus que douteuse : le droit des obligations est le socle des droits économiques et est donc en relation avec la conception économique du moment et donc avec les idées philosophiques qui les sous-tendent.

La théorie du contrat est dominée en droit français, et dans le monde de manière plus générale, par la doctrine de l'autonomie de la volonté, du grec *auto*, soi-même, et *nomos*, loi, règle : *auto-nomos*, possibilité de ses créer des lois pour soi-même. La traduction en est très simple immédiate et évidente : le contrat est un accord de volontés destiné à produire des effets juridiques ; il est fondé sur le respect de la parole donnée.

Un universitaire, Emile Gounot avait consacré en 1912 une thèse restée célèbre sur ce thème : « *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé* », dans le droit fil de la pensée de Kant même si certains auteurs doutent fortement aujourd'hui que la théorie kantienne de l'autonomie de la volonté soit à l'origine du Code civil⁶³ et ce, à la suite des travaux des internationalistes qui avaient développé cette conception pour la détermination de la loi applicable à un contrat international. Peu importe, si Kant a effectivement proposé ses thèses après l'avènement du Code civil, il a révélé et généralisé des mécanismes, une façon de présenter et mettre en ordre la liberté initiale des individus organisés au sein d'une société juste, liberté qu'il a sublimée, mais très, très loin du droit des contrats. Nous dirons alors doctrine de l'autonomie de la volonté, ici, pour doctrine *juridique* de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire, plus spécifiquement, le respect de la parole donnée.

Les philosophes du XVIIIème considéraient que le contrat était l'une des grandes manifestations de la liberté parce qu'il était l'émanation de la volonté et, donc, de la raison. Ils proposaient cependant une réflexion essentiellement politique, d'organisation de la cité, fondant un lien, de nature volontaire, entre un individu et un groupe, la nation, l'état, ou bien entre les individus eux-mêmes. C'est donc une petite et finalement assez dérisoire déclinaison de cette

⁶³ V. aujourd'hui : V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Trav. univ. Paris II) 1980, D. Terré-Fornacciari, « L'autonomie de la volonté » *Rev. sc. morales et pol.* 1995.255 ; E. Putman, « Kant et la théorie du contrat », *RRJ*, 1996, p. 685.

logique que l'on retrouve en droit privé des contrats : on peut se rendre débiteur et créancier, grâce à sa volonté, parce qu'on y a consenti : le débiteur doit payer sa dette parce qu'il l'a bien voulu, parce qu'il a bien voulu se soumettre au pouvoir de contrainte du créancier : la toute puissance contractuelle. Le contrat assure alors la justice et l'efficacité économique, en ce qu'il permet la meilleure allocation des richesses, selon la logique libérale (d'où les théories extrêmes, reposant sur le contrat, telle celle du contrat social de Rousseau ou de Locke, ou le pacte citoyen moderne...), même si celles-ci, comme Platon ou Aristote bien avant, mettaient en scène davantage une cité idéale, ressortissant donc bien plus au droit constitutionnel ou au droit public, qu'au droit privé : le contrat social de Rousseau ne doit pas être observé au sens où nous l'entendons ici, de telle manière que la déclinaison de la doctrine de l'autonomie de la volonté au contrat est, pour le moins, rapide ; elle illustre surtout un culte de l'individualisme et le rejet d'un « bien collectif » apparenté au droit de source divine jeté à bas par le rationalisme des Lumières.

Les logiques politiques sont bien connues : « tout ce qui est contractuel est juste » selon le mot du philosophe libéral Fouillée à la fin du XIX^{ème} siècle et Loisel écrivait également : « *On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit romain* ». Mais, « *entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère* » ajoutait cependant Lacordaire, comme prémisses à l'interventionnisme juridique du XX^{ème} siècle. La « doctrine de l'autonomie de la volonté » repose sur plusieurs postulats fondamentaux, directement projetés des préceptes de base de la philosophie individualiste : « *Tous les contractants sont égaux entre eux* » parce que l'homme, sujet de l'activité juridique, est considéré comme un personnage abstrait, un *homo juridicus*. Montrant bien les idées de l'époque, le philosophe libéral Fouillée écrivait dans *L'idée moderne du droit* : « *La philosophie du XVIII^{ème} siècle tendit à faire descendre le principe divin dans l'homme, considéré comme divin en lui-même et par lui-même* » : idéalisme inverse de celui de Platon, donc. Deux idées (Idées, au sens platonicien d'ailleurs) découlaient de ce point de départ. En premier, une conception abstraite des relations sociales, fondée sur l'idée de pleine égalité des individus : tout individu est un souverain et les souverains sont, par définition, égaux entre eux. Il suit que toute obligation ne peut reposer que sur la volonté de l'obligé et que cette volonté de l'obligé souverain est une volonté indépendante et libre. Au plan politique cela donne, en suivant les pas de John Locke : « *Puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable et puisque la force ne produit aucun droit, restent les conventions pour base de toute autorité parmi les hommes* ». Ensuite, une conception optimiste des relations sociales. Présentant le résultat de ces relations, Rousseau écrivait que « *le souverain par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être* ». Il en découle une croyance en l'automatisme des agencements optimaux découlant de cette conception abstraite et optimiste des relations interindividuelles, le libéralisme traditionnel se développe à partir de l'idée que l'accord optimal est obtenu par la confrontation de volontés d'égales puissances en toute liberté, en dehors, surtout, de toute intervention du groupe,

de l'organisation collective. Au plan économique, cela donne les thèses du libéralisme économique, fondées sur l'ajustement automatique de l'offre et de la demande, hostiles à toute intervention des pouvoirs publics dans les relations économiques : « *laisser faire, laisser passer...* », laisser contracter : la « main invisible » d'Adam Smith ici contractualisée. L'ensemble fonde un système juridique composé d'institutions considérées comme justes, mais tout cela est très éloigné des principes fondant le droit des contrats.

Définitivement, ce que les juristes nomment « doctrine juridique de l'autonomie de la volonté » synthétise un concept très simple qui peut se rattacher au positivisme, à la sociologie, à un certain idéalisme, et de ce point de vue peut sembler un dénominateur commun : le respect de la parole donnée, *pacta sunt servanda*.

61. Exposé du principe du respect de la parole donnée. – La doctrine de l'autonomie de la volonté appliquée au contrat repose sur trois postulats fondamentaux, directement projetés des préceptes de base de la philosophie individualiste.

– « *Tous les contractants sont égaux entre eux* » : l'homme, sujet de l'activité juridique, est considéré, en effet, comme un personnage abstrait, un *homo juridicus* : tous ces êtres abstraits sont égaux entre eux. La conception classique du contrat est celle d'une opération dans laquelle deux personnes d'identiques situations juridiques et de puissances économiques égales exposent en un libre débat leurs prétentions opposées, se font des concessions réciproques et finissent par conclure un accord dont elles ont pesé tous les termes et qui est bien véritablement l'expression de leur commune volonté.

– « *Tout ce qui est contractuel est juste* ». Le philosophe libéral Fouillée affirme cette idée à la fin du XIX^{ème} siècle dans son ouvrage « *L'idée moderne de droit* ». Décliné cela conduit à admettre toutes les logiques contractuelles et les considérer comme juste, le contrat de travail, le contrat en entreprises, etc.

– « *Entre individus égaux, le juste accord est automatiquement obtenu* ». Le débat contractuel doit, donc, être libéré de toute intervention des organes sociaux tant au moment de leur formation qu'à celui de leur exécution. La « doctrine de l'autonomie de la volonté » s'exprime juridiquement par le principe général suivant : « *Toute obligation contractuelle repose essentiellement sur la rencontre des volontés des parties contractantes* ». Elle emporte alors de nombreuses conséquences juridiques : la volonté apparaît comme la source et la mesure de toute obligation. C'est dire qu'elle assure un rôle fondamental dans les conditions et les effets du contrat, tenu pour le mode, de principe, d'établissement de toutes les relations sociales (mariage-contrat, testament-contrat, etc.).

62. Conséquences du principe du respect de la parole donnée. – Ces conséquences sont multiples et essentielles.

– **Le principe de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat.** Ces principes sont essentiels et fondateurs du droit des obligations et des contrats (C. civ. art. 1102 et 1103). L'originalité de la présentation proposée par

le Code civil est de les insérer en tête des règles du droit des contrats, comme des « principes directeurs » du droit des contrats.

L'article 1102 fonde le principe de la liberté contractuelle : « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ».

L'article 1103 fonde celui de la force obligatoire du contrat (déjà ancien art. 1134, al 1er) : « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, quoique bien antérieur à la doctrine de l'autonomie de la volonté. *Pacta sunt servanda*, la règle s'établit au XIII^{ème} siècle sous l'autorité de l'Eglise, contre la logique romaine puis romaniste des pactes vêtus⁶⁴ : parce que les actions des hommes sont soumises à la volonté de Dieu, l'action de contracter, la promesse engage en tant que telle et la formule sera ensuite généralisée par bien des coutumes puis par le Code civil.

Ce principe si fondamental a plusieurs traductions et conséquences. La liberté contractuelle permet de choisir de contracter ou ne pas contracter : nul n'est obligé de contracter et on peut toujours refuser de contracter. Le principe fonde également la liberté de choix de son contractant : la règle découle du postulat précédent, pouvoir renoncer à contracter implique de pouvoir choisir son contractant. Il fonde enfin le principe de la liberté du choix du contenu du contrat : c'est le principe de la libre négociabilité des contrats et de la supplétivité des règles en la matière. Certes le Code civil, les usages, les pratiques contractuelles font que des types de contrats sont proposés (Cf. C. civ., art. 1582 s. pour la vente) mais on peut toujours proposer une clause par ci ou par là, choisir tel autre formule contractuelle.

Toute la richesse du droit des contrats et toute l'ingénierie juridique en matière contractuelle reposent entièrement sur ce dernier postulat : il est le fondement de la richesse du droit des contrats, essentiellement des contrats commerciaux et internationaux, de la technique contractuelle⁶⁵.

C'est le principal enseignement à retenir : le contrat est une règle du jeu établie par les parties et par elles seules. L'intervention de la règle juridique impérative, d'ordre public, est exceptionnelle même si elle apparaît de plus en plus fréquemment.

Nous renviendrons sur la question de l'ordre public en nous intéressant aux conditions de validité des contrats.

Mais de manière rapide, il s'agit de règles correspondant à des conceptions essentielles pour la société, en matière politique, sociale, familiale, morale, économique, etc. Certaines de ces règles sont dites de « direction » quand elles correspondent à des règles fondamentales, d'autres de « protection » de l'une des parties au contrat, par exemple en droit du travail ou de la consommation. Il

⁶⁴ Cf. E. Chevreau, Y. Mauten et C. Bouglé, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 123 s.

⁶⁵ Cf. P. et J.-M. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, éd. F. Lefebvre, 3^{ème} éd. 2004 ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *Technique contractuelle : l'avant contrat*, Ed. F. Lefebvre, 2001 ; M.-E. André, M.-P. Dumont et P. Grignon, *L'après contrat*, Ed. F. Lefebvre, 2003.

existe donc une hiérarchie des règles d'ordre public, celles qui relèvent de l'illicite (c'est-à-dire pénale), de l'illégal, de l'anticontractuel, etc.

Une règle d'ordre public interdit aux parties de déroger à cette règle ; souvent légales, ces règles sont parfois identifiées en jurisprudence.

On peut y ajouter des règles dites des « bonnes mœurs », que l'on trouve encore dans l'article 6 du Code civil. Longtemps organisées autour des questions de morale sexuelle ou familiale, et notamment les contrats conclus dans une situation d'adultère, elles peuvent se décliner vers toutes les situations correspondant à des usages, des manières de se comporter, correspondant alors à des bonnes mœurs contractuelles. A bien des égards les obligations déontologiques, celles de avocats ou des professionnels de santé par exemple⁶⁶.

– **Le principe du consensualisme.** D'après ce principe, corollaire du précédent dans la logique philosophique du XVIII^{ème} siècle, la conclusion du contrat consiste purement et simplement dans l'échange des consentements des parties, dans l'accord de leurs volontés. Dès lors, point n'est besoin de rechercher un formalisme quelconque, une *forme* extériorisant la volonté exprimée par les parties : les contrats ne sont pas, sauf exception, des contrats solennels. Au demeurant, cette libéralisation avait déjà été réalisée par les canonistes qui avaient transporté la règle d'après laquelle on doit tenir la parole donnée, du plan moral (« *servanda est fides* ») au plan juridique (« *pacta sunt servanda* ») ; c'est le sens de « s'obliger » dans l'article 1101 du Code civil.

– **Le principe de la force obligatoire du contrat**, posé par l'article 1104 du Code civil dont l'importance justifie son rappel : « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Si les parties ne sont pas obligées de contracter, en revanche, l'expression de leur volonté les oblige, c'est-à-dire qu'elles doivent respecter leurs engagements. C'est là un autre principe de droit naturel et de droit positif : une partie à un contrat ne peut donc se délier seules de son engagement, sous quelque prétexte que ce soit, qu'elle n'avait pas saisi la portée de son engagement, qu'elle n'avait mesurer la longueur de cet engagement, son coût, etc. Ce que les parties ont fait, seules les parties, ensemble, peuvent le défaire (C. civ., art. 1193).

– **Le principe de l'effet relatif du contrat**, posé par l'article 1199 du Code civil, dont il résulte que le contrat n'a d'effet qu'entre ceux qui y ont consenti, et point à l'égard des autres, des tiers.

63. Critiques et atteintes à la doctrine de l'autonomie de la volonté. – La philosophie individualiste du XVIII^{ème} siècle a été contestée sur le fondement des évolutions résultant de la conscience de contraintes sociales, économiques (l'avènement de la société de consommation), financières, etc., tout aussi importante que la liberté. Les concepts fondamentaux sur lesquels elle avait été construite se sont révélés à certains égards inexacts et insuffisants. A l'homme abstrait, défini par le seul raisonnement ou la pure imagination, au Robinson, à

⁶⁶ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 6 févr. 2019, n°17-20463, RTD civ. 2019, p. 324, obs. H. Barbier (à propos de la nullité de contrats de publicité conclus en contradiction avec des règles déontologiques de professionnels de santé).

l'homo economicus, à *l'homo juridicus* des XVIII et XIX^{èmes} siècles, se substitue la vision d'un homme réel, dans un contexte social, économique, familial. L'optimisme des XVIII et XIX^{èmes} siècles se nuance.

Malgré l'intrusion récente de schémas philosophiques propres à convaincre de l'aggravation de notre condition humaine (la fin de l'histoire, la condition humaine face aux neuro-sciences, la question de la destruction potentielle de notre milieu naturel, etc.), la mentalité collective reste marquée par la croyance en un monde terrestre meilleur, la croyance en un progrès sans fin (à tous les sens du terme, d'ailleurs). Toutefois, un doute s'installe sur l'automatisme des ajustements optimaux. La faveur pour un certain interventionnisme succède à la révérence des automatismes naturels⁶⁷. Au plan économique, on ne croit plus à l'automatisme parfait des équilibres économiques et le schéma concurrentiel pur apparaît comme une représentation idéale, sans lien direct avec la réalité. L'interventionnisme pesant de l'Etat et ses résultats éloquents liés au totalitarisme communiste ont certes provoqué un retour au libéralisme, mais à un libéralisme réaliste fort éloigné du « laissez-faire, laissez-passer ». Le clivage passe entre libéraux qui, fidèles à une certaine filiation rousseauiste, considèrent que la liberté dépend des individus de sorte que l'ordre juridique est par nature spontané, et ceux qui considèrent que l'Etat est le garant des libertés publiques : il les construit, les proclame et les met en œuvre, par l'intervention des lois, elles-mêmes constitutionnellement contrôlées, et des juges : le système français repose tout entier sur cette logique.

L'interventionnisme judiciaire repris par le législateur s'accroît alors, dans certains domaines, comme en droit social, en droit de la consommation, en droit de la concurrence.

64. Formulation des atteintes au principe du respect de la parole donnée. – Les postulats sur lesquels était construite la « doctrine de l'autonomie de la volonté » se sont affaiblis sous des considérations bien connues : le droit du travail nie la liberté contractuelle plus qu'il la valorise, les contrats de masse révèlent l'inégalité économique entre les parties, et les dangers liés à certains produits, les nouvelles technologies, des machines à l'ordinateur, montrent les gouffres d'ignorance de certains contractants, etc.

« *Tous les contractants ne sont pas égaux* ». L'égalité est plus un objectif à atteindre qu'un point de départ. L'égalité formelle est pondérée par l'inégalité réelle au regard de la force physique, de la sécurité, de l'intelligence et encore moins au regard de l'argent, du pouvoir social. Affirmer un postulat d'égalité abstraite est le meilleur moyen de maintenir les inégalités effectives. Le développement économique a maintenu des inégalités économiques, sociales, culturelles relevant de l'état des choses, entre les hommes. Le plus souvent, il n'y a pas d'égalité au sens juridique dans le contrat de travail entre l'employeur et l'employé, contrat de bail entre le bailleur et le locataire, contrat de vente entre le commerçant et le consommateur...

« *Tout ce qui est contractuel n'est pas juste* ». La supériorité de l'une des parties

⁶⁷ Comp. Cependant, F. Hayek, *Droit, législation, liberté*, Puf, Quadrige.

entraîne fréquemment un déséquilibre au détriment de la partie en état de dépendance.

« *Entre individus inégaux, le juste accord n'est pas automatiquement obtenu* ». Selon la formule bien connue, « *entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime, la loi qui libère* ». Le législateur doit intervenir pour rétablir l'équilibre. Il le fait dans le contrat de travail, dans les divers contrats de bail, dans les contrats de consommation, etc. Mais au-delà de ces critiques en règle de la théorie et du fondement philosophique, c'est surtout l'omission d'un acteur juridique de premier plan qui fait défaut : l'Etat et son corollaire, l'ordre public. Il existe tout une série d'interdits, sociaux moraux, familiaux, économiques que même le contrat ne saurait transgresser.

Le XXème siècle a ainsi illustré l'avènement de l'ordre public *économique et social* qui constate la transformation des rapports contractuels de débiteur à créancier en rapport de professionnel à consommateur, d'employeur à salarié, de bailleur à locataire, d'assureur à assuré, etc.

65. Conséquences des atteintes au principe du respect de la parole donnée. –

Celles-ci sont aujourd'hui très nombreuses, tellement d'ailleurs que si le principe de l'autonomie de la volonté demeure, il s'efface ou plutôt s'affaisse devant d'autres considérations. C'est un lieu commun de constater Le développement de l'ordre public et, corrélativement, l'affaiblissement de la supplétivité du droit des obligations.

De même peut-on constater l'affaiblissement de la liberté contractuelle sous la forme d'obligations de contracter, ce qu'on appelle les « *contrats imposés* » ou les *contrats forcés* » parfois de façon inversée, par exemple par la prohibition du refus de contracter, ou bien par l'imposition du contenu du contrat, soit lorsque la loi ou le juge interdisent telle ou telle clause, comme en matière de clauses abusives (C. consom. art. L.132-1), soit lorsqu'ils imposent telle ou telle autre clause comme en témoigne l'essor des obligations de renseignement ou de sécurité, voire par l'interdiction parfois de contracter. De même le libre choix du contractant ne peut désormais contraindre les logiques de la prohibition des discriminations.

L'atteinte au principe du consensualisme s'exprime à partir du moment où l'on constate que le formalisme favorise la réflexion, l'information du contractant réputé plus faible.

L'atteinte à la force obligatoire du contrat résulte d'une double préoccupation de moralisation et d'équilibre du contrat, en faisant appel à des notions floues comme celle de fraude (« *fraus omnia corrumpit* »), de la dépendance économique, de la police des vices du consentement, de la cause, de l'abus de droit, de la bonne foi...

L'atteinte à l'effet relatif du contrat résulte de situations où la convention fait naître un droit à la charge ou au profit d'un tiers par les techniques déjà envisagées des actions directes ou de l'indivisibilité.

66. Un principe essentiel, mais incomplet. – Faut-il, alors, rejeter la « doctrine de l'autonomie de la volonté » ? Certainement pas, pour autant que l'on admette

que le principe premier repose moins sur l’Idée de l’autonomie de la volonté, que sur celui du respect de la parole donnée, fondement essentiel, premier, logique, qui fonde les principes du droit des contrats. Si on admet que l’Etat garantit le respect du principe de la liberté contractuelle et de ses corollaires, l’existence de limites imposées par d’autres principes ne nie pas le principe ni celui du respect de la parole donnée. La loi, qu’elle propose la liberté contractuelle demeure de même nature que la loi qui fonde des limites particulières, liées à l’application de telle règle d’ordre public, souvent dans les domaines économiques ou sociaux, ou des limites générales, liées à la corrélation entre le principe de liberté contractuelle et un autre principe de force au moins égale, comme ceux issus des droits fondamentaux.

En toute hypothèse, le respect de la parole donnée fonde la force obligatoire du contrat, en tant que principe fondateur mais aussi en tant que méthode : la loi contractuelle s’impose, en toutes circonstances, comme fondement de la stabilité et de la sécurité des échanges entre patrimoines, le fondement est donc autant économique que moral.

Cependant cette justification est incomplète : que faire lorsque le contrat propose une règle manifestement exagérée ou, au contraire lorsqu’il ne prévoit pas une règle qui semble s’imposer d’elle-même ? Le respect de la parole donnée imposerait d’appliquer le contrat, même imparfait. A moins qu’on identifie, soit de nouvelles conceptions appelées à remplacer ce fondement, soit, ce qui paraît plus raisonnable, que de nouvelles logiques viennent au renfort de la compréhension du caractère obligatoire du contrat, de son fonctionnement.

2. Bonne foi, justice, utilité, équilibre du contrat

67. Nécessité de renforts conceptuels. Le principe du respect de la parole donnée explique essentiellement les grands principes du droit des contrats mais fige le contrat comme une photographie, sans tenir compte du temps, par exemple, du mouvement donc, qui fait qu’un contrat conclu à un moment donné est le même contrat qu’à un autre moment et est en même temps différent : les circonstances ont pu changer, des exécutions se sont produites, les intérêts des uns et des autres ont pu varier, des clauses ou des effets peuvent apparaître comme défaillants, d’autres pourraient s’imposer, etc. Le respect de la parole donnée est-il alors suffisant ? Il l’est sans doute pour des contrats à exécution rapide, entre contractants rares, pareillement informés et surs de leurs choix, comme dans les ventes, modèle ayant servi au Code civil, mais on peut en fortement en douter pour des contrats plus complexes et surtout, en tenant compte de l’incertitude dans laquelle les parties ont contracté. Des renforts s’imposent alors, pour compléter le principe du respect de la parole donnée. Nous observerons, alors, qu’une explication traditionnelle du Code civil, du droit civil et du droit en général, repose sur une analyse morale de celui-ci, en termes de justice, d’équité, d’équilibre⁶⁸. Cette logique illustre presque toutes les tentatives

⁶⁸ Cf. la bibliographie in : C. Albigès, *De l’équité en droit privé*, LGDJ, 2000 ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, 1949.

de renouvellement de la compréhension du droit moderne des contrats. Insuffisante cependant, elle peut elle-même être complétée d'analyses plus économiques que morales.

68. L'utile et le juste. – On doit au professeur Jacques Ghestin un article resté célèbre, *l'utile et le juste dans les contrats*⁶⁹ proposant d'adopter ces deux considérations, l'utile et le juste, combinés ensemble : le contrat est obligatoire parce qu'il est utile, l'utilité se référant à des questions de capacité, de pouvoir ou d'ordre public mais écartant de manière surprenante « les excès d'une conception trop économique » et le contrat est obligatoire parce qu'il est juste, la justice référant à une conception platonicienne et aristotélicienne de la justice, la justice distributive (à chacun selon son dû) et la justice commutative ou correctrice, réparant les inégalités (il convient de traiter inégalement des situations inégales et dont la « discrimination positive » est l'une des récente illustration), laquelle jouerait le rôle le plus caractéristique dans les contrats. Si la tentative de dépassement de la doctrine de l'autonomie de la volonté était en ce sens souhaitable, elle demeure cependant intégralement fondée sur les mêmes logiques, celle d'une conception morale du contrat, comme d'ailleurs toute la philosophie du droit en France : qu'elle soit fondée sur une morale ou qu'elle cherche à s'en détacher, la morale n'en demeure pas moins le point focal. Simplement, l'utile jouerait un rôle de direction et la justice de protection, dans la logique de l'ordre public économique (Cf. infra, n°147).

Or, et pour autant que le concept de « justice » puisse être identifié et appliqué de manière opérationnelle par les juges sans renvoyer à une considération vague ou personnelle du Juste, de l'Équité ou du Bien, voire ramené dans une considération positiviste et kelsénienne à une simple contemplation de la loi, expression de la justice, le Juste est fondamentalement différent de l'Utile. Si on admet, avec les continuateurs de la pensée de Bentham, que les logiques d'utilité, l'utilitarisme, renvoient à des logiques économiques qui, elles-mêmes, ont pour logique d'assurer le bien-être d'hommes rationnels dans leur choix, on peut alors présenter une manière alternative ou plus exactement complémentaire de présentation des fondements du contrat, ce que proposent, par exemple, l'analyse économique du droit (cf. infra, n°69 s.). L'utilitarisme de Jeremy Bentham ou de John Stuart Mill n'est ni triste ni froid ni venimeux : ils proposent simplement de considérer que le bien être consiste à maximiser les plaisirs et minimiser les peines, par la maximisation des satisfactions, peu important la répartition de celles-ci, exactement comme une personne rationnelle cherche à maximiser ses satisfactions, ce qui peut se concevoir avec une logique de justice sociale.

On peut décliner longtemps, ainsi, les philosophes et appliquer leurs pensées au droit ou au contrat, pour finir par un constat partagé en général et qui reflète, très schématiquement, l'opposition entre l'idéalisme de Platon et le réalisme d'Aristote, entre le sacrifice de l'individu au profit de la collectivité ou celui du

⁶⁹ J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, Chr. p. 1, et *Traité de droit civil, le contrat, formation*, n°175 s.

collectif au profit de l'individu, ou bien encore entre l'idéologie dogmatique et l'empirisme : la voix est sans doute entre les deux, l'utile et le juste au sens de la théorie de la justice de John Rawls par exemple, point de grands jugements généraux, mais des sommes d'arbitrages particuliers selon les circonstances, sur la base d'institutions considérées comme justes par des personnes rationnelles. Là est la place de la justice et de l'utile, selon les cas. Pourtant ce point médian n'est pas systématiquement recherché en droit français, qui force le trait de l'analyse morale par exemple à travers la notion de solidarisme contractuel.

- 69. Analyse morale du contrat, solidarisme contractuel.** – La conception du contrat a changé parce que la réalité contractuelle a elle-même changé. D'un monde contractuel où les contrats sont rares, individualisés et réfléchis et dans lequel la doctrine de l'autonomie de la volonté prend tout son sens, on est passé à un autre monde, un nouveau monde contractuel, celui de notre société contractuelle de masse, qui justifie sans doute un nouvel ordre contractuel⁷⁰ où les contrats sont abondants, anonymes et immédiats, différenciés parce que les contrats les plus simples côtoient les plus sophistiqués : qui imaginerait qu'une banale vente de médicament en pharmacie met en place, afin d'instaurer la logique de gratuité de cette vente, et afin que la Caisse de sécurité sociale de l'acheteur ou sa mutuelle paie directement le pharmacien, une technique très complexe de subrogation ? Qui imaginerait que l'on a toujours les plus grandes difficultés à expliquer juridiquement la technique, d'une banalité écrasante, de la vente en libre service, de la vente de journaux, de la question des consignes de bouteilles de gaz ? Plus exactement, deux systèmes coexistent : le premier correspond *grosso modo* aux contrats du grand commerce, fondés sur des contrats de longue durée, d'importance économique majeure pour les parties et sans doute pour la société, alors que le second reflète l'ordinaire contractuel, fondé sur la masse des contrats, la société juridique de consommation. Cette distinction est majeure, elle oppose de nouvelles classifications, celles des contrats d'occasion et les contrats de situation, les contrats transactionnels et les contrats relationnels, le « contrat organisation » et le « contrat échange », de nouveaux enjeux et questions, de nouvelles analyses et approches, une nouvelle méthode d'approche des contrats et du droit des contrats, donc (Cf. infra, n°75). Une nouvelle approche du contrat appelle alors, à moins que ce ne soit l'inverse, une nouvelle conception du contrat. Traditionnellement, les règles du droit du contrat sont fondées sur une approche morale, impliquant l'idée de justice⁷¹ laquelle mêle diverses idées, comme celle de justice voire de solidarité contractuelle, de bonne foi, d'équilibre dans le contrat, d'équité parfois. Elle repose sur le constat que la volonté s'exprime souvent unilatéralement, une seule des parties, la partie dominante, exprime *sa* volonté. Deux réactions sont alors constatées. En premier, l'intervention de la loi pour rééquilibrer un contrat supposé déséquilibré (droit social, droit de la consommation...), avec tout ce que cette description suppose, politiquement et

⁷⁰ Cf. D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 285.

⁷¹ Cf. J. Ghestin, « Le juste et l'utile dans les contrats », *D.* 1982, Chron., p. 1.

économiquement. En second, l'intervention du juge dans le contrat, pour les mêmes raisons, chaque fois que le législateur n'intervient pas, intervention plus contestée : ne revivra-t-on pas l'arbitraire du juge ?

Cette dernière passe par exemple par l'activation de la *bonne foi* dans le contrat, à travers l'article 1104 (ancien art. 1134, al. 3) du Code civil, qui dispose que les conventions « *s'exécutent de bonne foi* ».

Petite formule, grands effets. Petite formule demeurée inconnue, sinon par quelques auteurs, dont le plus célèbre est René Demogue⁷², qui fut redécouverte à la fin des années 1980. Ce n'est pas que la bonne foi était véritablement inconnue du droit civil (possession de bonne foi par exemple) ni même du droit des contrats, dans la garantie des vices cachés, ou bien pour identifier un mandat apparent, ou encore à l'occasion de la négociation d'un contrat.

Mais, sauf pour l'hypothèse de la négociation du contrat, il s'agissait d'une bonne foi *subjective* le fait d'être de bonne foi ou de mauvaise foi. En revanche, la bonne foi dont il est nouvellement question est une bonne foi *objective*, correspondant à un standard de comportement : le fait d'*agir* de bonne ou de mauvaise foi. Il s'agit alors, souvent sous couvert d'interprétation du contrat, tantôt de rééquilibrer le contrat, tantôt de donner pleine efficacité au contrat.

Cette conception passe surtout par la considération du *solidarisme contractuel*⁷³ qui, pour la résumer (et cf. infra), impose une logique de coopération dans le contrat : « *le solidarisme contractuel consiste en une exigence de civisme, qui se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération des intérêts légitimes de son cocontractant et qui repose sur les idées d'altruisme, de décence, de cohérence et de coopération. Ce devoir imposé aux contractants d'exercer les droits et les pouvoirs que leur confèrent la loi ou le contrat dans le respect de l'intérêt légitime d'autrui a, essentiellement, vocation à se déployer dans les relations contractuelles de dépendance, qui sont marquées par une inégalité des parties lors de leur formation et de leur exécution, ainsi que le révèle le pouvoir accordé au contractant dominant de fixer unilatéralement le contenu du contrat, qui s'inscrivent dans la durée, qui se caractérisent souvent par une communauté de clientèle et qui se cristallisent dans une clause d'exclusivité. Même si le bras armé du solidarisme contractuel est le juge, il n'en résulte pas inéluctablement une instabilité contractuelle fatale ; simplement, se dessine un droit plus flexible, moins désincarné, un droit social des contrats dans lequel les profits de l'un ne doivent pas s'accumuler au mépris de la survie économique de l'autre* »⁷⁴. Défendue par D. Mazeaud⁷⁵ et Ch. Jamin⁷⁶

⁷² R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t.6, 1932, p. 3. Sa formule a fait florès : « *les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme la société civile ou commerciale. Alors l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer à une certaine union* ».

⁷³ L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006.

⁷⁴ D. Mazeaud, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, *D.* 2002, p.2841.

⁷⁵ D. Mazeaud, « le nouvel ordre contractuel », art. cit. ; « La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité », *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 603, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, op.

notamment, cette doctrine⁷⁷ radicalement nouvelle fonde bien des évolutions de notre droit des contrats par l'invention d'obligations nouvelles, considérées comme essentielles, sous le couvert de l'ancien article 1134, al. 3 ou de l'ancien article 1135 du Code civil, en réalité, en raison d'une nouvelle conception du contrat et de ses fondements : le contrat s'impose en raison de ce que les parties sont décidé (art. 1103, ancien article 1134, al. 1^{er}) mais aussi en raison de l'esprit qui doit présider à l'exécution des relations contractuelles et spécialement pour les relations de longues durée⁷⁸.

Cependant, l'analyse du contrat repose encore beaucoup sur une analyse morale classique et qui imprègne le Code civil, oubliant, parfois volontairement mais parfois assez naïvement, une autre analyse possible, considérablement développée de l'autre côté de l'Atlantique, celle de l'analyse économique du contrat (cf. infra), plus simplement peut-être une analyse pragmatique du contrat, réaliste et empirique pour utiliser un vocabulaire philosophique. On ne devrait cependant pas penser que cette conception française de la bonne foi est universelle et, surtout, d'inspiration américaine ou anglaise. C'est au contraire un concept bien latin, bien plus développé encore en droit allemand par exemple. Par comparaison, être de bonne foi en droit anglais lors de l'exécution d'un contrat, signifie que l'on ne doit pas s'éloigner de la lettre du contrat, aucune responsabilité précontractuelle n'est imposée et encore moins de négociation de bonne foi, etc.⁷⁹, même s'il existe de nombreuses techniques de

cit., p.57, « Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime », *Mélanges J.-L. Aubert*, 2005, p.235, « La politique contractuelle de la cour de cassation », *Mélanges Ph. Jestaz*, 200-, p. 371..

⁷⁶ C. Jamin, « Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'art. 1134 c. civ. », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Dr. et patrimoine* mars 1998, p. 46 ; « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 125, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges Ghestin*, 2001, p. 442 ; « Une brève histoire politique des interprétations de l'art. 1134 c. civ. », *D.* 2002, Chron. p. 901, « Quelle nouvelle crise du contrat », in *La nouvelle crise du contrat*, 2003, p. 7, « Le procès du solidarisme contractuel, brève réplique », in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), *Le solidarisme contractuel*, op. cit., p.160.

⁷⁷ C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357, A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, op. cit. ; M. Mignot, « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité » ?, *RRJ* 2004, p. 2153.

⁷⁸ Comp. D. Mainguy, « La liberté de l'entreprise face à ses partenaires », in *La liberté de l'entreprise*, Trav.Ass. H. Cap. 2008.

⁷⁹ Cf. Cette formule d'un auteur que l'on pourrait différemment interpréter d'un point de vue français: « *good faith is as an expectation of each party to a contract that the other will honestly and fairly perform his duties under the contract in a manner that is acceptable in the trade community* » (P. J. Powers Powers, *Defining the indefinible : good faith and the United Nations Convention on the Contract for the International Sale of goods*, (1999) 18, J.L. & Com. 333) ou celle-ci : « *a fundamental principle derived from the rule pacta sunt servanda, and other legal rules, distinctively and directly related to honesty, fairness and reasonableness, the application of which is determined at a particular time by the standards of honesty, fairness and reasonableness prevailing in the community which are considered appropriate for formulation in new or revised legal rules* » (J.F. O'Connor, *Good Faith In English Law* (Brookfield USA: Dartmouth Publishing Company, (1990), 102).

substitution à ce nous appelons en France la bonne foi et, si de plus en plus, ne serait-ce qu'en raison de l'uniformisation de la législation européenne et surtout des contrats internationaux, cette conception pénètre le droit anglais, le droit américain de manière encore plus nette.

Ce n'est donc pas la formule « solidarisme contractuel » qui pose difficulté, ni même l'idée qui l'accompagne, mais le fondement qui la structure, un ordre moral contractuel, alors même que le champ d'application utile de cette technique est constitué des contrats d'affaires.

Il en résulte, incontestablement, une vocation à une modification en profondeur du contrat, surtout au stade de son exécution, vers une nouvelle éthique contractuelle⁸⁰, un nouvel ordre contractuel, voire une nouvelle devise contractuelle⁸¹, peut-être une simple nouvelle déontologie contractuelle qui permet non seulement de paralyser le jeu de clauses utilisées de mauvaise foi comme une clause résolutoire⁸² mais surtout et de façon beaucoup plus volontariste pour identifier dans le contrat des obligations qui n'y figurent pas, comme si des obligations étaient inhérentes au contrat, comme l'obligation de renseignement ou de coopération⁸³ mais parfois des obligations beaucoup plus techniques comme l'obligation de permettre à son cocontractant de pratiquer des prix concurrentiels dans les très fameux arrêt *Huard*⁸⁴ et *Chevassus-Marche*⁸⁵, voire, pour contredire la solution classique en matière d'imprévision, en imposant une obligation de renégociation du contrat⁸⁶, c'est-à-dire pour imposer des *devoirs*, ceux d'un contractant raisonnable, et sanctionner le mauvais comportement de ce contractant⁸⁷. Il en résulte aussi de nouveaux outils, la notion de proportionnalité⁸⁸, celle de l'économie du contrat⁸⁹, une certaine défense contre le déséquilibre contractuel⁹⁰, la cohérence contractuelle⁹¹, etc.

Cependant, une telle coopération ou collaboration contractuelle peut être

⁸⁰ T. Revet, « L'éthique des contrats en droit interne », in J.-Y. Naudet, (dir.), *Ethique des affaires : de l'éthique des entrepreneurs au droit des affaires*, PUAM, 1997, p. 207.

⁸¹ D. Mazeaud, *Le nouvel ordre contractuel*, op. cit. ; *La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité*, op. cit.

⁸² Cf. Cass. civ. 1ère, 16 févr. 1999, *Bull. civ. I*, n°15, Defrénois, 2000, art. 37107, n°9, obs. D. Mazeaud : paralysie de la clause résolutoire utilisée pour rompre un contrat (vente avec paiement par rente viagère) invoquée pour non paiement alors que les sommes dues n'avaient pas été recouvré pendant plus de douze ans.

⁸³ Cf. Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ 1989 ; « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1998, I, 3318.

⁸⁴ Cass. com. 3 nov. 1992, *Bull. civ. IV*, n°338, *JCP* 1993, II, 22164, note G. Virassamy, *RTD civ.* 1993, 124, obs. J. Mestre.

⁸⁵ Cass. com. 24 nov. 1998, *Bull. civ. IV*, n°277, *JCP* 1999, II, 143, n°6, obs. Ch. Jamin, II, 12210, note Y. Picod, *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. Mestre.

⁸⁶ Cass. civ. 1ère, 16 mars 2004, *RDC* 2004/3, p. 642, obs. D. Mazeaud, *D.* 2004, p.1754, note D. Mazeaud, *RTD civ.* 2004, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages. Précisons que cet arrêt d'admet pas cette obligation de renégociation mais permet de se demander si elle ne pourrait l'être à l'avenir.

⁸⁷ Cf. B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997.

⁸⁸ S. Pech-Le Gac, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000.

⁸⁹ S. Pimont, *L'économie du contrat*, Dalloz, 2003.

⁹⁰ V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000, L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002.

⁹¹ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

envisagée de manière beaucoup plus dynamique par exemple pour imposer de prendre en compte les intérêts de son partenaire contractuel, en une forme de fraternité contractuelle⁹² qui changent radicalement la face de la bonne foi et qui, alors, attirent la critique : une chose est d'imposer un standard de comportement, dans le respect de l'intérêt de chacune des parties et, donc, du contrat lui-même, autre chose est d'exiger un sacrifice pour le bénéfice de l'autre partie.

De manière plus concrète, les principaux apports de l'analyse économique du droit reposent sur l'analyse de l'obligation d'information⁹³, sur la proportionnalité dans les contrats, sur la cession de contrats, sur la théorie de l'inexécution et de ses conséquences (obligation de minimiser le dommage, théorie de l'inexécution efficace), mais aussi l'analyse de la bonne foi dans les contrats, comprise, alors non plus comme une formulation morale (j'exécute de bonne foi parce que c'est bien) mais économique, utile (j'exécute de bonne foi par ce que c'est efficace). On retrouve également ces questions en droit de la responsabilité civile.

On doit bien reconnaître, et les auteurs porteurs du solidarisme contractuel les premiers, que la moisson jurisprudentielle est relativement maigre⁹⁴ et par ailleurs lourdement contesté par une partie de la doctrine⁹⁵ qui lui reproche, notamment, son sentimentalisme et le recours excessif au juge pour résoudre les nouveaux problèmes contractuels.

70. Attente légitime du contractant. – Une conception alternative – alternative en tant qu'elle n'est plus alors fondée sur une logique d'explication morale ou fondée sur une justice difficile à identifier – de l'explication de la force obligatoire du contrat repose non du côté de celui qui s'est engagé mais du côté de celui qui reçoit la demande⁹⁶. C'est la théorie anglaise de la « *reliance* »⁹⁷ que

⁹² Cf. D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », art. cit. ; « La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité », art. cit. ; C. Guelfucci-Thibierge, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.

⁹³ Cf. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 1991.

⁹⁴ Cf. J. Cédras, « Liberté-égalité-contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapp. C. cass.* 2003, p. 215 ; D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), *Le solidarisme contractuel*, op. cit., p. 57.

⁹⁵ Cf. not. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », *Mélanges P. Didier*, 2008, p. 247 ; L. Leveneur, « Le solidarisme contractuel, un mythe », in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 184.

⁹⁶ X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruylant, 1995 ; C. Calmes, *Du principe de la protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001 ; J. Calais-Auloy, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 171 ; B. Fauvarque-Causson (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de Législation comparée, 2007 ; P. Lokiec, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, Chr., p. 321.

⁹⁷ P. S. Atiyah, « L'évolution du droit anglais de l'accord vers la *reliance* et l'exclusion de la responsabilité pour vices dans la vente de marchandises », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 57 ; H. Muir-Watt, « Reliance et définition du contrat », *Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 57, A.

l'on traduit en France par *attentes légitimes* : le créancier a accepté la promesse et exécuté sa part de contrat non raison de la force de la parole d'autrui mais en raison de sa confiance dans la parole de ce dernier. Cette explication fonde toujours la force obligatoire sur le lien contractuel mais surtout sur son extériorisation. Cette explication fut cependant vite rejetée pour des raisons finalement assez voisines de la précédente : la règle de droit protège la promesse reçue parce que le destinataire pouvait avoir confiance dans celle-ci, mais cela n'explique pas le caractère intrinsèquement obligatoire de la promesse reçue.

A bien des égards, cette considération relève également d'une sociologie du contrat voire d'une psychologie du contrat : j'exécute le contrat que j'ai conclu parce que, à défaut, je serai placé au ban du groupe dans lequel je m'intègre ou bien parce que je ne me sens pas de ne pas respecter cet engagement, la contrainte du groupe ou celle de ma conscience, comme le bon cheval de l'attelage de Platon, me guide vers tel ou tel choix.

Le mécanisme est susceptible d'expliquer des règles comme celle de la prévisibilité du dommage (cf. infra, n°276), celle du devoir de ne pas se contredire au détriment d'autrui, traduction française de la règle de l'*Estoppel*⁹⁸, la notion d'obligation essentielle (cf. infra, n°165), l'économie du contrat (cf. infra, n°155), la proportionnalité, la bonne foi, la révision du contrat pour imprévision, etc., mais aussi pour repérer un modèle de contrat, le contrat normal, auquel aurait dû correspondre le contrat considéré et invitant à éliminer des clauses ou à en considérer d'autres comme implicites⁹⁹. Radicalement différent du principe du respect de la parole donnée, la considération des attentes légitimes du contractant se révèle, alors, un renfort essentiel à celui-ci dans l'interprétation des difficultés contractuelles.

La difficulté, toutefois, est d'observer ce contrat ou ce comportement standard, exactement comme lorsqu'il s'agit d'identifier la notion de faute ou de bonne foi. Le recours au standard juridique est souvent utilisé, quoique, philosophiquement, il se rattache à une conception idéaliste du contrat, platonicienne par exemple et l'on pourrait opposer les logiques réalistes où un Diogène juriste moderne chercherait, en vain, un Contrat, comme l'ancien cherchait un homme.

- 71. Conformité du contrat à la loi.** – Au-delà de ces considérations subjectives, des explications plus positivistes ont été proposées et notamment le fait que le contrat soit obligatoire en raison de la disposition de la loi : c'est l'article 1134 du Code civil, et lui seul, qui fonde ce principe, dans le droit fil de la conception positiviste de la pyramide des normes, proposée par Kelsen¹⁰⁰ et généralisée en

Meinertzhagen-Limpens, « La reliance dans le droit de la common law des contrats », *Mélanges P. Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2001, p. 173.

⁹⁸ B. Fauvarque-Cosson, « L'*estoppel* du droit anglais », in M. Behar-Touchais (dir.) *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001, p. 15 ; H. Muir Watt, « Pour l'accueil de l'« *estoppel* » en droit privé français », *Mélanges en l'honneur d'Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 303.

⁹⁹ Cf. P. Lokiec, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, Chr., p. 321.

¹⁰⁰ Cf. H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. du droit*, 1940, p. 33.

droit français par G. Rouhette¹⁰¹. C'est la loi et plus globalement le système juridique qui, dans sa cohérence, fonde le principe de liberté contractuelle, comme toutes les autres, et celui du caractère obligatoire du contrat, la volonté ayant pour fonction d'assurer la conclusion du contrat.

Dans le même temps, cette explication purement rationnelle, suffisante, n'explique pas la raison même, nécessaire du caractère obligatoire de l'engagement et souffre de bien des imperfections, notamment les très nombreux exemples d'exécution volontaires, sans aucune contrainte, de contrat, à moins de basculer, d'un positivisme étatique vers une logique plus sociologique, selon laquelle le contrat oblige parce que le corps social l'impose, sauf à être exclu du corps social¹⁰².

De manière plus élaborée, certains auteurs se rattachent à une conception, toujours positivistes, mais plus sociologique, renvoyant notamment à l'utilité sociale des règles et leur conformité à l'intérêt général¹⁰³.

72. Economie contractuelle. – Une considération nouvelle du contrat implique de poser le contrat en des termes économiques. Par exemple, la « consommation » de contrats montre la multiplication des hypothèses de conclusion de contrats conclus alors que les parties sont en situation d'infériorité économique (employeur et salarié, professionnel et consommateur, fabricant et sous-traitant, fournisseur et distributeur, praticien de santé et patient, bailleur et locataire, etc.), situation souvent révélée par la conclusion de *contrats d'adhésion* où toute discussion, toute négociation est exclue. Une analyse sociologique peut montrer que la conclusion de ces contrats repose sur une égalité *fictive*, révélant une inégalité *réelle* des contractants. En termes économiques, la question de se pose de savoir si le « sachant » doit, ou non, fournir les informations nécessaires à la conclusion du contrat, la manière de les fournir, et le surcoût qui en résulte, alors même que « l'avantage technologique » dont il bénéficie est le fruit d'investissements dont il cherche à obtenir l'amortissement. On observe que, prise en termes moraux, la question posée, le rapport du « faible » au « fort » tend, sans trop de difficulté, vers l'admission généralisée des obligations d'information. De même et plus globalement, cette situation permet de poser la question de l'équilibre du contrat, les moyens de rééquilibrer, éventuellement, les techniques et raisonnements à utiliser, etc.

En toute hypothèse, l'analyse économique présente plusieurs intérêts. Politique d'abord : les contrats supposent des échanges, dont des transferts de patrimoine à patrimoine, donc des droits de propriété et, donc, un système fondé sur l'économie de marché. C'est le système dans lequel l'ensemble des échanges marchands fonctionne de manière, aujourd'hui, optimale. Une conception *réaliste* conduit alors à le constater et en tirer des conséquences, le nier relève

¹⁰¹ G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. dr. Paris I, 1965, « La force obligatoire du contrat », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 27.

¹⁰² Comp. L. Aynès, « A propos de la force obligatoire du contrat », *RFC* 2003, p. 324.

¹⁰³ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.

d'une considération *idéaliste, utopique*, platonicienne, peu importe le référent. Il est alors particulièrement dommage de sombrer dans une dérive hélas très partagée tendant à confondre analyse économique et ultra libéralisme, évidemment décrié, le tout pour l'opposer un l'humanisme¹⁰⁴.

Technique ensuite si l'analyse économique permet d'expliquer les logiques contractuelles et ses développements, à tous les stades de la vie du contrat dans le but de minimiser les coûts et accroître l'efficacité économique des buts poursuivis par les contractants, éviter les comportements opportunistes, étant entendu que le contrat parfait est une utopie et, à l'inverse, l'imperfection, en raison de l'impossible prévision des événements à venir et du comportement des contractants, la règle.

73. Pascal, l'ordre de la technique, l'ordre du droit, l'ordre de la morale. –

L'impact de l'analyse morale en droit français et, particulièrement, en droit des contrats est majeur et irrigue toute l'analyse. A l'inverse, il serait erroné de prétendre que toute l'analyse doit désormais devenir économique : l'économique et le moral appartiennent à des ordres différents, selon la pensée de Pascal¹⁰⁵. Ce dernier retenait trois ordres distincts : la chair, l'esprit et le cœur, essentiellement envisagés pour relativiser l'homme face à l'infini, mais que l'on peut décliner à travers l'ordre de la technique, l'ordre du droit, l'ordre de la morale¹⁰⁶. Ainsi à la question de savoir si on peut cloner un être vivant, la technique répond oui, le droit français répond non, la morale propose plusieurs types de réponses, à la question de savoir si on peut mettre fin à un contrat sans prévenir, la technique répond oui, le droit envisage plusieurs cas, la morale répond non, etc. Mais le danger est la confusion des ordres (d'où la célèbre formule pascalienne « *le cœur a ses raisons que la raison n'a pas* ») : l'angélisme pascalien consiste à considérer que le contrat répond par nature à des considérations morales ou qu'il doit répondre à des considérations morales, donc à placer l'ordre de la morale à la place de celui du droit voire de la technique, et, inversement, la barbarie pascalienne consiste à considérer que la technique doit l'emporter sur les autres ordres. Or, le contrat s'adapte parfaitement à cette logique : il relève de l'ordre technique économique, du droit et de la morale. Or, par nature même, ce qui relève de l'économique ne relève pas de la morale : l'économique, le contrat, le capitalisme¹⁰⁷ ne sont pas de l'ordre du droit et encore moins de la morale. Il faut donc se garder de se tromper d'ordre dans l'analyse d'une situation, ni angélisme, ni barbarie. L'analyse économique propose alors à l'ordre juridique des logiques qui peuvent être concordantes ou distinctes de celles de la morale et, en tout, cas, une nouvelle grille d'analyse, notamment lorsque les solutions sont divergentes.

¹⁰⁴ Comp. D. Mazeaud, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », *Mélanges Ph. Jestaz*, 2006, p. 372.

¹⁰⁵ B. Pascal, *Pensées*, not. 298-283 ; 423-277.

¹⁰⁶ Cf. A. Comte-sponville, *Le capitalisme est-il moral ?*, Albin Michel 2004

¹⁰⁷ Cf. A. Comte-Sponville, *Le capitalisme est-il moral ?*, op. cit. Comp. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », *Mélanges P. Didier*, 2008, p. 247.

74. Law and Economics. – La réflexion sur ce point n'est pas nouvelle mais, curieusement, elle n'a en France pas, ou peu à quelques exceptions près¹⁰⁸, dépassé le stade des considérations morales ou sociales soit pour aménager la doctrine de l'autonomie de la volonté, soit pour la critiquer en envisageant l'utilité sociale des règles. Ainsi le droit de la consommation est-il essentiellement apparu, en droit français, comme un moyen de rééquilibrer une inégalité sociale. En revanche, cette réflexion n'a pas pris en compte des réflexions économiques, en tout cas de réflexions libérales, au sens où la réflexion s'est développée outre-atlantique.

L'analyse économique du droit, dont les racines sont à trouver dans l'analyse empiriste anglaise du XVII^e siècle, mais aussi les travaux d'Adam Smith (la « main invisible ») ou Marx, et peut être datée : 1960 avec l'article Ronald Coase, « The Problem of Social Cost » et 1961, avec celui de Guido Calabresi, « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts » prônant une nouvelle analyse, en termes de coût et donc d'efficacité des règles de droit. La doctrine économique américaine dite « néo-classique » ou « Ecole de Chicago » a développé considérablement ces travaux pour mesurer les effets des règles juridiques, essentiellement l'effet économique des décisions de l'Etat, pour finalement proposer une thèse nouvelle sous les termes *Law and Economics* et en France « Analyse Economique du Droit »¹⁰⁹, particulièrement efficace puisqu'elle conduisit plusieurs de ces membres au prix Nobel d'économie. En cinquante ans, l'analyse s'est considérablement développée, et divisée d'ailleurs, en Ecoles concurrentes.

L'ensemble repose sur les modèles économiques de la micro-économie, à savoir le fait que les opérateurs sont des individus rationnels qui cherchent à maximiser leurs choix, alors même que ces choix sont favorisés, contraints, interdits, voire inconnus des règles de droit. Le but de l'analyse économique du droit est alors de mesurer les effets, l'efficacité, en termes économiques, au départ et finalement beaucoup plus globale¹¹⁰, de telle sorte qu'elle devient un élément important de la théorie du droit, à partir d'un postulat, vérifié depuis, que les techniques valables en droit économique et spécialement en droit de la concurrence, valent aussi pour l'ensemble des autres règles de droit.

Toutes les branches du droit sont concernées, parfois de manière assez étonnante, mais le droit des contrats offre une perspective intéressante en raison de la place de la rationalité économique dans la conclusion, l'exécution ou la rupture d'un contrat, même si, le plus souvent, l'analyse économique est une analyse du *droit du contrat*, au sens des lois applicables au contrat plutôt qu'au fonctionnement du contrat lui-même.

¹⁰⁸ Cf. G. Maitre, *Responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Economica, 2005 ; H. Muir-Watt, « Law and Economics, quel apport pour le droit international privé ? », *Mélanges J. Ghestin*, 2001, p. 685, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in B. Derrains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 37, C. Atias et C. Mouly (dir.), « L'analyse économique du droit », *RRJ* 1987, p. 409 s..

¹⁰⁹ Cf. E. Mackaay et St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008 et sp. n°1289s.

¹¹⁰ Cf. F. Von Hayeck, *Droit législation et liberté*, Puf, coll. « Quadrige », 1999.

75. Contrat échange et contrat organisation. – Ainsi, un contrat valide le principe selon lequel chaque contractant cherche une utilité particulière dans sa conclusion, correspondant au fait qu'il pense retirer une satisfaction supérieure dans ce qu'il va obtenir comparé à ce dont il se sépare, création d'utilités individuelles qui ajoutent à l'utilité globale. Pour être plus clair, on peut résumer le paysage contractuel en deux catégories¹¹¹. D'un côté le contrat échange, comme la vente ou l'échange voire certains contrats d'entreprise, qui est un modèle de contrat à somme nulle, en valeur, de telle manière que chaque qu'un contractant se sépare d'une chose de valeur équivalente, mais d'utilités inégales, dans la mesure où chacun obtient quelque chose qui a apparemment plus d'utilité que pour l'autre : le boulanger vend un pain qui lui a coûté moins cher à produire et l'acheteur obtient pour une somme modique quelque chose qu'il est incapable de fabriquer ou alors à un coût bien supérieur à la somme déboursée. Le contrat organisation, comme le contrat de société mais aussi les contrats d'affaires comme les contrats de distribution, sont des contrats qui s'inscrivent dans la durée et qui imposent une certaine coopération, ce que la théorie économique modélise sous la formule de la théorie de l'agence ou théorie des jeux (cf. infra, n°73), où chacune des parties peut gagner ou perdre, conjointement ou distinctement. Le contrat n'est donc pas nécessairement à somme nulle et les utilités sont très souvent différentes : l'objectif des parties est en principe commun mais leurs intérêts peuvent devenir divergents, impliquant des conflits, des risques, que le contrat doit pouvoir régler, par des clauses ad hoc : c'est le cas de la pérennité des situations d'exclusivité, de la question de l'imprévision et plus largement de l'adaptation du contrat aux circonstances, de la circulation du contrat, de la gestion des risques du contrat, de la gestion de l'inexécution, de la rupture du contrat, etc. Tout cela vaut, cependant, pour autant que le contrat soit efficace, ce qui suppose que le contrat est efficacement conclu, efficacement exécuté, efficacement rompu. Toutes les phases du contrat sont donc concernées, pour proposer des analyses qui, le plus souvent rejoignent les solutions retenues en droit positif, mais parfois s'en éloignent, essentiellement parce que le fondement des solutions du droit positif français repose sur des considérations morales, et point économiques ou pensées en termes d'utilité. C'est en sens que la résolution des nouvelles questions contractuelles par le seul recours aux méthodes usuelles, même modernisées comme le présentent par exemple les solutions en termes de solidarisme contractuel, ne suffisent sans doute plus et qu'il devient opportun de les confronter à des analyses économiques, non pour substituer celles-ci à celles-là, ais au moins pour offrir de nouvelles perspectives de solutions, lorsque les solutions proposées sont différentes. D'une façon générale, toutefois, l'analyse économique propose surtout des réflexions sur le droit des contrats, sur l'opportunité des règles mais en utilisant un langage économique peu disert pour les juristes et, souvent, par des analyses qui paraissent bien naïves aux juristes.

¹¹¹ Cf. P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 636.

76. Contrats de situation et contrats d'occasion. Certains auteurs opposent ainsi les contrats de situation, les contrats de distribution ou de production¹¹², par opposition aux *contrats d'occasion*. D'autres présentent les contrats relationnels¹¹³, concept inventé par un analyste économique du droit¹¹⁴, fondés sur la durée et la gestion des incertitudes liées à l'écoulement du temps, aux changements de circonstances, dans des contrats à somme non nulle et où la personnalité des contractants n'est pas neutre, et les contrats transactionnels (ou « discrets » selon la formule de Ian Macneil, on pourrait dire aussi aveugles), qui se fondent sur une logique d'instantanéité, sans incertitude et dans un contrat à somme nulle. Enfin, le « contrat organisation »¹¹⁵, comme le contrat relationnel ou le contrat de situation s'inscrit dans la catégorie des contrats de longue durée. Leur observation et, peut-être, leur singularisation, n'est pas sans intérêt, par exemple pour l'application d'un solidarisme contractuel économiquement envisagé, de la question de la bonne foi, pour les techniques de construction de ces contrats qui utilisent des clauses souvent très originales¹¹⁶ et plus globalement alors que ces contrats présentant un intérêt économique important, la plupart des grandes décisions du droit des contrats portent sur ces derniers, on doit constater que les problèmes de négociation, d'exécution, de circulation ou d'extinction des contrats sont plus complexes, plus intenses lorsqu'ils concernent ce type de contrats.

77. Théorème de Coase, théorie des jeux, théorie de l'agence. – L'analyse repose au départ sur le Théorème de Coase¹¹⁷ selon lequel un contrat est en principe conclu sur la seule considération de l'intérêt des deux parties mais en réalité,

¹¹² M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *Mélanges G. Marty*, Univ. Toulouse, 1978, p.235, contrats qui sont « déterminants pour la vie d'une entreprise ou son niveau d'activité et sont par là le plus souvent l'instrument d'une vassalité économique », par opposition des contrats d'occasion « qui correspondent à des opérations épisodiques qui ne mettent pas en jeu l'existence de l'entreprise ». et comp. D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 2000, p. 165, « La liberté de l'entreprise face à ses partenaires », in *Liberté et entreprise*, Trav. Ass. Cap., 2007.

¹¹³ Cf. C. Boismain, *Les contrats relationnels*, PUAM, 2005. Mais Y.-M. Laithier, « A propos de la réception des contrats relationnels en droit français », *D.* 2006, Chr., p. 1003 ; H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339 ; H. Muir Watt, « Du contrat « relationnel ». Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, TAHC, LGDJ, 2000, p. 169 ; J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47.

¹¹⁴ I. Macneil, *Relational « Contract Theory : Challenges and Queries »*, (2000) 94 Nw. U. L. Rev. 877 et comp. G. Rouhette, « Compte-rendu de Ian R. Macneil, *The New Social Contract* », *JDI* 1983, p. 960.

¹¹⁵ Cf. P. Didier, « Brèves notes sur le contrat organisation », *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 635.

¹¹⁶ Cf. M. Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2 parties) », *RDC* 2006, p. 1051 et 2007, p. 239.

¹¹⁷ R. Coase, « The probleme of social cost », *Journal of Law and Economics*, 1960, et *The Firm, the Market and the Law*, Univ. of Chicago Press. 1988; *The Nature of the Firm*, 1937. .

dépend aussi des coûts de transaction. Par exemple, les coûts externes ou internes de conclusion d'un contrat (coût de la négociation, recours à un avocat, à un notaire, paiement de taxes diverses, délais à respecter, informations à fournir, etc.) qui influent sur le choix du contrat, voire sur l'opportunité de contracter. L'objectif des parties est alors de diminuer ces coûts de transaction qui entravent la performance des opérateurs et ce, indépendamment des règles d'attribution des droits.

Au-delà de la pertinence de ces réflexions, qui impliquent une lecture approfondie des travaux des auteurs américains, les effets en droit français des contrats sont souvent prometteurs, quoiqu'assez rares. En effet, malgré quelques tentatives à la fin des années 1980, la greffe n'a guère pris en France, à la différence de la grande majorité des autres grands pays où la logique de l'analyse économique du droit fait florès.

Les applications sont souvent connues, la théorie des jeux, ou plus exactement les théories des jeux¹¹⁸, symbolisées par le dilemme du prisonnier. Deux personnes sont appréhendées et séparées. On leur promet à chacun que s'il avoue et dénonce l'autre, il sera libéré et l'autre condamné à dix ans de prison, que s'ils se dénoncent tous deux, ils écoperont de cinq ans et que si aucun ne se dénonce, ils subiront une peine d'un an¹¹⁹. Une analyse rapide permet de montrer que chacun a intérêt à coopérer avec l'autre, leur collaboration leur rapportant davantage (un an) mais moins que le profit maximal (dénonciation de l'autre et libération, avec le risque que l'autre le dénonce également pour deux peines de cinq ans), du moins tant que l'autre coopère également. Si l'un dénonce l'autre, ce dernier a également intérêt à le dénoncer. La coopération est donc plus efficace que la non-coopération, mais comme les deux prisonniers sont séparés, ils ne peuvent coopérer et l'on observe que, misant sur la non-coopération de l'autre, ils choisiront de se dénoncer. Appliqué à la matière contractuelle, le dilemme du prisonnier invite alors à identifier les règles, imposées ou choisies, qui inciteront à la coopération pour une maximisation des satisfactions, qui offre la meilleure des solutions.

La théorie des jeux est multiple : les jeux à somme nulle, les jeux à somme non nulle, non coopératifs ou coopératifs, etc. ce sont ces derniers qui sont les plus proches du modèle contractuel et qui fondent par exemple la théorie économique de la négociation. Le dilemme du prisonnier est le plus souvent repris en raison de sa dimension éthique et finalement fortement juridique, et l'on retrouve l'application de ce principe pour la négociation des contrats (sanction de la conduite de mauvaise foi de la négociation, Cf. infra, n°86), l'exécution des

¹¹⁸ Cf. J. Van Neumann et O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944, J. Nash, *Non Cooperative Games*, Princeton, 1960, C. Schmidt, *La théorie des jeux*, 2001, N. Eber, *La théorie des jeux*, 2004. Adde R. Sève, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2007, n°19 s..

¹¹⁹ Le tableau se lit ainsi : le premier chiffre est la peine de A, le second celle de B.

	Avoue	N'avoue pas
Avoue	5 ; 5	0 ; 10
N'avoue pas	10 ; 0	1 ; 1

contrats de longue durée, les conditions de leur rupture (cf. infra, n°296 et 316), avec à chaque des questions posées différemment, par exemple en termes d'exécution de bonne foi des conventions (cf. infra, n°204 s.) voire nouvelles comme à propos de l'obligation de minimiser le dommage (cf. infra, n°278) ou la théorie de l'inexécution efficace du contrat (cf. infra, n°255). En effet, la théorie des jeux conduit à vérifier quelles sont les obligations qu'un contractant a intérêt à satisfaire ⁽¹²⁰⁾. On voit par là en quoi l'analyse est radicalement différente de l'analyse classique proposée en droit français des contrats, essentiellement morale et intuitive : il ne s'agit pas d'observer les volontés mais les intérêts des parties, lesquels présupposent des décisions rationnelles ou qui doivent être et demeurer les plus rationnelles. Ce n'est donc pas un impératif moral qui justifie la décision mais une logique économique, elle-même placée dans un système juridique hypothétiquement considéré comme juste. On trouve les principales applications de cette difficulté, en droit français dans bien des situations, par exemple à propos de la négociation du contrat, plus spécifiquement le problème de la violation d'une promesse de contracter (cf. infra, n°96), du « dol de l'acheteur » (cf. infra, n°119), de la gestion du changement des circonstances économiques (cf. infra, n°2122 s.), de la circulation du contrat (cf. infra, n°247 s.) ou encore de l'inexécution (cf. infra, n°253 s.) et de la rupture du contrat (cf. infra, n°316 s.).

De même la théorie de l'agence identifie les spécificités d'un contrat conclu par une personne dont le résultat dépend de l'action de l'autre partie (analyse indépendante de tout aspect moral de dépendance), bénéficie aux contrats de représentation ou aux contrats de distribution où le « principal » mandant ou fournisseur, voit sa réussite dépendre de l'action de « l'agent », mandataire ou distributeur. Le « principal » supporte en effet un phénomène d'« asymétrie d'information », avant la conclusion, justifiant des obligations d'information et cela vaut alors pour tous les contrats, pendant l'exécution, pour une rémunération de l'agent lui permettant d'agir en fonction des intérêts du principal, évitant les comportements de *free-rider*¹²¹, et après (justifiant les clauses de secret ou de non-concurrence).

Au final, l'analyse économique se préoccupe des coûts de transaction, c'est-à-dire des coûts de conclusion et du traitement des inexécutions ou de la rupture du contrat dans le but de les minimiser, des intérêts des contractants, lesquels dépendent de la certitude ou de l'incertitude dans laquelle ils sont tenus (un contractant sait ou ne sait pas tout des intentions de son contractant, de l'environnement économique, technique, etc.) et du caractère complet (le contrat prévoit toutes les hypothèses) ou incomplet (il ne prévoit pas toutes les hypothèses). Une vente par exemple s'insère aisément dans une logique d'incertitude (le vendeur connaît la qualité de la chose vendue mais pas la somme que l'acheteur est prêt à mettre, et réciproquement) et de contrat

¹²⁰ Cf. P. Livet, « Obligations et théorie des jeux », *Arch. phil. dr.* t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 166.

¹²¹ Cf. S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, Etude particulière aux contrats de distribution*, Litec, 2002.

complet, à la différence des contrats de longue durée, dans l'incertitude et incomplets.

78. Critères d'efficience. – Le principal obstacle à la réception de l'analyse économique du droit en droit français repose sans doute précisément sur son origine économique qui ignore, le plus souvent, les conceptions morales ou établies en termes de justice. Le seul critère économique est celui de l'efficacité ou de l'efficience dit « critère de Pareto » : un accord est valable par le seul fait qu'il est conclu entre individu rationnels et libres, ce qui ramène, juridiquement parlant à la thèse de l'autonomie de la volonté, l'idée même d'un prix juste n'a pas de sens économique, toute comme celle de déséquilibre contractuel qui est en principe extérieur au contrat (une « externalité »). Par exemple, le critère de l'efficacité des échanges suppose face aux incertitudes de l'exécution du contrat, des procédures de renégociation et nous verrons que s'agissant de la question, essentielle, de l'imprévision, il s'agit de l'une des solutions possibles.

L'intérêt, et l'utilité de la conscience de l'implication économique des règles de droit, et spécialement des règles du droit des contrats n'a pas pour objet d'imposer systématiquement les systèmes, règles ou méthodes économiques mais simplement de rappeler cette évidence que si certaines règles du droit des contrats peuvent avoir une assise morale, toutes ont des conséquences économiques.

C. Méthode

79. Eléments d'une méthode. – Comment étudier, connaître, mettre en pratique le droit des contrats ? La question mérite attention : le système juridique français est, en principe, tout entier fondé sur une logique légaliste, voire légicentriste. La loi est l'expression de la volonté générale. La loi, dont tout procède, le Code civil, dans sa majesté intangible et les lois qui peuvent le compléter. La loi, dans sa conception large, substantielle¹²², la norme donc quelle qu'en soit la source, supra-légale, légale ou jurisprudentielle notamment, qui propose le principe du respect de la parole donnée et ses limites.

Si pendant longtemps le droit des obligations a été effectivement enseigné, écrit, sur la base des articles du Code civil, cette technique est aujourd'hui devenue impossible : on ne saurait connaître le droit des contrats à la simple lecture des règles du Code civil, on le méconnaîtrait même complètement.

On pourrait même se demander si le droit des contrats n'a tout simplement pas changé de paradigme : du paradigme de la loi écrite vers celui de la règle jurisprudentielle, du « Civil Law » vers le « Common Law », tant la connaissance de la méthode jurisprudentielle, des cas, est devenue absolument essentielle. On mesure alors tout ce qui manque au juriste français : l'explication judiciaire des décisions, l'opinion des juges et notamment les opinions dissidentes, le raisonnement conséquentialiste, s'agissant par exemple de la question de la rétroactivité des décisions de justice, la connaissance des cas et de

¹²² Cf. D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, Litec, 5^{ème} éd. 2007.

tous les éléments d'explications, morales, sociales, économiques, psychologiques, sociologiques, dont les juristes ont souvent une simple intuition. Des embryons d'explications existent : la classification des arrêts selon leur degré d'importance par la Cour de cassation, les techniques de cassation, la publication des rapports du Conseiller rapporteur ou de l'avis de l'avocat général pour les arrêts les plus importants de la Cour de cassation, ... le tout demeurant insuffisant.

La compréhension du droit des contrats suppose, en effet, une méthode globale, en ce sens qu'elle ne peut se réduire à la loi et suppose la connaissance et l'acquisition du phénomène jurisprudentiel et de la doctrine, de première importance en droit des contrats, mais également de disciplines annexes, histoire du droit des contrats, philosophie du droit (éventuellement des contrats), analyse économique du droit, etc., et enfin, qu'un certain nombre de liens soient effectués avec des disciplines complémentaires : le droit des affaires d'une façon générale et, plus particulièrement, le droit des sociétés, le droit de la concurrence, le droit des procédures collectives, tout le droit civil, droit des biens, des personnes et de la famille, des sûretés, etc., quelques éléments de droit administratif, de droit processuel, presque toutes les disciplines, sans doute parce que le droit des contrats, des obligations, est souvent considéré comme le droit commun, la matière de base, de telle manière qu'à un moment ou un autre, ces autres disciplines empruntent au droit des contrats, et réciproquement, ce qui est plus nouveau.

Par ailleurs, le droit des contrats, le droit des obligations est envisagé, de manière *supplétive* : qu'il s'agisse du droit légal ou jurisprudentiel des contrats ou des obligations. Ce droit supplétif des contrats doit alors être complété du droit (tout aussi supplétif) des contrats spéciaux : la vente, le bail, le mandat, etc., contrats qui font, ou non l'objet d'une définition ou d'un régime légal. Il doit, surtout, être rapproché d'éléments de droit *suppléé* des contrats et des obligations, la mise en pratique de ces règles, l'ingénierie contractuelle, la pratique contractuelle, la technique contractuelle¹²³ c'est-à-dire, d'avoir une vue, même générale de la construction d'un contrat (cf. infra), fait d'un ensemble d'éléments relatifs aux parties, aux divers effets produits par le contrat, à la durée, à l'objet, à la fin du contrat, etc., par la technique des clauses du contrat.

Cette méthode est indispensable au juriste contemporain de droit des contrats. Un exemple permet de l'illustrer. Imaginons un contrat, d'affaires, d'une certaine durée, impliquant une obligation, à la charge d'un fournisseur, de fournir l'autre partie, un distributeur, certains types de marchandises, pendant une certaine durée, de manière exclusive sur un territoire donné, le distributeur devant également respecter une exclusivité d'approvisionnement auprès du fournisseur : un banal contrat de distribution exclusive. Imaginons que ce contrat soit conclu pour une durée de cinq ans et renouvelable par tacite reconduction et que, à la suite d'une première reconduction, le distributeur éprouve quelques difficultés à respecter l'exigence d'exclusivité

¹²³ Cf. J.-M. et P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, 3^e éd. F. Lefebvre, 2004.

d'approvisionnement (quelle qu'en soit la cause : les concurrents du fournisseur proposent des produits moins chers, plus performants, etc. ou la conjoncture économique est difficile). On est ici typiquement dans une situation impliquant le respect des obligations contractuelles (C. civ., art. 1104), dans une certaine bonne foi (C. civ., art. 1104) dans un contexte d'imprévision, de changement des circonstances économiques. La réponse à la question : le distributeur peut-il cesser de s'approvisionner est, en principe, négative, le respect des obligations contractuelles s'impose malgré le changement des circonstances économiques, sauf clause à cet effet. Ce qui suppose une lecture attentive du contrat pour savoir si une information de ce type apparaît, de savoir si une clause pourrait changer les choses, mais aussi de vérifier si on aurait pu attendre un autre comportement du fournisseur, essayer une renégociation du contrat par exemple. Pour le savoir, la connaissance de la jurisprudence la plus récente, et la plus ambiguë mais aussi des auteurs qui ont commenté ces décisions s'impose, le tout dans un contexte, nouveau, de compréhension du contrat. Problème banal, solution extrêmement complexe, alambiquée, discutée et discutable, où la lecture contemplative du Code civil est bien peu utile. Le droit des contrats est devenu un droit d'érudit.

80. Objet contractuel d'une méthode. – Le droit des contrats, des obligations plus généralement souffre, en même temps, de la méthode globale classique, fondée sur le principe de la force obligatoire des contrats et que les auteurs du Code civil ont, sur la base des écrits plus anciens, constitué en dogme : ce principe justifie la considération du droit des obligations comme le droit commun de telle manière qu'il ne peut y avoir qu'un seul droit des obligations, un seul droit des contrats. Or, l'évolution moderne du droit des contrats tend à contester cette affirmation comme cela apparaît en doctrine. Ainsi, si le Code civil semblait fondé, en 1804, sur la seule considération de la vente, à laquelle elle emprunte presque tout, le droit jurisprudentiel des contrats se fonde davantage sur les contrats d'affaires qui pourtant, ne bénéficient d'aucune règle particulière, de telle manière que toute règle de droit des contrats, d'origine légale ou jurisprudentielle semble appelée à une application universelle, quel que soit le contrat considéré. Il est alors bien difficile de tenter une description de ces contrats d'affaires.

L'observation, l'étude et la mise en pratique des règles du droit des contrats, sur ces prémisses, s'envisage de deux manières. Le droit des contrats, comme toutes les règles de droit, est en premier une *mécanique*. Il y a une mécanique du droit des contrats par l'enchevêtrement des règles, de la formation du contrat, de sa rupture, par la combinaison d'un certain nombre de *procédures* : la procédure de la formation du contrat, symbolisée par la rencontre de l'offre et de l'acceptation, la procédure du contrôle de l'intégrité du consentement, la procédure de la rupture du contrat, etc. Ces procédures sont le garant de la publicité des règles et, ce faisant, de la sécurité juridique par le caractère *a priori* prévisible de celles-ci.

Le droit des contrats se présente ensuite comme une *logique*, pour ne pas dire une théorie, de sorte que la mécanique du droit des contrats ne se suffit pas à

elle-même et sollicite des raisonnements qui dépassent les seules techniques de mise en œuvre des procédures, de la mécanique du droit des contrats. On suppose alors que la logique du droit des contrats est juste et s'inscrit dans un système processuel juste (c'est-à-dire correspondant à une situation juste et efficace selon le critère de Rawls, ce qui reste bien entendu à démontrer). Cette logique du contrat repose alors, sur la mise en application des éléments d'une théorie du contrat particulièrement nécessaire face aux incertitudes apparentes mises en évidence par les limites de la mécanique dans des situations non prévues, non immédiates et qui se retrouvent à tous les stades de la vie du contrat mais plus spécifiquement dans les grands de plus grande importance, comme, s'agissant des cas les plus topiques ou les plus actuels, dans le cas du processus de négociation du contrat, du problème du « dol de l'acheteur », celui de l'obligation d'information, de l'appréciation de la qualité de l'exécution du contrat et de la problématique du standard de bonne foi dans l'exécution du contrat, de la circulation du contrat, de la sanction ou des remèdes à l'inexécution, des conditions de sa rupture, etc. Mécanique d'abord, logique ensuite, du droit des contrats, c'est ce couple nécessaire que nous allons tenter d'identifier tout au long de l'observation des étapes de la vie du contrat.

81. Plan du cours. Un contrat se forme (Partie 1), s'exécute (Partie 2) et s'éteint (Partie 3) : ces trois temps encadrent les questions complexes de la négociation, de la formation, à travers la procédure de formation, les conditions de validité et la sanction de leur non-respect, mais encore les effets du contrat, dont l'éventuelle circulation de celui-ci, et enfin, l'extinction, qu'elle soit volontaire, ou subie, du fait notamment d'une inexécution par l'une des parties. Enfin, le Code civil envisage une catégorie particulière, celle des quasi-contrats qui fera l'objet d'une quatrième partie.

PARTIE 1

LA FORMATION DU CONTRAT

82. Plan. – L'observation de la formation du contrat, et donc la naissance des obligations contractuelles, est traditionnellement une question essentielle, fondamentale, sur laquelle les manuels et traités de droit des obligations ou des contrats s'attardent généralement longuement. Si en effet, les contrats sont obligatoires, encore convient-il qu'ils aient été « *légalement formés* », dispose l'article 1104, al. 1^{er} du Code civil.

Ce postulat suppose que soient réunis les éléments constitutifs de ce contrat (Chapitre 1) à défaut desquelles la sanction du contrat sera méritée, sa nullité, puisque le contrat n'a alors pas pu exister, en application d'une fiction juridique, celle de la rétroactivité, qui confère, alors, aux règles de la formation du contrat toute leur importance (Chapitre 2).

Chapitre 1 - Les éléments constitutifs du contrat

83. Silence du Code civil. – L'article 1128 du Code civil dispose que trois conditions sont essentielles pour la validité d'une convention « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1^o Le consentement des parties ; 2^o Leur capacité de contracter ; 3^o Un contenu licite et certain* ».

Le Code civil fait précéder les questions relatives à la validité du contrat un chapitre relatif à la phase de négociation ; nous l'étudierons avec la question du consentement du contrat (Section 1), les questions relatives à la capacité et aux pouvoirs (Section 2), le contenu du contrat (Section 3) auxquels il convient d'ajouter d'autres éléments que sont les éventuelles exigences de forme du contrat (Section 4).

Section 1. – Le consentement

84. L'étude du consentement conduit à envisager l'existence du consentement (I), les modalités de la rencontre des volontés (II) avant les conditions de l'intégrité du consentement (III).

I. – L'existence du consentement

85. Définition et caractères du consentement. – Le consentement désigne la

manifestation de volonté, émanant d'un contractant, identifiant son acquiescement à la conclusion du contrat projeté. C'est en ce sens que l'on parle de l'échange des consentements.

Dans un autre sens, le terme consentement identifie le résultat de la rencontre des volontés et donc l'accord lui même.

Le consentement s'identifie alors à la volonté. « *Contracter, c'est vouloir* » ⁽¹²⁴⁾ et l'on oppose alors la volonté interne et la volonté déclarée.

La volonté est en effet une opération intellectuelle, une décision, imposant notamment une réflexion : c'est la *volonté interne*. Cette réflexion interne est souvent très rapide et confondue avec la volonté déclarée, celle qui se manifeste par une technique d'extériorisation, une parole, une signature, un clic.

D'autre fois, elle s'en distingue, par exemple à travers la négociation d'un contrat. D'autre fois encore, la séparation est imposée, par exemple à travers quelques procédures de réflexion imposées en droit de la consommation, soit pour imposer un délai de réflexion avant la conclusion du contrat, comme pour la conclusion d'un contrat de prêt immobilier, soit pour imposer un tel délai après la conclusion du contrat, par exemple dans le cas de la conclusion d'un contrat de prêt à la consommation, de vente à domicile ou de vente à distance, permettant de détruire le contrat conclu.

L'extériorisation de la *volonté déclarée* s'effectue par des paroles (en droit romain, une procédure s'imposait, « *spondesne ? T'obliges-tu, spondeo, je m'engage* »), par la déduction d'un comportement, un contrat est signé, ou par des gestes, tel le « *tope-là* » de l'Ancien droit ou le « *clic* » informatique de la conclusion de contrats sur l'Internet.

La question se pose de savoir ce qui se passe lorsque la volonté interne est différente de la volonté déclarée. La conception individualiste issue du principe de l'autonomie de la volonté fait privilégier la volonté interne, ce qui détruirait toute sécurité juridique. Mais une conception moderne, plus rationnelle, plus économique fait prévaloir la volonté déclarée, quitte à envisager des techniques permettant à la volonté interne de s'exprimer véritablement, lorsqu'il s'agit de savoir, au cours d'un litige notamment, quelle a été l'*intention réelle des parties*.

86. Consentement et liberté contractuelle. – Le droit des contrats repose sur le principe de la liberté contractuelle c'est-à-dire le principe de la liberté de contracter ou de ne pas contracter, qui subit les mêmes atteintes que le principe de la liberté contractuelle lui-même.

Il s'agit, en réalité, d'une abstraction : nous sommes tous tenus de conclure des contrats, pour se nourrir, se vêtir, se loger, voire tenu par la loi, par exemple en matière d'assurance. La liberté contractuelle est donc en réalité celle qui permet d'envisager les conditions de conclusion d'un contrat en particulier et non des contrats en général.

Des atteintes juridiques sont également portées au principe, via la technique des « *contrats forcés* » qui constatent l'existence d'un contrat sans expression du consentement.

¹²⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, n°87

De même se développe la pratique des *contrats obligatoires*, des assurances obligatoires : assurance obligatoire pour conduire un véhicule, pour chasser, pour habiter un logement, etc.

Enfin, une dernière entrave à ce principe se fonde sur la substitution d'un contrat par un autre, par la technique du *droit de préemption* qui permet à une personne de se substituer à un contractant, comme le droit de préemption urbain au profit des communes, du preneur à bail rural, des musées par exemple.

II. – La rencontre des volontés

87. Objet du consentement. – Le consentement, pour quoi faire ? La rencontre des volontés forme le consentement, pour autant que celui-ci ait lui-même un objet, on ne consent pas en l'air mais sur un objet, pour des raisons particulières. Les parties ne concluent pas *un contrat* mais un contrat désigné, un contrat de vente, d'entreprise, de transfert de technologie, etc.

En ce sens, la question du consentement est artificiellement distinguée des autres conditions de formation du contrat, notamment la question de son contenu.

D'ailleurs, et sans pourtant que le Code civil l'envisage de quelque manière que ce soit sinon de manière détournée, le consentement est valable dès lors qu'il porte sur les éléments essentiels du contrat : la chose et le prix pour la vente (C. civ., art. 1582, 1583), le local, la durée le loyer pour le bail, etc. Il en résulte qu'il suffit que l'accord porte sur ces éléments, considérés comme essentiels, pour le contrat soit considéré comme formé et que, à l'inverse, il n'est pas nécessaire qu'un accord soit observé sur les éléments accessoires pour le contrat soit formé.

Redoutable affirmation qui doit, alors, conduire, les rédacteurs à une grande prudence dès lors que ces éléments, considérés abstraitement comme accessoires, le sont moins pour les contractants, soit pour « essentialiser » des éléments accessoires, soit pour conclure des accords partiels par exemple.

88. Plan. – Le contrat se forme par le consentement, c'est-à-dire la rencontre des volontés. Contre l'hypothèse du « *coup de foudre contractuel* », l'idée d'une phase préparatoire surgit à travers une période de négociation. On distinguera donc la préparation (A) et la conclusion (B) du contrat, tout en remarquant que le Code civil s'est désintéressé de ces questions.

A – La préparation du contrat : « l'avant contrat »

89. Le principe de la liberté contractuelle justifie aussi bien le caractère informel de la préparation du contrat ne donnant pas lieu à un contrat (1) que sa possible formalisation par la conclusion d'un contrat (2).

1 – La préparation informelle : la négociation

90. Le Code civil s'est longtemps désintéressé de la période précontractuelle, celle

des « pourparlers », de la « négociation », de « l'avant contrat », en deux mots, selon les termes utilisés. Seuls deux textes concernaient cette période : les articles 1589 et 1589-1 du Code civil, à la différence du droit allemand qui s'intéresse depuis longtemps à cette période à travers la théorie de l'avant-contrat ou de texte plus modernes comme les principes pour un droit européens des contrats ou la Convention de Vienne du 11 avril 1980.

Le droit légiféré des obligations a donc, longtemps, ignoré le droit de la négociation, s'en tenant à l'observation des règles de la rencontre des volontés, via l'observation de l'offre et de la l'acceptation, de telle manière que c'est la doctrine et la jurisprudence qui, là encore, ont forgé un régime de la négociation¹²⁵, globalement repris dans le Code civil, aux articles 1112 et suivants du Code civil, à l'occasion de la réforme de 2016.

Au départ de la prise en compte de cette période, la doctrine et la jurisprudence se sont fondés sur le mariage et les fiançailles : les fiançailles sont une période qui précède, éventuellement, le mariage et qui, fondamentalement, n'oblige pas les fiancés à se marier. En revanche, la rupture -n ou brutale des fiançailles peut donner lieu à dommages et intérêts. Tel fut le modèle des balbutiements de la jurisprudence en matière de négociation des contrats : la négociation est une période préparatoire au contrat dans laquelle les partenaires ne sont pas obligés de conclure mais où l'on observe que la rupture brutale ou abusive des pourparlers engage la responsabilité de celui qui en est l'auteur.

- 91.** Toutefois et comme nous l'avons vu, l'article 1110 du Code civil fait une distinction entre les contrats de gré à gré, négociés, et les contrats d'adhésion, non négociés. On peut donc se pencher sur cette distinction, celle opposant les contrats non négociés (a) aux contrats négociés (b).

a. Les contrats non négociés

- 92.** L'existence même de contrats non négociés montre que la négociation d'un contrat n'est pas un élément nécessaire à la conclusion d'un contrat : le contrat conclu sur un coup de tête, sans qu'aucuns mots ne soient échangés, est parfaitement valable : c'est l'hypothèse déjà dite du passage aux barrières d'un métro avec une carte d'abonnement, ou de la vente à emporter dans un magasin en libre service.
- 93. Obligations de négociier.** Il existe cependant certaines obligations de négocier, rare, par exemple en droit du travail, dans les entreprises de plus de 11 salariés et ayant une représentation syndicale obligatoire, sur la base d'une obligation de négociation annuelle, collective, des relations de travail.
- 94. Contrats d'adhésion.** Les contrats non négociés sont considérés comme des contrats d'adhésion. La formule existe dans l'article 1110 du Code civil mais

¹²⁵ Cf. pour une bibliographie : J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant contrat*, Ed. F. Lefebvre, 2001 ; *La négociation du contrat*, Coll. Univ. Toulouse, *RTD com.* 1998, p.447 s.

elle existe depuis très longtemps. Un contrat d'adhésion est un contrat dont les stipulations essentielles sont pré-identifiées, dans un écrit, un contrat ou des conditions générales de contracter, des conditions générales de vente par exemple (CGV). Dans ces conditions deux types de contrats d'adhésion sont envisageables. Un contrat de simple adhésion est celui qui est parfaitement préparé par l'une des parties, le vendeur par exemple, laissant à l'acheteur d'autre choix que d'accepter ou renoncer. L'autre hypothèse est celle du contrat de double adhésion, préparé en amont, par un syndicat professionnel ou par la loi, où les deux parties peuvent adhérer. En réalité, ce type de contrat de double adhésion n'existe pas en droit français dans la mesure où même que le contrat est préparé en amont, il existe toujours une potentialité de négocier des éléments essentiels du contrat, la quantité de choses achetées ou le prix.

Ce qu'on appelle contrat d'adhésion relève donc de la catégorie des contrats de simple adhésion. Ils couvrent un champ potentiellement considérable : les contrats de vente, les contrats de transport, les contrats d'assurance, les contrats bancaires, bien des contrats de distribution, etc.

Au moment de la réforme de 2016, la distinction entre contrats de gré à gré et contrats d'adhésion s'était fixée sur le caractère *négocié* du contrat, ce qui couvrait l'ensemble des contrats standardisés, ce qui a beaucoup effrayé certains milieux d'affaires, le secteur bancaire ou des assurances notamment, de sorte que la loi de ratification de 2018 a retenu un critère plus restreint celui de contrat *négociable*. Or un contrat négociable peut parfaitement ne pas être négocié. Cela étant, la formule de l'article 1110 n'est pas aisée à identifier : « *le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ». La rédaction de 2016 proposait une autre définition, un contrat « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Il faut donc un « ensemble de clauses négociables », mais de quelles clauses s'agit-il ? Deux clauses suffisent-elles ? De quel type de clauses s'agit-il, des clauses essentielles ou n'importe quel type de clause ? On saisit bien que si le prix et le type de choses sont négociables, on pourrait basculer dans la catégorie des contrats négociés, mais on pourrait également considérer qu'un contrat d'adhésion est un contrat que l'une des parties ne peut pas ne pas accepter sans renoncer à négocier des clauses importantes.

Le critère serait alors double, la prérédaction des clauses essentielles et l'impossibilité pour l'une des parties d'en négocier le contenu.

95. Régime des contrats non négociés. L'intérêt principal de la distinction s'observe dans un contexte particulier. Nous verrons que des techniques juridiques permettent d'éliminer certaines clauses exagérées, dites clauses abusives, dans certains contrats de consommation (C. consom., art. L. 212-1) ou certains contrats d'affaires (C. com., art. L. 442-1). La réforme du Code civil permet ainsi, *a priori*, de contrôler certaines clauses dans n'importe quel type de contrat, pourvu qu'il soit considéré comme un contrat d'adhésion, aux termes de l'article 1171 du Code civil.

Par ailleurs en termes d'interprétation d'un tel contrat, en cas de difficulté

d'interprétation d'une de ses clauses, l'article 1190 du Code civil prévoit que, dans le doute, le contrat s'interprète contre celui qui l'a rédigé.

96. Les contrats types. Une autre catégorie de contrat est celle des contrats types ou contrats standardisés ou encore modèles de contrats. Il s'agit d'une catégorie particulière de contrat pré-rédigés par le législateur ou par une organisation professionnelle ou encore par des éditeurs spécialisés. Ce ne sont en principe que des modèles, adaptables *a priori* par les parties. On confondra donc pas contrats-types et contrats non négociés. Certains contrats-types sont négociables, d'autres le sont moins et certains pourront être considérés, au cas par cas, comme des contrats d'adhésion.

b. Les contrats négociés

97. Importance de la négociation : période précontractuelle. Le temps précédant la formation d'un contrat à négocier, un contrat de gré à gré donc, est occupé par divers échanges ayant pour objectif la conclusion de ce contrat et pour moyen un ensemble d'échanges multiformes dénommés « *négociation* » ou « *pourparlers* », termes peu spécifiques et empruntant au discours diplomatique, ou encore « *phase précontractuelle* », voire « *avant contrat* », formule assez ambiguë dans la mesure où, sans «-», l'« avant contrat » renvoie à l'idée générale de tout ce qui se présente avant le contrat, la négociation donc, et avec, l'« avant-contrat » désignant parfois les contrats préparatoires de la négociation.

On observe alors que le terme « négociation » est, comme de nombreux termes juridiques, ambivalent. Il identifie d'une part des procédés, des échanges, des discours, des palabres, que l'on peut désigner comme des « pourparlers », ou bien qu'on désigne comme la « négociation », le « *bargaining* », c'est-à-dire la période précontractuelle, tout ce qui se déroule entre les parties avant que le contrat soit conclu ou que, négocié, il ne soit finalement pas conclu.

Deux des principes directeurs prévalent ici, le principe de liberté contractuelle, pris dans sa dimension de pouvoir choisir les termes du contrat et dans la possibilité, qui demeure à tout moment, de conclure ou de ne pas conclure le contrat.

Le Code civil consacre plusieurs dispositions à cette question, en la partageant entre les hypothèses de négociation en général, et quelques contrats préparatoires à la négociation. Une troisième hypothèse concerne les formes de négociations qui se fondent sur des documents précontractuels.

98. Négociation contractuelle. On peut observer par ailleurs que la question de la négociation est permanente, y compris une fois le contrat conclu, du moins pour les contrats de longue durée : on parle souvent de *re-négociation* ; négociation ou renégociation en cas de changement de circonstances économiques (C. civ., art. 1195), négociation en cas de circulation du contrat, par cession de contrat, d'entreprise, de fonds, de titres, etc., dès lors que le contrat objet de cette opération est un contrat *intuitu personae* ou objet d'une clause d'agrément,

négociation précontentieuse en cas de difficulté, etc. Ces négociations ont alors une nature contractuelle. Nous ne l'envisagerons pas à ce stade, sinon dans des propos consacrés à ces situations.

- 99. Négociation précontractuelle.** L'ensemble identifie une logique identifiant une durée dans la négociation des contrats ⁽¹²⁶⁾, que l'on peut diviser en envisageant : *les règles générales de la négociation* (i) qui recouvrent les questions globalement posées par les articles 1112 et suivants du Code civil mais également un certain nombre d'outils, des contrats de la négociation ou des documents précontractuels, *les instruments contractuels de la négociation* (ii).

i. Les règles générales de la négociation

- 100. Règles de la négociation.** – Les règles de la négociation sont générales, elles prévalent quel que soit le type de négociation, y compris s'agissant des contrats de la négociation, sous les principes généraux de liberté contractuelle et de bonne foi. L'article 1112 du Code civil dispose ainsi que « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ».

Trois périodes distinctes se succèdent, l'entrée pourparlers, la conduite de la négociation et la fin de la négociation.

- 101. Entrée en pourparlers.** L'entrée en négociation est, par nature difficile à identifier ; il faudrait être capable d'identifier, à coup sûr l'événement qui l'a déclenchée et ce d'autant que chaque négociation est spécifique.

Par ailleurs, il n'existe pas d'obligation de formaliser une entrée en négociation. L'entrée en pourparlers est souvent désignée comme une *invitation à entrer en pourparlers*

L'entrée en négociation, l'invitation aux pourparlers n'est pas identique à la situation de l'émission d'une offre. L'offre de contracter en effet répond au double caractère de la précision, des éléments nécessaires à la formation du contrat, et de la fermeté, l'absence de conditions, de telle manière que *l'acceptation* par le destinataire de l'offre suffit à former le contrat (C. civ., art.

¹²⁶ J. Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle, RTD.civ.1974.46. ; A. Rieg, La punctatio, contribution à l'étude de la formation successive des contrats, Mélanges A. Jauffret, P.U. Aix-Marseille 1974, p.593; J. Cédras, L'obligation de négociier, RTD.civ. 1983.365; J.-M. Mousseron, Technique contractuelle, éd. Fr. Lefebvre 1988, p.23 et s. ; J. Schmidt, La période précontractuelle en droit français, RID comp. 1990.561 ; F. Labarthe, La notion de document contractuel, LGDJ 1994 ; D. Mazeaud, La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée, Droit et patrimoine, juillet 1996, p. 44 ; L. Rozès, Le projet de contrat, Mélanges L. Boyer, P.U. Toulouse 1996, p.635 ; P. Mousseron, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTD.civ. 1998, p.243 s.; J.Schmidt, La force obligatoire des avants-contrats, RTD.civ.2000, p.25, ; B. Fages, L'importance des pourparlers, Dr. et patrimoine, juin 1999, p. 60 et s. ; D. Mazeaud, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, Mélanges J. Ghestin, éd. LGDJ 2001, p. 637, O. Deshayes (dir.), L'avant contrat, actualité du processus de formation des contrats, Puf, 2008, S. Ringler, Existe-t-il une théorie générale de l'avant contrat ?, Th. Toulouse, 2010.

1114). Il suffit donc qu'une invitation à entrer en pourparlers ne soit ni précise ni ferme pour qu'elle demeure à ce niveau et signifie simplement la volonté de son auteur de se rapprocher d'un ou plusieurs interlocuteurs pour envisager la conclusion d'un contrat dont les éléments restent encore à explorer¹²⁷. La distinction suppose donc l'appréciation de ces deux critères, notamment lorsque le destinataire a lui-même émis une manifestation de volonté, à qualifier¹²⁸.

On considère en général qu'entre commerçants, la proposition n'est ferme que pour autant qu'elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Ce peut être le cas, par exemple de la formule de conditions de vente indiquant que le vendeur n'est lié qu'en cas de confirmation de la commande.

L'invitation à entrer en pourparlers indique donc simplement la volonté de son auteur de se rapprocher de son ou ses destinataires en vue de négocier un contrat, pas de le conclure à ce stade. Dans le cas de cessions de droits sociaux, elle prend souvent la forme d'une lettre d'intention (*letter of intent*).

De manière particulière, le fait d'entrer en négociation par pur artifice, pour leurrer son partenaire et l'empêcher d'engager une négociation plus profitable ou plus efficace¹²⁹ ou bien encore d'entamer une négociation sans disposer du pouvoir de le réaliser¹³⁰ est sanctionné ; il l'est également face à un consommateur, sur le fondement des règles punissant les pratiques commerciales trompeuses ont vocation à s'appliquer (C. consom., art. L. 121-1 et s.).

De manière plus commune, l'entrée en pourparlers est stigmatisée par un certain nombre de devoirs parfois très précisément identifiés.

Par exemple, les discriminations contractuelles font l'objet de dispositions particulières, notamment pénales, dont celles de l'article 225-1 du Code pénal prohibant un certain nombre de discriminations.

Ces exemples spécifiques montrent à l'inverse que, en dehors de ces exemples particuliers, les autres différenciations sont permises. C'est le cas notamment des techniques de choix ou de sélections d'un contractant, parfaitement valables dès lors qu'elles se fondent sur des critères objectifs, relevant de la détermination de l'*intuitus personae*.

De façon plus moderne, les règles du droit de la concurrence apportent leur lot d'exemples, notamment à travers les exemples identifiés par l'article L. 441-3 du Code de commerce et notamment l'obtention d'avantages pécuniaires illégitimes (C. com., art. L. 442-1).

102. Refus d'entrer en négociation. – A l'inverse, l'hypothèse du refus d'entrer en

¹²⁷ Cf. Cass. com., 17 oct. 2000, no 98-13176.

¹²⁸ Cf. Cass. civ. 1ère, 24 nov. 1998, no 95-21074, Bull. civ. I, no 328, D. aff. 1999, p. 164, à l'occasion du renouvellement d'un contrat, la demande d'information sur les intentions du partenaire n'est une offre de renouveler.

¹²⁹ Rennes 8 juillet 1929, préc. Cass. civ. 4 janvier 1937, Rev. Soc. 1937, p. 17. Adde P. Mousseron, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, art.cit., n°21

¹³⁰ Cass. civ. 1ère, 12 avr. 1976, Bull. civ. I, p.98, n°122.

négociation, ou plus couramment du refus de contracter, dit refus de vente, qui peut être assimilé à un refus d'offre, ou un refus d'acceptation, n'est plus aujourd'hui d'actualité, sinon en droit de la consommation (C. consom., art. L. 122-1). Depuis 1996 en effet, le refus de vente n'est plus un cas particulier de responsabilité civile entre professionnel, rétablissant ainsi la liberté de ne pas contracter, et donc de ne pas négocier, dans son champ ordinaire¹³¹, quand bien même, ce fait pourrait constituer un cas d'entente anticoncurrentielle ou un abus de position dominante (C. com., art. L. 420-1 et 420-2).

103. Conduite des pourparlers. La conduite des pourparlers est en principe libre, placée sous les auspices des règles de la liberté contractuelle, chacune des parties pouvant donc négocier au mieux de ses intérêts.

En droit des affaires, cette liberté est cependant largement tempérée par un ensemble de règles complexes, multiples et techniques qui limitent de manière assez sensible la liberté de négocier et formalise celle-ci (cf. C. com., art. L. 441-3 et suivants).

Pendant la conduite de la négociation du contrat, les partenaires se soumettent à un devoir de négociation de bonne foi et de loyauté avec ses prolongements dans les obligations d'informer ou de se renseigner.

L'article 1112-1 du Code civil tente d'identifier ces obligations d'information avec une précision particulière. Il dispose que « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. 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. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* ».

Il en résulte qu'il s'agit d'une simple obligation d'information, pas une obligation de conseil (par exemple de conclure tel contrat plutôt que tel autre), ni de mise en garde (par exemple d'avertissement des dangers de la conclusion de tel contrat), sauf hypothèse particulière, en droit financier notamment.

Il s'agit de faire en sorte que la négociation soit loyale, de telle manière que la validité du contrat ne soit pas altérée : il s'agit d'assurer un consentement intègre et éclairé pour l'autre partenaire à la négociation (dans des conditions que nous retrouverons plus tard).

Trois conditions sont posées.

En premier une partie n'est tenue d'informer l'autre que d'une information

¹³¹ V. cependant, sur le terrain des prix imposés Cass. crim., 31 oct. 2000, no 99-86588, Bull. crim., no 326, RTD com. 2001, p. 265, obs. B. Bouloc, CCC, 2001, no 73, obs. M. Malaurie-Vignal, ou sur celui de l'abus de droit : Versailles, 26 avr. 2001, RJDA 2001, no 916, JCP, éd. E, Cah. dr. entr. 2002, no 3, p. 31, obs. D. Mainguy et comp. Pau 14 janvier 1969, D.1969.716. V. également, Com. 9 avril 1996, Bull.civ.IV, n.117, Defrénois 1997, p. 329, obs. Ph. Delebecque, RTD.civ.1997p., 118, obs. J.Mestre.

qu'elle connaît ; elle n'a donc pas d'obligation de s'informer ou d'effectuer des recherches particulières du moins en principe¹³².

Ensuite, doivent être communiquées des informations spécifiques, celles sont déterminantes pour l'autre partie et qui sont nécessaires et ont un lien direct avec le contrat négocié.

Une information déterminante est exclue, celle portant sur la valeur de la prestation, c'est-à-dire sur la contre-valeur du prix à payer. Ce point est essentiel, en lien avec la sanction de la formation d'un contrat surpris par un dol. Il en résulte que, en principe, et cette question est extrêmement discutée, l'acheteur n'a pas l'obligation d'indiquer au vendeur qu'il sait que la chose achetée à une valeur supérieure au prix demandé.

Enfin, cette information n'est imposée que si l'autre partie ignore légitimement cette information ce qui exclut l'hypothèse d'un partenaire à la négociation averti, qui a la possibilité de se renseigner par lui-même.

En outre elle est imposée lorsque le partenaire à la négociation fait confiance à l'autre partie. Cette situation particulière se retrouve lorsqu'une partie se repose entièrement sur l'autre partie, par exemple dans les relations entre le dirigeant d'une société et des associés.

En outre le régime de la preuve est ici particulier : c'est à celui qui prétend qu'une information devait être fournie de prouver que l'autre partie devait la lui fournir et, inversement, dans ce cas, c'est à celui qui devait fournir l'information de prouver qu'il l'a fournie.

104.Sanction. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. Dès lors celui qui négocie un contrat en ne respectant pas ces devoirs commet une faute et engage sa responsabilité¹³³, devoirs qui demeurent assez tenus : ne pas se comporter de manière désinvolte¹³⁴ ni avec légèreté¹³⁵. Ainsi négocier de bonne foi ne signifie pas négocier de manière exclusive de telle manière que des négociations parallèles sont possibles sans commettre de faute¹³⁶ à moins peut-être que le comportement de l'une des parties à la négociation permette d'envisager une telle exclusivité, mais signifie informer son partenaire et respecter la confidentialité nécessaire¹³⁷.

105.Issue des négociations, conclusion du contrat. – L'issue attendue de la négociation est la conclusion du contrat négocié. Elle ne pose de difficulté autre

¹³² Comp. Cass. civ. 1^{ère}, 17 janv. 2018, n° 16-27016, à propos de l'obligation du vendeur de se renseigner sur les besoins de l'acheteur.

¹³³ J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant contrat*, Ed. F. Lefebvre, 2001.

¹³⁴ Paris 13 mai 1991, *RJDA* 1991, n°911, *RTD civ.* 1992.394, obs. J.Mestre.

¹³⁵ Versailles 1^{er} avril 1999, *RJDA* 1999.1285 ; Com 22 février 1994, *Bull. IV*, n.79, *RJDA* 1994.765.

¹³⁶ Cass. com. 2 juill. 2002, *RJDA* 2003, n°52.

¹³⁷ Comp. PECL, art. 2:302, Cass. com. 3 oct. 1978, *Bull. civ. IV*, n°209, *D.* 1980, p. 55, note J. Schmidt.

que celle liée au contrôle de la formation du contrat.

106. Issue des négociation, rupture des négociations. L'autre issue est celle de l'échec de la négociation et donc de la rupture des négociations.

La liberté contractuelle permet de ne pas s'engager. Le simple fait de ne pas conclure un contrat ne saurait donc être sanctionnable : celui qui décide de ne pas conclure un contrat ne commet en principe aucune faute, même s'il cause un dommage à son partenaire qui escomptait que la négociation aboutirait¹³⁸.

Pour autant, la liberté de ne pas contracter ne confère pas plus que les autres libertés une impunité absolue. Elle ne peut être exercée de manière déloyale, voire avec légèreté, ou dans le seul dessein de nuire à autrui¹³⁹.

La sanction de ces manquements est banalement la mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle de son auteur, parfois accompagnée de sanctions pénales, comme en matière de publicité trompeuse, voire d'autres sanctions civiles, par exemple lorsque les fautes de la négociation traduisent l'existence d'un dol (cf. infra, n°117 s.).

107. Techniques de la responsabilité du fait de la rupture des pourparlers. En premier la responsabilité précontractuelle est, en principe, celui de la responsabilité extracontractuelle, dans la mesure où l'on se situe avant tout contrat.

La faute ne consiste pas dans le seul exercice de la liberté de ne pas contracter, mais dans les circonstances et les conditions qui entourent cet exercice. Commet ainsi une faute celui qui rompt une négociation précontractuelle après avoir laissé espérer à son partenaire qu'il conclurait le contrat projeté¹⁴⁰.

Engage également sa responsabilité civile la personne qui met fin aux discussions sans explication, alors qu'elles étaient sur le point d'aboutir. Les pourparlers n'engageant pas les futurs contractants les pourparlers peuvent être rompu à tout moment et sans formalisme, dans la limite du respect des principes de bonne foi et de loyauté dans la négociation comme une affaire importante en avait témoigné¹⁴¹.

Dans cette affaire remarquable, la société Gerteis engageait des pourparlers avec la société Vilbert-Lourmat, représentant en France d'un fabricant américain de machines, en vue de l'acquisition de telles machines. La société Vilbert-Lourmat avait cependant rompu, brutalement, ces pourparlers et conclu un contrat avec un concurrent de Gerteis en s'engageant d'ailleurs à ne pas fournir Gerteis. Ce dernier assignait Vilbert-Lourmat en responsabilité délictuelle pour rupture fautive des pourparlers : « *Mais attendu que l'arrêt déféré a, par motif adoptés, relevé que la société Vilbert-Lourmat avait, de propos délibéré, retenu le devis définitif du fabricant américain destiné aux Etablissements Gerteis et rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement, les pourparlers*

¹³⁸ Com. 10 juin 1986, Bull.IV, n°123.

¹³⁹ Cf. J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.* 1974, p.46 s.

¹⁴⁰ Cass. civ. 1ère, 19 janvier 1977, *D.*1977, 593, note J. Schmidt

¹⁴¹ Cass. com. 20 mars 1972, *JCP*, 1973, II, 17543, note J. Schmidt, *RTD civ.* 1972.779, obs. G. Durry.

avancés qu'elle entretenait avec lesdits établissements, qui avaient déjà, à sa connaissance, engagés de gros frais, et qu'elle maintenait volontairement dans une incertitude prolongée, qu'elle avait ainsi manqué aux règles de la bonne foi dans les relations commerciales ; que, par motifs propres, la cour d'appel qui n'a nullement déclaré que la société Vilbert-Lourmat avait commis une faute contractuelle, a retenu que les établissements Vilbert-Lourmat déclaraient eux-mêmes qu'avant de s'engager avec leur autre client, ils s'étaient enquis une ultime fois des intentions de Gerteis, mais qu'ils n'en fournissaient pas la moindre justification et qu'en tous cas, il fallait observer que des négociations aussi laborieuses ne pouvaient être rompues par un simple coup de téléphone, d'ailleurs plus que problématique, que c'était donc à bon droit que les premiers juges avaient constaté la « rupture abusive des pourparlers » par les établissements Vilbert-Lourmat ; attendu que (...) la cour d'appel a pu(...) retenir à l'encontre de la société Vilbert-Lourmat, une responsabilité délictuelle ». On trouve dans ce bel arrêt, nombre de réponses aux interrogations soulevées à l'occasion de la rupture d'une négociation. Quelle est la nature de la responsabilité encourue ? Il s'agit des mécanismes de la responsabilité délictuelle. Rien de plus ordinaire, la faute commise l'a été avant la conclusion du contrat, à l'inverse de la solution proposée par Ihéring au XIX^{ème} siècle et qui avant connu une certaine fortune en doctrine selon laquelle la responsabilité serait contractuelle car fondée sur une *culpa ion contrahendo*, une faute commise en contractant, comme c'est d'ailleurs la solution de droit allemand aujourd'hui. Comment est constituée la faute ? Par rupture abusive des pourparlers. Comment identifier une telle rupture des pourparlers ? En maintenant volontairement son partenaire dans une incertitude prolongée, c'est-à-dire en maintenant des pourparlers alors que les chances de conclure le contrat avaient depuis longtemps été dépassées par celle de ne pas le conclure. Mais cela pourrait être la brutalité de la rupture¹⁴² et surtout la croyance entretenue de l'autre partie dans la probabilité de conclusion du contrat comme dans l'affaire Gerteis, et non la simple avancée des pourparlers¹⁴³ ou le fait que l'une des parties ait pu, toute seule, penser que le contrat allait être conclu, le fait qu'elle ait pris des décisions prématurées par exemple.

Une telle responsabilité emporte logiquement réparation du dommage¹⁴⁴.

L'article 1112 al. 2 du Code civil précise que « *En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages* ».

Il n'y a pas de difficulté sur la réparation des pertes subies : frais engagés ou, éventuellement, la perte d'image subis par la victime de la rupture fautive des négociations.

Plus délicate est la question du gain manqué du fait de la rupture des négociations. Le problème se pose de la façon suivante, particulièrement lorsque

¹⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 1999, *JCP* 1998, II, 10066, note B. Fages.

¹⁴³ Cf. Cass. com. 20 juin 2000, *RJDA* 2000, n°1068.

¹⁴⁴ O. Deshayes, « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004, p. 187.

l'une des parties à la négociation pouvait légitimement penser que le contrat avait de très bonne chance d'être conclu : peut-elle obtenir réparation du gain manqué, c'est-à-dire réparation de la perte de chance de conclure le contrat, perte d'une chance qui est dommage réparable, en principe, en droit de la responsabilité civile et, si la réponse est positive, à quelle hauteur doit se monter la réparation : est-elle fonction du degré de probabilité de conclusion ou doit-elle correspondre à l'intégralité du gain manqué ? En même temps, réparer le préjudice lié à la perspective de conclusion d'un contrat n'est-il pas contradictoire avec le principe de la liberté contractuelle qui implique la liberté de ne pas conclure un contrat : une telle réparation n'implique-t-elle pas qu'à un certain niveau de négociation, les parties sont obligées de le conclure ? C'est cette voie qu'emprunte la Cour de cassation depuis 2003 : « *les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* »¹⁴⁵ et que reprend de manière plus catégorique l'article 1112, al. 2.

ii. Les règles de la négociation par contrat

108. Avant-contrats, contrats préparatoires. – La conclusion d'un contrat « définitif » est parfois précédée de la conclusion d'un contrat « préparatoire » on parle parfois d'un « *avant-contrat* ». Il s'agit ici, non pas d'envisager l'ensemble des contrats préparatoires à la conclusion d'un contrat, ils sont fort nombreux : appels d'offre, contrats d'étude, contrats de faisabilité, mais simplement d'observer quelques uns des problèmes classiques en la matière. Il convient aussi d'observer que ces questions précèdent toujours la conclusion d'un contrat, mais parfois la suivent dès lors qu'un contrat s'achève, par exemple parce qu'il a été conclu pour une durée déterminée et que les parties envisagent de conclure, de négocier donc, un nouveau contrat ou bien que, au cours de l'exécution du contrat, la renégociation du contrat s'opère, éventuellement par le jeu d'une clause de renégociation du contrat.

109. Documents contractuels. – L'avant contrat est également ponctuée de très nombreux documents, que l'on appelle souvent les « documents contractuels »¹⁴⁶ quoique tout au contraire, ils se présentent souvent comme non contractuels : conditions de vente et leurs contraires, conditions d'achat, documents publicitaires, devis, bons de commande, etc., qui contiennent très

¹⁴⁵ Cass. com. 26 novembre 2003, *Yanmar*, *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, *Bull. civ.* IV, n°164, *JCP*, 2006, II, 10130, note O. Deshayes : « *une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* ». Comp. Riom 10 juin 1992, *RDJA* 1992, n°893, *RTD civ.* 1993.343, obs. J. Mestre ; Rennes 29 avril 1992, *Bull. Joly* 1993, p.463, note J.-J. Daigre ; Versailles 1^{er} avril 1999, préc.

¹⁴⁶ F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, n°309.

souvent des informations contractuelles, parfois contradictoires d'ailleurs, de telle manière que des risque de concurrence et d'incohérence ne sont pas neutres : présence d'une clause limitative de responsabilité dans des conditions générales de vente contre clause extensive dans les conditions d'achats par exemple. On écrit souvent que les clauses contradictoires « *s'annulent* ». Plus exactement, elles ne font pas partie du contrat car elles n'ont pas recueilli le consentement des contractants, en sorte que faute d'accord, les solutions supplétives du Code civil s'appliquent¹⁴⁷.

110. Trois grands types de contrats préparatoires apparaissent, les contrats de négociation, les contrats de promesse et les pactes ou contrats de préférence.

** les contrats de négociation*

111. Contrats de négociation. – Le contrat de la négociation le plus répandu, non précisé dans le Code civil consiste en une contractualisation des éléments envisagés dans le cadre du droit commun de la négociation.

Il peut s'agir d'un contrat organisant la négociation, faisant naître une obligation de négocier en vue de parvenir à la conclusion du contrat définitif¹⁴⁸, sanctionnée cette fois par les mécanismes de responsabilité civile contractuelle. Un tel accord est très fréquent dans la négociation des contrats d'affaires et permettent de poser les jalons, et des obligations plus concrètes que celles de l'article 1112-1. Les parties sont parfaitement libres, sous la réserve du respect des règles d'ordre public, d'insérer tout type de clauses : une clause de confidentialité, un mécanisme d'exclusivité, un prix de l'exclusivité, une clause de révélation de négociation parallèle, un terme à la négociation, une clause compromissoire, des calendriers de négociation, etc.

Ce type de contrat crée, alors, une véritable obligation, contractuelle, de négocier, de bonne foi, un contrat futur.

Parfois cependant, les parties se trouvent en situation de négociation et s'adresse des documents, des lettres d'intention, divers courriers ou courriels : dès lors que ceux-ci révèlent un accord sur leur intention commune de négocier, on se trouve alors dans une situation de *contrat de négociation*, qui est alors souvent subie, en ce sens que les parties n'ont alors que partiellement organisé leur négociation.

L'une de ces figures, l'accord de principe, résulte principalement d'un vieil arrêt de 1958¹⁴⁹ et qui peut être défini ainsi : accord obligeant deux parties, l'une

¹⁴⁷ Cf. à propos de clause de réserve de propriété et de clauses de « non réserve » de propriété : Cass. com. 11 juillet 1995, *JCP* 1996, éd. G., 1996, I, 3896, obs. Ph. Pétel ; éd. E., II, 22583, note D. Mainguy ; éd. E., II, 3896, note J. Vaillansan, *D.* 1996. Somm. 212, obs. F. Pérochon.

¹⁴⁸ Cass. soc. 24 mars 1958, *JCP*(G) 1958, II, 10868; J. Cedras, « L'obligation de négocier », *RTD civ.* 1983, p. 265; Cass. soc. 19 décembre 1989, *D.* 1991, 62; I. Najjar, « L'accord de principe », *D.* 1991, chr. 57.

¹⁴⁹ Cass. soc. 24 mars 1958, *JCP*(G) 1958, II, 10868; J. Cedras, « L'obligation de négocier », *RTD civ.* 1983, p. 265; Cass. soc. 19 décembre 1989, *D.* 1991, 62; I. Najjar, « L'accord de principe », *D.* 1991, chr. 57.

envers l'autre, non point à conclure mais à négocier un second contrat dont ledit accord ne précise ni les clauses accessoires ni les clauses essentielles.

**** Les promesses de contracter**

112. Contrats de promesse. Le contrat de promesse de contracter est un type de contrat préparatoire très particulier, souvent utilisés pour préparer des ventes, d'immeuble ou de droits sociaux, notamment, ou de bail, ou encore de contrat de travail. Depuis la réforme de 2016, un type particulier de promesse, les promesses unilatérales de contracter, fait l'objet d'un ensemble de règles posées à l'article 1124 du Code civil.

L'ensemble des difficultés se concentre autour des conditions d'efficacité des promesses et surtout d'exécution forcée en nature de la promesse lorsqu'une partie refuse, finalement, de la respecter. Deux types principaux sont remarquables, la promesse synallagmatique et la promesse unilatérale de contracter.

113. Promesse synallagmatique. La promesse synallagmatique, souvent appelée aussi compromis, et ayant souvent pour objet la préparation d'une vente, est un contrat par lequel les parties s'engagent l'une à vendre et l'autre à acheter un bien pour un prix déterminé. Il y a donc, consentement réciproque sur le contrat envisagé, la vente. Aussi, l'article 1589, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose que « la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix ». Dès lors que la promesse de vente rassemble tous les éléments de la vente, l'autonomie de la promesse synallagmatique est refusée par l'article 1589 du Code civil : la promesse de vente est une vente. La promesse synallagmatique est donc utilisée lorsque tous les éléments nécessaires à la formation de la vente ne sont pas réunis : la chose par exemple ou bien le prix et surtout en tant que contrat préparatoire, assorti de conditions suspensives, dont l'obtention d'un crédit ou d'une autorisation quelconque, ou d'un terme. Une telle promesse comporte, alors, une obligation spécifique de solliciter l'autorisation administrative en question ou de signer l'acte authentique.

En dehors de ces hypothèses, l'article 1589 du Code civil retrouve toute son autorité, la promesse de vente est une vente, assortie de condition ou d'un terme. Très souvent et comme dans l'hypothèse précédente, ces conditions consistent en l'obtention d'une autorisation administrative ou d'un prêt¹⁵⁰ et un terme repose fréquemment sur la signature de l'acte authentique. Le compromis n'existe alors pas véritablement, c'est en fait la vente elle-même qui fait l'objet du compromis ; seule son exécution est repoussée à la réalisation des conditions ou à la survenance du terme.

114. Exécution forcée, signature de l'acte authentique. Lorsque le compromis assure que la formation de la vente est retardée au jour de la signature de l'acte

¹⁵⁰ Sur l'implication de la loi Scrivener, v. ss 415 s.

authentique réitérant la vente ou que la vente est formée mais son exécution est repoussée au même acte (hypothèse qui vaut également pour une promesse unilatérale de vente après levée de l'option), la question se pose de savoir quelles sont les conséquences d'un refus du vendeur de procéder à cette signature (indépendamment de l'hypothèse dans laquelle les parties se sont contractuellement réservé le droit de s'y soustraire par une faculté de dédit ou la stipulation d'arrhes).

La jurisprudence admet qu'il n'est pas possible de refuser de signer l'acte authentique dès lors que l'acte comporte les éléments essentiels à la formation de la vente (chose et prix) et, estime la Cour de cassation, qu'aucune circonstance n'est « de nature à démontrer que les parties avaient fait de la réitération par acte notarié un élément constitutif de leur consentement¹⁵¹ ». Par conséquent, deux situations s'opposent et qui dépendent de la rédaction de la clause ayant pour objet la réitération de la vente en sa forme authentique¹⁵² :

– ou bien le compromis (ou la vente conditionnelle¹⁵³ ou la promesse unilatérale de vente après la levée de l'option) a fait, par une clause, de la réitération de la vente en sa forme authentique un élément de la formation de la vente ; cette réitération est alors l'objet d'une obligation de faire de la promesse : la vente n'est pas formée, seule une obligation de faire n'est pas exécutée et, donc, cette inexécution se résoudra par des dommages et intérêts¹⁵⁴ ;

– ou bien, au contraire, le compromis (ou la vente conditionnelle...) a fait de la réitération de la vente une modalité d'exécution de la vente : la vente est alors formée dans les conditions ordinaires : elle produit ses effets. Mais alors, parce que la promesse s'efface derrière la vente, le refus par le vendeur (le plus souvent) de signer l'acte ne se résout pas en dommages et intérêts ; la vente est conclue, il doit exécuter les obligations qui naissent, notamment celle de réitérer l'acte en sa forme authentique¹⁵⁵.

Par conséquent, ou bien la réitération par acte authentique est érigée en élément du consentement des parties à la vente, et celle-ci ne sera formée qu'à ce moment et le refus ne se résoudra qu'en dommages-intérêts, ou bien la réitération est une obligation de la vente déjà conclue et un jugement pourra pallier le refus de signer l'acte authentique.

115. Promesse unilatérale de contracter. L'article 1124 du Code civil les définit comme « *le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le*

¹⁵¹ Civ. 3^e, 20 déc. 1994, *JCP* 1995. II. 22491, note C. Larroumet, *JCP N* 1996. J. 501, note D. Mainguy.

¹⁵² L'avant-projet de réforme des contrats spéciaux intègre cette distinction (art. 1587-1).

¹⁵³ Sous réserve, cependant, que la condition suspensive affectant la vente ne consiste pas en la signature de l'acte notarié en raison de la potestativité qui la menacerait : cf. Civ. 3^e, 7 juin 1983, *Bull. civ.* III, n° 132 : la vente n'en est pas une et le contrat ne consiste qu'en un simple projet (cf. Ph. Malaurie et L. Aynès, n° 138).

¹⁵⁴ V. Civ. 3^e, 10 sept. 2013, n° 12-22883, *RDC* 2014. 54, note Ph. Brun.

¹⁵⁵ V. Civ. 3^e, 19 juin 2012, n° 10-22906, *RDC* 2014. 54, note Ph. Brun.

consentement du bénéficiaire ». Le plus souvent, il s'agit d'un contrat *synallagmatique* de promesse *unilatérale* de vente lorsque les deux parties s'engagent à faire quelque chose : le promettant (éventuel futur vendeur) promet de conclure un contrat, ici vendre, au profit de l'autre partie, le bénéficiaire, auquel est conféré le choix d'acheter par la levée d'une option, pendant un certain délai, et inversement, l'autre partie remettra une somme d'argent appelée indemnité d'immobilisation. Plus rarement, une promesse unilatérale de vente peut être l'objet d'un contrat unilatéral de promesse si seul le promettant s'oblige et notamment lorsque le bénéficiaire ne verse aucune indemnité d'immobilisation.

Ce contrat n'est défini par la loi que depuis la réforme de 2016 et, sans doute pour cette raison, fait l'objet, depuis l'arrêt *Cruz* de 1993, d'une tourmente doctrinale importante, dont l'essentiel repose sur la question de sa définition et le reste sur son régime, notamment sur le point de savoir si le promettant peut, avant que le bénéficiaire ait fait valoir qu'il optait, « rétracter » (l'article 1124, alinéa 2, du Code civil évoque une « révocation », pour la proscrire) sa promesse sans subir une exécution forcée en nature du contrat promis.

En premier, la promesse unilatérale est un contrat, un contrat de promesse unilatérale de contrat (éventuellement de vente), elle n'est pas un acte unilatéral. Elle se distingue, en principe, d'une simple offre.

116. Formation de la promesse, Indemnité d'immobilisation. Le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contracter verse très souvent une somme d'argent destinée à payer le prix de la réservation, une indemnité d'immobilisation : la promesse est alors un contrat synallagmatique et à titre onéreux : un contrat synallagmatique de promesse unilatérale de vente. À défaut d'indemnité d'immobilisation et donc d'obligation à la charge du bénéficiaire, il s'agit d'un contrat unilatéral de promesse unilatérale de vente.

Si le bénéficiaire lève l'option, la vente est conclue et l'indemnité d'immobilisation s'impute sur le prix. Si, au contraire, le bénéficiaire ne lève pas l'option, il perd l'indemnité, l'autre la conserve¹⁵⁶. Deux difficultés s'ajoutent.

En premier lieu, se pose la question de savoir si l'indemnité d'immobilisation doit être rapprochée d'institutions voisines telles que le dédit ou la clause pénale. Du dédit, l'indemnité se distingue en ce qu'elle est versée pour prix de la réservation ou de l'exclusivité consentie¹⁵⁷ et, donc, du temps accordé au

¹⁵⁶ Civ. 3^e, 11 mai 2004, *RDC* 2004. 972, obs. F. Collart Dutilleul, à propos d'une d'indemnité versée à titre de « dépôt de garantie ».

¹⁵⁷ L'avant-projet de réforme des contrats spéciaux propose ainsi un article 1590 qui disposerait que : « Une somme peut être convenue dans la promesse unilatérale de vente, en contrepartie de l'exclusivité consentie au bénéficiaire. Elle est acquise au promettant si le bénéficiaire choisit de ne pas se porter acquéreur. Elle est déduite du prix de vente dans le cas contraire. Sauf clause contraire, cette somme n'est pas due en cas de conclusion de la vente. Quand le montant de la somme convenue porte une atteinte manifestement excessive à la liberté du bénéficiaire de ne pas se porter acquéreur, la promesse unilatérale est requalifiée en une vente assortie d'une clause de dédit ».

bénéficiaire pour ne pas conclure définitivement la vente, ne pas acquérir. À l'inverse, le dédit permet au contractant d'un contrat déjà conclu de se dédire, en versant le dédit¹⁵⁸. De la clause pénale également, l'indemnité d'immobilisation diffère. L'intérêt du rapprochement est la faculté de révision judiciaire de la clause pénale ouverte par l'article 1231 du Code civil. La clause pénale est, cependant, un mécanisme permettant la fixation conventionnelle de dommages et intérêts en cas d'inexécution d'une obligation alors que l'indemnité d'immobilisation n'a pas cette nature de sanction¹⁵⁹. En revanche, le montant de l'indemnité d'immobilisation n'est pas sans incidence. Ainsi, plus le montant est élevé et plus le bénéficiaire est incité à acheter. La jurisprudence admettait depuis un arrêt du 20 novembre 1962¹⁶⁰ que la promesse, unilatérale, devient synallagmatique. On pourrait se demander, si le bénéficiaire refuse d'acquiescer, perdant l'indemnité, si celle-ci, qui apparaîtrait davantage comme une sanction, ne doit pas être qualifiée de clause pénale, éventuellement réductible. Si en revanche le bénéficiaire verse une indemnité d'éviction presque égale au prix de vente, la promesse demeure unilatérale si le bénéficiaire dispose toujours d'une option réelle¹⁶¹. Il en résulte que l'existence d'une exigence de versement, quelle que soit son appellation (sauf à ce qu'il s'agisse d'une clause pénale), d'une somme d'argent en contrepartie de la conclusion d'une promesse a bien pour fonction de permettre de se dédire de son engagement et n'est pas, en tant que telle, une clause pénale, ce qui permet de se demander si depuis un arrêt du 1^{er} décembre 2010¹⁶², la jurisprudence n'est pas discrètement revenue sur sa solution de 1962. En second lieu, la question s'est posée de savoir si le montant de l'indemnité ne devait pas être calculé au prorata de la durée de la réservation, en sorte que si le bénéficiaire renonce à acheter pendant le délai d'option, il pourrait récupérer une partie de l'indemnité. La Cour de cassation l'a admis un temps¹⁶³ pour finalement le rejeter car l'indemnité d'immobilisation est le prix de la réservation, qui ne se découpe pas, et non une sorte de prix de location¹⁶⁴.

117. Conditions de validité, article 1589-2 du Code civil. Les conditions de fond de la promesse tiennent à ce que le contrat de promesse de vente se transformera en vente dès la levée de l'option par le bénéficiaire. Aussi, les éléments essentiels de la vente doivent être réunis, la chose et le prix doivent être déterminés selon les exigences propres à la vente ; c'est d'ailleurs une exigence reprise dans la définition proposée par l'article 1124 du Code civil. C'est également la raison

¹⁵⁸ L. Boyer, « La clause de dédit », *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 41.

¹⁵⁹ Civ. 3^e, 5 déc. 1984 (2 arrêts), *D.* 1985. 544, note F. Bénac-Schmidt ; *JCP* 1986. II. 20555, note G. Paisant ; *RTD civ.* 1985. 372, obs. J. Mestre ; 592, obs. Ph. Rémy.

¹⁶⁰ Com. 20 nov. 1962, *D.* 1963. 3 ; Com. 8 nov. 1972, *Bull. Civ.* IV, n° 280, Com. 13 févr. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 60.

¹⁶¹ Com. 9 janv. 1991, *D.* 1991. 481, note G. Paisant, Com. 18 janv. 2011, *RDC* 2011. 812, obs. Y.-M. Laithier, *RTD civ.* 2011. 122, obs. B. Fages.

¹⁶² Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, *RDC* 2011. 420, obs. Y.-M. Laithier.

¹⁶³ Civ. 3^e, 5 déc. 1984, préc.

¹⁶⁴ Civ. 3^e, 10 déc. 1986, *JCP* 1987. II. 20857, note G. Paisant ; Civ. 3^e, 28 mars 1990, *D.* 1991. 187, note R. Cabrillac.

pour laquelle la capacité et le pouvoir du promettant s'apprécient dès la conclusion de la promesse. En revanche, ceux du bénéficiaire s'apprécient au moment de la levée d'option.

Surtout, la promesse de vente, contrat consensuel, est soumise à une règle fiscale, une condition de forme, très importante. Selon l'article 1589-2 du Code civil, qui a repris l'article 1840 A du Code général des impôts, la promesse de vente doit, à peine de nullité absolue, être enregistrée dans les dix jours de sa formation, lorsqu'elle porte sur un immeuble ou sur un fonds de commerce à peine de nullité de la promesse¹⁶⁵.

L'objectif poursuivi par ce texte est de lutter contre la fraude fiscale qui aurait consisté pour un intermédiaire à se faire consentir une promesse de vente occulte dont il cède le bénéfice à un nouveau bénéficiaire. En fait, loin de réaliser cet objectif, ce texte est surtout utilisé par le bénéficiaire de mauvaise foi qui, désireux de ne plus acheter, chercherait, par la sanction de la nullité absolue, à récupérer l'indemnité d'immobilisation. C'est pourquoi la jurisprudence tendait parfois à interpréter de manière restrictive ce texte, par exemple à travers la qualification de promesse unilatérale, pour proposer celle de promesse synallagmatique, qui n'est pas visée par l'article 1589-2 du Code civil¹⁶⁶. En revanche, la promesse unilatérale de vente qui s'inscrit dans un ensemble contractuel plus vaste¹⁶⁷, ou bien dans un autre contrat spécial¹⁶⁸, échappe à l'obligation fiscale.

Des règles spécifiques du droit de la construction assure la protection de l'acquéreur immobilier consommateur en lui assurant notamment un délai de réflexion de 7 jours soit pour lui permettre de se rétracter (hypothèse de l'acte sous-seing privé : art. L. 271-1, al. 1^{er}) soit pour lui permettre de réfléchir (hypothèse de l'acte authentique : art. L. 271-1, al. 3).

118. Effets de la promesse unilatérale, situation d'attente, « droit d'option » du

¹⁶⁵ L'enregistrement doit survenir dans les dix jours de la conclusion de la promesse et non dans les dix jours de la levée de l'option : cf. Civ. 3^e, 10 oct. 1968, *Bull. civ.* III, n° 368, *JCP* 1969. II. 15910, obs. P.L. ; Com. 6 janv. 1970, *JCP* 1970. II. 16240. V. aussi R. Savatier, « Délai d'enregistrement des promesses de vente unilatérales et des cessions de ces promesses », *RTD civ.* 1971. 65.

¹⁶⁶ Civ. 3^e, 1^{er} juill. 1998, *JCP E* 1999. 169, n° 5, obs. Ph. Neau-Leduc et les propos critiques de L. Boyer, v° *Promesse de vente*, *Rép. civ.*, 1990, n° 73 s.

¹⁶⁷ Com. 15 janv. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 12, *Defrénois* 2002. 765, note É. Savaux, *RTD civ.* 2002. 504, obs. J. Mestre et B. Fages, *JCP E* 2003. I. 543, obs. D. Mainguy, imposant cependant l'enregistrement des promesses et censurant l'arrêt d'appel qui avait jugé l'inverse et qui aurait dû rechercher « s'il existait un lien de dépendance nécessaire entre ces diverses obligations réciproques susceptibles de modifier les caractéristiques de la promesse de vente » ; Civ. 3^e, 26 juin 2002, *Defrénois* 2003. 1261, note É. Savaux, *RTD civ.* 2003. 77, obs. J. Mestre et B. Fages, *JCP E* 2003. I. 543, obs. D. Mainguy ; Civ. 3^e, 26 mars 2003, *Bull. civ.* III, n° 71, *D.* 2003. 2241, note P. Lipinski, *Defrénois* 2003. 841, note É. Savaux ; Ass. plén. 24 févr. 2006, à paraître au *Bull.* ; Com. 22 nov. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 234, pour des promesses croisées d'achat et de vente valant vente.

¹⁶⁸ Civ. 3^e, 3 nov. 1981, *Bull. civ.* III, n° 173, *JCP* 1982. II. 19867, note E.-M. Bey, *RTD civ.* 1982. 434, note Ph. Rémy (promesse insérée dans un contrat de crédit-bail), Civ. 3^e, 26 mars 2003, préc. (promesse de vente dans un contrat de transaction).

bénéficiaire. Pendant toute la durée de la promesse, promettant et bénéficiaire se trouvent dans une situation d'attente, attente de la réalisation des conditions pour le bénéficiaire, attente de l'exercice de l'option pour le promettant. Le promettant demeure donc titulaire des droits objets du contrat négocié, propriétaire dans le cas d'une promesse de vente, le bénéficiaire ne l'est point encore même si on admet que ce dernier bénéficie d'un « germe de droit » qui lui permet par exemple d'effectuer des mesures conservatoires sur la chose. Le bénéficiaire de la promesse dispose alors du droit d'opter à tout moment pendant la durée prévue par la promesse. Ce « droit d'option » est considéré par la jurisprudence comme un simple droit personnel, un droit de créance, et non comme un droit réel¹⁶⁹. À défaut de lever l'option dans le délai prévu, la promesse cesse de produire ses effets, certainement par caducité¹⁷⁰.

119. Obligations du promettant, « révocation » de la promesse. Pendant cette période d'attente, le promettant est dans une situation ambiguë, cette ambiguïté reposant sur la définition du contrat de promesse et la sanction de l'éventuelle rétractation ou « révocation », terme choisi par l'article 1124 du Code civil, de la promesse par le promettant.

L'article 1124 du Code civil formule désormais une définition claire de la promesse unilatérale de contracter, ainsi que des éléments de son régime. Observons qu'il s'agit de règles nouvelles qui s'inscrivent dans les règles du droit commun des contrats, et non au sein des règles relatives à la vente : ces règles valent donc pour tous les contrats de promesse, pas seulement de promesse de vente.

Ainsi, il dispose que « *la promesse unilatérale 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 dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* » et poursuit en indiquant que « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* » et enfin que « *le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ».

Pour saisir la portée de cette règle, il faut de revenir sur la jurisprudence qui l'a précédée et les enjeux de celle-ci. Certains auteurs estimaient en effet que le promettant est débiteur d'une obligation de ne pas faire : ne rien faire qui puisse

¹⁶⁹ Civ. 26 nov. 1935, *DP* 1936. 1. 37, rapp. Pilon. *Adde* : L. Boyer, « Les promesses synallagmatiques de vente », *RTD civ.* 1949. 1 ; I. Najjar, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif*, LGDJ, 1967. V. ainsi Com. 7 juill. 1949, *Bull.* n° 279, : la créance du bénéficiaire est de nature mobilière même si le contrat définitif porte sur un droit réel immobilier mais *contra* Civ. 3^e, 12 janv. 1994, *D.* 1995. 52, note F. Macorig-Venier, validant la conclusion par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente portant sur un immeuble d'un bail commercial avec un tiers car le bénéficiaire avait été placé « en possession réelle » et bénéficiait de ce fait, « d'un droit de caractère immobilier ».

¹⁷⁰ Civ. 1^{re}, 8 oct. 2003, *CCC* 2004. 3, obs. L. Leveneur.

empêcher le bénéficiaire de lever l'option qu'il a réservée à ce dernier¹⁷¹, l'intérêt étant que, en ce cas, le bénéficiaire pourrait obtenir la destruction du contrat conclu avec un tiers sur le fondement de l'article 1222, alinéa 2, du Code civil. Pour d'autres, ce serait une obligation de donner¹⁷², permettant cette fois une exécution forcée en nature sans difficulté, solution critiquée car elle ferait de la promesse une sorte de « demi-vente ». Pour d'autres encore il pourrait s'agir d'une obligation de faire : maintenir son offre au profit du bénéficiaire, solution que la jurisprudence a retenue. Cette question était déduite de la solution jurisprudentielle donnée au problème de l'exécution forcée en nature, éventuelle, de la promesse de contracter, alors que le promettant s'y refuse, pendant le temps d'efficacité de celle-ci, c'est-à-dire avant que le bénéficiaire lève l'option, question devenue classique et connue comme le problème de la « rétractation » de la promesse par le promettant¹⁷³.

Or, la Cour de cassation s'est prononcée (à un moment où aucune règle légale n'existait) dans un important arrêt *Cruz* du 15 décembre 1993 en défaveur de toute exécution forcée du promettant : « Les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et (...) la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir¹⁷⁴ ». Pour la Cour de cassation, la rétractation par le promettant avant l'échéance de la levée d'option peut utilement s'effectuer et le bénéficiaire n'est créancier que d'une obligation de faire, ce qui l'empêche d'obtenir exécution forcée en nature de la promesse.

À l'inverse, la majorité de la doctrine considérerait que le promettant a engagé son consentement à la vente en concluant cette promesse en sorte que, à la différence de la simple offre de vendre, le promettant ne pourrait rétracter sa promesse : « Le promettant s'étant d'ores et déjà engagé à vendre à des conditions précises, la réalisation de l'opération ne dépendra plus que de la seule volonté du bénéficiaire¹⁷⁵ ». Appuyant ce raisonnement, la doctrine majoritaire

¹⁷¹ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux*, Montchrestien, n°93 ; F. Collart Dutilleul, *op. cit.*, n° 227, A. Terrasson de Fougères, « Sanction de la rétractation du promettant avant levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse de vente », *JCP N* 1995. I. 194. La Cour de cassation a cependant clairement rejeté cette solution, s'agissant des pactes de préférence, dans un arrêt du 10 juillet 2002, Civ. 3^e, 10 juill. 2002, *JCPG* 2002. Pan. 1396 : « L'article 1143 du Code civil n'est pas applicable à la violation d'un pacte de préférence qui met une obligation de faire à la charge du débiteur ».

¹⁷² P. Bloch, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988. 673.

¹⁷³ Le tout, pour autant que la promesse contienne un terme, un délai pour opter ; à défaut, le promettant peut rétracter sa promesse et il lui suffit de le signifier (Civ. 3^e, 25 mars 2009, n° 08-12.237, *RDC* 2009. 995, obs. Y.-M. Laithier), contrairement à la jurisprudence antérieure qui considérerait que le promettant devait mettre en demeure le bénéficiaire d'opter ou de renoncer.

¹⁷⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 9^e éd., 2004, n° 191 ; v. aussi J. Raynard et J.-B. Seube, *Contrats spéciaux*, n° 58, Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, n° 111 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux*, n° 85, C. Paulin, « Promesse et préférence », in « La négociation du contrat », *RTD civ.* 1998. 511.

¹⁷⁵ Civ. 3^e, 15 déc. 1993, *D.* 1994. 507, note F. Bénac-Schmidt, *Somm.* 230, obs. O. Tournafond ; 1995. *Somm.* 88, obs. L. Aynès ; *JCP N* 1995. J. 31, note D. Mazeaud ; *Defrénois* 1994. 35845, obs. Ph. Delebecque, *RTD civ.* 1994. 588, obs. J. Mestre. *Adde* :

considère que cet engagement est irrévocable et qu'il vaut consentement *au contrat de vente promis* (pas seulement au contrat de promesse), une sorte de « demi »-consentement, irrévocable, à la vente qui n'attendrait plus que le consentement, via l'option du bénéficiaire. Dans cette hypothèse, la sanction de pareille rétractation devrait logiquement consister en l'exécution forcée de la promesse unilatérale de vente, par l'exigence du maintien du consentement, et non la solution prétorienne « classique » – certains diront laxiste – consistant en la simple allocation de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire déçu.

La doctrine majoritaire a, dès lors, très largement contesté la solution de 1993 et ce, de manière continue. En effet, une obligation de faire, telle que dégagée par la Cour de cassation, n'est en principe pas susceptible d'exécution forcée, de telle manière que la plupart des auteurs considèrent que l'obligation du promettant ne s'exprime pas dans une obligation de faire. Ensuite, le principe même d'une « rétractation » a été critiqué. La promesse de vente est un contrat et, aux termes de l'article 1193 (ex-art. 1134, al. 2) du Code civil, tout contrat est en principe irrévocable et la rupture unilatérale du contrat n'est pas possible, sauf clause à cet effet ou à considérer la résiliation unilatérale comme fautive. Par conséquent, la doctrine considère que le promettant a déjà, par la promesse, donné son consentement à la vente puisque la levée de l'option par le bénéficiaire formera la vente. Le promettant ne peut rétracter son consentement et le bénéficiaire peut, dans le délai, lever l'option, formant ainsi le contrat malgré la rétractation, inopérante, du promettant, assurant ainsi moins l'exécution forcée de la promesse que le maintien forcé du consentement du promettant. C'est donc par la considération de l'effet obligatoire de la promesse elle-même, indépendamment de ses obligations : « Le promettant n'est pas dans la situation d'un débiteur mais (...) il est, plus fondamentalement, tenu par le contrat¹⁷⁶ ».

Inversement, il paraît difficile de forcer le consentement d'un contractant. La jurisprudence admet, ainsi, que nul ne peut être forcé de demeurer dans les termes d'un contrat. La résiliation unilatérale, irrégulière donc, d'un contrat produit effet, mais en engageant la responsabilité du contractant fautif. Aussi, que la Cour de cassation décèle ou non une obligation de faire, celle de maintenir son offre par le promettant, on pourrait toujours concevoir que le promettant puisse résilier unilatéralement, mais fautivement, le contrat de promesse (du moins jusqu'à la levée d'option)¹⁷⁷, à moins de s'engager vers une

A. Terrasson de Fougères, « Sanction de la rétractation de promettant avant la levée de l'option », *JCP N* 1995. 1. 194 ; F. Collart Dutilleul, « Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordre », *Dr. et patr.* déc. 1995. 58 ; D. Stapylton-Smith, « La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? », *AJPI* 1996. 568, R.-N. Schütz, « L'exécution des promesses de vente », *Deffrénois* 1999. 37021.

¹⁷⁶ P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999. 771, spéc. n° 21 ; R.-N. Schütz, « L'exécution des promesses de vente », art. cit. n° 10-11 ; Ph. Brun, « Le droit de revenir sur son engagement », in « Que reste-t-il de l'intangibilité des conventions ? », *Dr. et patr.* mai 1998, n° 60, p. 78.

¹⁷⁷ En ce sens, D. Mainguy, « L'efficacité de la rétractation de sa promesse par le promettant », *RTD civ.* 2004. 1 ; F. Bellivier et Ruth Sefton-Green, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme »,

conception plus objective du contrat et, admettre, comme le droit allemand, un maintien forcé de l'engagement du promettant. En outre, certains auteurs souhaitant le maintien de la solution jurisprudentielle soutiennent que la rétractation de la promesse de contracter doit pouvoir s'analyser comme une simple résiliation d'un contrat, de promesse, dont l'objet n'est pas une vente ou une demi-vente, mais le seul engagement de promesse. Enfin, des arguments économiques sont parfois apportés au soutien de cette analyse, dans la mesure où on imagine que le promettant rétracte sa promesse pour vendre à un tiers qui propose une somme supérieure à celle attendue du bénéficiaire, ce qui valide les principes de valorisation maximale d'une chose. La Cour de cassation a d'ailleurs maintenu sa jurisprudence, dans un arrêt du 26 juin 1996¹⁷⁸. Le résultat de ces arrêts est que le promettant peut rétracter sa promesse tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée, comme il pourrait rétracter son offre, sauf aménagement contractuel, devenu fréquent pour interdire conventionnellement la rétractation par le promettant et favoriser l'exécution forcée¹⁷⁹ ou pour enchérir la rétractation par une clause pénale.

Pourtant la Cour s'est à nouveau prononcée dans le même sens dans un arrêt du 11 mai 2011¹⁸⁰ dans un sens voisin de l'arrêt de 1993 : « En application des articles 1101 et 1134 du Code civil, la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir et la possibilité d'obtenir la réalisation forcée de la vente ». L'arrêt validait ainsi l'analyse selon laquelle le contrat de promesse n'a pas pour objet le

Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2000, p. 91, D. Stapyllon-Smith, « La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? », art. cit., M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996. 85 et spéc. n° 17.

¹⁷⁸ Civ. 3^e, 26 juin 1996, *Bull. civ.* III, n° 165, *Defrénois* 1996. 36434, obs. D. Mazeaud, *RJDA* 1996. 636, rapp. D. Pronier, *LPA* 30 mai 1997, p. 27, note B. Bévère : « La cour d'appel (a) exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, 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'acquérir ».

¹⁷⁹ Civ. 3^e, 27 mars 2008, *JCP* 2008. II. 10147, note G. Pillet, *D.* 2008. 2973, note S. Amrani-Mekki, *RDC* 2009. 143, obs. Ph. Brun ; 2008. 1239, obs. F. Collart Dutilleul : « si les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente, force était de relever que les actes conclus entre la société Foncière Costa et la société Ogic n'avaient pas stipulé que l'inexécution par la société Foncière Costa de sa « promesse ferme » et de son « engagement ferme et définitif » de vendre se résoudrait par une autre voie que celle prévue à l'article 1142 du Code civil ».

¹⁸⁰ Civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10-12.875 : *D.* 2011. 1457, note D. Mazeaud, et 1460, note D. Mainguy ; *JCP N* 2011. 1163, rapp. G. Rouzet ; *LEDC* juill. 2011. 1, obs. G. Pillet ; *adde* : Y. Paclot et E. Moreau, « L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente » : *JCP* 2011. 736 ; N. Molfessis, « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni », *D.* 2012. 231 ; D. Mainguy, « À propos de "l'affaire de la rétractation de la promesse unilatérale de vente" », *JCP G* 2012. 808 ; comp. Com. 13 sept. 2011, n° 10-19.526 (reproduisant la solution de la Civ. 3^e) et Civ. 3^e, 6 sept. 2011, n° 10-20.362 (contre cette solution).

consentement déjà donné à la vente et excluait l'exécution forcée en nature¹⁸¹ du contrat. Le changement, dans l'arrêt de 2011, tient à ce que ce n'est plus une obligation du promettant qui est en jeu, mais le contrat promis, tout entier, et donc, une question d'exécution forcée du contrat (C. civ., ex-art ; 1184, art. 1226) et non d'une obligation (C. civ., ex-art. 1142, art. 1217). Or, la Cour de cassation rejette ce débat en considérant, de manière radicale, que la rétractation, par le promettant, du contrat de promesse de vente, fait obstacle à la formation de la vente, et par-là même, à son exécution forcée.

L'article 1124 du Code civil, alinéa 2, semblait alors renverser cette solution¹⁸². En effet, il affirme que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis », ce qui semble, à première vue, laisser entendre que la révocation est écartée, inefficace, laissant place à la formation du contrat promis et rendant alors possible l'exécution forcée en nature de la promesse.

La plupart des auteurs affirment que cette solution est acquise, ce qui supposerait que l'exécution forcée en nature d'une promesse soit réellement possible, alors même que la définition de la promesse ne considère pas que la promesse engage le promettant, notamment dans une promesse de vente, comme s'il avait déjà donné son consentement au contrat promis, que l'exécution forcée des contrats serait possible selon l'article 1226 du Code civil, et surtout qu'il en résulterait une atteinte considérable à la liberté de ne plus contracter, formulée pourtant en principe par l'article 1102, atteinte qui mériterait au moins d'être mesurée à l'aune d'un critère de proportionnalité¹⁸³. Or, l'article 1124, s'il précise que la rétractation ne fait pas obstacle à la formation du contrat promis, il n'évoque pas expressément que l'exécution forcée en nature s'impose. Cette absence renvoie donc à l'appréciation générale du juge sur le fondement de l'article 1226 du Code civil, qui ne change pas grand-chose par rapport à l'ancien article 1184 du Code civil, de telle manière que la jurisprudence ancienne a pu perdurer¹⁸⁴ jusqu'à un important arrêt du 23 juin 2021¹⁸⁵ qui

¹⁸¹ V. depuis Civ. 3^e, 12 juin 2013, n° 12-19.105.

¹⁸² L'avant-projet de réforme des contrats spéciaux comporte d'ailleurs de nombreux ajouts visant à renforcer le cas des promesses unilatérales de vente (art. 1587 à 1591).

¹⁸³ Sur l'inconstitutionnalité de l'article 1124 du Code civil : cf. M. Fabre-Magnan, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente. Dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats », D. 2015. 826 ; J. Rochfeld, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747, mais Civ. 3^e, 17 oct. 2019, n°19-40.028, *JCP* 2020. 446, note I. Najjar ; *AJ contrat*, 2019. 550, obs. M. Lagelée-Heymann ; *RTD civ.* 2019. 851, obs. H. Barbier, refusant de transmettre une QPC en ce sens : car « celle-ci ne présente pas un caractère sérieux dès lors que, selon l'article 1124, alinéa 1^{er}, du code civil, dans une promesse unilatérale de vente, le promettant donne son consentement à un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire, de sorte que la formation du contrat promis malgré la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle et ne constitue pas une privation du droit de propriété ».

Adde : A. Gailliard, « Atteinte à la liberté contractuelle et exécution forcée d'une promesse unilatérale de vente », D. actu., 3 déc. 2019.

remet, partiellement mais en tout cas sur le principe, la jurisprudence *Cruz* de 1993. L'arrêt considère en effet que l'exécution forcée de la promesse unilatérale de vente, malgré la rétractation par le promettant avant la levée d'option, permet d'exercer cette option (c'est la solution de l'article 1124), est possible du moins « *lorsqu'elle est possible* », ce qui n'est pas la moindre des limites, notamment lorsque la rétractation a été réalisée par la vente du bien à un tiers, auquel cas il faudrait alors obtenir la nullité de cette vente tierce, ce qui n'est pas une mince affaire.

Ce qui est en jeu est bien plus important que le seul sort de la promesse unilatérale de contracter, mais bien celui, général, de savoir si un engagement peut, ou non être licitement rétracté, ou bien si cette rétractation est « nulle », car illicite¹⁸⁶, facilitant alors l'exécution forcée, en nature, d'un contrat, n'importe quel contrat.

L'enjeu porte sur les contrats de promesse de *vente d'immeuble*, alors que la jurisprudence admet des clauses facilitant l'action du promettant. La jurisprudence, avant 2021, validait de clause imposant le promettant à subir une action en exécution forcée en nature¹⁸⁷, ce qui pourrait désormais s'effectuer en sens inverse. Bien d'autres aménagements favorables au promettant pourraient

¹⁸⁴ Cf. Civ., 3^e, 6 déc. 2018, n°17-21.170, n°17-21.171, *D.* 2019. 298, note Ph. Brun ; p. 301, note M. Mekki, *JCP G* 2019. 408 ; *JCP E* 2019. 1109, note D. Mainguy ; *RTD civ.* 2019. 317, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2019. 398, obs. A. Lecourt ; *CCC* 2019, n° 39, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2019. 22, obs. Y.-M. Laithier, à propos de l'effet dans le temps de la réforme de la Cour de cassation, qui lui permet de réitérer la solution de 2011...

¹⁸⁵ Cass. 3^e civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554, *D.* 2021, p. 1574, note L. Molina ; *JCP G* 2021, 787, n° 1, obs. G. Loiseau ; *CJP E* 2022, 1468, note D. Mainguy ; *JCP N* 2021, n° 27, 1252, note Ph. Pierre et avis Ph. Brun ; *Contrats, conc.consom.* 2021, comm. 147, note L. Leveneur ; *Dr. sociétés* 2021, étude 12, note S. Castagné ; *Dr. sociétés* 2021, comm. 116, note R. Mortier. - *Adde* I. Najjar, « Promesse de vente : un régime juridique désormais unifié » : *JCP G* 2021, 858. L'arrêt de 2021 constitue la suite de celui du 6 décembre 2018 : « 9 (...) 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^{re} Civ., 16 janv. 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^{er} avril 1999, Mme R. 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 ».

¹⁸⁶ Comp. S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, 1997.

¹⁸⁷ Civ. 3^e, 27 mars 2008, n° 07-11.721, *JCP* 2008, G, II, 10147, note G. Pillet ; *RDC* 2008. 734 note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2008. 475, obs. B. Fages.

être envisagés comme l'insertion de clauses pénales ou de clauses d'astreinte d'immeuble. Il porte également sur les contrats financiers, en général fondé sur des « options » qui ne sont jamais que des promesses, où de telles clauses sont permanentes, permettant la « liquidation » d'une « position » lorsque l'inexécution d'une « promesse » (« position ») est constatée une fois passé un court délai (de quelques jours) ou les contrats de cession de titres de société, notamment lorsqu'il s'agit d'une cession de « contrôle ». Nulle indemnité ne peut, effectivement, compenser la perte d'une opportunité d'acquisition, et certaines pertes d'opportunité sont plus durement vécues, à la fois pour le bénéficiaire évincé (le bénéficiaire d'une promesse de cession de titres, ou d'une belle maison) et pour l'ordre juridique lui-même dans laquelle une telle promesse s'insère (contrats financiers).

Ce qui choquait précisément, dans la jurisprudence d'avant 2021, et qui justifiait les oppositions, parfois radicales, qui s'expriment en doctrine, c'est ainsi la possibilité qui semble être laissée au promettant de se rétracter, soit par caprice soit, plus sûrement, parce qu'il peut conclure un contrat avec un tiers, plus profitable pour lui, alors que le bénéficiaire ne peut obtenir que des dommages et intérêts symboliques, dans la mesure où le bénéficiaire peut reporter son choix sur un autre objet substituable. La « faute lucrative » du promettant serait ainsi promue, sauf, à supposer que lorsque la jurisprudence de 2011 se maintient, c'est-à-dire lorsque la chose objet de la promesse n'est pas ou plus disponible entre les mains du promettant, à ce que la jurisprudence sanctionne sévèrement, par des dommages et intérêts appropriés, l'inexécution du contrat de promesse au profit du bénéficiaire, sur la base d'un préjudice qui pourrait ne pas être la perte de chance de conclure le contrat, mais un préjudice de frustration par exemple.

120. Obligations du promettant, cession du bien à un tiers. Par ailleurs, le promettant ne peut pas disposer du bien objet de la promesse, interdiction qui n'est pas sans poser quelques difficultés, outre le fait que cette hypothèse est voisine de la précédente. Si le promettant vend, à meilleur prix on imagine, le bien à un tiers malgré la promesse, il engagerait sa responsabilité contractuelle à l'égard du bénéficiaire. Mais ce dernier pourrait-il demander l'annulation de la vente consentie par le promettant au tiers au mépris de son droit issu de la promesse ? Avant la réforme de 2016, cette possibilité était limitée. Le bénéficiaire ne disposait en effet que d'un droit personnel contre le promettant et non d'un droit réel sur ce bien. Aussi n'avait-il guère de moyen pour défendre son droit. Tout au plus ceux offerts par les règles de la responsabilité ou de l'action paulienne de l'article 1341-2 (ex-art. 1167) du Code civil. Si le tiers connaissait l'existence de la promesse, il a commis une faute en acquérant ce bien qui pourrait justifier que le juge prononce l'inopposabilité de l'acquisition à l'égard du bénéficiaire de la promesse plutôt que de choisir un mode de réparation par l'allocation de dommages et intérêts. Observons que le fait de publier la promesse à la conservation des hypothèques ne change rien à cette solution : le tiers n'est pas de ce fait censé la connaître puisqu'aux termes des règles de la publicité foncière, il ne s'agit que d'une inscription facultative. Ici

encore, ce raisonnement était suspendu à l'éventuelle extension de l'arrêt du 26 mai 2006 (v. ss 81). Or, c'est précisément la solution que promeut l'article 1124, alinéa 3, du Code civil en précisant que « le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ». Est nul le contrat conclu avec le tiers, ce qui devrait permettre alors au promettant de redevenir propriétaire ; ce faisant, à supposer que l'exécution forcée en nature d'une promesse de contracter soit possible, le bénéficiaire devrait pouvoir obtenir satisfaction.

121. Dénouement de la promesse : Levée de l'option. Le bénéficiaire peut, jusqu'à l'expiration du délai fixé dans le contrat de promesse, lever l'option.

Il peut, en premier lieu, choisir de ne pas lever l'option, de façon expresse, en renonçant à la promesse ou, simplement, en gardant le silence pendant tout ce délai. La promesse prend alors fin, par caducité¹⁸⁸. Le promettant retrouve sa liberté et il conserve l'indemnité d'immobilisation, versée comme prix de la réservation par le bénéficiaire. On aurait pu estimer que le promettant s'est enrichi sans cause, pour obtenir restitution de l'indemnité. Ce serait se leurrer sur le fondement de cette indemnité : non une clause pénale ou un dédit mais le prix de la réservation.

Il peut, surtout, lever l'option manifestant par là son consentement à la vente que la promesse prépare. C'est alors à ce moment que la capacité et le pouvoir du bénéficiaire ou de son successeur seront examinés puisque c'est à ce moment qu'il s'engage véritablement. C'est aussi à cette date que l'évaluation de l'immeuble est mesurée afin d'envisager une éventuelle rescision pour lésion.

Acte unilatéral, la levée de l'option n'est soumise à aucune forme particulière, à moins que la promesse ait fixé par une clause une exigence particulière (par exemple une levée d'option par lettre recommandée) comme c'est souvent le cas¹⁸⁹.

***** Les pactes de préférence**

122. Définition. Le pacte ou accord de préférence, ignoré du Code civil¹⁹⁰ jusqu'à la réforme du droit des contrats de 2016¹⁹¹. L'article 1123 du Code civil propose une définition correspondant à sa description usuelle : « Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. »

¹⁸⁸ Par conséquent, la levée tardive de l'option est sans effet : Civ. 1^{re}, 8 oct. 2003, CCC 2004. 3, obs. L. Leveneur.

¹⁸⁹ Civ. 3^e, 7 janv. 1987, *Bull. civ.* III, n° 7.

¹⁹⁰ Mais comp. CPI, art. L. 132-4, s'agissant des formules de préférence dans des contrats d'édition conclu avec un auteur (CPI, art. L. 132-4) et encore, pour limiter à cinq le nombre d'œuvre futures réservées avec un éditeur.

¹⁹¹ L'avant-projet de réforme des contrats spéciaux intègre deux dispositions nouvelles, l'une concernant le prix d'un pacte ou la question de sa durée (art. 1586) et l'autre concernant l'exigence d'une « notification » que le promettant doit adresser au bénéficiaire du pacte, solution de bon sens qui pallie quelques défauts de la réforme de 2016.

Le pacte de préférence présente également des similitudes avec les contrats de promesse : il est un contrat de réservation qui est utilisé essentiellement pour préparer une vente et surtout une vente d'immeuble, une cession de fonds de commerce ou de droits sociaux, voire de contrat¹⁹². Ces pactes de préférence sont, d'ailleurs, fréquemment insérés dans d'autres contrats : dans un contrat de bail, au profit du locataire, dans une vente, pour un objet accessoire ou voisin.

Une personne, le promettant, réserve à son partenaire, le bénéficiaire, la priorité de l'offre de conclusion d'une vente future, pour le cas où il déciderait de la vendre. Rien n'est assuré : le promettant n'est pas certain de se décider à proposer le contrat, le bénéficiaire pas certain donc, de le conclure et le contenu du contrat n'est pas définitivement arrêté.

Il s'agit, donc, d'une priorité d'acquisition éventuelle accordée à une personne. Là réside, d'ailleurs, la principale différence entre le pacte de préférence et la promesse unilatérale de vente. Où le premier nécessite, pour que la vente soit effectivement conclue, un nouvel accord émanant tant du promettant que du bénéficiaire, la seconde se suffit de l'accord du bénéficiaire seul, par la levée de l'option, le promettant. En outre, le prix de vente n'est généralement pas encore fixé dans le pacte de préférence.

123. Conditions. Le pacte de préférence n'est soumis à aucune autre condition que celles du droit commun des contrats. Une exception peut être identifiée à travers le pacte de préférence portant sur un droit d'auteur réglementé par l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle. Il convient alors que le pacte de préférence porte sur un objet déterminé et pour un acte à venir, également déterminé. Il n'est pas nécessaire que le prix soit déterminé dans le pacte de préférence¹⁹³ ou qu'il contienne un délai déterminé pour l'exercice du droit de priorité¹⁹⁴ de telle manière que le pacte peut être conclu pour une durée indéterminée, solution particulièrement dangereuse car le vendeur peut alors être tenu indéfiniment dans la mesure où la prescription ne joue alors pas (*contra non valentem agere non currit praescriptio* : la prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir), ou bien pour une durée déterminée, solution plus fréquente.

124. Effets du pacte de préférence. Le droit de priorité du bénéficiaire s'analyse en un droit de créance, l'obligation pour le promettant de réserver son offre au bénéficiaire et, implicitement, de ne pas offrir ce bien à la vente à un tiers sans l'avoir préalablement présentée au bénéficiaire¹⁹⁵. Celui-ci dispose donc d'un

¹⁹² Civ. 1^{re}, 6 juin 2001, *RJDA* 2002. 25, à propos d'un courrier établi entre deux cocourtiers assurant une « priorité de reprise » du contrat par l'un des deux cocontractants au profit de l'autre.

¹⁹³ Civ. 1^{re}, 6 juin 2001, préc., Civ. 3^e, 15 janv. 2003, *D.* 2003. 1110, note H. Kenfack, *CCC* 2003. 71, obs. L. Leveneur.

¹⁹⁴ Civ. 1^{re}, 22 déc. 1959, *Bull. civ.* I, n° 558, *JCP* II. 11494. note P.E. ; Civ. 3^e, 15 janv. 2003, préc.

¹⁹⁵ Inversement, si le bénéficiaire ne se déclare pas intéressé, le promettant peut vendre librement la chose objet du pacte de préférence : Civ. 3^e, 29 janv. 2003, *Bull. civ.* III, n° 24.

simple droit de créance contre le promettant, qui peut d'ailleurs faire l'objet d'une cession pour autant que le pacte de préférence ne soit pas affecté d'un *intuitu personae*¹⁹⁶. Le promettant supporte en principe une obligation de présenter une offre au bénéficiaire dans les conditions prévues par le pacte, ce qui justifie la précision contractuelle en la matière, qui, s'il l'accepte, forme le contrat.

La question principale, cependant, est, comme en matière de promesse de vente où les enjeux sont finalement assez voisins, de mesurer les sanctions éventuelles du promettant défaillant ou qui vendrait la chose objet du pacte à un tiers malgré l'engagement de préférence à un tiers¹⁹⁷. Comme en matière de promesse, la jurisprudence précédant la réforme permet de la comprendre, étant entendu que l'article 1123 propose un régime reprenant ces solutions jurisprudentielles et ajoute une technique particulière, celle de « l'action interrogatoire ».

Si le promettant n'exécute pas correctement son obligation, le promettant engage sa responsabilité contractuelle. L'obligation est, cependant, strictement observée : la préférence ne joue que pour les actes visés dans le pacte de préférence. Ainsi, l'obligation ne joue que si le promettant vend ; qu'il décide d'apporter le bien objet du pacte en société, de le donner, d'effectuer une dation en paiement..., le pacte de préférence ne jouera pas (à moins qu'il ait prévu ces hypothèses)¹⁹⁸.

125. Exécution forcée en nature du pacte de préférence. La principale difficulté demeure, comme pour la promesse, celle de l'exécution forcée du pacte de préférence. Si le promettant s'est simplement abstenu, l'allocation de dommages et intérêts peut suffire. Imposer l'exécution forcée en nature supposerait de contraindre à l'exécution de l'obligation de présenter une offre au bénéficiaire, dans les conditions prévues.

Si, en revanche, le promettant a cédé la chose objet du pacte à un tiers, la situation du bénéficiaire est autrement plus délicate. L'exécution forcée du pacte suppose d'une part l'annulation de la vente réalisée avec le tiers et, d'autre part, l'exécution forcée de la relation avec le bénéficiaire. Il convient, en effet, suivant les solutions jurisprudentielles, de distinguer selon que le tiers ignorait ou connaissait l'existence du pacte de préférence. Dans le premier cas, le tiers est considéré comme de bonne foi. Le pacte de préférence est une convention inopposable au tiers, selon la règle de l'article 1199 (ex-art. 1165) du Code civil. Par conséquent, le bénéficiaire peut simplement demander les dommages et intérêts au promettant et point au tiers¹⁹⁹. Dans le second cas, en revanche, le tiers est considéré comme de mauvaise foi. La vente conclue entre le promettant et le tiers peut alors être annulée si, en outre, le tiers connaissait l'intention du

¹⁹⁶ V. arrêt, Civ. 3^e, 4 janv. 1995, *Defrénois* 1996. 36100, note Ph. Delebecque, avait considéré que les règles de l'article 1690 du Code civil, applicable à la cession de créance, devaient avoir été respectées, même si la créance était cédée avec le contrat principal, alors qu'une analyse en termes de cession de contrat évince cette condition.

¹⁹⁷ D. Mainguy, « La violation du pacte de préférence », *Dr. et patr. déc.* 2005. 65.

¹⁹⁸ Ph. Malaurie et L. Aynès, n° 143 ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, n° 68.

¹⁹⁹ Civ. 3^e, 24 mars 1999, *RJDA* 1999. 536.

bénéficiaire de se prévaloir du pacte, ce qui suppose, pour le bénéficiaire, de démontrer, ce qui paraît bien difficile, ces deux éléments. C'est d'ailleurs la solution retenue par l'article 1123, alinéa 2, du Code civil : « Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu ». La solution reprend celle retenue par la jurisprudence avant la réforme qui considérait qu'une fraude aux droits du tiers peut en effet être reprochée au tiers par le bénéficiaire pour obtenir l'annulation ou la substitution du contrat conclu avec ce tiers²⁰⁰. Cette solution aux allures martiales présentait cependant le grand avantage d'être proclamée sans être appliquée. Demeure, en effet, la question des suites de l'annulation du contrat conclu avec le tiers en contravention des termes du pacte. Le bénéficiaire peut-il être substitué au tiers alors que le promettant, en traitant avec ce tiers, a manifestement fait état de son refus de contracter avec le bénéficiaire ? C'est une question difficile car cette substitution constituerait une sanction en nature de l'obligation violée. La jurisprudence ne l'admettait cependant qu'avec beaucoup de prudence²⁰¹ jusqu'à un arrêt important du 26 mai 2006²⁰² qui a décidé 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 ». Même si, en l'espèce, les conditions n'étaient ici pas rapportées, il en résultait donc que la Cour de cassation prenait acte de la possibilité de prononcer l'annulation et la substitution du bénéficiaire à la place du tiers contractant, malgré bien des critiques sur cette solution qui, finalement, nie l'indépendance du pacte de préférence, et peut-être de tous les contrats préparatoires. Depuis, la Cour de cassation a pu appliquer cette solution de manière efficace en 2007²⁰³ puis a semblé reculer en 2009 en affirmant que la connaissance de l'existence du pacte de préférence s'apprécie au moment de la

²⁰⁰ Civ. 3^e, 26 oct. 1982, *Bull. civ.* III, n° 208 ; Com. 7 mars 1989, *D.* 1989. 231, concl. M. Jéol, *JCP* 1989. II. 21316, concl. M. Jéol et note Y. Reinhard.

²⁰¹ Civ. 3^e, 26 oct. 1982, préc. mais *contra*, Com. 7 mars 1989, préc. *cf.* Civ. 3^e, 30 avr. 1997, *Bull. civ.* III, n° 96 ; *D.* 1997. 475, note D. Mazeaud ; *JCP* 1997. II. 22963, note H. Thuillier, *CCC* 1997, n° 129, obs. L. Leveneur, *Defrénois* 1997. 1007, obs. Ph. Delebecque ; mais à nouveau, Civ. 3^e, 10 févr. 1999, *RJDA* 1999, n° 392, censurant l'arrêt d'appel qui avait annulé la vente « sans rechercher si l'acheteur avait eu connaissance de l'intention du titulaire à faire usage de son droit » et v. C. Atias, « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi », *D.* 1998. Chron. 203.

²⁰² Ch. mixte 26 mai 2006, *D.* 2006. 1864, note D. Mainguy, 1861, note P.-Y. Gautier.

²⁰³ Civ. 3^e, 31 janv. 2007, *D.* 2007. 1698, note D. Mainguy (preuve non rapportée) ; Civ. 3^e, 14 févr. 2007, *RDC* 2007. 701, obs. D. Mazeaud, *Defrénois* 2007. 1048, obs. R. Libchaber, retenant au contraire les preuves rapportées, tant de la connaissance du pacte de l'intention de l'exercer. *Adde.* H. Kenfack, « Le renforcement de la rigueur du pacte de préférence », *Defrénois* 2007. 38621 ; Civ. 3^e, 3 nov. 2011, *CCC* 2012. 60.

formation du contrat tiers²⁰⁴. L'article 1123, alinéa 2, offre alors un fondement légal aux solutions à venir.

126. Action interrogatoire. L'article 1123, alinéas 3 et 4, offre cependant une solution alternative originale mais peu efficace, à travers le mécanisme de l'action interrogatoire. Le tiers peut en effet « demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence, et s'il entend s'en prévaloir ». Le but est ici de sécuriser la transaction envisagée par le tiers, même s'il serait très utile d'interroger surtout et en premier le promettant, qui doit savoir encore mieux si un tel pacte existe, le tiers, par hypothèse ignorant l'existence du pacte de préférence et donc celle du bénéficiaire. L'intérêt en effet est de ménager la circulation de l'information sur l'existence du pacte ; en effet, à défaut de réponse du bénéficiaire, ce dernier perd toute possibilité d'agir en substitution au contrat conclu avec le tiers (C. civ., art. 1123, al. 4)²⁰⁵.

B. – La conclusion du contrat : rencontre de l'offre et de l'acceptation

127. Mécanisme de l'offre et de l'acceptation. – La conclusion du contrat est révélée par la rencontre des volontés, somme des deux volontés dont rend compte la dissociation, un peu mécanique et abstraite, mais finalement bien pratique (C. civ., art. 1113), de l'offre (1) et de l'acceptation (2). Il convient de relativiser la portée de cette distinction et du jeu de l'offre et de l'acceptation : la négociation des contrats rend compte d'une technique de formation des contrats beaucoup plus subtile, coopérative, parfois contractuelle, alors que la mécanique de l'offre et de l'acceptation semble présenter la conclusion des contrats comme un match de tennis : elle vaut pour des contrats simples, de conclusion rapide, comme la vente de biens de consommation.

1 – L'offre de contracter

128. Définition. – L'offre dite aussi sollicitation est la proposition unilatérale faite par une personne soit à une ou plusieurs personnes déterminées, soit à une ou plusieurs personnes indéterminées, au public par exemple, de conclure un contrat déterminé à des conditions déterminées de telle sorte que l'acceptation de son destinataire, ou du premier de ses destinataires, suffit à former le contrat (C.

²⁰⁴ Civ. 3^e, 25 mars 2009, *RDC* 2009. 991, obs. Y.-M. Laithier. En revanche le tiers ne commet aucune faute en n'interrogeant pas le bénéficiaire sur son intention d'exercer son pacte de préférence : Civ. 3^e, 29 juin 2010, *RDC* 2011. 30, obs. E. Savaux.

²⁰⁵ Par ailleurs, le tiers professionnel n'est pas tenu d'effectuer des recherches visant à savoir si la chose qu'il acquiert n'est pas objet d'un pacte de préférence et si le bénéficiaire entenu s'en prévaloir. Pareille reconnaissance d'un *devoir interrogatoire* aboutirait à une forme de renversement de la charge de la preuve puisque, alors, le fait de ne pas s'être renseigné lui serait opposé. Or, la jurisprudence s'en tient à sa formule traditionnelle (Cass. civ. 1^{ère}, 4 mars 2021, n° 19-22.971, D. 2021, p. 525, *RTD civ.* 2021, p. 634 ? obs. H. Barbier, p. 663, obs. P.-Y. Gautier).

civ., art. 1114).

L'offre doit être distinguée des simples propositions de contracter, « appel d'offre », « invitation aux pourparlers », « offre d'emploi », qui n'en ont pas la vigueur et n'en produiront pas les effets, soit parce qu'elles ne contiennent pas tous les éléments objectifs nécessaires et suffisants, soit parce qu'elles n'expriment pas la volonté du pollicitant d'être engagé dès qu'un destinataire acceptera. L'offre, de ce point de vue, dépend du seul pollicitant, c'est un acte unilatéral, même si elle peut être contractualisée, par exemple par une promesse de contracter. Seule produit les effets d'une offre les propositions remplissant certaines conditions.

129. Conditions de l'offre : précision et fermeté. L'offre doit être précise et ferme pour pouvoir produire effets.

L'offre doit être précise, puisque la simple acceptation, un simple « oui » du destinataire formera le consentement et donc le contrat. Elle doit ce faisant comporter les indications nécessaires à la formation du contrat (Cf. supra, n°70), la nature du contrat à conclure, les éléments nécessaires à sa conclusion (prix et chose pour la vente, etc.). Peu importe donc qu'elle ne comporte pas d'autres éléments accessoires, comme le lieu du paiement ou peu importe sa forme²⁰⁶. A défaut elle est une simple invitation à entrer en pourparlers (C. civ., art. 1114).

L'offre doit encore être ferme ; elle doit exprimer une volonté nette de conclure le contrat si elle est acceptée. L'originalité de l'offre par rapport à la proposition de contracter tient à ce que l'offrant confère au destinataire de l'offre le pouvoir de former le contrat par sa simple acceptation : il lui reconnaît « *le dernier mot* » dans la formation du consentement et, partant, du contrat. Dès lors elle n'est pas ferme lorsqu'elle comporte des réserves, comme une lettre qui envisagerait de conclure un contrat (cf. supra n°36 s. les lettres d'intention, une petite annonce précisant que le prix est à débattre, ou une formule indiquant que la proposition n'est pas contractuelle. Les réserves portent également sur la qualité du destinataire de l'offre ou de l'offrant : par exemple une offre d'emploi est faite sous la réserve, tacite ou expresse de l'adaptation du candidat, et donc du respect de l'*intuitus personae* qui caractérise ce contrat.

La forme de l'offre importe peu. L'offre est en principe expresse lorsqu'elle résulte d'écrit ou de propos explicites. L'offre peut également être tacite lorsqu'elle résulte de comportements non équivoques.

Tout le problème dépasse cette question pour apparaître comme une question d'extériorisation de l'offre : une lettre, une petite annonce, un geste, des conditions générales de vente, un document publicitaire, une parole ou le simple fait de placer des marchandises sur un étal ou des gondoles d'une grande surface, d'où la proposition selon laquelle les professionnels sont en *état d'offre permanente*, solution très favorable au destinataire de l'offre. C'est ce qui justifie que le commerçant est tenu par le prix, même erroné, figurant sur l'annonce de prix par exemple. Cependant, cette qualité d'offreur permanent peut être aménagée, et notamment dans les rapports entre professionnels. Ainsi,

²⁰⁶ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2015, RTD civ. 2015, p. 864, obs. H. Barbier.

les *conditions générales de vente* manifestent l'explicitation de l'offre d'un professionnel, leur formalisation, et inversement, les *conditions générales d'achat* manifestent les conditions de l'acceptation du destinataire de l'offre. Cette situation justifiant les clauses dans les conditions générales de vente selon laquelle l'offre n'est valable que pour autant qu'elle soit finalement acceptée par l'offrant²⁰⁷ ou alors l'offre faite sous réserve, par exemple de l'épuisement des stocks. Lorsqu'elle est émise par un professionnel à destination de consommateurs, l'offre est soumise à un important formalisme et fait l'objet d'une réglementation quant à son contenu. Par exemple, l'offre de vente doit comporter, par étiquetage par exemple, des informations sur les caractéristiques essentielles du bien offert à la vente (C. consom., art. L. 111-1).

130. Effets de l'offre. – L'offre acceptée forme le contrat. A contrario, l'offrant n'est pas contractuellement engagé tant que le destinataire ne l'a pas acceptée. L'offre acceptée apparaît comme l'acte de volonté de l'offrant, qui participe à la formation du consentement : la simple offre devient, alors, l'acte volontaire de l'une des parties et les conditions de l'offre acceptée deviennent les conditions mêmes du contrat. C'est à ce moment, par conséquent, que l'offre remplit son effet principal.

Les difficultés reposent sur les effets et le régime de l'offre avant son acceptation

En principe, l'offre non acceptée ne produit pas d'effet juridique dans la mesure où elle exprime la volonté, unilatérale, de son auteur et peut être librement retirée.

On admet par exception cependant que l'offre produit des effets juridiques dans la mesure où l'offre est destinée à être acceptée et, par conséquent, à lier son auteur tant qu'elle n'a pas été révoquée ou n'a pas été atteinte de caducité.

L'écoulement du temps, la disparition de la chose offerte à la vente, par exemple, emporte en effet la caducité de l'offre. Plus complexe est la situation du décès de l'offrant. La jurisprudence a ainsi longtemps hésité⁽²⁰⁸⁾ et tout dépend aussi de l'importance de la personnalité de l'offrant c'est-à-dire selon le contrat à conclure était ou non un contrat *intuitu personae*.

131. Révocation de l'offre avant son acceptation. – L'offre non encore acceptée peut-elle être rétractée par son auteur ? D'un côté, l'offre est un acte unilatéral qui ne lie pas son auteur tant qu'elle n'a pas été acceptée mais, d'un autre côté, on peut estimer que la sécurité du destinataire de l'offre mérite attention.

L'article 1115 du Code civil dispose que l'offre peut être rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. Lorsqu'elle est parvenue à son destinataire, l'offre ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par

²⁰⁷ Cf. Cass. com. 6 mars 1990, *Bull. civ.* IV, n°74, *JCP* 1990, II, 21583, note B. Gross.

²⁰⁸ Civ., 3ème, 9 novembre 1983, *Bull. civ.* III, n°222, *RTD civ.* 1985. 154, obs. J. Mestre : pas de caducité ; Civ. 3ème 10 mai 1989, *D.* 1989.365, note G. Virassamy : caducité de l'offre ; Civ. 3ème, 10 déc. 1997, *Bull. civ.* III, n°223 : pas de caducité.

l'auteur de l'offre²⁰⁹, ou, à défaut, d'un délai raisonnable (C. civ., art. 1116)²¹⁰ qui peut être implicite²¹¹. La révocation est par ailleurs impossible lorsque l'offre est assortie d'un délai imposé par la loi (C. consom, art. L. 311-5 et L. 312-10 en matière de crédit à la consommation ou de crédit immobilier). La rétractation de l'offre est inefficace en principe.

Ces questions ne règlent pas le problème de la sanction de la révocation anticipée de l'offre, notamment lorsque le destinataire l'a reçue ou qu'elle était assortie d'un délai (non légal), tant qu'elle n'a pas été acceptée valablement.

La durée de ce délai, généralement assez brève est appréciée par les juges du fond mais, à la différence de la situation précédente, sa violation n'est sanctionnée que par des dommages et intérêts.

Avant la réforme du droit des contrats, la question était discutée. L'article 1116, al. 2, indique « *La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat* », ce qui règle cette question, dans le sens d'un libéralisme cohérent avec les règles de la négociation.

On admet alors qu'en principe l'offre peut être révoquée tant qu'elle n'a pas été acceptée et le destinataire ne peut exercer d'action en conclusion forcée du contrat. Ce principe est cependant tempéré par les règles de la responsabilité civile. La faute consistera à retirer une offre alors que le destinataire pouvait, encore, légitimement, compter sur son maintien. L'offrant a alors créé une apparence trompeuse. L'idée est d'offrir une certaine protection au destinataire de l'offre : si le principe de libre révocation est érigé sans limite, le destinataire de l'offre peut être tenté d'accepter sans réflexion, de peur que l'offre soit révoquée abruptement, ou d'engager des frais d'étude en pure perte.

En revanche, le préjudice subi par le destinataire ne peut être la perte de chance d'avoir conclu le contrat.

- 132. Caducité de l'offre.** – L'offre prend fin lorsqu'elle est révoquée, ou bien à l'expiration du délai fixé, ou d'un défaut raisonnable, ou encore en cas de décès ou d'incapacité de l'auteur de l'offre (C. civ., art. 1117).

2 – L'acceptation de l'offre

- 133. Définition.** – L'acceptation est l'acte de volonté, unilatéral, par lequel le destinataire de l'offre acquiesce à l'offre, dans le délai prévu, et qui, réalisant la communauté d'opinions entre les contractants, opère le consentement.

L'acceptation doit intervenir à un moment où l'offre est maintenue par son auteur, dans le délai prévu. L'acceptation serait tardive et inefficace si elle intervenait à un moment où l'offre a été révoquée ou est devenue caduque ou a

²⁰⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1958, *Bull. civ.* I, n°579, *RTD civ.* 1959, p. 336, obs. J. Carbonnier : « *si une offre 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 expressément ou implicitement engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque* ».

²¹⁰ Civ. 3^{ème}, 28 nov. 1968, *Bull. civ.*, III, n°60, *JCP* 1969, II, 15797 ; Civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, *D.* 1993, *D.* 1993.493, note G. Virassamy.

²¹¹ Civ. 3^{ème}, 10 mai 1972, *Bull. civ.* III, n° 297, *RTD civ.* 1972.773, obs. Y. Loussouarn.

été saisie par une précédente acceptation d'un autre destinataire

Par principe, l'acceptation est toujours libre et, donc, le destinataire de l'offre est toujours libre de ne pas l'accepter.

134. Contenu de l'acceptation. – L'acceptation doit être identique à l'offre. S'il n'y a pas cette concordance, il n'y a pas d'accord des volontés. Il convient donc que l'acceptation soit *pure et simple*.

Lorsque le destinataire de l'offre n'accepte pas purement et simplement cette offre, il accepte une partie de l'offre et modifie une autre partie : il ne peut pas y avoir acceptation. Il formule alors une « *contre-proposition* », « *une contre-offre* », initiant une négociation informelle, un marchandage. La situation est alors renversée : le destinataire de la première offre se transforme en offrant et c'est l'acceptation éventuelle de l'offrant initial, devenu destinataire de l'offre seconde (la contre-proposition), qui vaudra acceptation et formera le consentement.

Il est parfois assez difficile de connaître l'étendue de ce qui a été accepté par exemple parce qu'un document a été annexé, parce que des clauses figurent en tout petit caractère, parce qu'une mention réfute le caractère contractuel d'une clause... En règle générale, on considère que c'est à celui qui se prévaut d'une telle acceptation de prouver qu'elle a eu lieu, ce qui suppose leur connaissance préalable.

Par ailleurs, l'acceptation d'une offre doit porter sur certains éléments : il convient, et il suffit, que l'accord porte sur les éléments essentiels du contrat, chose et prix pour la vente (C. civ., art. 1582), chose, prix, durée pour le bail, mission, rémunération, lieu de travail pour le contrat de travail...

Lorsqu'il n'y a pas accord sur les éléments essentiels du contrat, l'échange des consentements est incapable de former le contrat mais un *accord de principe* peut être identifié.

Lorsqu'il y a accord sur les éléments essentiels du contrat mais pas sur tous les éléments du contrat – on parle alors d'*accord partiel* : le contrat est en principe conclu, et les éléments qui n'ont pas fait l'objet de l'accord sont écartés au profit des dispositions légales supplétives ; par exception cependant, il est possible que les parties aient « *essentialisé* » certains éléments (condition de garantie, de règlement ...) qui sont alors traités comme des éléments essentiels.

135. Forme de l'acceptation. – En principe, comme celle de l'offre, la forme de l'acceptation est libre sauf quelques exceptions (ex : acceptation de la solidarité C. civ., art. 1202 acceptation de l'offre d'un prêt immobilier à un consommateur) et la liberté des formes est, ici aussi, applicable.

Dès lors, la manifestation de volonté de l'acceptant pourra être expresse, de la signature d'un écrit par devant notaire à la simple manifestation verbale ou même au simple hochement de tête ou tacite en passant par le fait de glisser une pièce dans un distributeur automatique : les manifestations tacites d'acceptation sont plus fréquentes que les manifestations tacites d'offres. Il est plus facile, en effet, d'accepter tacitement une offre formulée que de prendre tacitement l'initiative de relations contractuelles. C'est ainsi que la jurisprudence admet que

l'acceptation peut résulter de l'exécution du contrat ou d'un commencement d'exécution offert par le destinataire de l'offre.

136. Silence et acceptation. – Plus délicate est la question de savoir si l'acceptation peut résulter du silence gardé par le destinataire de l'offre.

Contrairement à l'adage populaire, en droit, en principe, « *qui ne dit mot ne consent pas* » comme l'a affirmé la Cour de cassation dans un vieil arrêt du 25 mai 1870²¹². Par conséquent, le défaut de réponse à un courrier, l'absence de réponse l'envoi d'une facture, le non-retour d'une bien livré sans commande préalable (qui constitue par ailleurs l'infraction pénale de vente forcée, C. consom., art. L. 122-3), ne sont pas équivalents à une acceptation.

Il en est différemment, par exception. Traditionnellement, quelques cas particuliers avaient été identifiés au fil des décisions de la jurisprudence. Cependant, la Cour de cassation considère aujourd'hui et de manière plus générale que s'il est de principe que le silence ne vaut pas acceptation, « *il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation* »²¹³, décision qui utilise les accents du principe de cohérence contractuelle.

L'article 1120 du Code civil considère de manière générale que « *à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières* ».

Des règles légales, en droit des assurances par exemple, existent parfois (C. ass., art. L. 112-1), des usages également. Ainsi, il est d'usage, général, entre commerçants, que le silence opposé à une lettre de confirmation émanant de l'offrant et récapitulant les éléments de l'accord auquel les parties sont parvenues vaut acceptation²¹⁴.

Les « *circonstances particulières* » peuvent consister en une disposition contractuelle comme en présence d'une clause de tacite reconduction qui assure le renouvellement d'un contrat dans le silence des parties.

Cette hypothèse voisine la question des *usages contractuels* nés de relations d'affaires continues entre deux parties : des habitudes se forment sur la base des relations contractuelles antérieures. Par exemple, lorsque des commandes sont effectuées auprès d'un fournisseur selon des termes systématique, le silence conservé par le vendeur à une commande vaut acceptation.

Le silence vaut également acceptation lorsque l'offre est effectuée dans l'intérêt exclusif de son destinataire, comme une offre d'augmentation de salaire ou de

²¹² Cass. civ. 25 mai 1870, DP 0870.1.257, *Grands arrêts*, n° 84 et Civ. 1ère, 6 avril 1996, RTD civ. 1996.894, obs. J. Mestre : « *en droit le silence de celui qu'on prétend obliger ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée* » ; adde CVIM, art.18, PECL, 2:204, Principes Unidroit, art. 2.1.6, al.1, avant-projet de réforme, art. 1105-6.

²¹³ Cass. civ. 1ère, 24 mai 2005, RDC 2005, p. 1007, obs. D. Mazeaud, RTD civ. 2005, p. 588, obs. J. Mestre et B. Fages.

²¹⁴ Cass. civ. 2è, 21 mai 1951, bull. civ., II, n°128, Cass. civ. 2ème, 6 juill. 1966, Bull. civ. II, n°737.

baisse de loyer²¹⁵.

137. Moment et lieu de l'acceptation : les contrats entre absents. – Pour les contrats simples, l'offre et l'acceptation sont presque concomitantes. Parfois cependant les contrats sont conclus alors que les parties ne sont pas présentes. L'offre et l'acceptation se rencontrent mais ne sont pas nécessairement émises au même moment, par téléphone par exemple, ne serait-ce qu'en raison des exigences de formalisme des échanges. L'échange des volontés s'effectue alors dans la durée, notamment lorsque les échanges s'effectuent par correspondance. Délicate est la question de savoir comment, où et à quel moment l'acceptation forme le contrat.

Les problèmes sont nombreux, est-ce par le simple fait de l'acceptation par son auteur, effectuée à une date particulière, ou par la connaissance que peut en avoir son destinataire, l'offrant, à une date postérieure ? Quelle est la loi applicable, ou la juridiction compétente lorsque les contractants sont séparés par une grande distance ?

On parle alors de « *contrat entre absents* » extrêmement fréquent dans les relations d'affaires ou avec les consommateurs car ils représentent l'ensemble des contrats conclus par correspondance et aujourd'hui des contrats électroniques.

Les enjeux de la localisation spatiale et temporelle de la conclusion, et donc du contrat, sont d'ordre interne et d'ordre international.

En droit interne, se posent des problèmes de compétence juridictionnelle *ratione loci* mais aussi nombre de problèmes pratiques. Ainsi, en matière commerciale, le tribunal compétent est le tribunal du lieu de formation du contrat ; en matière de litiges du travail, la compétence du Conseil des prud'hommes est déterminée par le lieu de formation du contrat de travail.

En droit international, se posent, essentiellement, des problèmes de compétence législative (conflit de lois provoqué par la participation d'étrangers à un contrat). Pour les conditions de forme du contrat il était admis que la loi applicable était celle du lieu de sa formation : *locus regit actum* ; mais la Convention de Rome du 17 juin 1980 applicable aux obligations contractuelles prévoit désormais que le contrat est valable lorsqu'il satisfait aux conditions de forme de la loi du pays de l'une des parties (art. 9-2), etc.

Les solutions au problème posé ne sont pas aisées à présenter. Les données du problème se fondent autour de deux grandes théories.

La *théorie de l'émission de l'acceptation* assure que le consentement, donc le contrat, est formé au moment et au lieu d'où est émise l'acceptation par l'acceptant. Au moment où l'acceptation est émise (réflexion, écriture du courrier d'acceptation), c'est la théorie de la déclaration de volonté. Au moment où l'expédition est transmise (la lettre est postée, le mail est expédié) ; c'est la théorie de l'expédition.

La *théorie de la réception de l'acceptation* assure au contraire que le consentement, donc le contrat, est formé au moment et au lieu où l'offrant a

²¹⁵ Cf. Req. 28 mars 1938, DP 1939, 1, 5, note P. Voirin.

effectivement reçu l'acceptation de l'acceptant. Cette solution est celle que retiennent les règles internationales (CVIM, art. 18§2, PEDC, art. 2 :205, Principes Unidroit, art. 2.1.6, 2). Au moment où l'offrant reçoit physiquement l'acceptation (le courrier est reçu...), c'est la théorie de la réception proprement dite. Au moment où l'offrant prend connaissance de l'acceptation (lecture du courrier), c'est la théorie de l'information.

La jurisprudence n'a jamais tranché, sinon tardivement plutôt en faveur de la thèse de la réception²¹⁶. La du XIX^{ème} siècle penchait plutôt en faveur de la thèse de l'émission. En effet, le système de l'émission fixe la date du contrat à celle de l'émission de l'acceptation, l'offrant ne pouvant plus révoquer, et fixe comme lieu du contrat celui de l'émission de l'acceptation, le tribunal compétent étant, par conséquent, le tribunal du lieu de cette émission, donc le tribunal du lieu du domicile de l'acceptant. Cette thèse est donc plutôt favorable à l'acceptant.

Au contraire, le système de la réception fixe la date du contrat à celle de la réception de l'acceptation, l'offrant pouvant révoquer son offre jusqu'à ce moment, et fixe comme lieu du contrat celui de la réception de l'acceptation, le tribunal compétent étant le tribunal du lieu de cette réception, le tribunal du lieu du domicile de l'offrant le plus souvent, par conséquent ; cette thèse est donc plutôt favorable à l'offrant.

Or, l'équité comme une analyse économique de la formation commandent de faire supporter les charges et risques éventuels de l'opération contractuelle à celui qui en a pris l'initiative, c'est-à-dire l'offrant initial, aussi bien dans l'hypothèse d'une acceptation pure et simple que d'une acceptation assortie de contre-propositions. La meilleure formule consisterait, donc, à fixer les moment et lieu de formation de l'acceptation, donc du consentement et donc du contrat, aux moment et lieu de dernière intervention du partenaire qui n'a pas pris l'initiative de la négociation ou bien qui n'a pas pris le risque de l'offre ultime, c'est-à-dire l'acceptant.

C'est d'ailleurs la solution choisie par la réforme de 2016 : l'article 1121 du Code civil retient la théorie de la réception : « *Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue* ».

138. Clauses particulières dans les conditions générales. Une des difficultés liées à la formation des contrats tient à la détermination du contenu d'un contrat conclu sur la base de documents contractuelles, telles que conditions générales de vente ou d'utilisation, opposées à des conditions générales d'achat, et accompagnés de nombreux autres documents : conditions particulières, bons de commande, bons de confirmation, bons de livraison, bon de réception, facture, quittance de paiement, etc.

De nombreux professionnels rédigent en effet des *conditions générales de contrat*, c'est-à-dire un document relatant les informations dans lesquelles ils

²¹⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 16 juin 2011, n°09-72679, Cass. civ. 3^{ème}, 17 sept. 2014, n°13-21824, RTDciv., 2014, p. 879, obs. H. Barbier.

exposent à quelles conditions ils souhaitent s'engager²¹⁷, vendre, le plus souvent, ou inversement, acheter (conditions générales d'achat), louer, prêter, déposer, etc. Elles sont d'ailleurs largement reproduites sur toute sorte de documents subséquents, comme les catalogues, les bons de commandes, les factures, etc.

L'organisation, le contenu, la forme de ces documents fait l'objet d'une réglementation rigoureuse et tatillonne en droit de la concurrence (C. com., art. L. 441-3 et s.), mais également en termes de formation du contrat.

Ainsi, les conditions générales de contracter n'intègre l'offre que si elles sont connues de son destinataire, ce qui suppose qu'elles lui soient communiquées, d'une manière ou d'une autre par exemple parce qu'il y ait fait référence dans un autre document²¹⁸, et qu'elles soient acceptées.

Or, le destinataire, également professionnel, a certainement rédigé des conditions générales d'achat qui, par hypothèse, s'opposent en partie aux stipulations des conditions générales de vente. A moins que l'un ou l'autre des documents ne soit signé, il y a donc une incertitude sur le contenu final du contrat, notamment au moment d'un litige. Par exemple, les conditions générales de vente peuvent contenir une clause d'arbitrage, une clause de garantie faible et les conditions générales d'achat une clause attributive de juridiction, une clause extensive de garantie, etc.

L'article 1119 du Code civil, indique que, dans ce cas, « *les clauses incompatibles sont sans effets* ». En réalité, ces clauses ne sont tout simplement pas entrées dans le champ du contrat : il faut considérer que les conditions générales de vente forment une offre, avec des modifications des règles supplétives du Code civil, et que les conditions générales d'achat, en proposant des clauses incompatibles, ne les acceptent pas, et réciproquement²¹⁹.

En revanche, *priori*, intervient après que le contrat ait été formé, ne peut en principe intégrer le corpus contractuel²²⁰, à moins que la clause, répétée et acceptée sans équivoque, parce qu'elle est connue de celui à qui elle est opposée et a été appliquée, par un ou des paiements sans réserve notamment, est devenue l'un de ces usages contractuels²²¹.

139.Effet de l'acceptation. – L'effet de l'acceptation est de former le contrat : celui-ci ne peut plus être défait ou modifié.

La loi offre cependant quelques contre-exemples en droit de la consommation

²¹⁷ Cf. M. et J.M. Mousseron et D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, Act. Dr. ent., n°18, Litec, 2ème éd., 1997, n°200 s.; A. Seube, *Les conditions générales des contrats*, Mélanges A. Jauffret, 1974, p.621; I. Moreau-Margrève, *Les conditions générales de vente*, in *Renaissance du phénomène contractuel*, Fac. Dr. Liège, 1971, p.259

²¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 16 févr. 1999, n° 96-19469, Cass. com. 2 juin 2015, n° 14-11.014, Gaz. Pal. 2016, n° 1, p. 36, obs. D. Houtcieff.

²¹⁹ Cf. Cass. com. 11 juillet 1995, JCP 1996, éd. G., 1996, I, 3896, obs. Ph. Pétel ; éd. E., II, 22583, note D. Mainguy ; éd.E, II, 3896, note J. Vaillansan, D. 1996. Somm. 212 , obs. F. Pérochon. P. Crocq, obs. in. RTD civ. 1996.675 ; D. Mainguy, obs. in JCP éd. E, 1997, I, 631, n°6 ; D. Voinot, Le refus par l'acheteur de la clause de réserve de propriété en droit des procédures collectives, D. 1997. Chr. p. 312

²²⁰ Cass. com. 7 déc. 2010, n° 09-71.355, JCP E 2011. 1180, note L. Leveneur.

²²¹ Mais v. cependant Cass. com. 25 sept. 2019, n°18-13.483, CCC 2019, n°196.

comme en matière de vente par démarchage à domicile, de vente à distance, de contrat de crédit à la consommation notamment, assurant un droit de repentir au consommateur lui permettant, même après l'expression de son acceptation, de revenir sur celle-ci pour détruire le contrat.

Les parties elles-mêmes peuvent insérer une clause à cet effet comme la stipulation d'arrhes (C. civ., art. 1590) ou l'insertion d'une faculté de dédit. Les arrhes permettent, ainsi, à l'acheteur de verser une somme d'argent lors de la conclusion du contrat lui assurant la faculté de renoncer au contrat, mais en perdant les arrhes ; le vendeur peut lui aussi renoncer au contrat mais il lui faut rendre la somme versée par l'acheteur et une somme équivalente : les arrhes sont une faculté de dédit réciproque et à titre onéreux.

Une faculté de dédit, souvent à titre onéreuse mais qui peut être à titre gratuit, permet à son bénéficiaire seulement de renoncer au contrat, dans les conditions prévues par ce contrat.

140. Conclusion des contrats électroniques. Le Code civil, depuis une loi de 2004 (*Loi sur la confiance dans l'économie numérique*, 21 juin 2004) et une loi du 13 mars 2000 sur la preuve des contrats conclus électroniquement mais également une ordonnance du 23 août 2001 sur les contrats de vente à distance de consommation et reprises aux articles 1125 et suivants du Code civil.

Ainsi les conditions générales, de vente, services ou d'utilisation, doivent être disponibles et conservées. De même, l'offre suppose que des mentions obligatoires apparaissent (sauf si le contrat est conclu électroniquement, hors site de commerce en ligne, par échange de courriels).

L'article 1127-1 du Code civil les énumère : « 1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; 2° Les moyens techniques permettant au destinataire de l'offre, avant la conclusion du contrat, d'identifier d'éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ; 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit figurer la langue française ; 4° Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre ».

De même la durée de l'offre est celle de l'accessibilité sur le site (C. civ., art. 1127-1, al. 2).

Enfin la technique du « double clic » permet d'introduire une étape, celle de la vérification de l'offre par son destinataire : « *Le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive* » dispose l'article 1127-2. EN cliquant sur le bouton, « valider mon achat », je n'accepte donc pas encore, ce qu'est qu'après l'étape de la vérification (et acceptation des conditions générales) que celle-ci se réalise, par un deuxième « clic ».

III. – L'intégrité du consentement

141. Intégrité et protection du consentement. – La manifestation de volonté ne vaut que pour autant qu'elle soit libre, consciente et éclairée. Ainsi exprimée, la proposition est nouvelle.

Le Code civil ne parle du consentement que pour prévoir qu'il peut ne pas être valable et pour en étudier les vices ; c'est donc une proposition négative, le consentement ne doit pas être vicié *via* une protection *a posteriori* du consentement (A). De plus en plus, cependant s'installe une protection *a priori* par l'existence d'obligations d'information précontractuelle, méthode de protection *a priori* du consentement (B). Nous respecterons cependant cette logique achromatique paradoxale, en raison de l'importance accordée à la question des vices du consentement.

A – Protection *a posteriori* du consentement : les vices du consentement

142. Liberté et intégrité du consentement. – Pour produire effet de manière efficace et rationnelle, l'acte de volonté doit être donné en parfaite connaissance de cause et de façon libre et intègre.

Si l'une de ces qualités fait défaut, le consentement est altéré, on dit qu'il est « vicié » et la sanction est une sanction formidable : l'annulation du contrat qui conduit à considérer que le contrat n'a jamais existé. C'est dire à quel niveau se situent les exigences en la matière.

La police des vices du consentement sollicite le législateur par deux préoccupations contradictoires : un souci de justice contractuelle de nature à protéger la libre volonté des individus par une considération élargie des vices du consentement et un souci de sécurité des transactions qui le porte à veiller à la stabilité des relations contractuelles par une considération étroite des vices du consentement : l'erreur, la crainte, développés en trois vices du consentement, l'erreur, le dol et la violence.

Dès lors, une conception consensualiste du système juridique, attachée au rôle de la volonté interne dans la manifestation juridique de volonté accorde une large place à la première préoccupation et accueille largement la sanction des vices du consentement, dans la tradition moraliste et canonique.

A l'inverse, une conception formaliste, attachée au rôle de la volonté extériorisée sera sensible à la seconde préoccupation et freinera la police des vices du consentement, comme en droit romain et dans les droits d'origine germanique.

Le Code civil porte sur ce point la trace d'une contradiction nette entre la doctrine consensualiste qui animait ses rédacteurs et le caractère encore formaliste des analyses romaines transmises par Pothier et dont il avait à faire usage.

Le paradoxe du Code est, alors, d'affirmer et de restreindre, à la fois, le domaine des vices du consentement. Cette attitude se manifeste de deux façons.

D'abord, le Code énumère de façon limitative les vices du consentement susceptibles d'être invoqués en justice pour obtenir l'annulation du contrat,

l'erreur, le dol, la violence, la lésion étant limitée à une situation très particulière, dans la vente d'immeuble.

Cette énumération est limitative. En dehors de ces trois vices, le juge ne peut, en principe du moins, faire valoir une autre altération du consentement.

Ensuite, le Code définit de manière restrictive les conditions dans lesquelles ces vices pourront être sanctionnés.

Par ailleurs, le Code civil, depuis 2016, connaît quelques règles applicables à tous les vices du consentement.

Ainsi l'article 1130 indique que ces trois vices emportent nullité du contrat si, sans ce vice, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté mais à des conditions différentes : c'est-à-dire que le vice a été déterminant du consentement. Une altération mineure exclut ainsi *a priori* l'annulation du contrat.

Par ailleurs, ces vices sont des faits juridiques, qui se prouvent donc par tous moyens, et l'annulation du contrat est une nullité relative, c'est-à-dire de protection, c'est-à-dire encore qui affecte des intérêts *privés* et non l'intérêt général.

On peut, alors, étudier successivement l'erreur (1), le dol (2), puis la violence (3), le premier et le troisième étant les plus impressionnants, le deuxième le plus ordinairement utilisé.

1. – L'erreur

143. Définition de l'erreur. – « *L'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux et faux ce qui vrai* », ce qui est une définition qui ne rend pas véritablement compte de la difficulté à définir ce qu'est l'erreur en droit des contrats. L'erreur apparaît, en effet, comme une représentation des choses non conformes à la réalité. « *Ah ! si j'avais su* » dit celui qui s'est trompé, qui a commis une erreur, qui est souvent de bonne foi mais qui n'aurait pas conclu ce contrat s'il ne l'avait pas commise. Le Code civil, en faisant de l'erreur un vice du consentement, cherche ainsi à protéger le consentement tout en assurant au mieux la sécurité des transactions : tout le monde se trompe sur la valeur réelle d'une chose achetée de sorte que toutes les erreurs ne rendent pas le contrat annulable. Seules les erreurs graves peuvent emporter nullité du contrat. La jurisprudence a, là encore, eu pour tâche de déterminer quelles erreurs étaient susceptibles d'emporter nullité du contrat.

a. Erreurs retenues

144. Caractère déterminant de l'erreur. Ce caractère est commun à tous les vices du consentement (C. civ., art. 1130). Il vise à ne saisir que les erreurs graves : celles qui sont véritablement à l'origine du consentement de celui qui l'invoque, qu'on appelle *l'errans*. Ce caractère déterminant s'apprécie par ailleurs *in concreto* c'est-à-dire au cas par cas, de telle manière qu'il s'agit, pour les juges d'apprécier, pour chaque situation l'impact de telle erreur sur tel contractant, ce qui est évidemment un exercice particulièrement subjectif.

145. Caractère excusable de l'erreur. L'erreur commise par l'*errans*, pour les mêmes raisons doit être excusable, c'est-à-dire que celui-ci n'avait pas les moyens, le temps ou les compétences pour décrouvrir l'erreur invoquée. En conséquence l'erreur inexcusable, n'ouvre pas à une action en annulation.

Ce critère permet une forme de différenciation entre les types d'*errans* : le professionnel, par exemple qui agit dans son domaine de compétence pourra plus difficilement agir que celui qui conclut un contrat en dehors de celui ou qu'un simple particulier. Rien n'empêche cependant un professionnel n'invoquer une telle erreur, et rien n'empêche de considérer qu'un particulier n'a pas de compétence particulière, dans le cas d'un collectionneur par exemple²²².

146. Erreur de droit et erreur de fait. L'erreur de fait est l'erreur communément admise : l'erreur sur les qualités d'une chose achetée le plus souvent, penser qu'un tableau est de maître alors qu'il ne l'est pas. L'erreur de droit est une figure complexe, dans la mesure où, en principe « *nul n'est censé ignorer la loi* ». L'erreur de droit, au sens des vices du consentement, est cependant susceptible d'être retenue, ce que le Code civil, depuis 2016 admet explicitement (C. civ., art. 1132) désormais²²³.

147. Erreur obstacle. – L'erreur obstacle, non envisagée par le Code civil, caractérise l'hypothèse dans laquelle les volontés des parties n'ont pas pu se rencontrer par exemple parce que les parties n'ont pas la même considération de la nature du contrat : l'une croit louer tandis que l'autre partie croit acheter ; ou encore n'ont pas la même considération de l'objet : l'une croit acheter un bien différent, en qualité ou quantité, de celui que l'autre partie désire vendre²²⁴.

Elle était sanctionnée par la « nullité absolue » du contrat qui en est atteint ; on peut douter que, au regard de l'article 1130, il en soit ainsi à l'avenir, à supposer que la jurisprudence reteienne à nouveau ce critère.

Certains auteurs, tel Carbonnier, préfèrent parler d'« inexistence » du contrat pour souligner que cette hypothèse n'a rien à voir avec l'erreur. L'erreur souligne un consentement qui *aurait pu être donné* alors que l'erreur obstacle signale une absence de consentement.

Il peut alors s'agir d'une erreur sur la nature du contrat²²⁵, d'une erreur sur l'objet du contrat²²⁶, voire l'erreur sur le contenu, on parlait avant 2016 d'« *erreur sur la cause* ». (cf. infra).

148. Erreur sur les qualités substantielles de la chose. – L'erreur sur la substance,

²²² Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 1964, Bull. civ. I, n°575

²²³ Cass. civ. 3^{ème}, 5 juill. 1985, n°92-20425, RTDciv. 1996, p. 388, obs. J. Mestre, Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2000, n° 98-16132, RTDciv. 2000, p. 824, obs. J. Mestre et B. Fages.

²²⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} févr. 1995, Bull. civ. III, n° 36.

²²⁵ Paris, 13 déc. 1001, *Contrats, conc. consom.* 1992, n°44, obs. L. Leveneur.

²²⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} févr. 1995, préc. V. aussi Cass. com. 14 janv. 1969, D. 1970, 458, note M. Pédamon (erreur sur les francs, anciens et nouveaux, transposables à l'euro : Orléans 13 mai 2004, RTD civ. 2005, p. 589, obs. J. Mestre et B. Fages).

vice du consentement, est, pour simplifier, l'erreur sur l'objet du contrat, celle qui correspond aux *qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du contrat* : c'est l'erreur type, celle de l'acquéreur qui achète un tableau de maître et qui se retrouve avec une croûte.

Avant 2016, l'ancien article 1110 évoquait de manière plus vague, l'erreur sur la substance, c'est-à-dire tout à la fois l'erreur sur la matière, l'ensemble des propriétés objectives, intrinsèques (physiques, chimiques...) qui déterminent la nature spécifique de la chose. On peut citer l'exemple fameux de Pothier : « *si, croyant acheter des chandeliers en argent, j'achète des chandeliers en cuivre, il y a erreur sur la matière, donc sur la substance de la chose* ». L'erreur sur la substance est, en ce sens, une *erreur sur la matière* (une chose en cuivre non en argent) et sur les qualités essentielles de la chose (une chose neuve et une chose ancienne).

Selon cette seconde conception, subjective et extensive, la « *substance* » représente les qualités essentielles de la chose qui ont amené la personne à traiter, une erreur qui a déterminé le consentement.

Dans l'exemple de Pothier, l'erreur sur la matière ne sera une erreur sur la substance que si l'acquéreur voulait obtenir un objet en argent ou un objet signé. S'il s'est déterminé par choix d'un objet ancien, peu importe l'erreur sur la matière ; sera, en revanche, retenu le fait que l'objet n'ait pas l'ancienneté envisagée. L'erreur sur la substance est, selon cette conception l'erreur déterminante, lorsqu'elle est de telle nature que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté. Il est évident que cette seconde conception étend de manière importante le champ possible des erreurs invocables.

La jurisprudence a retenu cette dernière conception²²⁷, qui peut d'ailleurs rejoindre la première²²⁸, et l'a précisée à l'occasion notamment, d'affaires devenues célèbres portant sur des erreurs à l'occasion d'acquisitions d'œuvres d'art dont, notamment la célébrisime et interminable affaire Poussin²²⁹ qui s'est même enrichie d'une affaire « Poussin 2 »²³⁰, mais aussi à propos d'une erreur sur les qualités substantielles sur des titres cédés²³¹, sur le caractère constructible d'un terrain²³², sur les aptitudes d'un animal²³³, sur la croyance par l'acquéreur

²²⁷ Cass. civ. 28 janv. 1913, S. 1913.1.487.

²²⁸ Paris 7 juin 1996, *RTD civ.* 1997, p. 114, obs. J. Mestre.

²²⁹ Paris 2 février 1976, *D.*1976.325, concl. Cabannes jusqu'à Versailles 7 janvier 1989, *D.*1989, 485, en passant par Civ. 1^{ère}, 22 février 1978, *D.*1978.601, note Ph. Malinvaud, *Def.* 1978.1346, obs. J.-L. Aubert; Amiens 1^{er} février 1982, *JCP* 1982, II, 19916 note J.-M. Trigeaud, et Civ.1^{ère}, 13 décembre 1983, *D.*1984.340 note J.L. Aubert, *JCP* 1984, II, 20184, concl. Gulphe, Versailles, 7 janvier 1987, *D.* 1987.485, note J.-L. Aubert, *JCP* 1988, II, 21121, note J. Ghestin, Affaire du Verrou de Fragonard, Civ. 1^{ère}, 24 mars 1987, *D.* 1987.489, note J.-L. Aubert, *JCP* 1988, II, 21300, note Vieilleville-Miravette.

²³⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 17 sept. 2003, *Bull. civ. I*, n°183, *Contrats, conc. consom.* 2004, n°, obs. L. Leveneur. V. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 5 févr. 2002, *Bull. civ. I*, n°46, *Deffrénois*, 2002, p. 761, obs. E. Savaux (affaire du « tableau piège », signé par l'artiste mais réalisé par un tiers).

²³¹ Cass. com. 1^{er} oct. 1991, *JCP* 1992, II, 277, note A. Viandier, Cass. com. 17 oct. 1995, *RTD civ.* 1995, p. 878, obs. J. Mestre.

²³² Cass. civ. 3^{ème}, 13 juillet 1999, *Bull. civ. III*, n°178.

²³³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 avr. 1985, *Bull. civ. I*, n°127 : jument atteinte d'une maladie infectieuse, erreur en concurrence avec la garantie des vices cachés de la vente (cf. D. Mainguy, *Contrats*

de l'authenticité d'un tableau²³⁴ ou inversement, sur la croyance erronée du vendeur en le caractère non authentique d'un tableau, comme dans l'affaire *Poussin*.

La notion de qualité essentielle, retenue par l'article 1132 du Code civil, est alors déterminée *in concreto* c'est-à-dire en fonction de la situation étudiée, propre à l'intelligence, la culture des parties et non *in abstracto*, c'est-à-dire retenue par tout le monde, sauf pour quelques hypothèses particulières, telle que la question de l'authenticité d'une œuvre d'art. Elle retient également, comme dans l'affaire *Poussin*, que l'erreur puisse reposer sur sa propre prestation.

Par ailleurs, plusieurs facteurs viennent restreindre la possibilité d'invoquer une erreur sur les qualités substantielles.

Le premier tient au fait que le fait considéré comme une erreur soit entré dans le champ contractuel. Dès lors c'est à celui qui invoque une qualité comme essentielle de prouver qu'il l'a fait savoir à son cocontractant. Il doit alors s'agir d'une qualité connue des deux contractants, une qualité commune. Une qualité essentielle est commune dès que les parties se sont accordées sur ce point, soit de façon tacite (authenticité d'une œuvre d'art) soit de façon expresse (date de mise en circulation d'un véhicule de collection).

Le second tient à l'hypothèse d'un aléa : il suffit que les parties aient envisagé un aléa sur les qualités de la chose, par exemple sur l'authenticité d'une œuvre, pour exclure le jeu de l'action en nullité pour erreur²³⁵.

Les conditions de l'erreur sur la substance, vice du consentement, sont alors les suivantes. Il convient que l'erreur soit déterminante, quelle ne soit pas inexcusable (exemple de l'expert en œuvre d'art qui commet une erreur en achetant un tableau) ; qu'elle porte sur une qualité essentielle ; qu'elle soit commune (c'est-à-dire qu'elle soit entrée dans le champ contractuel) et qu'aucun aléa ne soit entré dans le champ contractuel.

149. Erreur sur la personne. – L'erreur sur la personne du cocontractant est envisagée de manière stricte par l'article 1134, comme il était avant 2016 (C. civ., art. 1110, al. 2) : « *L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne* ». L'erreur sur la personne n'est donc pas retenue comme vice du consentement sauf quand elle intervient dans un contrat où la considération de la personne du partenaire est essentielle, c'est-à-dire dans un contrat *intuitu personae*. Il s'agit d'une erreur qui porte sur l'identité physique ou civile de son contractant²³⁶ ou sur les qualités substantielles de l'autre partie, par exemple les aptitudes professionnelles, la solvabilité du contractant, voire d'un tiers lorsque les qualités d'un tiers sont entrées dans le champ contractuel, comme la

spéciaux, Dalloz, 6^{ème} éd., 2008), mais comp. Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, *Bull. civ. I*, n°213 et Cass. civ. 1^{ère}, 6 nov. 2002, *Bull. civ. I*, n°260.

²³⁴ Cf. Cass. civ. 5 févr. 2002, préc.

²³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1987, *Verrou de Gragonnard*, *D.* 1987, p. 489, note J.-L. Aubert.

²³⁶ Cf. Rouen 4 mars 1969, *RTD civ.* 1969, p. 762, obs. Y. Loussouarn : erreur dans une transaction commise par un assureur à la suite d'une confusion de dossier.

jurisprudence l'a montré à propos de l'engagement d'une caution²³⁷.

b. Erreurs non retenues

150. Erreurs indifférentes. – Dans tous les autres cas, l'erreur est dite indifférente.

C'est le cas lorsque l'erreur porte sur une qualité non-substantielle de la chose, sur la personne du cocontractant dans un contrat non *intuitu personae*.

C'est encore le cas de l'erreur sur les motifs. Ce qu'on appelle erreur sur les motifs, ou autrefois erreur sur la cause, est l'erreur qui porte sur une raison personnelle d'un contractant extérieure à l'objet du contrat²³⁸. On distingue alors l'erreur sur les simples motifs et l'erreur sur la cause ou désormais sur le but, notamment illicite, du contrat.

L'article 1135 exclut l'erreur sur les simples motifs, sauf le cas dans lequel les parties auraient fait expressément entrer ce motif extérieur dans le champ contractuel.

C'est encore, et surtout, le cas de l'erreur sur la valeur de la chose, c'est-à-dire une erreur portant sur l'appréciation économique de l'objet du contrat²³⁹. En effet, d'une part, cette erreur se confond avec l'erreur lésionnaire, prise en compte très restrictivement par le vice spécial de lésion dans la vente d'immeuble, mais encore, elle reviendrait à remettre en cause pratiquement tous les contrats sur la base d'une appréciation totalement subjective dans la mesure où la « valeur » d'une chose est une donnée, *a priori* totalement subjective (mais v. cependant, C. com., art. L. 441-2, I) à propos de la disproportion entre des prestations). Nous verrons cependant que cette question, évidemment essentielle, est reprise par bien d'autres outils du droit des contrats. C'est une question en effet hautement philosophique et une contradiction : il est inacceptable (et sans doute injuste) qu'un contractant puisse conclure un contrat lésionnaire c'est-à-dire fondé, dans la plupart des cas, sur une erreur sur la valeur, et en même temps, il est impossible, sauf à détruire toute sécurité

²³⁷ Cf. Cass. com. 1^{er} oct. 2002, *RTD civ.* 2003, p. 322, obs. P. Crocq, Cass. com. 19 nov. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 87, obs. J. Mestre et B. Fages : erreur sur les qualités substantielles du débiteur principal.

²³⁸ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 13 févr. 2001, *JCP* 2001, I, 330, n°5 obs. J. Rochfeld, *RTD civ.* 2001, p. 352, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 avr. 2003, *JCP* 2003, II, 1436, note R. Wintgen.

²³⁹ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 31 mars 2005, *Bull. civ.* III, n°81 : erreur sur la rentabilité économique d'une opération. Adde G. Goubeaux, « A propos de l'erreur sur la valeur », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 389. Mais depuis : Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.956, D. 2011, p. 3052, note N. Dissaux ; D. 2012, p. 577, obs. D. Ferrier ; *JCP G* 2012, 135, note J. Ghestin ; *RDC* 2012, p. 64, note Th. Genicon ; *JCP E* 2013, 1200, n° 1, obs. D. Mainguy. – Adde D. Mainguy, « L'erreur sur la rentabilité et le contrat de franchise » : *RLDC* 2012, n° 4876 et la suite de ces affaires : Cass. com., 17 mars 2015, n° 13-24.853, *Contrats, conc. consom.* 2015, comm. 148, obs. M. Malaurie-Vignal ; *JCP E* 2017, 1079, n° 1, obs. D. Mainguy, Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-19.740, *JCP E* 2018, 1131, n° 1, obs. D. Mainguy, Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-21.536, *Contrats, conc. consom.* 2020, comm. 139, obs. M. Malaurie-Vignal, Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-15.249, *Contrats, conc. consom.* 2020, comm. 139, obs. M. Malaurie-Vignal, *JCP E*, 2020, 1522, n° 1, obs. D. Mainguy, Cass. com., 1^{er} déc. 2021, n° 18-26.572 et 10 févr. 2021, n° 18-25.474, *JCP E* 2022, 1234, n°1, obs. D. Mainguy.

juridique, d'admettre un tel recours, dans la mesure où tout contrat marchand est, par hypothèse fondé sur une surestimation de la valeur d'une chose.

b – Le dol

151. Définition. – Le Code civil ne définit pas le dol. Il faut se référer à des définitions souvent anciennes : toute ruse, toute manœuvre, tout artifice utilisé par un contractant pour induire son partenaire en erreur. Ce sont des malhonnêtetés, on dirait même une escroquerie en droit pénal mais le dol est une sanction civile beaucoup plus large que l'escroquerie : c'est le fait de tromper son contractant.

Le lien avec l'erreur est alors évident, le dol est une *erreur provoquée par l'auteur de ces manœuvres* (C. civ., art. 1137). Le dol suppose une erreur, non envisagée en tant que telle comme précédemment, mais résultant du comportement de celui qui en est à l'origine. Et c'est ce comportement qu'on appelle dol et qui forme un autre vice du consentement, bien que ce ne soit pas le comportement, les manœuvres, eux-mêmes qui vicient le consentement, mais l'erreur qui en résulte.

Le dol se distingue cependant de l'erreur, ce qui révèle l'autonomie du dol par rapport à l'erreur, parce que le dol peut être invoqué même dans les circonstances où l'erreur qui en résulte ne porte ni sur une qualité substantielle de l'objet²⁴⁰, ni sur la personne du partenaire dans un contrat *intuitu personae* ou une erreur indifférente. D'ailleurs l'article 1139 du Code civil dispose que l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable, même si elle porte que la valeur de la prestation.

Le dol se caractérise, ce faisant, d'une part par l'erreur qu'il provoque, à supposer toutefois que cette erreur provoquée soit déterminante du consentement de la « victime » du dol : c'est le fondement de l'exigence du caractère déterminant du dol et d'autre part par les manœuvres qui le caractérisent et qui sont, banalement, des fautes précontractuelles, mais graves.

Le dol peut donc être plus facilement établi que l'erreur, par la démonstration de l'existence de cette faute, de ce comportement, ce qui justifie le très grand nombre d'affaires dans lesquelles le dol est invoqué, comparé à l'erreur.

i – Conditions du dol

152. Caractères du dol. – L'analyse du dol retenu comme vice du consentement par les tribunaux fait apparaître deux éléments lorsqu'il s'agit d'envisager son contenu, ses caractères.

Un élément psychologique apparaît en premier : la volonté de tromper par l'auteur du dol. L'intention de tromper doit être établie pour qu'il y ait dol et que ce dol puisse emporter l'annulation du contrat vicié. C'est un élément essentiel rappelé par la jurisprudence : le simple fait de commettre une faute précontractuelle, par exemple le manquement à une obligation d'information

²⁴⁰ Cf. Cass. civ. 3ème, 2 oct. 1974, *Bull. civ.* III, n°330.

n'est pas suffisant pour caractériser un dol, si un élément intentionnel ne peut être identifié outre le caractère déterminant de l'erreur qui en résulte²⁴¹.

Surtout, un élément matériel doit être établi : le fait de tromperie. La jurisprudence a traduit son désir d'élargir les cas d'ouverture d'annulation du contrat pour dol en interprétant très largement l'exigence de l'élément matériel.

Dans un premier temps, des manœuvres objectives, faits positifs de tromperie, étaient requises : limer les dents d'un cheval, boucher une source, falsifier un bilan, maquiller le kilométrage d'un véhicule²⁴², sont autant d'exemples offerts par la pratique. Le cas est d'école et échappe généralement aux juridictions civiles : il s'agit du délit d'escroquerie (C. pén., art. 313-1).

Dans un deuxième temps, la jurisprudence a admis que le mensonge, fait négatif, pouvait constituer cet élément matériel²⁴³, ce qui était déjà aller au-delà de la lettre de l'article 1116 du Code civil qui n'évoque que des manœuvres donc des faits positifs.

La jurisprudence a opéré à cette occasion une distinction entre le « *dolus bonus* », présent dans la plupart des transactions et correspondant à l'optimisme de tout offrant, un vendeur par exemple, face au pessimisme de tout destinataire de l'offre, l'incitation à acheter et la description laudative des qualités d'une chose, et le « *dolus malus* », mensonge grave destiné à tromper l'autre partie ; le premier n'étant pas sanctionné²⁴⁴, le second étant sanctionnable. Ici aussi, des règles pénales communient avec cette jurisprudence, comme le délit de publicité de nature à induire en erreur (C. consom., art. L.121-1).

Dans un troisième temps, la jurisprudence a assimilé la simple réticence, le silence gardé sur une information décisive pour l'autre partie, de telle manière que sa connaissance aurait modifié l'expression de son consentement – on parle alors de *réticence dolosive* – aux manœuvres visées par l'article 1137 du Code civil²⁴⁵, comme le fait de taire le fait qu'un contrat important va être rompu à l'occasion d'une cession de contrôle d'une société, le fait d'acheter des actions en taisant qu'il a trouvé à les négocier à très bon prix²⁴⁶.

On a d'ailleurs déduit de ces exigences l'existence d'une obligation de renseignement à la charge de certains contractants²⁴⁷ lorsque le cocontractant n'avait pas, de son côté, l'obligation de se renseigner (V. C. Ass., art. L. 112-2 ; C. consom. art. L.111-1 ; C. com., art. L.330-1). De telle manière

²⁴¹ Cf. Cass. com. 28 juin 2005, *Bull. civ.*, IV, n°140; D. 2005, pan. 2838, obs. S. Amrani-Mekki, *RTD civ.* 2005, p. 591, obs. J. Mestre et B. Fages.

²⁴² Cf. Cass. com. 19 déc. 1961, *Bull. civ.* IV, n°492.

²⁴³ Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 1970, *JCP* 1971, II, 16942, note J. Ghestin.

²⁴⁴ Comp. Pour un *curriculum vitae* particulièrement élogieux, mais mensonger : Cass. soc. 16 févr. 1999, *RTD civ.* 1999, p. 419, obs. P.-Y. Gautier. Adde G. Loiseau, « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », *Mélanges J. Ghestin*, 2001, p. 579.

²⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 15 janv. 1971, *RTD civ.* 1971, p. 839, obs. Y. Loussouarn : « *Le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter* » ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 octobre 1974, *Bull. civ.* III, n°330.

²⁴⁶ Cf. Cass. com. 27 févr. 1996, *JCP* 1996, II, 22665, note J. Ghestin, D. 1996.618, note Ph. Malaurie.

²⁴⁷ Cf. M. de Juglart, « L'obligation de renseignement », *RTD civ.* 1945, p. 1.

qu'aujourd'hui, et face au renforcement des obligations d'information, spéciales et générale et à la vigueur de l'exigence de bonne foi, la sanction de la réticence dolosive de pose plus aucune difficulté, sauf à franchir encore un saut qualitatif. Depuis toutefois, l'article 1137, en raison d'un alinéa ajouté à l'article 1137 du Code civil par la loi de ratification de 2018, a modifié la situation. Celui-ci dispose que « *ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation sur la valeur de la prestation* ». En effet, si l'article 1112-1, s'agissant des obligations d'information précontractuelles exclut de celles-ci les informations sur la valeur de la chose, le fait que l'article 1137 du Code civil envisageait, entre 2016 et 2018, n'importe quel dol, y compris donc celui résultant d'une absence d'information sur la valeur, du moins c'est ce que craignait le législateur. L'article 1137 est donc désormais conforme à la solution adoptée par l'article 1112 du Code civil, même si un certain nombre d'inconnues demeure, par exemple mesurer la signification de la notion « d'estimation de la valeur d'une prestation ».

De manière plus générale, cette liaison entre l'article 1112 et l'article 1137 pose une autre difficulté. Si en effet, une réticence dolosive est une faute précontractuelle, on voit difficilement comme cette faute pourrait être autre chose qu'un manquement à une obligation d'information, laquelle doit correspondre au standard de l'article 1112 (sauf aménagement contractuel pour la renforcer), de telle manière qu'il conviendra, pour la victime d'un dol de prouver tout à la fois l'existence d'un dol et l'existence d'une obligation précontractuelle d'information au sens de l'article 1112, sauf à admettre que l'auteur du dol d'avoir dissimulé ce qu'il n'était pas tenu légalement de révéler.

153. Dol de l'acheteur et droit de réaliser une bonne affaire. – L'article 1137 résoud et conforte une jurisprudence fameuse, à la suite de l'affaire *Baldus ou du dol de l'acheteur*, désormais acquise et qui n'a plus d'intérêt que pour montrer la difficulté posée en la matière.

La figure traditionnelle du dol, telle qu'elle apparaît dans le Code civil mais aussi dans la plupart des cas de jurisprudence est celle du dol du *vendeur* (ou du bailleur, du prêteur, etc.), auteur de manœuvres, mensonges ou autres réticences destinées à emporter un consentement erroné. On observera aussi que les grandes décisions en la matière révèlent une hypothèse de dol identifiant une erreur sur la valeur de la chose.

Il arrive cependant que le silence émane de l'autre partie, l'acheteur : le cessionnaire de titres qui connaît un projet particulier qui va faire s'envoler leur valeur, le simple chineur qui découvre un trésor dans un marché aux puces, etc. Cet acheteur, qui tait une information essentielle, et qui bien entendu a une incidence sur la valeur de la chose, est-elle constitutive d'un dol ? Telle fut la question posée, maladroitement en 1996 dans une affaire où le dirigeant d'une société avait acquis les titres d'un associé en ne l'informant pas d'un projet qui renchérissaient considérablement leur prix²⁴⁸ et fut condamné pour dol sur le

²⁴⁸ Cass. com., 27 février 1996, *Bull.*, n° 65, *D.* 1996. p. 518, note. Ph. Malauric, *JCP* 1996, II, 22665, note J. Ghestin, et *Somm.* 342, obs. R. Hallouin ; *RTD civ.* 1997. 114, obs. J. Mestre.

fondement d'un devoir général de bonne du dirigeant à l'égard de ses associés. La question avait rebondi à l'occasion d'une autre affaire, dite *Baldus* dans laquelle une personne, par ailleurs connaisseur en matière photographique, avait acquis 50 photographies signées Baldus à un certain prix, 1000 francs l'une, aux enchères publiques, puis la venderesse avait retrouvé l'acquéreur pour lui en vendre 85 autres, au même prix, acquéreur qui les avaient revendus 2 000 000 F: la venderesse tentait alors d'obtenir la nullité des secondes ventes en raison du dol qu'aurait commis l'acheteur, sur le fondement général du manquement à l'obligation de contracter de bonne foi échouait : « aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur »²⁴⁹, sauf l'hypothèse d'une fraude²⁵⁰. Le débat était tranché depuis un arrêt du 17 janvier 2007 : « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis »²⁵¹, et désormais par l'article 1137 du Code civil.

154. Qualité du dol. – La qualité du dol importe également. L'article 1130 du Code civil exige que le dol ait été déterminant, ce que l'on appelle parfois le dol « principal » opposé au dol « incident » même si ces formules sont peu heureuses.

Le dol ne pourra permettre l'annulation du contrat que dans la mesure où, sans lui, la partie qui en a été la victime n'aurait pas contracté ou à tout le moins aurait contracté à des conditions différentes²⁵², dans la mesure, par conséquent, où il a joué un rôle déterminant du consentement de la victime du dol²⁵³.

Lorsque le dol ne joue pas ce rôle déterminant et ne porte que sur des éléments secondaires, ce que l'on appelle le dol « incident », le contrat ne sera pas annulable mais il pourra y avoir action en réparation intentée par la victime

Dans le même sens : Cass. com. 22 févr. 2005, *Bull. Joly Sociétés* 2005. 1105, note T. Massart ; 14 juin 2005 *RTD civ.* 2005. 774, obs. J. Mestre et B. Fages ; mais *contra* : Cass. com. 12 mai 2004, *RTD civ.* 2004. 500, obs. J. Mestre et B. Fages, *JCP* 2004. I. 10513, obs. Constantin ; *RDC* 2004. 923, obs. D. Mazeaud : « le cessionnaire n'est tenu d'informer le cédant ni des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder ou de lui apporter les titres faisant l'objet de la cession ». et comp. Cass. com. 17 juin 1997, *Bull. civ.* I, n° 188 à propos d'un cautionnement très supérieur à l'engagement garanti ; Cass. civ. 1ère, 13 mai 2003, *JCP* 2003, II, 10144, note R. Désgorces, *Defrénois*, 2002, pp. 1568, obs. R. Libchaber : « manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution, l'incitant ainsi à s'engager » (dans le même sens Cass. civ. 1ère, 10 mai 1989, *JCP* 1989, II, 21363, note D. Legeais, *Defrénois*, 1989, p. 1409, obs. L. Aynès).

²⁴⁹ Cass. civ. 1ère, 3 mai 2000, *Bull. civ.* I, n°131, *JCP*, 2000, I, n°272, obs. G. Loiseau, *Contrats, conc. consom.* 2000, n°140, obs. L. Leveneur, *Defrénois* 2000, p. 1110, obs. Ph. Delebecque et D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2000, p. 566, obs. J. Mestre.

²⁵⁰ Cass. civ. 3ème, 15 novembre 2000, *Contrats conc. consom.*, 2001, n°23, obs. L. Leveneur, *Defrénois*, 2001, p. 243, obs. E. Savaux, *JCP* 2001, I, n°301, obs. Y.-M. Serinet.

²⁵¹ Cass. civ. 3ème, 17 janv. 2007, *D.* 2007, p. 1051, note D. Mazeaud, 1054, note Ph. Stoffel-Munck, *RTD civ.* 2007, p. 335 obs. J. Mestre et B. Fages.

²⁵² Cf. Cass. civ. 3ème, 22 juin 2005, *Bull. civ.* III, n°137.

²⁵³ Cass. com. 11 juillet 1977, *D.* 1978, 155, note Ch. Larroumet.

contre la partie qui a été l'auteur du dol, il n'y a donc pas de dol et tout ce que peut obtenir celui que le subit est la sanction d'une faute précontractuelle, des dommages et intérêts.

155. Auteur du dol. – S'agissant de l'auteur du dol, celui-ci émane en général d'une partie au contrat. Toutefois, l'article 11138 assimile le dol du représentant, du gérant d'affaires, du préposé (salarié) ou du porte-fort du contractant, ou d'un tiers de connivence. Le dol du tiers peut donc être opposable au contractant qui en bénéficie dès lors que le cocontractant est complice du dol commis par ce tiers voire peut être à l'origine d'une action en nullité non plus sur le fondement du dol mais sur celui de l'erreur qui en résulte²⁵⁴.

156. Preuve du dol. – C'est en principe à celui qui se prétend victime d'un dol d'apporter la preuve de l'existence de celui-ci : le dol ne se présume pas. Toutefois, le dol est intimement lié à l'existence ou la méconnaissance d'une obligation d'information, alors même que l'article 1112 du Code civil considère que c'est à celui qui est débiteur d'une telle obligation de prouver qu'il l'a correctement exécutée. Si, donc, un dol peut être rapporté sur le fondement de la méconnaissance d'une telle obligation d'information, il devrait suffire à la victime du dol de prouver la violation de cette obligation. Ce serait, cependant, confondre la violation d'une obligation précontractuelle d'information et l'intégrité du consentement : or, la victime du dol doit, au moins établir l'élément intentionnel, la volonté de l'auteur du dol de tromper, de telle manière que le principe selon lequel le dol ne se présume pas demeure, même s'il vacille.

ii – Sanctions du dol

157. Nullité et/ou réparation. – La sanction du dol, vice du consentement, est l'annulation du contrat ; mais comme il s'agit d'une nullité de protection, cette nullité est simplement relative.

Cependant, la sanction du dol est double, en tant que vice du consentement et en tant que faute précontractuelle dommageable, est la condamnation à des dommages-intérêts sur la base de l'article 1240 du Code civil²⁵⁵ voire sur le fondement pénal de l'escroquerie.

Dès lors, la victime d'un dol a le choix. Si le dol est déterminant, il peut demander l'annulation du contrat et/ou des dommages et intérêts. Si, à l'inverse le dol n'est pas déterminant, il peut toutefois demander des dommages et intérêts pour réparer le dommage subi.

c – La violence

158. Définition : violence et crainte. – L'article 1140 du Code civil classe la violence comme un vice du consentement même si, plus que la violence elle-

²⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, *RTD civ.* 1996, p. 895, obs. J. Mestre.

²⁵⁵ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1975, *RTD civ.* 1975, p. 537, obs. G. Durry.

même c'est la *crainte* qu'elle inspire qui vicie le consentement, la violence étant, comme le dol, l'élément d'extériorisation de cette crainte, la crainte d'être exposée « *pour une personne, sa fortune ou celles de ses proches, à un mal considérable* ».

La violence peut, alors, très largement se définir comme toute contrainte physique ou morale, exercée contre une personne, de l'abus de la situation de nécessité (situation de sauvetage) à la coercition physique, en passant par la menace de voies de fait, susceptible d'arracher un acte de volonté qui, sans elle, n'aurait jamais été formé. Cela étant, ce n'est pas n'importe quelle crainte, mais celle d'un « mal considérable ». Beaucoup plus rarement invoqué que l'erreur ou le dol, il est également plus violent et plus grave car il n'emporte pas simplement des conséquences sur le contrat conclu, mais aussi sur la personne qui le subit.

S'agissant de son contenu, l'acte de violence requis comporte un double élément : un élément intentionnel : la volonté de contraindre, et un élément matériel : l'acte même de violence qui peut prendre des formes diverses, une contrainte physique, des coups, un enfermement, une contrainte morale comme un chantage voire l'exploitation d'un état de nécessité ou de faiblesse, des menaces de voies de fait ou de voies de droit, s'exerçant sur une personne, physique ou morale, ou sur ses proches. ON considérait avant 2016 que la violence était identifiée lorsque son emploi était injuste, illégitime dans la mesure où l'ancien article 1114 du Code civil disposait que la seule crainte révérencielle de parents ne saurait être retenue comme fait de violence

La menace d'emploi d'une voie de droit n'est cependant pas une violence en soi, sinon toute information sur une action en justice à envisager pourrait être considérée comme une telle violence. La menace d'une voie de droit est une violence dans des cas très spécifiques, lorsqu'elle est détournée de son but ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif, ce qui est rarissime²⁵⁶.

159. Auteur de l'acte de violence. – L'auteur de l'acte de violence importe peu, à la différence du dol, et il sera pris en compte non seulement lorsqu'il est exercé sur la partie contractante mais encore lorsqu'il l'est sur son conjoint et ses descendants ou ascendants et si elle est exercée par un tiers au contrat (C. civ., art. art. 1142).

160. Contrainte économique, abus d'un état de dépendance. – La question s'est posée par ailleurs, de façon récurrente, de savoir si la violence peut être causée par des circonstances extérieures, éventuellement économique, solution non envisagée dans le Code civil en 1804, mais désormais absorbée, quoique de manière restrictive, par l'article 1143, depuis 2016.

La jurisprudence l'avait admis dans des affaires dans lesquelles le cocontractant

²⁵⁶ Comp. Paris 24 mai 2002, RTDciv. 2002, p. 504, obs. J. Mestre et B. Fages : « *lorsqu'il y a abus de cette voie de droit, soit en la détournant de son but, soit en usant pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif* »..

a profité de circonstances pour imposer des circonstances exagérées : par exemple le fait de profiter de l'indigence d'une personne pour imposer un salaire médiocre²⁵⁷, de la situation de détresse d'un marin pour imposer un contrat de sauvetage disproportionné, etc. Le débat avait été relayé par le droit de la concurrence, qui avait créé en 1986 une sanction de l'abus de situation de dépendance économique (C. com., art. L. 420-2, L. 442-6, I), puis par le droit de la consommation sanctionnant l'abus de faiblesse (C. consom., art. L. 1112-8), mais sans aller jusqu'à consacrer un vice général de violence économique au sens du droit civil.

Cependant, un arrêt du 30 mai 2000 l'avait, depuis, admis²⁵⁸ pour reconnaître qu'une contrainte économique, la précarité financière d'un contractant notamment, pouvait justifier la nullité d'un contrat conclu sur cette base sur le fondement d'une violence, alors économique, pour autant cependant qu'elle possède les qualités d'un vice de violence, illégitimité et caractère déterminant²⁵⁹.

L'article 1143 propose une autre solution : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, 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 situation de dépendance doit correspondre à la relation entre les parties, et non une situation générale de dépendance, pour obtenir un avantage manifestement excessif. Si, la règle permet d'envisager toutes sortes de situations de dépendance, contractuelle, économique de manière plus générale, psychologique²⁶⁰.

B – Protection *a priori* du consentement : les devoirs d'information

161. Information précontractuelle. – L'analyse du contrôle de la formation du contrat se fonde sur une conception de contractants éclairés.

Les grands contrats d'affaires correspondent à une situation dans laquelle chacun est un professionnel avisé qui n'a besoin que d'informations finalisées,

²⁵⁷ Soc. 5 juill. 1965, *Bull. civ.* V, n° 545 ; Cass. soc., 3 oct. 1973, *Bull. civ.* V, n° 541. Pour d'autres exemples, circonstanciés : Aix, 19 févr. 1988, *RTD civ.* 1989, p. 535 obs. J. Mestre estimant que l'état de nécessité et de dépendance économique est équivalent à une violence morale, Paris, 27 sept. 1977, *D.* 1978, p. 690, note H. Souleau ; *Gaz. Pal.* 1978, 1, p. 110, note J. Guyénot ; *RTD com.* 1978, p. 595, obs. J. Hémard, estimant que la seule force économique était équivalente à une violence, arrêt ensuite censuré : Cass. com., 20 mai 1980, *Bull. civ.* IV, n° 212, ces décisions s'inscrivant dans un débat, ancien et sensiblement dépassé sur les rapports de dépendance (cf. G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, LGDJ, 1986).

²⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *D.* 2000, p. 879, note J.-P. Chazal, *JCP*, 2001, II, 10461, note G. Loiseau, *RTD civ.* 2001, p. 827, obs. J. Mestre et B. Fages : « *La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* ».

²⁵⁹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel, note J.-P. Chazal, *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages.

²⁶⁰ Comp. Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2016, n° 15-12454, *LPA* 2016 n° 209, p. 6 note S. Lequette ; Cass. civ. 3^{ème} 8 oct. 2014, n° 13-18150, *RDC* 2015, p. 11, note Th. Génicon (état dépressif non suffisant).

celles de l'article 1112-1 du Code civil, au moment de la négociation de ces contrats.

En revanche, la plupart des contrats d'usage, dont la multitude des contrats de consommation, n'y correspondent pas.

Ces contrats sont conclus dans l'urgence, ou sans véritable réflexion ni connaissance des objets contractuels de plus en plus complexes.

La protection du consentement par la théorie des vices du consentement est alors artificielle et inefficace dans la mesure où la protection nécessite un procès en annulation du contrat, long et coûteux.

L'un des moyens de pallier cette difficulté repose sur l'apparition des *obligations* d'information que l'on pourrait qualifier de *devoirs* d'information dans la mesure où il s'agit d'exigences précontractuelles.

Les fondements d'une telle exigence sont multiples. Ils sont moraux, par une exigence classique de loyauté contractuelle, qui exigerait une information de la part du sachant au profit de l'ignorant, via une exigence de transparence contractuelle.

Ils sont également économiques²⁶¹ à travers une conception libérale qui exige que chacun prenne soin de ses intérêts de sorte que celui qui ignore quelque chose doit se renseigner : *emptor debet esse curiosus*, l'acheteur doit être curieux. Encore convient-il de mesurer la valeur de l'information en question.

C'est essentiellement dans les rapports entre professionnels et consommateurs que ces exigences prospèrent aujourd'hui, mais aussi dans les rapports entre professionnels entre eux, par exemple dans les relations entre producteurs et distributeurs.

162. Manifestations de l'exigence d'information. – La négociation du contrat, ce temps de « l'avant contrat », justifie l'existence d'obligations d'information, de conseil, de mise en garde, exigées d'abord *a posteriori* par la sanction de celui qui ne les avaient pas fournies et qui se sont peu à peu généralisées, jusqu'aux notices d'information et « *warning* » systématiquement délivrés avec la vente d'une chose.

La loi a pris le relais. Dans les relations de consommation d'abord, l'article L. 111-1 du Code de la consommation impose une obligation d'information générale sur le prix, les produits les conditions de vente ou de prestation de service, accompagné d'une kyrielle de textes (Comp., C. santé publique, art. L. 1111-1 dans les relations entre professionnels de santé et patient).

Dans les relations entre professionnels ensuite, par exemple avec la loi Doubin du 31 décembre 1989, devenue art. L. 330-3 du Code de commerce, imposant une obligation d'information avant la conclusion de certains de contrats de distribution : « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des*

²⁶¹ Cf. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 1992.

informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause » sanctionnée comme un dol²⁶² ou bien les règles du droit de la concurrence imposant à tout vendeur la communication de ses conditions générales de vente à tout acheteur qui en fait la demande, fondement d'une exigence de transparence tarifaire particulièrement complexe et aux enjeux considérables (C. com., art. L. 441-3) : « *Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer à tout acheteur de produits ou demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle, qui en fait la demande, ses conditions générales de vente. Celles-ci constituent le socle de la négociation commerciale. Elles comprennent : les conditions de vente ; le barème des prix unitaires ; les réductions de prix ; les conditions de règlement* ».

Ces obligations d'information prospèrent alors dans tous les contrats civils, tous les contrats d'affaires, sont parfois relayées par une obligation de se renseigner, de se renseigner pour mieux renseigner²⁶³.

Leur objet est généralement constitué des informations nécessaires à l'intégrité du consentement, d'intensité variable : ainsi en présence d'un contractant averti, le contractant sera moins tenu que face à un contractant profane. De même, cette exigence d'information n'exige pas de tout dévoiler : ainsi n'est-on pas tenu d'informer son contractant sur ses faiblesses²⁶⁴ ni sur ses atouts, ce qui justifie, par exemple, la jurisprudence sur le droit de réaliser une bonne affaire (cf., supra).

163. Preuve et sanction de la l'inexécution de l'obligation. – L'article 1112-1 du Code civil a généralisé une solution apparue en droit de la santé, de sorte que c'est au débiteur d'une obligation, légale ou conventionnelle, d'information de prouver qu'il l'a correctement exécutée²⁶⁵, preuve qui peut, en principe, s'effectuer par tous moyens²⁶⁶.

La mauvaise exécution de l'obligation d'information emporte parfois la nullité du contrat, en cas de dol par exemple, et la responsabilité du débiteur

²⁶² Cass. com. 10 février 1998, *Bull. IV*, n.252, *RTD civ.* 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier, p. 365, obs. J. Mestre et Ph. Neau-Leduc, « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », *Cah. dr. ent.* 1998-2, p.27.

²⁶³ Cf. Cass. civ. 2^{ème}, 19 oct. 1994, *Bull. civ. I*, n°370 : « celui qui a accepté de donner des renseignements a lui-même l'obligation de s'informer pour informer en connaissance de cause ».

²⁶⁴ Cf. Cass. com. 24 sept. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 86, obs. J. Mestre et B. Fages, par d'obligation d'information sur le fait qu'un contractant soit placé en redressement judiciaire.

²⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, *Bull. civ. I*, n°75, *JCP* 1997, I, 4025, n° 7, obs. G. Viney, *RTD civ.* 1997, 434, obs. P. Jourdain (obligation d'information du médecin), Cass. civ. 1^{ère}, 29 avril 1997, *JCP* 1997, II, 22948, note D. Martin, *Contrats, conc. consom.* 1997, n° 111, obs. L. Leveneur (obligation d'un avocat) ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, *Contrats, conc. consom.* 2002, n°135, obs. L. Leveneur (obligation du vendeur professionnel), etc. Mais comp. s'agissant de la sanction de l'obligation précontractuelle imposée par l'article L. 330-3 C. com. : Cass. com. 10 février 1998, *Bull. IV*, n.252, *RTD civ.* 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier, p. 365, obs. J. Mestre, mais *contra* : D. Mainguy et J.-L. Respaud, « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin (C. com. art. L. 330-3) ? », *Contrats conc. consom.*, mars 2003, p. 4.

²⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1997, *Bull. civ. I*, n°278.

d'information, responsabilité curieusement envisagée cependant, responsabilité délictuelle chaque fois qu'un contrat n'a pas été conclu, mais parfois contractuelle lorsqu'un contrat a finalement été conclu²⁶⁷.

164. Faculté de rétractation, arrhes dédit, formalisme informatif. Bien d'autres techniques juridiques permettent d'assurer une période de réflexion et la possibilité de renoncer à la conclusion d'un contrat, alors pourtant que les deux parties ont donné leur consentement.

Ainsi des facultés de rétractation assurent une période pendant laquelle l'une des parties peut exercer un droit de rétractation, une sorte de résiliation unilatérale « gratuite », ou de retrait de son acceptation. C'est le notamment de certains contrats de consommation, comme les contrats conclus à distance.

Un autre cas est celui d'un délai de réflexion, imposé par la loi ou par le contrat (et comp. art. 1122 qui l'envisage de manière générale). C'est le cas notamment de l'emprunt conclu par un consommateur pour un achat immobilier : celui dispose d'un délai impératif de 10 jours pour réfléchir avant de pouvoir accepter l'offre de prêt qui lui est faite.

De manière voisine, les contrats conclus à l'essai, contiennent une clause d'essai permettant à chacune des parties de valider la perpétuation du contrat ou d'y mettre fin. A la différence des deux autres cas, le contrat est exécuté normalement pendant la période d'essai (dans un contrat de travail, le travail est fourni, le salaire est versé).

Les arrhes et dédits sont également des clauses dans le contrat de vente. La faculté de dédit est une clause permettant à l'une ou l'autre des parties, ou les deux, de se *dédire*, de manière gratuite ou plus souvent, moyennant le paiement d'un prix, un dédit. Les arrhes (C.civ., art. 1590) sont une forme de dédit bilatéral à titre onéreux. En versant des arrhes, l'acheteur consent à conclure un contrat de vente mais peut se dédire en perdant le montant des arrhes versées, tandis que le vendeur peut également renoncer au contrat en versant le double du montant versé (c'est-à-dire le montant payé par l'acheteur plus la même valeur). La différence n'est pas évidente, et dans les contrats de consommation, une avance de sommes d'argent versée par le consommateur est, en cas de doute, considérée comme des arrhes.

Enfin dernière technique, celle du formalisme informatif, qui permet, souvent par des mentions obligatoires, des clauses devant être écrites en des caractères particuliers, etc., permet d'attirer l'attention d'un contractant sur certains aspects potentiellement dangereux d'un contrat.

²⁶⁷ Cf. Cass. com. 25 juin 1980, *Bull. civ.* IV, n°276, *RTD civ.* 1981, p. 157, obs. G. Durry.

Section 2. – Capacité et pouvoir

I. La capacité pour contracter

165.Principe : capacité et incapacité. – L'article 1128 du Code civil fait de la capacité à contracter une condition de validité du contrat.

On se bornera à rappeler quelques principes essentiels du droit des personnes en la matière.

La capacité se définit comme l'aptitude à être titulaire de droits et à pouvoir les exercer. Elle est de principe, sauf si la loi en dispose autrement (C. civ., art. 1145) et, s'agissant des personnes morales, la capacité de ces dernières est déterminée par les règles qui leur sont applicables, le droit des associations, des syndicats, des sociétés ou des collectivités territoriales, pour l'essentiel.

L'incapacité traduit le phénomène inverse, et est d'exception (C. civ., art. 1146). Elle a un double contenu et on peut distinguer entre l'incapacité de jouissance qui est l'incapacité à être sujet de droit, situation rare par nature et qui sont toujours spéciales et l'incapacité d'exercice. L'ensemble de la question a fait l'objet d'une réforme par une loi du 5 mars 2007.

Les *incapacités de jouissance* privent certaines personnes du droit même de conclure certains contrats. Ces incapacités sont nécessairement spéciales et cherchent à protéger soit l'incapable, comme l'interdiction faite au mineur et son représentant de consentir de donation (C. civ., art. 903) ou l'incapacité du tuteur d'acquérir les biens de son pupille (C. civ., art. 450, al. 3), soit le contractant de l'incapable, interdisant par exemple au médecin de recevoir une libéralité d'un de ses patients (C. civ., art. 909) et même de toute personne exerçant une activité dans un établissement hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques d'acquérir des biens, des droits, de prendre un bail, d'une personne admise dans cet établissement.

L'*incapacité d'exercice* est l'incapacité à exercer des droits dont on est par ailleurs titulaire (capacité de jouissance), plus commune.

C'est le cas du mineur, sauf la capacité résiduelle lui permettant d'effectuer certains actes, en fonction de son âge et de leur caractère modeste (C. civ., art. 389-5 et 450).

C'est le cas également des majeurs protégés, selon la nature du régime de protection : la sauvegarde de justice ne prive pas de la capacité celui qui en bénéficie puisque les actes accomplis ne peuvent être annulés qu'en cas de démonstration de l'insanité d'esprit ou du caractère lésionnaire ou excessif de l'acte, la tutelle engage une incapacité générale d'exercice du majeur, par une technique de représentation du majeur par le tuteur et la curatelle met en œuvre une incapacité spéciale du majeur, avec l'assistance du curateur.

166.L'insanité d'esprit d'un majeur capable. – Certaines personnes pleinement capables peuvent souffrir d'une véritable insanité d'esprit, d'une altération de leurs facultés mentales, due à des raisons médicales, mais aussi peut-être liée à l'usage de l'alcool ou de la drogue de nature à entraver leur capacité à émettre

un consentement.

L'article 414-1 précise que « *pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit* ». La capacité étant de principe, l'insanité d'esprit doit être démontrée pour obtenir la nullité du contrat. Il convient pour cela de faire la démonstration d'un trouble mental, c'est-à-dire d'un trouble empêchant d'exprimer une volonté : handicap, maladie, sénilité, accident, addiction quelconque, etc. Toutefois, l'existence de ce trouble mental doit être suffisante. Ainsi la haine n'est pas suffisante²⁶⁸ ni la simple médiocrité intellectuelle d'une personne ou sa faiblesse de caractère²⁶⁹. Par ailleurs, le trouble mental doit être établi au moment de l'acte, de sorte que le trouble doit être contemporain à la conclusion de l'acte, ce qui est parfois difficile à établir : il suffit que le trouble existe au moment de la conclusion du contrat, quitte à son cocontractant de démontrer à son tour qu'il a été conclu dans un moment de lucidité²⁷⁰.

Le régime de l'annulation de l'acte dépend alors de ce que la personne est vivante ou décédée (C. civ., art. 414-2, 1°). Vivante, seule cette personne peut agir, dans la logique d'une nullité de protection, relative, décédée, ses héritiers peuvent agir pour obtenir la nullité d'un acte à titre gratuit, mais plus difficilement pour les actes à titre onéreux : il convient en effet, appliquant la thèse dite de « l'élément intrinsèque », que le trouble mental marque le contrat, par exemple en raison d'incohérence que l'on pourrait y retrouver.

II. Le pouvoir de contracter

167. Société et régime matrimonial. – Autre, cependant, est la question des pouvoirs pour contracter, c'est-à-dire la prérogative de gérer un patrimoine déterminé ou de conclure un contrat déterminé.

Toute personne capable est dotée en principe de pouvoirs illimités. Il n'en va pas de même pour une personne morale, qui agit par l'entremise d'organes la représentent et qui devront justifier de pouvoirs, reconnus par la loi ou par les statuts à certains organes de la personne morale (président du Conseil d'administration par exemple).

La question se pose également pour une personne mariée dans la mesure où les techniques du droit des régimes matrimoniaux assurent des pouvoirs complexes des époux. Ainsi, s'agissant de meubles, les deux époux disposent, seuls, de tous les pouvoirs pour effectuer tout acte et ce quel que soit le régime matrimonial qui leur est applicable (C. civ., art. 222).

168. Représentation. – Le problème se pose, aussi, en cas d'intervention d'un représentant agissant à la place d'un représenté. La représentation est le mécanisme juridique par lequel une personne, le représentant, dispose des pouvoirs pour conclure un acte juridique, un contrat par exemple, pour le compte d'une autre personne, le représenté. Les pouvoirs du représentant

²⁶⁸ Cass. civ. 3 juin 1959, *Bull. civ. I*, n°276.

²⁶⁹ Cass. civ. 10 nov. 1958, *Bull. civ. I*, n°483.

²⁷⁰ Cas. civ. 1^{ère}, 11 juin 1980, *Bull. civ. I*, n°184.

peuvent résulter de la loi, en cas de représentation légale (pouvoirs des parents, administrateurs légaux des biens de l'enfant mineur, du tuteur, dirigeants de société, etc.), par le juge en cas de représentation judiciaire (Cf. C. civ., art. 219 sur la représentation judiciaire entre époux) ou par contrat en cas de représentation conventionnelle (mandat spécial ou général, contrat de commission).

Historiquement, la technique de représentation a présenté bien des difficultés. Si le contrat de mandat était connu du droit romain, il était nié durant la période médiévale²⁷¹ et sa réapparition connut sa consécration dans le Code civil.

La représentation contractuelle est désormais envisagée aux articles 1153 et suivants du Code civil.

La représentation est *parfaite* lorsque le représentant agit *au nom et pour le compte* du représenté, comme dans le cas du mandat (C. civ., art. 1984).

Elle est *imparfaite* lorsque le représentant agit *en son nom et pour le compte* du représenté, comme le figure le contrat de commission (C. com., art. L. 132-1).

Le phénomène de la représentation est essentiel en droit des contrats, en raison des difficultés posées en termes de détermination des pouvoirs du représentant.

L'étendue des pouvoirs dépend en effet des circonstances et de l'origine de la représentation, selon qu'elle est légale, judiciaire ou conventionnelle. Dans les deux premiers cas, la loi (ou le jugement) détermine généralement clairement l'étendue des pouvoirs du représentant, comme c'est le cas des pouvoirs dévolus au représentant d'un mineur ou d'un majeur protégé, ou des pouvoirs reconnus aux organes d'une personne morale, qui dépendent aussi des statuts de celle-ci, d'une société par exemple.

En matière contractuelle, les choses sont plus complexes puisque, par hypothèse, l'étendue de la représentation n'est connue que du représentant et du représenté, et non des tiers avec lesquels le représentant va conclure des contrats.

Le Code civil pose des règles générales issues des règles antérieures.

Le représentant légal, judiciaire ou contractuel ne peut agir que dans la limite des pouvoirs confiés par le représenté (art. 1153), ce qui pose le problème de l'absence ou du dépassement de pouvoirs.

La représentation est définie en termes généraux ou spéciaux. La représentation spéciale (Cf. pour le mandat, C. civ., art. 1987) est déterminée pour « *une affaire ou pour certaines affaires seulement* », par exemple agir en justice ou conclure tel contrat. Le représentant ne peut exercer que cette action ou celles qui en sont l'accessoire (C. civ., art. 1155)

Au contraire, la représentation générale est déterminée « *pour toutes les affaires du mandant* » ; on parlait autrefois d'un fondé de pouvoirs. Mais, dans ce cas, précise l'article 1155 du Code civil (et comp., pour le mandat, art. 1988), la représentation ne vaut que pour effectuer des actes d'administration ou conservatoires, et certainement pas pour des actes de disposition.

Par ailleurs, l'article 1161 a inséré une disposition nouvelle, celle de l'hypothèse de conflits d'intérêts, restreinte cependant aux personnes physiques en 2018 :

²⁷¹ Cf. E. Chevreau, Y. Mausen et C. Bouglé, *Introduction historique au droit des obligations*, Litec, 2007, n°44, 61, 92.

« En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté ». A défaut, l'acte conclu est nul, sauf ratification par le représenté.

169. Dépassement de pouvoirs. Les difficultés commencent en cas de dépassement de ses pouvoirs par le représentant, voire de l'absence de pouvoirs. En principe, le contrat conclu dans ces conditions est inopposable au représenté, de sorte que celui-ci n'est pas engagé par le contrat conclu (C. civ., art. 1156), mais le représenté pour rattraper cette nullité par la technique de *ratification* (Cf. en matière de mandat, C. civ., art. 1998, al. 2), qui rend valable, rétroactivement l'acte conclu sans pouvoir. Inversement, cependant, en droit des sociétés, les limitations posées par les statuts sont toujours inopposables au tiers.

Par ailleurs, la *théorie de l'apparence* trouve, dans la technique de la représentation une application pratique essentielle, à travers la figure du *mandat apparent*. Elle révèle l'hypothèse dans laquelle un tiers contracte avec une personne en pensant légitimement (C. civ., art. 1156) qu'elle est le mandataire d'une autre personne. A défaut de tout pouvoir, le mandant ne saurait être tenu mais la théorie du mandat apparent permet au contraire de légitimer le contrat conclu par le tiers, dès lors que le soit-disant représentant, soit qu'il ne dispose d'aucun pouvoir soit qu'il dispose de pouvoirs limités et qu'il les dépasse, présentait toutes les apparences d'un représentant véritable ce qui suppose que le tiers ait pu croire en les pouvoirs du mandataire apparent et, donc, ait pu ne pas vérifier l'étendue de ces pouvoirs²⁷².

Si le tiers ignorait que le représentant ne disposait pas des pouvoirs nécessaires, il peut choisir entre l'innoposabilité ou la nullité du contrat.

170. Effets de la représentation. Les effets sont différents selon que la représentation est parfaite ou imparfaite (C. civ., art. 1154).

Lorsqu'elle est parfaite, le représentant s'efface et le contrat est conclu entre le tiers et le représenté : le représentant n'est pas engagé par le contrat conclu (il ne doit pas le prix ni l'exécution de la prestation). Par conséquent, le mandataire disparaît alors du champ contractuel : il n'est pas tenu par les obligations du contrat qu'il a pourtant conclu, sauf à répondre de ses fautes dans l'exécution de son mandat ou présence d'une clause faisant du représentant le garant de l'exécution par le représenté de ses obligations (clause de *ducroire*). Toutefois, la disparition du représentant n'est qu'une fiction juridique, qui peut être écartée, par exemple en matière de vice du consentement : la violence ou le dol commis par le représentant peuvent être invoquée et, inversement, la violence ou le dol commis par le tiers peuvent être invoqués par le représenté, notamment

²⁷² Cass. ass. plén. 13 déc. 1962, D. 1963.277, note J. Calais-Auloy, JCP 1963, II, 13105, note P. Esmein, RTD civ. 1963.572, obs. G. Cornu : « Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisant le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir » ; Cass. com. 27 juin 1995, Contrats, conc. consom. 1995, n° 199, obs. L. Leveneur.

lorsqu'il s'agit d'une personne morale

Lorsque la représentation est imparfaite la situation est globalement la même : le contrat sera au final conclu entre le tiers et le représenté, à ceci près toutefois que le représentant, qui conclut un contrat *en son propre nom* peut n'avoir pas déclaré au tiers qu'il était un représentant. En cas, à l'égard, du tiers, il est engagé, à charge pour lui de se retourner contre le représenté.