
DROIT DES CONTRATS

Daniel Mainguy

Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne

**ECOLE DE DROIT DE LA SORBONNE
LICENCE 2
2025-2026**



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. Il est le cœur d'un « droit de fond » comme le désignent les praticiens, absolument essentiel pour quelque pratique que ce soit.

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, c'est-à-dire pratiquement l'ensemble des opérations du commerce international.

Nous verrons, en le développant, que ce que nous appelons couramment « droit des obligations » correspond à trois logiques distinctes : le contrat, échange de volontés producteur d'effets juridiques, dont des obligations ; la responsabilité civile 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.

Nous observerons trois fonctions principales distinctes de ces trois ensembles : 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 et ce comme héritage du droit romain.

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 divise en trois catégories : le droit des contrats (*contract law*), de la responsabilité (*torts law*) et le régime général des obligations, souvent étudiés à des moments différents et non au sein d'un ensemble plus vaste, comme en France en deuxième et troisième année.

Enfin, s'agissant de 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 effets, 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. 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 relevant de la responsabilité civile évoquent des problèmes très étrangers aux obligations alors que l'obligation, de réparation, n'est que l'ultime point d'arrivée de la question. Le fondement des régimes de responsabilité civile repose sur la notion de faute, c'est-à-dire de faute délictuelle, le « délictuel » s'opposant ici au « contractuel ».

Enfin, le régime général de l'obligation a pour objet l'obligation, souvent et essentiellement l'obligation de paiement, mais indépendamment de la source de celles-ci, étirée et agrandie de manière que des opérations spécifiques puissent être réalisés sur cette obligation.

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.

2. **Droit des contrats.** – Ce que l'on désigne, alors par « droit des contrats » correspond à l'ensemble des règles qui s'applique à un contrat, quel qu'il soit.

De ce point de vue, les « contrats » objets de ce *droit des contrats* sont considérés de manière abstraite, générale, c'est-à-dire indépendamment de leur

réalité concrète. Ainsi, nombre de ces règles proposent des définitions, des descriptions, des classifications, etc. Le droit des contrats est ainsi le *droit commun des contrats* qui se distingue du *droit spécial des contrats* dits aussi « droit des contrats spéciaux »¹ qui régit les contrats comme la vente, le contrat d'entreprise, le contrat de bail, de mandat, etc. Ainsi, les articles 1101 du Code civil envisagent l'ensemble des règles du droit commun des contrats, tandis que d'autres règles, du Code civil ou d'autres codes, régissent le droit de la vente par exemple (C. civ., art. 1582 s.).

La question est moins simple qu'il n'y paraît cependant : certaines règles du droit commun des contrats intéressent plus spécifiquement certains contrats particuliers, comme les règles en matière de promesse de contrat (C. civ., art ; 1124) ou en matière de transfert de propriété, qui n'intéressent que les contrats qui comportent ce type d'effet, dont la vente, principalement. Inversement, certaines règles spéciales ont un effet plus large que les seuls contrats qu'elles visent.

En outre, les règles du droit des contrats spéciaux se sont pas définitives. La vente, par exemple, est décrite dans les articles 1582 et suivants du Code civil ; ces règles sont celles du droit *commun* de la vente, qui sont exceptées par des règles plus spéciales, par exemple la vente internationale de marchandises, régie par une convention internationale (Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises), la vente à un consommateur, etc.

Enfin, nombre des règles du droit des contrats sont supplétives, de sorte qu'il est possible d'y déroger, pour proposer des solutions non envisagées par le Code civil : s'intalle alors, à côté du droit supplétif, commun ou spécial, des contrats, un autre droit des contrats, le droit « vivant » des contrats issu de l'ingénierie contractuelle, la pratique des contrats, dite aussi « *technique contractuelle* »².

3. **Plan.** – 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

4. **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

¹ Comp. D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2022.

² J.-M. et P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, Ed. F. Lebeuvre, 5^{ème} éd., 2017.

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. De la même manière, les diverses normes juridiques posent des « exigences », souvent désignées comme des « obligations », ce qui est une simple facilité de langage : 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'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*, au sens du droit des contrats, est de source volontaire, c'est-à-dire le produit d'un échange de volontés entre deux ou plusieurs personnes : une soumission volontaire à ce rapport d'*obligation* qui, comme son terme le désigne, oblige. L'*obligation* est ainsi 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 : livrer, enseigner, réparer, payer, etc.

5. **Origine.** – L'origine du terme « obligation » n'est romaine que par excès de rapidité dans l'expression. Le terme « *obligatio* » apparaît surtout au XIII^e 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^e 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, un terme beaucoup rude était utilisé, celui *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 contrainte³, l'« *obligatio* » n'étant alors qu'un type de *nexum*. C'est donc essentiellement après le XIII^e 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.

³ 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.

- 6. 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 floues.

Ainsi en est-il, de manière très classique, entre les obligations juridiques et les obligations morales ou les obligations naturelles 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 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 nouvel 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.

- 7. 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 naturelle⁴ 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 peu 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 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 principe⁵, 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*) pensait-on pendant très longtemps, ce qui ne peut convenir car la novation suppose l'extinction d'une obligation ancienne par remplacement

⁴ Cf. M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, 1957.

⁵ En principe seulement, tant le régime juridique des engagements d'honneur est complexe (Cf. *infra*). 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.

d'une obligation nouvelle alors même que précisément, aucune obligation préexistante n'est éteinte, ou création d'une obligation civile, solution aujourd'hui privilégiée⁶ 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.

8. 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 métonymie est ambiguë mais saisissante : une obligation est obligatoire, c'est-à-dire que le fait que celle-ci naîsse créée, en elle-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 extrapatrimoniaux⁷ 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). C'est ce qui rend explicite, tangible, l'obligation.

⁶ 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. Molfassis, « 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.

⁷ Cf. D. Mainguay, *Introduction générale au droit*, LexisNexis, 9^{ème} éd. 2025.

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, mais également de faire ou de ne pas faire de l’ancien article 1101 du Code civil. Surtout, l’ancien article 1101 présentait le contrat comme ayant pour *effet* de tels obligations ; désormais le nouvel article 1101 présente le contrat comme présentant des effets variés (créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations), ces effets ayant donc des objets, qui sont des prestations, lesquelles ont un objet, une chose, un service, un prix notamment.

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, micro-contractuelle, 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

9. **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 démembrer 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 démembrément 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, 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

pisable 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.

- 10. 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*).

- 11. 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).

- 12. 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.

- 13. 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'appropriation⁸. 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 appropriables⁹ 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*).

II – Les normes juridiques applicables au droit des obligations

A. La théorie générale des obligations, un droit naturel des obligations

- 14. 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, etc. 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 XIXème siècle, à un moment où la doctrine, pour résister aux juges 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 IIIème République, etc.) et souhaitaient limiter les possibilités que les juges avaient d'interpréter les règles

⁸ Cf. F. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, Puf, 2007, n°162 et les références.

⁹ Cf. par ex : Y. Emerich, *La propriété des créances : approche comparative*, LGDJ, 2007.

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'ailleurs¹⁰, 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 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 jusqu'à la réforme de 2016, mais également une nouvelle manière d'approcher le droit des contrats.

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

¹⁰ Cf. D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, op. cit.

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* » disait-on au début du XXème siècle.

B. Sources positives des obligations

15. **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.
16. **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 XIXème 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.

17. **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.

18. **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 1994¹¹.

¹¹ Déc. Cons. constit. n° 94-348 DC, 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes*, JCP, 1995, II, 22404, note Y. Broussolle, *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.

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* »¹². Depuis, le Conseil constitutionnel a expressément reconnu la valeur constitutionnelle du principe de « *la liberté contractuelle* », qui « *découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »¹³. 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 tenants¹⁴.

La pratique constitutionnelle, rare cependant en matière contractuelle, se fonde principalement sur l'article 4 de la DDH¹⁵, ou l'article 16 (sur la garantie des droits) notamment en matière de contrôle de l'effet de la loi dans le temps. Ainsi, il considère que « *il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou*

¹² Déc. Cons. constit. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *Loi Aubry I*.

¹³ Déc. Cons. const., n° 2000-437 DC, 19 déc. 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001* : « s'il est vrai que le dispositif institué par le législateur a notamment pour finalité d'inciter les entreprises pharmaceutiques à conclure avec le comité économique des produits de santé, en application de l'article L. 162-17 4 du Code de la sécurité sociale, des conventions relatives à un ou plusieurs médicaments, visant à la modération de l'évolution du prix de ces médicaments et à la maîtrise du coût de leur promotion, une telle incitation, inspirée par des motifs d'intérêt général, n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution ». Déc. Cons. const., n° 2002-465 DC, 13 janv. 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi* : « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » ; Déc. Cons. const., n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie* : « si le législateur peut, sur le fondement des articles 3 4 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, c'est à la condition notamment que celles-ci concourent à des fins d'intérêt général ; qu'il peut aux mêmes fins déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » ; Déc. Cons. const., n° 2013-672 DC, 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi* : « il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi » et « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 » ; Déc. Cons. const., n° 2017-752 DC, 8 sept. 2017, , *Loi pour la confiance dans la vie politique* : « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ».

¹⁴ Cf. A. Duffy, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *RDP* 2006, p. 1539.

¹⁵ DDH, art. 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. En particulier, il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus de situations nées sous l'empire de textes antérieurs »¹⁶.

- 19. Droit de l'Union européenne.** – Le droit communautaire n'influence, aujourd'hui le droit des obligations que de façon plutôt marginale¹⁷, 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. 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)¹⁸. Cette influence demeure marginale car le droit de l'Union européenne n'a, pour l'instant, pas abordé de front la question de l'harmonisation des règles communes et ne s'est intéressé qu'à des thèmes techniques.
- 20. 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 notable¹⁹.

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'intérêts 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.

¹⁶ Déc. Cons. constit. n° 2019-812, 15 nov. 2019. *Addé* ; Déc. Cons. const., n° 2020-880 QPC, 29 janv. 2021 et n° 2020-871 QPC, 15 janv. 2021 : « .

¹⁷ V. Cependant H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PUAM 2002.

¹⁸ 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.

¹⁹ Cf. J. Raynaud, *Les atteintes aux droit 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.

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 2002²⁰.

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 bail²¹ ou dans le contrat de travail²².

21. Droit international privé des obligations, des contrats, de la

²⁰ 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 impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que l'article 1^{er}-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 ».

²¹ 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.

²² 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.

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 ici²³, sinon pour rappeler que ces questions justifient la résolution de conflits de juridictions (Cf. Règlement « Bruxelles I bis », n° 1215/2012, art. 5) et surtout de conflits de lois portant sur les contrats (et Cf. Règlement « Rome I » Regl. n° 593/2008 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles) sur la responsabilité (et cf. Règlement « Rome II » n° 864/2007, 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.

- 22. 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 2004²⁴. Leur objectif 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

²³ Cf. D. Mainguy, « Les opérations du commerce international », in *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2005, n° s.

²⁴ 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 », *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-Cauzon, « 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.

estimait que le but du droit comparé était de parvenir à un droit commun²⁵.

Ces « Principes » résultent d'une initiative privée : ils ne bénéficient d'aucun caractère obligatoire malgré leur présentation mais leur autorité et 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 européen de droit des contrats (PEDC) 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 étatiques²⁶. 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.

- 23. 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 férule du Pr. Ole Lando et d'universitaires reconnus des différents Etats membres, ces principes²⁷ 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 environ, structurés en 17

²⁵ E. Lambert, *La fonction du droit civil comparé. Etudes de droit commun législatif*, 1^{ère} série, LGDJ, 1903.

²⁶ Cf. les résultats d'une recherche : P. Deumier, « L'utilisation par la pratique des conditions d'origine doctrinale », *D.* 2008, Chr. p. 494.

²⁷ 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.

chapitres, intéressant un droit matériel des obligations et des contrats, éventuellement internationaux.

24. 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 contrats²⁸ 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 communautaire²⁹.

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 communautaires³⁰. On observera 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*

²⁸ 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.

²⁹ 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-Cauzon 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-Cauzon 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.

³⁰ 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. 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. Malaunie, « 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-Cauzon, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463.

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 partisans³¹ et adversaires³² d'un tel projet.

25. 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.

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

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 XIXème siècle et qui est devenue le mécanisme essentiel aujourd'hui, construit tout au long du XXème siècle, la responsabilité du fait d'autrui, accompagnant et généralisant les règles posées par l'article 1384 du Code civil.

³¹ 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.

³² 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 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-il 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.

- 27. 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 critiquable³³ 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 gène apparente à la plupart des difficultés qui se posent.

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

³³ 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.

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 2005³⁴, projet de l'Académie des sciences morales et politiques réalisé sous la direction de F. Terré en 2009³⁵ et « Projet de la Chancellerie » de 2009³⁶ ponctuaient alors un débat constant, jusqu'à la discussion d'un projet de loi de simplification du droit, 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

³⁴. 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).

³⁵ 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.

³⁶ 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*, 1998, 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. Ghozi 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.

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, inintelligible, 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 œuvre 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 juridiction 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 ».

28. **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 2 du Code civil dispose ainsi que « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* » de laquelle on tire, depuis 1804, les règles jurisprudentielles

en matière d'effet de la norme juridique dans le temps. Le principe est énoncé de façon *a priori* simple : (i) la loi n'est pas rétroactive en ce qu'elle ne peut faire rendre valide ce qui ne l'était pas et réciproquement, (ii) la loi ne vaut que pour l'avenir donc pour les effets futurs d'un contrat conclu antérieurement à la loi nouvelle. Cela étant, (iii) la jurisprudence a ajouté, pour les contrats, une exception non envisagée dans l'article 2 dite « principe de survie de la loi ancienne » qui indique que le droit applicable à un contrat est la loi existant au moment de sa conclusion, *y compris ses effets futurs*, règle elle-même exceptée (iv) par l'hypothèse d'une rétroactivité expresse ou (v) en présence d'une règle nouvelle impérative.

29. L'ordonnance de 2016 propose cependant une règle propre en la matière.

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, ici posée légalement.

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* »³⁷.

Il s'agissait alors de clôturer un débat entamé après 2016 sur la portée de l'article 9, al. 2³⁸. 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

³⁷ 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 ».

³⁸ Cf. D. Mainguy, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats*, D. 2016, p. 1762, addé : *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.

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 2017³⁹, en matière de mandat, et de la chambre sociale du 21 septembre 2017⁴⁰, 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 2017⁴¹ 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.

- 30.** Il en résulte alors que les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016, sont en principe soumis aux règles antérieures, celles du Code civil de 1804, sauf quelques exceptions s'agissant d'un cas très spécifique dit des « actions interrogatoires » (C. civ., art. 1123, 1158, 1183).

Les contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 1^{er} octobre 2018, date d'entrée en vigueur de la loi de 2018 ratifiant et modifiant l'ordonnance de 2016 sont soumis aux règles de cette dernière, avant modification par la loi de 2018, sauf des dispositions interprétatives et donc rétroactives.

Les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2018 sont conclus sous le régime des dispositions nouvelles.

- 31. 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 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

³⁹ 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. Levener, 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. Houtcierff, AJDI 2017 p. 612 note M. Thioly, Gaz. Pal. 18 avr. 2017, n° 292, p. 33, note D. Houtcierff. V. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 20 septembre 2017, n°16-12906, Gaz.pal. 9 janv. 2018, p. 29, note D. Houtcierff.

⁴⁰ 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. Houtcierff.

⁴¹ 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).

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

32. **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 antérieur. 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.
33. **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-délit (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.

34. Nouvelles classifications 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*) 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

- 35. 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, etc., 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 famille⁴².

Sans contrat, comment réaliser de manière garantie (par la loi) des échanges économiques, c'est-à-dire des transferts de patrimoine à patrimoine 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 d'opérations contractuelles simples. De même, des sociétés archaïques, utopiques ou totalitaires envisagent la suppression de la propriété, de l'argent, donc des contrats. Aucune n'a, pour l'heure, jamais fonctionné efficacement.

Le contrat donc, est cet outil juridique producteur d'un certain nombre d'effets

⁴² J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 1997.

de droit qui assure, dans des considérations presque illimitées des échanges économiques.

36. 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 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-même⁴³, la Police de la Cité se contractualise, des contrats sont conclu 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 présent : 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 l'outil 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, etc.

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

⁴³ 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.

contrat⁴⁴.

- 37. 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, engagement⁴⁵, contrat, convention, protocole, accord.

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

- 38.** 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

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Cf. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources des obligations*, Defrénois, 2007.

théorie des contrats (B) permettront de saisir quelques éléments de méthode du droit des contrats (C).

A. Classifications des obligations et des contrats

- 39. 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 aisément 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

- 40.** 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'écartier un certain nombre d'engagement comme non juridiques.

a – Les obligations naturelles et les obligations civiles

- 41.** Certaines obligations, comme des obligations familiales, de bienséance, morales, de politesse, de religion ne sont pas considérées comme des obligations juridiques (*cf. supra*, n° 7). Ainsi nul n'est juridiquement obligé de donner quelque argent à la quête, à la messe ou à un indigent. Ce ne sont pas des obligations juridiques car nulle sanction étatique n'impose leur exécution et nul indigent ne dispose d'une action judiciaire contre un passant pour le contraindre à une aumône ; 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 »⁴⁶.
- 42.** Ce ne signifie pas que des obligations juridiques ne puissent naître d'une « obligation » morale. Ainsi la responsabilité civile emporte une obligation de réparer le dommage causé par l'auteur d'une faute ; des obligations alimentaires entre parents et enfants, ex-mari et ex-femme, etc., sont posées par la loi, etc. La

⁴⁶ J. Carbonnier, *Flexible droit*, « L'hypothèse du non droit », LGDJ.

différence ici est qu'il existe une norme juridique qui, quel que soit son fondement philosophique, moral par exemple, supplante (juridiquement) ce fondement.

- 43.** 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'ancien 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 légales⁴⁷.

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.
- 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 engagé⁴⁸.

b. Les engagements à portée obligatoire discutée

⁴⁷ Cf. Civ. 1ère, 9 mai 1988, *D.* 1989.289, note J. Massip.

⁴⁸ Cf. Civ., 1ère, 10 oct. 1995, *Bull. civ.* I, n°352, *D.* 1997.155, note G. Pignarre.

44. 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'en 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*).
45. ***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 sanctionnée⁴⁹.

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 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.

Le même type de questions se pose pour des actes comme des protocoles d'accord ou des « accords de principe » souvent identifiés au stade de la négociation d'un contrat (cf. *infra*).

46. **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 négociation⁵⁰. D'autres fois, les

⁴⁹ 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.

⁵⁰ X. Barré, *La lettre d'intention*, Economica, 1995.

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.

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

48. **Sort de ces engagements : contractuels ou non contractuels ?** – Toute l'ambiguité 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 dès lors que l'engagement, même expressément considéré comme moral, exprime de manière non équivoque une volonté de s'obliger⁵¹. 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 engagent 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 »⁵² par exemple.

⁵¹ 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.

⁵² 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*

c. Les actes de courtoisie et de complaisance

49. 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 contracter⁵³. 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 délictuel⁵⁴ : 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 » via un régime de responsabilité alors contractuelle⁵⁵.

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

50. 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*). Encore convient-il de déterminer un contrat international. Le fruit d'une longue évolution doctrinale et jurisprudentielle⁵⁶ 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

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.

⁵³ V. A. Viandier, « La complaisance », *JCP* 1980, I, 2987.

⁵⁴ Cf. Cass. civ. 2ème, 27 janv. 1993, *Bull. civ.* I, n°42, *RTD civ.* 1994, p. 864, obs. P. Jourdain.

⁵⁵ 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).

⁵⁶ D. Mainguy, « Les opérations du commerce international », in J. Béguin et M. Menjucq (Dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2005, n°909.

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 international⁵⁷.

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 un 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 qu'un arrêt, l'arrêt *Valenciana*, avait admis⁵⁸.

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 contrat⁵⁹. 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

⁵⁷ Civ. 19 févr. 1930, *Mardelé*, S. 1931, 1, 1, note Niboyet, Cass. civ. 27 janv. 1931, *Dambricourt*, *Rev. crit. DIP* 1931, p. 516.

⁵⁸ 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* ».

⁵⁹ M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2003.

contrat particulier (le contrat de travail, le contrat de consommation) ou a 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).

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.

51. 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 contienne 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*) ou encore des conditions de la cession d'un contrat public. Par ailleurs, les contrats administratifs se signalent par la présence de clauses exorbitantes du droit commun, qui diffèrent ce faisant des clauses qui pourraient être insérées

dans un contrat de droit privé⁶⁰.

52. 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 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

53. 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 de validité ou d'efficacité du contrat

54. 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 reconnaître le formalisme pour exception : sont des contrats

⁶⁰ 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.

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.

55. 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, l'un des défauts de la réforme de 2016 repose précisément sur le fait de ne pas avoir envisager les clauses contractuelles⁶¹, ne pas les avoir définies, ni prévu de critère, etc.⁶². 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. Elles peuvent produire des effets automatiques, comme une clause de durée, une clause aménageant un transfert de propriété, ou bien créer des prérogatives contractuelles⁶³.

56. 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 XIXème 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

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. Lebeuvre, 5^{ème} éd., 2017 ; F. Buy, M. Lamoureux, J. Mestre et J.-Ch. Roda, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2018.

⁶² Sinon en droit européen de la consommation : Ainsi, la Commission européenne, *à travers des Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs* (2019/C 323/04) : « ce qui importe pour déterminer le caractère séparable des clauses contractuelles est le contenu ou la fonction de stipulations particulières plutôt que la façon dont elles sont présentées dans un contrat donné et le fait qu'une suppression partielle n'est pas possible lorsque deux parties d'une clause contractuelle sont liées de telle sorte que la suppression d'une partie affecterait la substance de la clause restante du contrat. À cet égard, il n'est pas exclu qu'un paragraphe/point unique d'un contrat contienne plus d'une clause contractuelle au sens de l'article 3, paragraphe 1, la directive CACC. À l'inverse, il est possible que deux paragraphes/points ou même des dispositions de documents différents forment une seule clause contractuelle, en fonction de leur contenu ».

⁶³ Cf. L. Molina, *Les prérogatives contractuelles*, LGDJ 2023.

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 adhèrent 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.

57. Deux critères président donc à la distinction de ces types de contrats.

Le premier est celui, assez fumeux de la « négociabilité » des stipulations d'un contrat (alors qu'avant la loi de ratification de 2018 il s'agissait du résultat, le fait que des stipulations aient été ou non l'objet de négociation, qu'elles aient été négociées, ce qui est beaucoup plus évident à saisir). Il est en effet très difficile de savoir si telle stipulation est négociable ou ne l'est pas, par exemple lorsque le contrat est un contrat conclu à de multiples occasions, mais que telle stipulation n'est en général pas négociée mais que tel cocontractant, particulièrement âpre, a obtenu une telle négociation.

Le deuxième est la question de la notion d'un « ensemble de clauses négociables », assez inexplicable depuis 2018 (avant 2016, elle faisait référence à des « conditions générales », elles-mêmes visées, mais non définies dans l'article 1119). En effet, la notion de « clause » n'est elle-même pas définie. La première idée est celle de « clauses essentielles ». Elle permet de considérer que constitue un « *ensemble de clauses négociables* » celles qui ne sont pas essentielles : le contrat de gré à gré serait ainsi celui dans lequel des clauses ou des stipulations essentielles, ou des éléments essentiels (comme la qualification même du contrat) seraient négociables et le contrat serait d'adhésion lorsque ces mêmes clauses ne le sont pas. En pratique, cette distinction est sans doute très difficile.

Le dernier est celui de la « détermination à l'avance de clauses (non négociables) par l'une des parties ». Le critère est censé considérer des contrats rédigés à l'avance, des conditions générales de vente, etc., mais en fait est peu efficace. Toute clause dans un contrat proposé à un autre est, par hypothèse, « déterminée à l'avance ». Par ailleurs par qui cette détermination s'effectue ? Il peut s'agir du cocontractant lui-même, ou bien un tiers, par exemple un contrat-type dans une branche professionnelle ou dans un réseau de commerçants, ou un modèle de contrat de bail acheté dans un supermarché. *A priori*, la loi ne distingue pas, les deux sont visés. Autre situation, celle dans laquelle deux contractants négocient et l'un demande à l'autre de rédiger le contrat, ou bien à un tiers (un avocat par exemple) : le contrat rédigé à la demande d'une partie.

La question la plus importante est celle intéressant les contrats de réseau, les contrats parfois désignés comme des « *contrats-organisation* »⁶⁴, comme des réseaux de contrats de franchise, de concession ou d'autres types de contrats d'affaires. Ces contrats sont en effet similaires et on n'imagine pas, même simplement pour des logiques de gestion contractuelle, que chacun des dizaines, parfois centaines, de contrats identiques ou voisins, et donc pas ou peu négociables : doit-on les considérer comme des « *contrats d'adhésion* », alors que cette catégorie a plutôt été pensée pour les contrats de consommation. Le même problème se pose pour des contrats bancaires, d'assurance, des statuts de société, règlements de copropriété, (auxquels on adhère simplement en acquérant des titres de cette société ou en acquérant un lot de copropriété), etc., qui peuvent être conclus avec des professionnels (susceptibles d'avoir un pouvoir de négociation) ou des non-professionnels. A bien des égards l'idée d'un « pouvoir de négociation », opportun pour la rédaction de 2016 devient inefficace depuis 2018 avec l'idée de négociabilité.

b. Classifications relatives aux effets des contrats

58. Contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux. – Cette distinction (C.

⁶⁴ Cf. P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mélanges François Terré*, Dalloz, 1999, p. 635.

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 servant alors mutuellement de contrepartie⁶⁵: 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.

- 59. 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 avantage⁶⁶.
- 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-successoriale 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

⁶⁵ Cf. A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », *Mélanges J. Ghéstin*, LGDJ 2001, p. 777.

⁶⁶ St. Bénilsi, *La gratuité en droit privé*, Th. Montpellier, 2006.

1992 sur le mandat) ou encore les conditions de l'action paulienne (C. civ., art. 1167 C.civ. et *infra*) sont différentes.

- 61. 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).
- 62.** 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).
- Un détail qui n'en est pas un par ailleurs, il ne faut pas confondre contrat aléatoire et contrat comportant un aléa. A bien égards, tout contrat comporte un aléa : le cocontractant respectera-t-il ses engagements, la condition à laquelle est soumise l'effectivité d'un contrat va-t-elle se réaliser, etc. De même la plupart des obligations sont dites « *de moyens* », par opposition aux obligations « *de résultat* » (sur cette distinction, cf. *infra*). La différence pour la résumer est qu'une obligation de moyens oblige son débiteur à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour l'exécuter de telle sorte que si l'obligation n'est, toutefois, pas exécutée, le débiteur ne sera pas condamné, alors que si l'obligation est de résultat, il le sera sauf à pouvoir invoquer un événement de force majeure. Par exemple un médecin en principe s'oblige à *soigner* un patient, obligation de moyens, et non le *guérir* (qui serait une obligation de résultat) car il existe un *aléa thérapeutique* ce qui ne fait pas du contrat médical un contrat aléatoire. Les cas de ce type sont très nombreux, la vente d'un bien d'occasion « *aux risques et périls* » de l'acheteur, l'existence d'obligations facultatives (payer une somme ou remettre une chose), l'existence d'une faculté de résiliation dans un contrat, etc.
- 63. Contrats à exécution instantanée et successive.** – 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, le 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 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).

Cette distinction est purement descriptive est sans doute trop large : la vente par exemple, considérée comme un contrat à exécution instantanée, produit des effets qui durent dans le temps, comme la garantie des vices cachés (qui dure deux ans, C. civ., art. 1644). Par ailleurs, le contrat de bail ou le contrat de travail, souvent considéré comme des contrats à exécution successive, contiennent des obligations à exécution instantanée, comme l'obligation de payer le loyer, ou de délivrer la chose louée.

L'intérêt essentiel de cette distinction reposait, avant la réforme de 2016 sur le sort du contrat inexécutable partiellement, sa résolution et, en conséquence, l'étendue des restitutions entre les parties. Depuis la réforme, les effets de la résolution (C. civ., art 1229) sont désormais déconnectés de cette distinction : « *les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre* » et lorsque « *les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation* ».

Par conséquent, chaque fois qu'un contrat est conclu en considération de son entière exécution (une vente par exemple où l'acheteur ne paie pas), toute inexécution, à quelque moment qu'elle survienne, devrait être sanctionnée par l'anéantissement total et donc rétroactif du contrat ; à défaut (un contrat de bail où le locataire cesse soudainement de payer, il est inutile de revenir sur l'exécution passée du contrat qui a procuré définitivement satisfaction aux parties. C'est donc un critère subjectif, la volonté des parties, qui serait le critère déterminant.

64. contrats de courte durée et de longue durée. – Au-delà de la classification traditionnelle précédente, 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.

65. 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 dans le cas des contrats 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. En revanche, on doit constater que cette distinction, opportune en termes de définition, n'a aucune portée pratique, par ailleurs très en retard sur des décennies de jurisprudence en la matière. Une partie de ces règles jurisperudentielles est d'ailleurs reprise dans certaines dispositions, par exemple les articles 1164 et 1165 du Code civil.

c. – Classifications relatives à la qualité des contractants

66. 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 firmae* 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*.

67. 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 influer 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 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 rééquilibre, par l'intervention législative dont les règles les plus marquantes sont celles encadrant la conclusion des contrats de crédit à la consommation, les crédit immobiliers conclu avec n consommateur, les règles intéressant l'élimination des clauses abusives, celles imposant une faculté de rétractation dans les contrats conclu 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

68. 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 droit.

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.

- 69.** Il s'agit donc ici 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 idéelle (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 (1.) que des conceptions nouvelles, souvent présentées comme plus modernes viennent compléter (2.).

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

- 70. 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.

Emile Gounot avait consacré en 1912 une thèse restée célèbre sur ce thème, pour la critiquer d'ailleurs : « *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 civil⁶⁷ 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 ces 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 XVIII^e siècle considéraient que le contrat – le contrat social – 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 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

⁶⁷ 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.

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.

71. Les logiques politiques sont bien connues : « *tout ce qui est contractuel est juste* » selon le mot du philosophe libéral Fouillée à la fin du XIXème 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 XXème 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 XVIIIème 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) découlaien t 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*.

72. 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 XIXème 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.).

73. 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^e siècle sous l’autorité de l’Eglise, contre la logique romaine puis romaniste des pactes vêtus⁶⁸ : 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 contractuelle⁶⁹.

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 reviendrons sur la question de l’ordre public en nous intéressant aux conditions de validité des contrats.

⁶⁸ Cf. E. Chevreau, Y. Mausen et C. Bouglé, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 123 s.

⁶⁹ Cf. P. et J.-M. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, éd. F. Lefebvre, 5^{ème} éd. 2017 ; 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.

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

Une règle d'ordre public interdit aux parties de déoyer 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 exemple⁷⁰.

– **Le principe du consensualisme.** D'après ce principe, corollaire du précédent dans la logique philosophique du XVIIIème 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'obligent » 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

⁷⁰ Cf. Cass. civ. 1ère, 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 e santé).

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.

74. Critiques et atteintes à la doctrine de l'autonomie de la volonté. – La philosophie individualiste du XVIII^e 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 l'*homo economicus*, à l'*homo juridicus* des XVIII et XIX^e siècles, se substitue la vision d'un homme réel, dans un contexte social, économique, familial. L'optimisme des XVIII et XIX^e 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 neurosciences, 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 naturels⁷¹. Sur le 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 jugé parfois pesant de l'Etat, ou de l'Union européenne, 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 rousseauïste, considèrent que la liberté dépend des individus de sorte que l'ordre juridique est par nature spontanée, 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'accentue alors, dans certains domaines, comme en droit social, en droit de la consommation, en droit de la concurrence.

75. 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 affaissés 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

⁷¹ Comp. Cependant, F. Hayek, *Droit, législation, liberté*, Puf, Quadrige.

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 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 constat la transformation des rapports contractuels de débiteur à créancier en rapport de professionnel à consommateurs, d'employeur à salariés, de bailleur à locataire, d'assureur à assuré, etc.

76. 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 suppléativité 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 corruptit* »), 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.

77. 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

- 78. 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 fortément 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'équilibre⁷². Cette logique illustre presque toutes les tentatives de renouvellement de la compréhension du droit moderne des contrats. Insuffisante cependant, elle peut elle-même être complétée d'analyses plus économiques que morales.
- 79. L'utile et le juste.** – On doit au professeur Jacques Ghestin un article resté célèbre, *l'utile et le juste dans les contrats*⁷³ 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*).

⁷² 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.

⁷³ 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.

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'Equité 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*). 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 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.

80. 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 contractuel⁷⁴ 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

⁷⁴ Cf. D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 285.

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*).

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 justice⁷⁵ 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 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 Demogue⁷⁶, 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.

⁷⁵ Cf. J. Ghestin, « Le juste et l'utile dans les contrats », *D.* 1982, Chron., p. 1.

⁷⁶ 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* ».

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*⁷⁷ 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* »⁷⁸.

Défendue par D. Mazeaud⁷⁹ et Ch. Jamin⁸⁰ notamment, cette doctrine⁸¹

⁷⁷ L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006.

⁷⁸ D. Mazeaud, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, *D.* 2002, p.2841.

⁷⁹ 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 , in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), *Le solidarisme contractuel*, op. 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..

⁸⁰ 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.

⁸¹ 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.

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 décidée (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 durée⁸².

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.⁸³, même s'il existe de nombreuses techniques de 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. La logique de « solidarisme contractuel », très universitaire, n'est d'ailleurs plus guère utilisée. Il en reste la formulation d'une conception très volontariste du contrat dans une logique d'équilibre contractuelle.

⁸² Comp. D. Mainguy, « La liberté de l'entreprise face à ses partenaires », in *La liberté de l'entreprise*, Trav.Ass. H. Cap. 2008.

⁸³ 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 indefinable : good faith and the United Nation 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).

Il en résulte, incontestablement, une vocation à une modification en profondeur du contrat, surtout au stade de son exécution, vers une nouvelle éthique contractuelle⁸⁴, un nouvel ordre contractuel, voire une nouvelle devise contractuelle⁸⁵, peut-être une simple nouvelle déontologie contractuelle qui permet non seulement de paralyser le jeu de clauses utilisées de mauvaise foi comme une clause résolutoire⁸⁶ 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 coopération⁸⁷ 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*⁸⁸ et *Chevassus-Marche*⁸⁹, voire, pour contredire la solution classique en matière d'imprévision, en imposant une obligation de renégociation du contrat⁹⁰, c'est-à-dire pour imposer des *devoirs*, ceux d'un contractant raisonnable, et sanctionner le mauvais comportement de ce contractant⁹¹. Il en résulte aussi de nouveaux outils, la notion de proportionnalité⁹², celle de l'économie du contrat⁹³, une certaine défense contre le déséquilibre contractuel⁹⁴, la cohérence contractuelle⁹⁵, etc.

Cependant, une telle coopération ou collaboration contractuelle peut être 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 contractuelle⁹⁶ qui changent radicalement la face de la bonne foi et

⁸⁴ 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.

⁸⁵ D. Mazeaud, *Le nouvel ordre contractuel*, op. cit. ; *La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité*, op. cit.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ Cass. com. 3 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n°338, *JCP* 1993, II, 22164, note G. Virassamy, *RTD civ.* 1993, 124, obs. J. Mestre.

⁸⁹ Cass. com. 24 nov. 1998, *Bull. civ.* IV, n°277, *JCP* 1999, fl, 143, n°6, obs. Ch. Jamin, II, 12210, note Y. Picod, *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. Mestre.

⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 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.

⁹¹ Cf. B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997.

⁹² S. Pech-Le Gac, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000.

⁹³ S. Pimont, *L'économie du contrat*, Dalloz, 2003.

⁹⁴ V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000 ; L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002.

⁹⁵ D. Houtcief, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

⁹⁶ 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.

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'information⁹⁷, 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 maigre⁹⁸ et par ailleurs lourdement contesté par une partie de la doctrine⁹⁹ qui lui reproche, notamment, son sentimentalisme et le recours excessif au juge pour résoudre les nouveaux problèmes contractuels.

81. 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 demande¹⁰⁰.

C'est la théorie anglaise de la « *reliance* »¹⁰¹ que l'on traduit en France par

⁹⁷ Cf. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 1991.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ Cf. not. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », *Mélanges P. Didier*, 2008, p. 247 ; L. Levener, « Le solidarisme contractuel, un mythe », in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 184.

¹⁰⁰ 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-Cauzon (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.

¹⁰¹ 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. Meinertzhagen-Limpens, « La reliance dans le droit de la common law des contrats », *Mélanges P. Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2001, p. 173.

attentes légitimes : le créancier a accepté la promesse et exécuté sa part de contrat non en 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*), celle du devoir de ne pas se contredire au détriment d'autrui, traduction française de la règle de l'*Estoppel*¹⁰², la notion d'obligation essentielle (cf. *infra*), l'économie du contrat (cf. *infra*), 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 implicites¹⁰³. 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.

82. Conformité du contrat à la loi. – Au-delà de ces considérations subjectives,

¹⁰² 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.

¹⁰³ Cf. P. Lokiec, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, Chr., p. 321.

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 Kelsen¹⁰⁴ et généralisée en droit français par G. Rouhette¹⁰⁵. 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 social¹⁰⁶.

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 général¹⁰⁷.

83. 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,

¹⁰⁴ Cf. H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. du droit*, 1940, p. 33.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ Comp. L. Aynès, « A propos de la force obligatoire du contrat », *RFC* 2003, p. 324.

¹⁰⁷ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.

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 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'humanisme¹⁰⁸.

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.

84. 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 Pascal¹⁰⁹. 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 morale¹¹⁰. 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

¹⁰⁸ Comp. D. Mazeaud, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », *Mélanges Ph. Jestaz*, 2006, p. 372.

¹⁰⁹ B. Pascal, *Pensées*, not. 298-283 ; 423-277.

¹¹⁰ Cf. A. Comte-Sponville, *Le capitalisme est-il moral ?*, Albin Michel 2004

les autres ordres.

Le contrat s'adapte parfaitement à celle logique : il relève de l'ordre technique économique, du droit et de la morale. Par nature même, ce qui relève de l'économique ne relève pas de la morale : l'économique, le contrat, le capitalisme¹¹¹ 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.

85. 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 près¹¹², 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 XVIIème 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 »¹¹³, 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.

¹¹¹ Cf. A. Comte-Sponville, *Le capitalisme est-il moral ?*, op. cit. Comp. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », *Mélanges P. Didier*, 2008, p. 247.

¹¹² 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..

¹¹³ Cf. E. Mackaay et St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, *Dalloz*, 2008 et sp. n°1289s.

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 globale¹¹⁴, 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.

86. 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 catégories¹¹⁵. 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*), 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

¹¹⁴ Cf. F. Von Hayek, *Droit législation et liberté*, Puf, coll. « Quadridge », 1999.

¹¹⁵ Cf. P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 636.

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.

87. Contrats de situation et contrats d'occasion. Certains auteurs opposent ainsi les contrats de situation, les contrats de distribution ou de production¹¹⁶, par opposition aux *contrats d'occasion*. D'autres présentent les contrats relationnels¹¹⁷, concept inventé par un analyste économique du droit¹¹⁸, 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

¹¹⁶ M. Cabriac, « 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. Cabriac*, Dalloz-Litec, 2000, p. 165, « La liberté de l'entreprise face à ses partenaires », in *Liberté et entreprise* », Trav. Ass. Cap., 2007.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ I. Macneil, Relational « Contract Theory : Challenges and Queries », (2000) 94 Nw. U. L. Rev. 877 et comp. G. Rouquette, « Compte-rendu de Ian R. Macneil, The New Social Contract », *JDI* 1983, p. 960.

à somme nulle. Enfin, le « contrat organisation »¹¹⁹, 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 originales¹²⁰ 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.

88. Théorème de Coase, théorie des jeux, théorie de l'agence. – L'analyse repose au départ sur le Théorème de Coase¹²¹ selon lequel un contrat est en principe conclu sur la seule considération de l'intérêt des deux parties mais en réalité, 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 jeux¹²², 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 écopieront de cinq ans et que si aucun ne se dénoncent, ils subiront une peine d'un an¹²³. Une analyse rapide permet de

¹¹⁹ Cf. P. Didier, « Brèves notes sur le contrat organisation », *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 635.

¹²⁰ Cf. M. Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2 parties) », *RDC* 2006, p. 1051 et 2007, p. 239.

¹²¹ 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. .

¹²² Cf. J. Van Neumann et O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944, J. Nash, *Non Cooperative Games*, Princeton, 1960, C.Schidt, *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..

¹²³ Le tableau se lit ainsi : le premier chiffre est la peine de A, le second celle de B.

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. Appliquée 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*), l'exécution des contrats de longue durée, les conditions de leur rupture, avec à chaque des questions posées différemment, par exemple en termes d'exécution de bonne foi des conventions voire nouvelles comme à propos de l'obligation de minimiser le dommage ou la théorie de l'inexécution efficace du contrat. En effet, la théorie des jeux conduit à vérifier quelles sont les obligations qu'un contractant a intérêt à satisfaire¹²⁴. 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 presupposent 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, du « dol de l'acheteur », de la gestion du changement des circonstances économiques, de la circulation du contrat ou encore de l'inexécution et de la rupture du contrat.

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

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

¹²⁴ Cf. P. Livet, « Obligations et théorie des jeux », *Arch. phil. dr.* t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 166.

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*¹²⁵, 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 complet, à la différence des contrats de longue durée, dans l'incertitude et incomplets.

89. 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'efficiency 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

¹²⁵ Cf. S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, Etude particulière aux contrats de distribution*, Litec, 2002.

90. 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, substantielle¹²⁶, 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 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

¹²⁶ Cf. D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, op. cit.

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 *supplété* des contrats et des obligations, la mise en pratique de ces règles, l'ingénierie contractuelle, la pratique contractuelle, la technique contractuelle¹²⁷ 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 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.

¹²⁷ Cf. J.-M. et P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, 5^e éd. F. Lefebvre, 2017.

91. 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.

92. Plan du cours. Un contrat se forme (Partie 1), s’exécute (Partie 2) et s’éteint (Partie 3) : ces trois temps encadrent les questions complexe 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

93. 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

94. 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

95. 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

96. 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* »⁽¹²⁸⁾ 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*.

97. 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.

¹²⁸ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, n°87

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.

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.

98. Réalité du consentement. – Dans la partie du Code civil relative au droit des personnes, l'article 414-1 dispose que pour conclure un contrat il faut être sain d'esprit, règle à laquelle renvoie l'article 1129 du Code civil, et que l'on retrouve également comme condition de validité d'une donation (C ; civ., art. 901).

« *Sain d'esprit* », c'est une formule assez désuète qui renvoie à plusieurs types de situations.

Le premier, évident, est celui d'une personne atteinte d'un trouble mental qui altère ses facultés cognitives ou sa capacité à comprendre le sens d'un engagement, c'est-à-dire est privée discernement¹²⁹ surtout lorsque cette personne ne bénéficie pas d'une mesure de protection, sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle ou en dehors de la protection accordée par ces régimes.

Le deuxième est le cas dans lequel une personne est *a priori* saine d'esprit mais est temporairement privée de discernement, une personne illettrée, qui ne parle ni ne comprend la langue française, sous l'emprise de l'alcool, est malade au point de ne pouvoir disposer de toutes ses facultés, etc.

Le troisième, plus rare est le cas dans lequel le contrat est incompréhensible ou contient une stipulation essentielle perdue dans un océan d'autres stipulations,

¹²⁹ Cass. civ. 1ère, 25 sept. 2013, n° 12-23.197.

c'est le cas, populaire, de la « petite clause en bas de page »¹³⁰, cas qui pourrait également être considéré comme étant dépourvu de consentement en raison d'une acceptation équivoque (cf. *infra*)¹³¹.

La sanction d'une telle situation est une nullité relative, c'est-à-dire que l'action en nullité n'est ouverte que pour celui qui subi la situation en question, et, encore, de son vivant (C. civ., art. 414-2). Par ailleurs, et évidemment, c'est à celui qui invoque l'un de ces cas d'en apporter la preuve, relativement aisée dans le premier cas, beaucoup plus difficile dans les deux autres notamment le cas d'un consentement sous l'emprise de l'alcool ou de la drogue, si l'on suppose que cet état pourrait être constitutif d'une faute de l'intéressé.

II. – La rencontre des volontés

99. 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.

¹³⁰ Pour une illustration dans un contrat de mandat commercial : Cass. com., 5 févr. 2002, n° 98-17.529 : « la renonciation à l'article 2000 du Code civil est insérée dans le second et dernier contrat d'adhésion conçu par la société Shell sans que l'attention de la société exploitante soit attirée sur cette amputation nouvelle et substantielle de ses droits, noyée dans les conditions générales du contrat, et sans que l'article 2000 soit reproduit si bien qu'elle n'a aucune signification pour qui n'en connaît pas le texte, l'arrêt retient que la clause litigieuse est trop hermétique pour qu'il soit établi qu'elle a été acceptée en connaissance de cause ». *Addé* : Cass. civ. 1ère, 27 févr. 1996, n° 93-21.845.

¹³¹ Cass. civ. 1ère, 2 oct. 2013, n° 12-21.246 : « la renonciation à un droit ne peut résulter que d'un acte juridique manifestant une volonté dépourvue d'équivoque (...) ; sans rechercher si, comme il le lui était demandé, compte tenu de ses constatations, même en l'absence de preuve de manœuvres frauduleuses émanant de M. Z..., M. X... avait eu conscience que le mandat sur lequel il avait simplement apposé sa signature emportait volonté de renoncer à l'ensemble de ses droits successoraux, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1109 du Code civil ».

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

100. 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 »

101. 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

102. 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 européen 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 l'acceptation, de telle manière que c'est la doctrine et la jurisprudence qui, là encore, ont forgé un régime de la négociation¹³², 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 malveillante, humiliante 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

¹³² 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.

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.

103. Par ailleurs, la négociation, comme tout le droit des contrats est dominé par le **principe de liberté contractuelle** dont la liberté de contracter ou de ne pas contracter, mais également du choix du contractant.

Ce principe souffre quelques exceptions : par exemple, le *refus de vente* entre un professionnel et un consommateur est interdit par principe (C. consom., art. L. 121-11), tandis qu'il ne l'est plus entre professionnels depuis 1996, mais simplement susceptible de constituer un cas de responsabilité civile ou une pratique anticoncurrentielle. Par ailleurs, certains contrats sont obligatoires, comme l'assurance de responsabilité automobile. Entre ces deux cas, interdiction de ne pas contracter et obligation de contracter, il existe évidemment de nombreux degrés. Ainsi, il faut bien travailler, se loger, se nourrir, se déplacer, etc., qui implique de conclure des contrats, avec simplement choix de choisir son contractant. Parfois ce choix est restreint, parce qu'il existe très peu d'opérateurs concurrents, dans une situation d'oligopole, ou parce qu'un contractant est un passage obligé, notamment dans le cas dit, en droit de la concurrence, des *infrastructures essentielles*. Par exemple, pour faire circuler un train en France, il n'existe qu'un opérateur (en tout cas majeur), qu'est le Réseau ferré de France (RFF), de la même manière qu'un transporteur routier, doit emprunter une autoroute, un transporteur aérien, un aéroport, un transporteur maritime, un port, etc., de sorte que les titulaires de ces infrastructures essentielles, qu'il n'est pas possible de dupliquer pour des raisons légales ou parce que le coût serait disproportionné, sont astreint de permettre l'accès à celles-ci¹³³.

Ce dernier exemple, qui implique l'absence de choix d'un contractant, ne doit pas être confondu avec l'idée selon laquelle, à l'inverse, le choix d'un contractant serait toujours libre : l'interdiction des discriminations, directes ou indirectes, interdit ainsi de refuser de conclure un contrat avec une personne en raison de son appartenance ou sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race, une religion, de ses convictions, de son âge, sa santé, son orientation sexuelle, etc. De manière plus spéciale, les discriminations tarifaires ou contractuelles sont susceptibles de faire l'objet d'une sanction, et, inversement, des *préférences* sont possibles, par exemple par une formule contractuelle de réservation, d'abonnement, ou de préférence (cf. *infra*) posées parfois de manière légale, s'agissant des droits légaux de préemption.

104. 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,

¹³³ Comp. D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 4^e éd., 2024.

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

105. 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.

106. Obligations de négocier. 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.

107. 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 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 masse mais également, peut-être, certains contrats conclus avec des professionnels notamment dans la distinction entre contrats de gré à gré et contrats d’adhésion de l’article 1111 du Code civil (cf. *supra*).

108. Régime des contrats non négociés. L’intérêt principal de la distinction s’observer 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.

109. 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 prérédigés 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

110. Importance de la négociation : période précontractuelle. Le temps précédent 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.

111. 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.

112. Négociation précontractuelle. L'ensemble identifie une logique identifiant une durée dans la négociation des contrats¹³⁴, 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

113. 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 1104 du Code civil dispose ainsi que les contrats « *doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». L'article 1112 du Code civil dispose ensuite que « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* » ; impérativement, il s'agit d'une exigence d'ordre public.

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

*. L'entrée en négociation

¹³⁴ 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 négocier », RTD.civ. 1983.365; 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.

114. 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. 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 explorer¹³⁵. La distinction suppose donc l'appréciation de ces deux critères, notamment lorsque le destinataire a lui-même émis une manifestation de volonté, à qualifier¹³⁶.

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 efficace¹³⁷ ou bien encore d'entamer une négociation sans disposer du pouvoir de la réaliser¹³⁸ 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

¹³⁵ Cf. Cass. com., 17 oct. 2000, no 98-13176.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ 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

¹³⁸ Cass. civ. 1ère, 12 avr. 1976, Bull. civ. I, p.98, n°122.

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).

115. Refus d'entrer en négociation. – A l'inverse, l'hypothèse du refus d'entrer en 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 ordinaire¹³⁹, 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).

**** *La conduite de la négociation***

116. Obligation précontractuelle générale d'information. La conduite des pourparlers est en principe libre, placée sous les auspices des règles de la liberté contractuelle et de la bonne foi, 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.

¹³⁹ 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, ons. 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.

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).

117. Trois conditions sont posées.

118. En premier une partie n'est tenue d'informer l'autre que d'une information qu'elle connaît ; elle n'a donc pas d'obligation de s'informer ou d'effectuer des recherches particulières du moins en principe¹⁴⁰. En revanche celui qui « sait » quelque chose est susceptible de devoir révéler cette information.

En revanche celui qui ne connaît pas une information n'est évidemment pas tenu de la livrer, y compris si cette non-connaissance est illégitime¹⁴¹, à moins que

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ Cf. Cass. 3^e civ., 2 févr. 2017, n° 15-26.515 : « M. et Mme X. qui n'étaient pas des professionnels du droit, de l'immobilier et des questions écologiques, avaient pu légitimement penser que les cinq autorisations délivrées par la mairie relatives à la création des étangs étaient suffisantes et que leur attention n'avait pas été attirée sur une irrégularité administrative, la cour d'appel, qui, procédant à la recherche prétendument omise et répondant aux conclusions, en a souverainement déduit que M. et Mme X... n'avaient commis aucune réticence dolosive, a également justifié sa décision de ce chef ».

cette connaissance soit présumée notamment s'il s'agit d'un professionnel¹⁴² : c'est donc une question d'appréciation (des juges du fond).

119. Ensuite, doivent être communiquées des informations spécifiques, celles qui sont *déterminantes* pour le consentement de 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 contrevaleur 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, 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.

120. 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. La règle concernant le *créancier* de cette information n'est donc pas parallèle de celle qui pèse sur son *débiteur*. Elle se déduit d'une vieille règle, en matière de vente, *emptor debet esse curiosus*, qui implique que ce créancier soit vigilant, qu'il se renseigne. Il existe ainsi des questions que tout le monde connaît ou est censé connaître¹⁴³ ou bien aisément accessible « pour un coût raisonnable »¹⁴⁴.

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.

121. 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.

122. 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 responsabilité¹⁴⁵, devoirs qui demeurent assez ténus : ne pas se comporter de manière désinvolte¹⁴⁶ ni avec légèreté¹⁴⁷.

¹⁴² Cass. 1^{re} civ., 18 avr. 1989, n° 87-12.053 (professionnel de l'immobilier) ; Cass. com., 15 nov. 1983, n° 82-13.470 (dirigeant de la société contractante).

¹⁴³ Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 2002, n° 99-20.637.

¹⁴⁴ Cf. par exemple, Cass. com., 17 juill. 2001, n° 97-17.259.

¹⁴⁵ J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant contrat*, Ed. F. Lefebvre, 2001.

¹⁴⁶ Paris 13 mai 1991, *RJDA* 1991, n°911, *RTD civ.*1992.394, obs. J.Mestre.

Ainsi négocier de bonne foi ne signifie pas négocier de manière exclusive de telle manière que des négociations parallèles sont possibles sans commettre de faute¹⁴⁸ 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 nécessaire¹⁴⁹.

123. Obligations spéciales d'information. Cette obligation générale d'information se superpose à une myriade d'obligations spéciales d'information, propres à certains contrats ou à certains secteurs, en droit financier, en droit des contrats d'affaires, en droit de la consommation, etc. qu'il n'est pas possible ici de traiter. La plupart de ces obligations impliquent la fourniture de renseignements objectifs sur des quantités, des qualités, des compositions, des provenances, etc., et parfois sont complétées par des formalités spécifiques, l'exigence de la remise d'un document par exemple (cf., préalablement à la conclusion d'un contrat comportant un engagement d'exclusivité avec mise à disposition d'une marque ou d'un savoir-faire, C. com., art. L. 330-3).

*****. L'issue des négociations**

124. Issue favorable des négociations, conclusion du contrat. – L'issue attendue de la négociation est la conclusion du contrat négocié. Elle ne pose de difficulté autre que celle liée au contrôle de la formation du contrat.

125. Parcellisation de la conclusion du contrat, 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 »¹⁵⁰. 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 larrêt de 1958 est suffisamment importante et topique pour être évoquée. Un dénommé Marchal avait été employé jusqu'en

¹⁴⁷ Versailles 1^{er} avril 1999, *RJDA* 1999.1285 ; Com 22 février 1994, *Bull. IV*, n.79, *RJDA* 1994.765.

¹⁴⁸ Cass. com. 2 juill. 2002, *RJDA* 2003, n°52.

¹⁴⁹ Comp. PECL, art. 2:302, Cass. com. 3 oct. 1978, *Bull. civ. IV*, n°209, *D.* 1980, p. 55, note J. Schmidt.

¹⁵⁰ Cf. L. Rozès, « Le projet de contrat », *Mélanges L. Boyer*, p.639.

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 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* »¹⁵¹.

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

151 Cass. Soc. 24 mars 1958, *JCP*, 1958.II.10868 note J. Carbonnier. V. déjà Req. 16 novembre 1927, *D.* 1928.1.33, 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.).

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*).

126. 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 aboutirait¹⁵².

Pour autant, la liberté de ne pas contracter ne confère 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 autrui¹⁵³.

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*).

127. 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 projeté¹⁵⁴.

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 témoigné¹⁵⁵.

Dans cette affaire remarquable, la société Gerteis engageait des pourparlers avec la société Vilbert-Lourmat, représentant en France d'un fabricant américain de

¹⁵² Com. 10 juin 1986, Bull.IV, n°123.

¹⁵³ Cf. J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.* 1974, p.46 s.

¹⁵⁴ Cass. civ. 1ère, 19 janvier 1977, *D.1977*, 593, note J. Schmidt

¹⁵⁵ Cass. com. 20 mars 1972, *JCP*, 1973, II, 17543, note J. Schmidt, *RTD civ.* 1972.779, obs. G. Durry.

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 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 XIXème 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 rupture¹⁵⁶ 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 pourparlers¹⁵⁷ ou le fait que l'une des parties aient 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 dommage¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 1999, *JCP* 1998, II, 10066, note B. Fages.

¹⁵⁷ Cf. Cass. com. 20 juin 2000, *RJDA* 2000, n°1068.

¹⁵⁸ O. Deshayes, « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004, p. 187.

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 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* »¹⁵⁹ et que reprend de manière plus catégorique l’article 1112, al. 2.

ii. Les règles de la négociation par contrat

128. 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

¹⁵⁹ 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.

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.

129. Documents contractuels. – L'avant contrat est également ponctuée de très nombreux documents, que l'on appelle souvent les « documents contractuels »¹⁶⁰ 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 souvent des informations contractuelles, parfois contradictoires d'ailleurs, de telle manière que des risques 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'appliquent¹⁶¹.

130. 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*

131. 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 définitif¹⁶², 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.

¹⁶⁰ F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, n°309.

¹⁶¹ 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. Péteil ; éd. E., II, 22583, note D. Mainguy ; éd.E, II, 3896, note J. Vaillansan, *D.* 1996. Somm. 212 , obs. F. Pérochon.

¹⁶² 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.

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 1958¹⁶³ et qui 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.

**** *Les promesses de contracter***

132. 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.

133. 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

¹⁶³ 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.

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 prêt¹⁶⁴ 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.

134. 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 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 consentement¹⁶⁵ ». 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 authentique¹⁶⁶ :

- ou bien le compromis (ou la vente conditionnelle¹⁶⁷ 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

¹⁶⁴ Sur l'implication de la loi Scrivener, v. ss 415 s.

¹⁶⁵ Civ. 3^e, 20 déc. 1994, *JCP* 1995. II. 22491, note C. Larroumet, *JCP N* 1996. J. 501, note D. Mainguy.

¹⁶⁶ L'avant-projet de réforme des contrats spéciaux intègre cette distinction (art. 1587-1).

¹⁶⁷ 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).

exécutée et, donc, cette inexécution se résoudra par des dommages et intérêts¹⁶⁸ ;

– 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 authentique¹⁶⁹.

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.

135. 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 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 1993¹⁷⁰, 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

¹⁶⁸ V. Civ. 3^e, 10 sept. 2013, n° 12-22883, *RDC* 2014. 54, note Ph. Brun.

¹⁶⁹ V. Civ. 3^e, 19 juin 2012, n° 10-22906, *RDC* 2014. 54, note Ph. Brun.

¹⁷⁰ 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 et V. *infra*.

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

136. 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 conserve¹⁷¹. 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 consentie¹⁷² et, donc, du temps accordé au 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 dédit¹⁷³. 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 sanction¹⁷⁴. 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 1962¹⁷⁵ que la promesse, unilatérale, devient synallagmatique. On pourrait se demander, si le bénéficiaire refuse

¹⁷¹ 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 ».

¹⁷² 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.* »

¹⁷³ L. Boyer, « La clause de dédit », *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 41.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ 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.

d’acquérir, 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 réelle¹⁷⁶. 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 2010¹⁷⁷, 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’admit un temps¹⁷⁸ 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 location¹⁷⁹.

137. 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 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 promesse¹⁸⁰.

L’objectif poursuivi par ce texte est de lutter contre la fraude fiscale qui aurait

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, *RDC* 2011. 420, obs. Y.-M. Laithier.

¹⁷⁸ Civ. 3^e, 5 déc. 1984, préc.

¹⁷⁹ 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.

¹⁸⁰ 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.

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 civil¹⁸¹. En revanche, la promesse unilatérale de vente qui s'inscrit dans un ensemble contractuel plus vaste¹⁸², ou bien dans un autre contrat spécial¹⁸³, 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^e) soit pour lui permettre de réfléchir (hypothèse de l'acte authentique : art. L. 271-1, al. 3).

138. Effets de la promesse unilatérale, situation d'attente, « droit d'option » du 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 réel¹⁸⁴.

¹⁸¹ 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^o *Promesse de vente*, Rép. civ., 1990, n° 73 s.

¹⁸² 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.

¹⁸³ 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).

¹⁸⁴ Civ. 26 nov. 1935, *DP* 1936. 1. 37, rapp. Pilon. *Addé* : L. Boyer, « Les promesses synallagmatiques de vente », *RTD civ.* 1949. 1 ; I. Najjar, *Le droit d'option, contribution à*

À défaut de lever l'option dans le délai prévu, la promesse cesse de produire ses effets, certainement par caducité¹⁸⁵.

139. Obligations du promettant, « rétractation » ou « révocation » de la promesse : phase de la jurisprudence Cruz. 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* ».

Il 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 importe 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 empêcher le bénéficiaire de lever l'option qu'il a réservée à ce dernier¹⁸⁶, l'intérêt étant que, en ce cas, le

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 ».

¹⁸⁵ Civ. 1^{re}, 8 oct. 2003, CCC 2004. 3, obs. L. Levener.

¹⁸⁶ 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

bénéficiaire aurait pu 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 donner¹⁸⁷, 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 promettant¹⁸⁸.

140. Arrêt *Cruz* 15 décembre 1993. – La Cour de cassation s'est prononcée (à un moment où aucune règle légale ni précédent jurisprudentiel n'existeit sur ce point, sinon très ancienne et dans le même ton que l'arrêt *Cruz*) 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'acquérir*¹⁸⁹ ».

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.

En retour, la majorité de la doctrine considérait 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

n'est pas applicable à la violation d'un pacte de préférence qui met une obligation de faire à la charge du débiteur ».

¹⁸⁷ P. Bloch, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988. 673.

¹⁸⁸ 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 considérait que le promettant devait mettre en demeure le bénéficiaire d'opter ou de renoncer.

¹⁸⁹ 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* : A. Terrasson de Fougères, « Sanction de la rétractation de promettant avant la levée de l'option », *JCP N* 1995. I. 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 », *Defrénois* 1999. 37021.

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 bénéficiaire*¹⁹⁰ ».

Appuyant ce raisonnement, la doctrine majoritaire considère que cet engagement est irrévocable et qu'il vaut consentement *au contrat de vente promis* (pas seulement au contrat de promesse), que le consentement à la promesse serait donc une sorte de « demi »-consentement, irrévocable, à la vente qui n'attendrait plus que le consentement, via l'option du bénéficiaire.

La rétractation de la promesse est alors « irrégulière » et devrait donc être considérée comme inexistante : le bénéficiaire peut donc opter.

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 contrat*¹⁹¹ ».

¹⁹⁰ 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.

¹⁹¹ 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.

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 l'effet recherché, à savoir la rupture du contrat, mais tout en étant considérée comme fautive, et non inefficace, 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)¹⁹², à moins de s'engager vers une conception plus objective du contrat et, admettre, comme le droit allemand, un maintien forcé de l'engagement du promettant.

En outre, les auteurs souhaitant le maintien de la solution jurisprudentielle *Cruz* 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 la jurisprudence *Cruz* dans un arrêt du 26 juin 1996¹⁹³.

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 forcée¹⁹⁴ ou pour

¹⁹² 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 », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2000, p. 91, D. Stapylon-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 spéci. n° 17 ; C. François, *L'acte juridique irrégulier efficace*, LGDJ, 2020.

¹⁹³ 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. Bévière : « 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 ».

¹⁹⁴ 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 Ogid 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 ».

enchérir la rétractation par une clause pénale.

Malgré les critiques doctrinales renouvelées, la Cour s'est à nouveau prononcée dans un arrêt du 11 mai 2011¹⁹⁵ en un sens voisin de l'arrêt *Cruz* 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 consentement déjà donné à la vente et excluait l'exécution forcée en nature¹⁹⁶ *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). Cette solution répondait aux critiques très astucieuses d'une partie de la doctrine considérant que l'analyse obligationnelle de la promesse unilatérale est une impasse et que la promesse d'exécution porte sur tout le contrat de promesse. Du point de vue du raisonnement juridique cela signifiait donc qu'il fallait se fonder, pour sanctionner le promettant sur le principe de la force obligatoire du contrat et non sur la difficile exécution forcée en nature d'une obligation. Or, la Cour de cassation valide le principe de ce raisonnement mais en rejette la conséquence 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.

141. Phase post réforme de 2016. L'article 1124 du Code civil, alinéa 2, semblait alors renverser cette solution¹⁹⁷. 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, par la loi elle-même, laissant place à la formation du contrat promis et rendant alors possible l'exécution forcée en nature de la promesse.

La solution n'est cependant pas acquise de manière aussi automatique dans la

¹⁹⁵ 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).

¹⁹⁶ V. depuis Civ. 3^e, 12 juin 2013, n° 12-19.105.

¹⁹⁷ 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).

mesure où un certain nombre d'obstacles demeurent dont la possibilité même de l'exécution forcée en nature d'une promesse, 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 mérirerait au moins d'être mesurée à l'aune d'un critère de proportionnalité¹⁹⁸.

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.

142. Revirement de jurisprudence en 2021. Cette absence renvoie donc à l'appréciation du juge sur le fondement général 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 perdurer, notamment dans un arrêt du 6 décembre 2018¹⁹⁹ jusqu'à un important arrêt du 23 juin 2021²⁰⁰ qui

¹⁹⁸ 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 ».

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

¹⁹⁹ 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. Levener ; *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 : « *Vu les articles 1101 et 1134 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ; Attendu que, pour accueillir la demande de M. et Mme B..., l'arrêt retient que Mme X..., qui a donné son consentement à la vente, sans restriction, ne pouvait se rétracter et que l'acceptation de la promesse par les bénéficiaires a eu pour effet de rendre la vente parfaite ; Qu'en statuant ainsi, alors que, la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse unilatérale postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

²⁰⁰ 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 ; *JCP 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. Levener ;

remet, partiellement mais en tout cas sur le principe, la jurisprudence *Cruz* de 1993.

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 (Civ. 1ère, 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 1er 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 ».

L’arrêt considère donc 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 »,

Dr. sociétés 2021, étude 12, note S. Castagné ; *Dr. sociétés* 2021, comm. 116, note R. Mortier. - *Addé* I. Najjar, « Promesse de vente : un régime juridique désormais unifié » : *JCP G* 2021, 858. V. aussi Cass. com. 15 mars 2023, n° 21-20.399, D. 2023, p. 985, note S. Tisseyre, D. 2023, p. 1922, note E. Lamazerolles, D. actu. 21 mars 2023, obs. C. Hélaine. V. aussi C. François, « Utiles précisions de la chambre commerciale quant au revirement abandonnant pour le passé la jurisprudence *Consorts Cruz* », *Gaz. Pal.* 2023, n° 15, p. 18. V. encore Civ. 3^e, 20 oct. 2021, n° 20-18.514, D. 2022, p. 310, obs. R. Boffa et M. Mekki ; *RTDciv.*, 2022, p. 112, obs. H. Barbier (application aux promesses unilatérales sans délai d’option).

car illicite²⁰¹, 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 nature²⁰², ce qui pourrait désormais s'effectuer en sens inverse. Bien d'autres aménagements favorables au promettant pourraient 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 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.

143. 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

²⁰¹ Comp. S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, 1997.

²⁰² Civ. 3^e, 27 mars 2008, n° 07-11.721, *JCP* 2008, G, II, 10147, note G. Pillet ; *RDC* 2008, p. 734, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2008. 475, obs. B. Fages.

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.

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.

144. 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 caducité²⁰³. 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 rescission 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

²⁰³ Par conséquent, la levée tardive de l'option est sans effet : Civ. 1^{re}, 8 oct. 2003, CCC 2004. 3, obs. L. Levener.

exemple une levée d'option par lettre recommandée) comme c'est souvent le cas²⁰⁴.

***** *Les pactes de préférence***

145. Définition. Le pacte ou accord de préférence, ignoré du Code civil²⁰⁵ jusqu'à la réforme du droit des contrats de 2016²⁰⁶. 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. »

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 contrat²⁰⁷. 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.

146. 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

²⁰⁴ Civ. 3^e, 7 janv. 1987, *Bull. civ.* III, n° 7.

²⁰⁵ 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.

²⁰⁶ 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.

²⁰⁷ 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.

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 préférence²⁰⁸ ou qu'il contienne un délai déterminé pour l'exercice du droit de priorité²⁰⁹ 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.

147. 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 bénéficiaire²¹⁰. Celui-ci dispose donc d'un 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*²¹¹. 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 tiers²¹². 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

²⁰⁸ 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.

²⁰⁹ Civ. 1^{re}, 22 déc. 1959, *Bull. civ.* I, n° 558, *JCP* II. 11494. note P.E. ; Civ. 3^e, 15 janv. 2003, préc.

²¹⁰ 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.

²¹¹ 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 évincerait cette condition.

²¹² D. Mainguy, « La violation du pacte de préférence », *Dr. et patr.* déc. 2005. 65.

hypothèses)²¹³.

148. 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 tiers²¹⁴. 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 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 connaît 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 tiers²¹⁵.

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.

²¹³ Ph. Malaunie et L. Aynès, n° 143 ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, n° 68.

²¹⁴ Civ. 3^e, 24 mars 1999, *RJDA* 1999. 536.

²¹⁵ 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.

La jurisprudence ne l'admettait cependant qu'avec beaucoup de prudence²¹⁶ jusqu'à un arrêt important du 26 mai 2006²¹⁷ 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 2007²¹⁸ puis a semblé reculer en 2009 en affirmant que la connaissance de l'existence du pacte de préférence s'apprécie au moment de la formation du contrat tiers²¹⁹. L'article 1123, alinéa 2, offre alors un fondement légal aux solutions à venir.

149. 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

²¹⁶ 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. Levener, *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.

²¹⁷ Ch. mixte 26 mai 2006, *D.* 2006. 1864, note D. Mainguy, 1861, note P.-Y. Gautier.

²¹⁸ 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. *Addé*. H. Kenfack, « Le renforcement de la rigueur du pacte de préférence », *Defrénois* 2007. 38621 ; Civ. 3^e, 3 nov. 2011, *CCC* 2012. 60.

²¹⁹ 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.

au contrat conclu avec le tiers (C. civ., art. 1123, al. 4)²²⁰.

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

150. Mécanique 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 cependant de relativiser la portée de cette distinction et du jeu abstrait 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

151. Définition. – L'offre dite aussi pollicitation 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. 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.

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

²²⁰ 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).

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 forme²²¹. 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, tecite 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 *étant 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, 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'offrant²²² 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

²²¹ Cf. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 2015, RTD civ. 2015, p. 864, obs. H. Barbier.

²²² Cf. Cass. com. 6 mars 1990, *Bull. civ. IV*, n°74, *JCP* 1990, II, 21583, note B. Gross.

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).

153. 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⁽²²³⁾ 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*.

154. 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 l'auteur de l'offre⁽²²⁴⁾, ou, à défaut, d'un délai

⁽²²³⁾ 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.

⁽²²⁴⁾ 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

raisonnable (C. civ., art. 1116)²²⁵ qui peut être implicite²²⁶.

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 alors 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.

L'article 1116 ajoute que la révocation de l'offre n'engage que « *la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat* ».

En résumé, l'offre révoquée est illicite, mais efficace, et simplement sanctionnée par des dommages et intérêts (faibles : les frais engagés principalement), sans que l'exécution forcée de l'offre révoquée et cependant acceptée soit possible. 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.

155. 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

autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément ou implicitement engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque ».

²²⁵ Civ. 3ème, 28 nov. 1968, *Bull. civ.*, III, n°60, *JCP* 1969, II, 15797 ; Civ. 3ème, 20 mai 1992, *D.* 1993, *D.* 1993.493, note G. Virassamy.

²²⁶ Civ. 3ème, 10 mai 1972, *Bull. civ.* III, n° 297, *RTD civ.* 1972.773, obs. Y. Loussouarn.

156. 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 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.

157. 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* ou, dit autrement, *ferme et non équivoque*.

Lorsque le destinataire de l'offre n'accepte pas purement et simplement cette offre, il la refuse, il la discute, formule des réserves ou 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.

158. 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.

159. 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 viel arrêt du 25 mai 1870²²⁷. 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* »²²⁸, 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*

²²⁷ 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.

²²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, *RDC* 2005, p. 1007, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 2005, p. 588, obs. J. Mestre et B. Fages.

circonstances particulières », le silence de vaut pas acceptation.

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 acceptation²²⁹.

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 baisse de loyer²³⁰.

160. Moment et lieu de l'acceptation : les contrats entre absents. – Pour les contrats simples, l'offre et l'acceptation sont presque concomitants. 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.

²²⁹ Cass. civ. 2^e, 21 mai 1951, bull. civ., II, n°128, Cass. civ. 2^eme, 6 juill. 1966, Bull. civ. II, n°737.

²³⁰ Cf. Req. 28 mars 1938, DP 1939, 1, 5, note P. Voirin.

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 effectivement reçu l'acceptation de l'acceptant. Cette solution est celle que retiennent les règles internationales (CVIM, art. 1882, 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 réception²³¹. La du XIXème 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

²³¹ Cass. civ. 3ème, 16 juin 2011, n°09-72679, Cass. civ. 3^{ème}, 17 sept. 2014, n°13-21824, RTDciv., 2014, p. 879, obs. H. Barbier.

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* ».

161. 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, tel que 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 exposent à quelles conditions ils souhaitent s'engager²³², 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

²³² 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-Margrèvre, *Les conditions générales de vente*, in Renaissance du phénomène contractuel, Fac. Dr. Liège, 1971, p.259

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 document²³³, 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 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 réciproquement²³⁴.

En revanche, *priori*, intervient après que le contrat ait été formé, ne peut en principe intégrer le corpus contractuel²³⁵, 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 contractuels²³⁶.

162. 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 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

²³³ 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. Houtcierff.

²³⁴ 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. Péronchon ; P. Crocq, obs. in. RTD civ. 1996, p. 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

²³⁵ Cass. com. 7 déc. 2010, n° 09-71.355, JCP E 2011. 1180, note L. Levener.

²³⁶ Mais v. cependant Cass. com. 25 sept. 2019, n° 18-13.483, CCC 2019, n° 196.

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.

163. 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^o Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; 2^o 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^o Les langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit figurer la langue française ; 4^o Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; 5^o 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 ».

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

I – La notion d’obligation

A – Définition

B – Distinction avec le droit réel

II – Les sources du droit des obligations

III – Les sources des obligations

IV – Les contrats

A - Classification des obligations et des contrats

1 – Classifications relatives au caractère obligatoire de l’obligation

a – Les obligations naturelles et les obligations civiles

b – Les engagements à portée obligatoire discutée

c – Les actes de courtoisie et de complaisance

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

3 - Classifications relatives au contenu des règles applicables

a– Classifications relatives aux conditions du contrat

b– Classifications relatives aux effets des contrats

c – Classifications relatives à la qualité des contractants

B - Théorie du contrat et principes directeurs du contrat

1 – La liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat, issus de l’autonomie de la volonté et respect de la parole donnée

2 – La bonne foi

C. – Méthode

PARTIE 1 - LA FORMATION DU CONTRAT

Chapitre 1 - Les éléments constitutifs du contrat

Section I - Le consentement

I - L’existence du consentement

II - La rencontre des volontés

A. La préparation du contrat : « l’avant contrat »

1 - La préparation informelle : la négociation

2 - La préparation formalisée : les contrats préparatoires

B. La conclusion du contrat

1 – L’offre de contracter

2 – L’acceptation de l’offre

III - L’intégrité du consentement

A. – La protection, a priori, du consentement : la théorie des vices du consentement

1– L’erreur

2 – Le dol

a – Conditions du dol

b – Sanctions du dol

3 – La violence

B. – La protection, a posteriori, du consentement

Section 2 - Capacité et pouvoir

I. – La capacité pour contracter

II. – Le pouvoir de contracter

Section 3 – Le contenu du contrat

I. – L’objet de l’obligation : la prestation

A. Existence et certitude de la prestation

B. Possibilité de la prestation

- C. Détermination de la prestation
- II. – Licéité du contrat : conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs
- A. Choses illicites
- B. Conformité aux droits fondamentaux et contrôle de conformité
- C. Conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs
- 1. Validité et bonnes mœurs
- 2. – Validité et ordre public
- III. – Equilibre et validité des obligations et du contrat
- A. les solutions légales
- 1. Contrepartie illusoire ou dérisoire
- 2. Elimination des clauses contraires à l'obligation essentielle du contrat
- 3. – Contrôle et élimination des clauses abusives dans les contrats
- 4. Lois spéciales : droit des affaires
- 5. Solution très spéciale : la lésion
- B. les solutions jurisprudentielles « anciennes »

Section 4– La forme des contrats

Chapitre 2. – Les sanctions des conditions de validité du contrat

Section 1 – La nullité du contrat

- I – Caractères de la nullité
- II – Effets de la nullité
- A – Effets de la nullité entre les parties
- B – Effets de la nullité à l'égard des tiers

Section 2 – Les autres sanctions de la formation du contrat

Partie 2 - L'exécution du contrat

Chapitre 1 – La force obligatoire du contrat

- I. – La force obligatoire du contrat a l'égard des parties
- A – Effet contraignant
- 1 – Enoncé de l'effet contraignant
- 2 – Objet de l'effet contraignant : contenu et construction du contrat
- B – Exécution de bonne foi du contrat et suites du contrat
- 1 – Identification et fondement d'une obligation de bonne foi
- 2 – Quelques développements de la bonne foi dans les contrats
- C – L'adaptation du contrat aux circonstances
- D – La simulation
- 1 – Définition et manifestations de la simulation
- 2 – Régime de la simulation

II. – La force obligatoire du contrat et le juge : l'interprétation du contrat

Chapitre 2 – Le principe de l'effet relatif du contrat

- I – La détermination des parties et des tiers
- A – Les parties
- 1 – Les parties au moment de la formation du contrat
- 2 – Les parties au moment de l'exécution du contrat
- B – les tiers
- II. – Le contenu du principe de l'effet relatif des contrats
- A – Signification du principe de l'effet relatif du contrat
- B – L'opposabilité du contrat à l'égard des tiers
- III. – Les exceptions au principe de l'effet relatif du contrat
- A – Les groupes de contrats
- B – Les engagements pour autrui
- 1 – La promesse de porte-fort
- 2.– La stipulation pour autrui

Chapitre 3 – La circulation du contrat

Chapitre 4 – L'inexécution du contrat et ses remèdes absence d'effet, la « responsabilité contractuelle »

Section 2 – Le constat de l'inexécution

A – L'inexécution contractuelle

1 – L'intensité des obligations

2 – La gravité de l'inexécution

3 – Le fait de la chose et le fait d'autrui

4 – Les causes d'exonération et de non-imputabilité

a – La force majeure et le cas fortuit

b – Effets de la force majeure

c – Le fait du tiers ou du créancier

d – Le fait de la chose ou d'autrui

B – Le préjudice contractuel

C – Un lien de causalité

D – La mise en demeure

Section 2. – Les remèdes à l'inexécution

A – L'exécution forcée

B – L'exception d'inexécution

C – La résolution du contrat pour inexécution

D – La réparation

1 – Le principe de la réparation

2 – Les conventions sur la réparation

a – Les clauses relatives à la responsabilité

b – Les clauses pénales

PARTIE 3 - L'EXTINCTION DES CONTRATS**PARTIE 4 - LES QUASI-CONTRATS**

Chapitre 1. – Les types classiques de quasi-contrats

Chapitre 2. – Les types nouveaux de quasi-contrats