

Cours de droit civil

Tome II

Droit du contrat

Renaud ROLLAND

2024



Cours de droit civil
Tome II – Droit du contrat

Année 2024

Renaud ROLLAND

Maître de conférences (université d'Orléans)

Également accessible sur le site cèleène de l'université d'Orléans :

<https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5354>

Du même auteur, et accessibles sur le même site :

tome I – Droit de la responsabilité civile (2024) :

<https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5555>

tome III – Régime général de l'obligation (2024) :

<https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5213>

tome IV – Droit des sûretés (2024) :

<https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5204>

Les quatre tomes (sans les travaux dirigés, ni les annales) sont également accessibles en connexion anonyme dans l'espace *Cours de droit civil* :

<https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5212>.

Sommaire

Introduction au droit du contrat	p. 1
1 ^{ère} partie : La formation du contrat	p. 37
Chapitre 1 ^{er} : Le consentement des contractants	p. 39
Section 1 ^{ère} : L'existence du consentement	p. 41
Section 2 ^{ème} : L'expression de la volonté	p. 91
Section 3 ^{ème} : Les vices du consentement	p. 119
Conclusion du chapitre 1 ^{er}	p. 168
Chapitre 2 ^{ème} : Le contenu du contrat	p. 171
Section 1 ^{ère} : Le contenu certain du contrat	p. 173
Section 2 ^{ème} : Le contenu licite du contrat	p. 231
Conclusion du chapitre 2 nd	p. 278
2 ^{ème} partie : Les effets du contrat	p. 279
Chapitre 1 ^{er} : La valeur du contrat	p. 281
Section 1 ^{ère} : La nullité du contrat	p. 283
Section 2 ^{ème} : La force obligatoire du contrat	p. 335
Conclusion du chapitre 1 ^{er}	p. 364
Chapitre 2 ^{ème} : L'exécution volontaire du contrat	p. 365
Section 1 ^{ère} : L'exécution par les parties	p. 367
Section 2 ^{ème} : L'inexécution du contrat	p. 401
Conclusion 2 ^{ème} partie	p. 431
Bibliographie	p. 441
Liste des abréviations	p. 448
Index	p. 451
Table des matières	p. 461

Introduction au droit du contrat

Résumé

Le **contrat** est un accord de volontés qui porte sur une ou plusieurs obligations.

- Cet accord de volontés est un acte juridique, volontaire dans sa conclusion comme dans ses effets, et qui se forme dès que l'offre de l'un est acceptée par l'autre : le contrat acquiert alors sa force obligatoire.
- Le contrat porte sur des obligations, à savoir des prestations (réaliser un service, payer un prix ...) qui doivent être réalisées par un débiteur au profit d'un créancier. Si l'exécution (volontaire) ne survient pas à échéance, le créancier de la prestation devra obtenir l'exécution forcée à l'encontre de son débiteur défaillant. C'est la force obligatoire de l'obligation : elle s'impose à tout débiteur, contractant ou non.

Le contrat est donc un acte juridique qui ne contient que des obligations (quelconques). Pour éviter d'être confronté à un impayé, un contractant utilisera la liberté contractuelle dans le cadre fixé par la loi.

La liberté contractuelle reconnue en principe est une *liberté individuelle* qui permet à chaque contractant de ne consentir au contrat que s'il estime que le contenu de cet acte juridique correspond à son intérêt.

- L'exigence d'un consentement individuel mutuel est une garantie : celui qui n'a pas suffisamment confiance dans la fiabilité de son cocontractant est libre de ne pas consentir.
- La libre détermination du contenu de chaque prestation garantit à chacun d'obtenir une prestation adaptée à ses besoins et d'en fournir une adaptée à sa capacité de production, si telle est l'équation convenue entre les parties au contrat.

La liberté contractuelle est limitée par des *dispositions légales impératives*. Le degré de contrôle exercé par le législateur sur les contractants dépend d'orientations politiques, qui conduiront à considérer que la liberté contractuelle est soit une liberté personnelle (courant libéral), soit une liberté économique (courant dirigiste).

- Selon l'autonomie de la volonté (courant libéral), la liberté contractuelle est une liberté personnelle. Elle permet à chaque contractant de mener la politique contractuelle de leur choix : les obligations du contrat répondent à des besoins individuels, sans égard à leurs répercussions sociales. Le contrôle social exercé sur les contractants sera donc minimal.
- La théorie solidariste est dirigiste : la liberté contractuelle est une liberté économique. Le contrôle social exercé (par le juge ou une administration) sur les contractants pourra conduire à estimer qu'un refus de contracter est illicite ou qu'un prix est excessif. La liberté individuelle des contractants sera alors réduite.

Le droit français du contrat, applicable à tous les contrats, établit donc des règles générales que tous les contractants doivent respecter, afin d'échanger valablement et correctement entre eux. Certaines dispositions sont impératives : la bonne foi contractuelle impose des comportements standardisés qui permettent à chaque contractant de pouvoir se fier à l'autre, lors de la conclusion et de l'exécution du contrat. D'autres dispositions sont supplétives de volonté : la loi fixera le sens de certains silences, réputés connus de tous.

1. Le **contrat** est un accord de volontés qui porte sur des obligations. Selon l'article 1101 c. civ., « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. » Le contrat¹ trouve sa source dans la commune volonté des parties et il a pour objet des obligations (à créer, modifier ...).

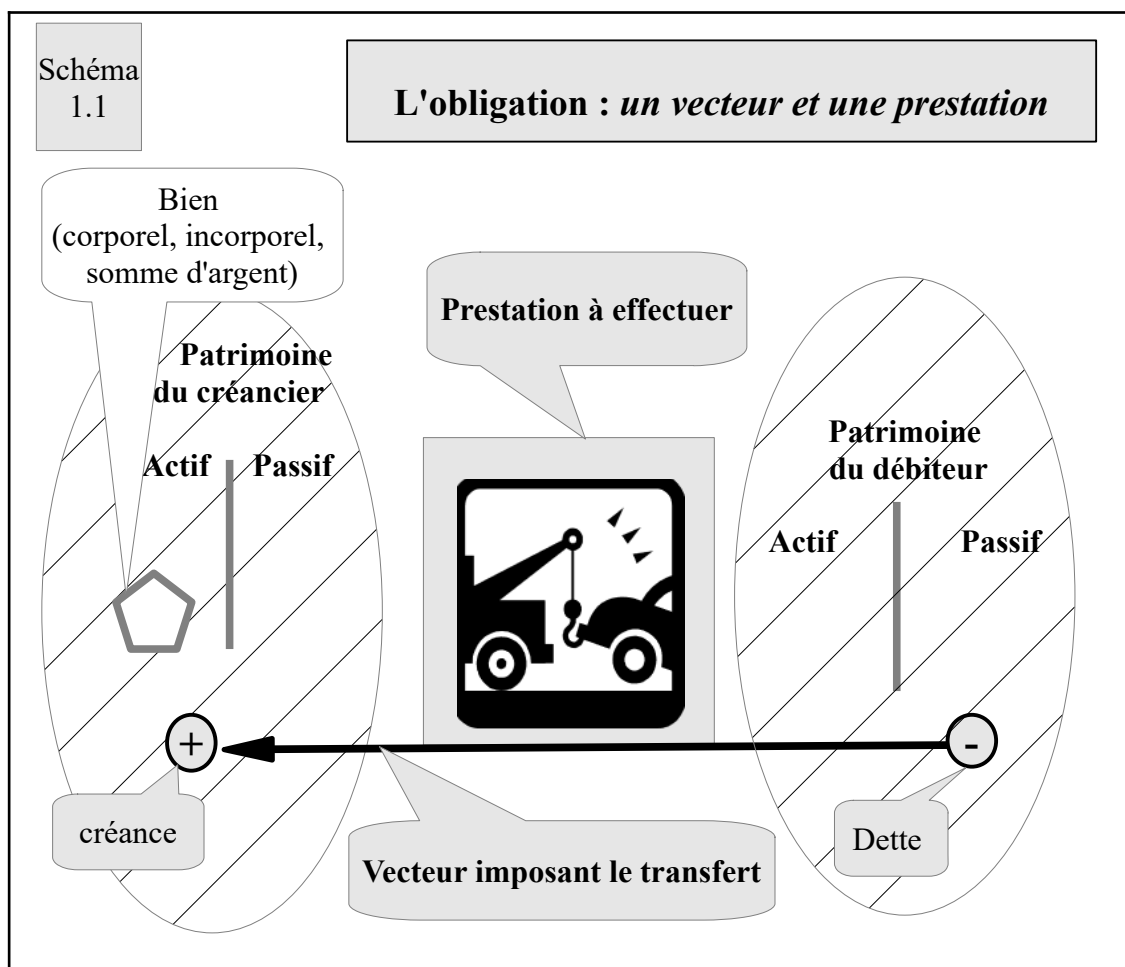
– Le contrat est une variété d'actes juridiques, lesquels sont définis à l'article 1100-1 c. civ.² : ce sont des « manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit ». L'acte juridique est une décision volontaire (une « volonté ») qui devient obligatoire (elle produit un « effet de droit »), dès qu'elle est correctement exprimée (manifestée). Lorsque les contractants tombent d'accord, leur accord devient obligatoire. Le contrat se crée par la commune volonté des contractants : c'est le point qui le distingue des autres actes juridiques (infra).

– L'objet du contrat (c-à-d. de la commune volonté des contractants : on ne veut pas dans l'abstrait) porte sur une ou plusieurs obligations. L'obligation se compose d'un vecteur (c-à-d. d'un véhicule) qui sert à transporter une prestation (bien ou service) d'un patrimoine (celui du débiteur) à un autre (celui du créancier). En droit, le terme obligation est objectif, mais des synonymes sont utilisés, en fonction du point de vue selon lequel on se place : l'obligation est, pour le débiteur, une dette ; pour le créancier, une créance (schéma 1.1). Lorsque deux personnes se mettent d'accord sur une ou plusieurs obligations, il y a contrat, et lorsqu'il y a contrat, il faudra l'exécuter.

¹ Le contrat est synonyme de convention, terme issu du latin *conventio*, dérivé de *convenire* (venir ensemble) : être d'accord. Voir : Jacques Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n°1, p.2

² Art. 1100-1 c. civ. : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.

« Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats. »



2. La **formation du contrat** survient lorsque la commune volonté des contractants se fixe, à un moment précis, sur un objet, à savoir une opération portant sur une obligation.

L'accord mutuel des contractants est établi par la rencontre d'une offre (de prestation) et d'une acceptation (dénommée demande, en économie). C'est à cette date que le contrat est conclu (schéma 1.2).

- Le contrat est objectivement formé dès la rencontre des volontés. Tant que la rencontre des volontés n'a pas lieu, le contrat n'est qu'un projet : l'un comme l'autre peuvent refuser de s'engager. En revanche, dès que la rencontre des volontés a eu lieu, le contrat est définitivement conclu : il est devenu un acte juridique. Le respect de la parole donnée imposera au contractant qui s'est rendu débiteur d'exécuter la prestation promise au profit de son créancier.

- La prestation portée par chaque obligation contractuelle sera (plus ou moins) librement déterminée par les contractants. En principe et sauf exceptions résultant de lois

impératives (contrôlant les prix ou la qualité d'une prestation etc...), les contractants disposent de la liberté contractuelle (reconnue à l'article 1102 c. civ.¹) : les parties peuvent ainsi convenir de clauses particulières, afin que chaque prestation soit adaptée aux besoins de l'un (créancier) et aux facultés de production de l'autre (débiteur).

L'exigence d'un accord mutuel garantit ainsi normalement que les obligations contractuelles (créées par le contrat) correspondront à la commune volonté, et donc à l'intérêt bien compris de chacun des contractants. Si la prestation proposée par l'un ne correspond pas au besoin de l'autre, il lui suffit de ne pas consentir.

La commune volonté des contractants a pour *objet une obligation*, « à créer, modifier, transmettre ou éteindre » précise l'article 1101 c. civ.². L'objet du contrat porte nécessairement sur une obligation, mais l'opération convenue entre les contractants peut être variée.

– L'obligation « à créer » sera contractuelle. C'est le cas le plus fréquent : dans le contrat de vente, le vendeur et l'acquéreur créent deux obligations contractuelles principales. La prestation que l'acquéreur doit exécuter au profit du vendeur est de payer le prix ; la prestation que le vendeur doit exécuter au profit de l'acquéreur est de livrer le bien vendu (schéma 1.2).

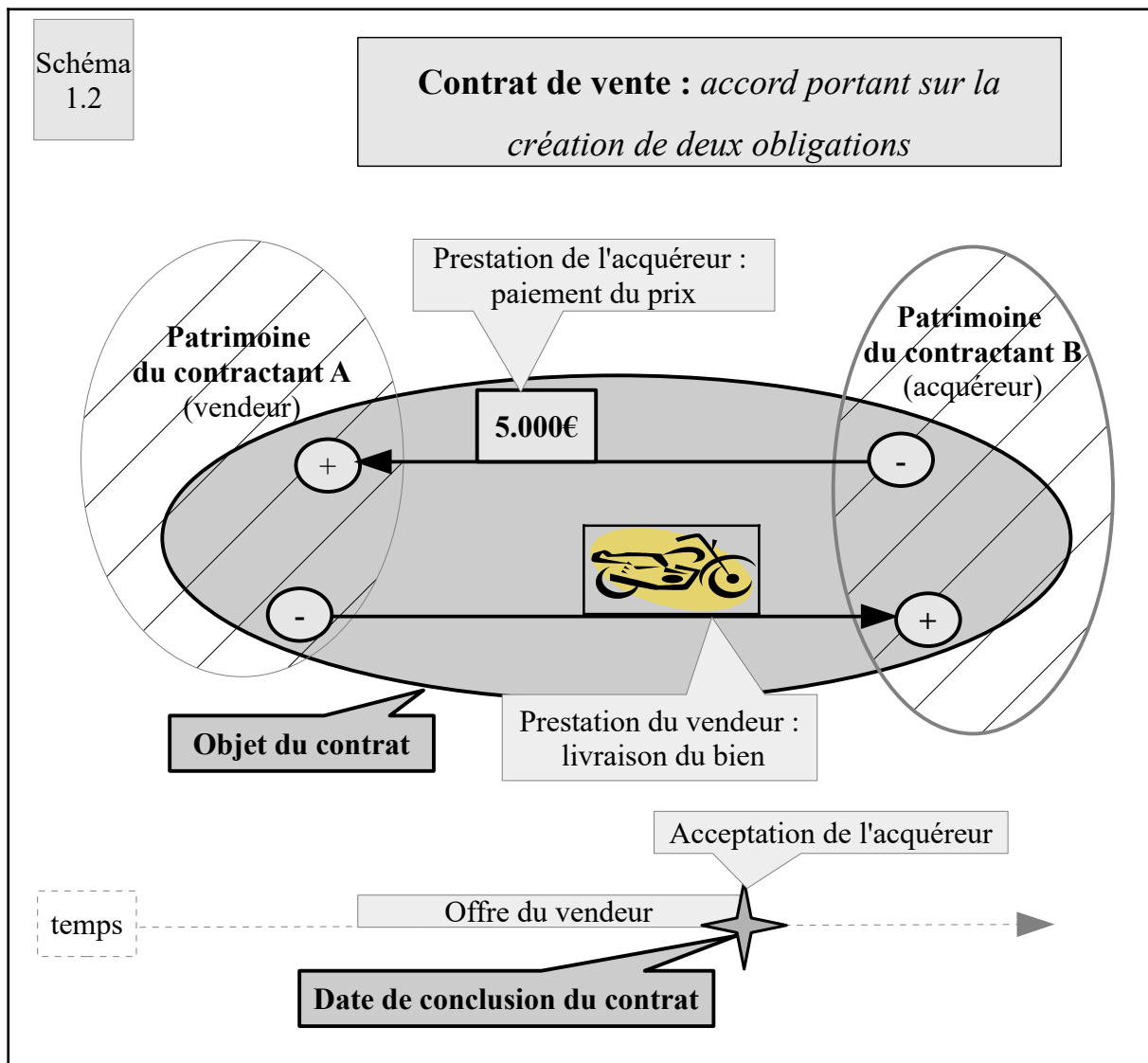
– L'obligation « à modifier » sera ici indifféremment de source contractuelle (cas précédent) ou de source légale (un impôt à verser, une indemnisation à verser à une victime d'accident). Lorsque le débiteur d'une obligation légale (payer un impôt) ou d'une obligation contractuelle (payer un loyer) sollicite un délai de paiement, et lorsque le créancier (Trésor public ou bailleur) l'accepte, l'obligation est modifiée par le contrat. Le délai de paiement devient contractuel (sachant que la source de l'obligation fiscale modifiée reste légale et que celle de l'obligation de payer le loyer reste contractuelle).

¹ Art. 1102 c. civ. : « 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.

« La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »

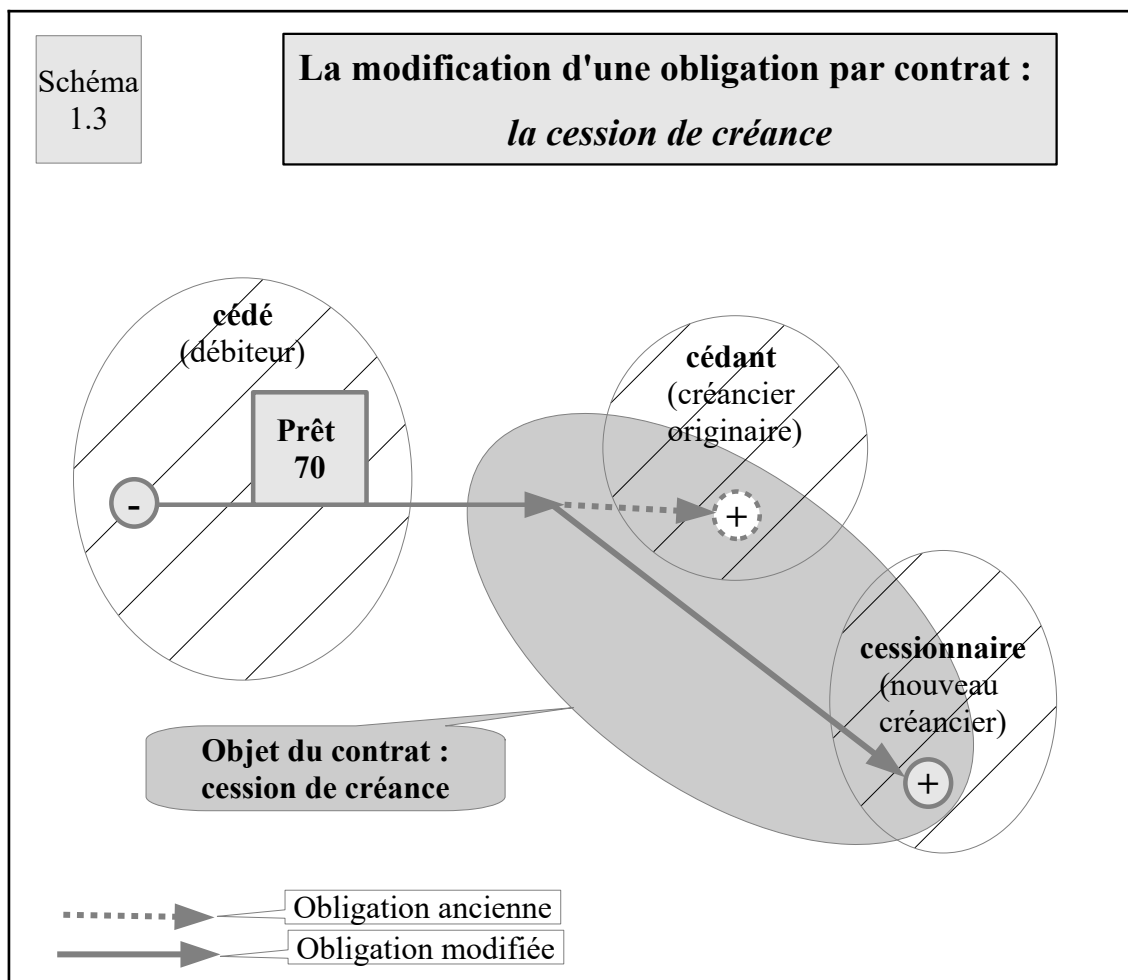
² Art. 1101 c. civ. : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »

Schéma
1.2



- L'obligation (là encore indifféremment de source contractuelle ou légale) « à transmettre » apparaît comme une valeur patrimoniale (similaire à un bien, de ce point de vue) : elle peut être cédée (comme un bien peut être vendu). Le contrat de cession de créance conclu entre le cédant (vendeur : créancier original) et le cessionnaire (acquéreur : nouveau créancier) porte sur la créance que doit le débiteur original. Ce dernier paiera (à certaines conditions : infra) son nouveau créancier (schéma 1.3).
- L'obligation (de source légale ou contractuelle) « à éteindre » sera détruite par la commune volonté des parties. Lorsque le patient (qui n'a pas été correctement informé par le chirurgien sur les risques d'une opération chirurgicale) et le chirurgien décident de « passer l'éponge » sur l'obligation d'indemniser, l'extinction de l'obligation est contractuelle : elle

résulte de la commune volonté des contractants, et non pas du paiement (qui éteint légalement, et non pas contractuellement, l'obligation).



L'objet du contrat porte donc exclusivement sur une obligation sur laquelle une opération sera réalisée : l'obligation (« à créer, modifier, transmettre ou éteindre » : art. 1101 c. civ.) est toujours une prestation à exécuter par un débiteur au profit d'un créancier¹. L'obligation (objet du contrat) est quelconque.

Résumons. 1^o/ Tout ce qui est mutuellement convenu et qui a pour objet une obligation (à créer, transformer ou détruire) est un contrat (conformément à la définition de l'article 1101 c. civ.).

2^o/ L'obligation (objet du contrat) impose au débiteur (de la prestation) de l'exécuter au profit du

¹ Ni le débiteur, ni le créancier ne sont nécessairement des contractants. En présence d'une cession de créance, le débiteur est un tiers : le contrat est conclu entre le cédant et le cessionnaire. En présence d'une cession de dette, le créancier ne sera pas contractant : le contrat prévoit que le débiteur original sera remplacé par un nouveau débiteur (ainsi, lorsque l'acquéreur de la maison prend en charge le remboursement du crédit en cours).

créancier. 3°/ L'obligation devra être exécutée conformément à ce qui a été décidé d'un commun accord : c'est l'effet du contrat.

2-1. Le contrat est une espèce particulière au sein de la catégorie des **actes juridiques**, lesquels ont pour trait commun d'être volontaires dans leur source comme dans leurs effets (art. 1100-1 c. civ.¹), contrairement au fait juridique qui est décrit objectivement (un accident, et peu importe qu'il soit volontaire ou non) et qui produit des effets fixés par la loi (l'indemnisation est fixée objectivement, en fonction du préjudice subi) (art. 1100-2 c. civ.²). Outre le contrat (acte juridique bilatéral), la catégorie des actes juridiques inclut l'acte juridique unilatéral et l'acte juridique collectif.

L'*acte juridique unilatéral* (testament, offre de contrat, création d'une société uni-personnelle) est produite par une décision individuelle.

- l'auteur du testament prévoit comment ses biens seront répartis après sa mort ; le dirigeant de la société uni-personnelle décide seul de la création de la personne morale (qu'il dirige et dont il est associé unique) ;
- l'auteur d'une offre de contrat s'engage unilatéralement envers le destinataire à la maintenir pendant un certain délai. Si le destinataire décide d'accepter, il le fera en adressant à l'autre un acte juridique unilatéral portant acceptation ;
- le bailleur qui donne quittance à son locataire, émet un acte juridique unilatéral par lequel il reconnaît avoir perçu le montant du loyer.

L'*acte juridique collectif* trouve sa source dans une décision prise par les représentants ou les membres d'une collectivité.

- Les copropriétaires qui créent un syndicat de copropriété sont membres d'une collectivité. Ils fixent le règlement de la copropriété, décident comment les charges de l'immeuble seront réparties, en affectant à chacun des millièmes. Le copropriétaire qui vend son lot sera remplacé par l'acquéreur : toutes les décisions prises par le syndicat de copropriété lui sont opposables.
- Un accord de branche conclu entre un syndicat représentatif et un employeur prévoit que les salaires ou la durée du travail seront fixés à tel montant ou à telle durée.

Les actes juridiques (engagement unilatéral, contrat, acte collectif) sont des décisions qui ont toutes en commun :

- premièrement, d'être source d'obligation : la décision prise est donc obligatoire ;
- deuxièmement, de « créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations », exactement comme un contrat pourrait le faire (art. 1101 c. civ.).
- troisièmement (en conséquence) d'être soumis à des règles communes : selon l'article 1100-1 al. 2 c. civ., « Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui

¹ Art. 1100-1 al. 1^{er} c. civ. : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. »

² Art. 1100-2 c. civ. : « Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit. « Les obligations qui naissent d'un fait juridique sont régies, selon le cas, par le sous-titre relatif à la responsabilité extracontractuelle ou le sous-titre relatif aux autres sources d'obligations. »

gouvernent les contrats. » Pour décider d'un acte juridique, il faut être sain d'esprit (vice d'insanité d'esprit), avoir compris son sens (erreur-obstacle, qui est un vice du consentement) et l'avoir exprimé (signé). Les règles relatives à la capacité et au pouvoir seront également communes. La force obligatoire d'un engagement unilatéral sera donc à celle de l'article 1103 c. civ.

3. L'effet du contrat (c-à-d. le résultat de la décision prise d'un commun accord) est de rendre obligatoire l'exécution de l'obligation (créée, modifiée ...) : ce respect de la parole donnée s'impose parce que la commune volonté des parties est devenue un acte juridique (un contrat, en l'espèce) et parce que l'obligation (objet du contrat) impose à tout débiteur d'exécuter la prestation au profit de son créancier. Le respect de la parole donnée est donc, en réalité, une expression ambiguë. En droit, on parlera de force obligatoire et on distinguera entre force obligatoire du contrat et force obligatoire de l'obligation.

La *force obligatoire du contrat* résulte de la création d'un acte juridique, qui est destiné à produire « des effets de droit » (art. 1100-1 c. civ.¹). La solution est affirmée à l'article 1103 c. civ., selon lequel « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

- Les effets de droit du contrat sont conformes à la volonté des parties au moment où leur rencontre a eu lieu. Si, par la suite, la volonté d'un contractant se modifie (unilatéralement), cette modification n'a aucune valeur, donc aucun effet. La force obligatoire du contrat est acquise dès sa conclusion.
- Les obligations contenues dans le contrat seront donc désormais créées, modifiées, transmises ou éteintes, en fonction de ce que les parties ont décidé à tel moment précis (lors de la rencontre des volontés). Si un contrat de vente a été conclu, désormais, l'obligation pesant sur le vendeur (de livrer le bien) a été créée.

La force obligatoire du contrat signifie donc que le contrat existe (en tant qu'acte juridique), avec son contenu (c-à-d. avec les obligations qu'il contient). L'article 1103 c. civ. utilise une image : les contrats « tiennent lieu de loi », comme une loi promulguée s'impose (avec évidemment son contenu).

La *force obligatoire de l'obligation* signifie que le débiteur devra exécuter la prestation au profit du créancier. Selon l'article 1341 c. civ. : « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi. » L'exécution de la prestation que doit le débiteur aura lieu de gré (paiement volontaire) ou de force (paiement forcé).

¹ Art. 1100-1 c. civ. : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. (...) »

- L'article 1341 c. civ. ne figure pas en droit du contrat (lequel ne traite que des dispositions propres au contrat), mais en régime général des obligations. La solution est logique : peu importe la source de l'obligation (un contrat, une obligation d'indemniser pesant sur l'auteur d'un accident, une obligation fiscale ...), la question consiste uniquement à déterminer les prérogatives dont dispose le créancier pour obtenir son dû.
- Le créancier (quelconque) devra être payé par son débiteur (le terme paiement, signifiant, en droit : exécution de la prestation par le débiteur), et ce paiement permettra à l'obligation de s'éteindre, selon deux modalités, l'une principale (paiement volontaire), l'autre subsidiaire (paiement forcé).
 - Le paiement (volontaire) éteint l'obligation (art. 1342 c. civ.¹). Lorsque le débiteur exécute correctement la prestation (paye le prix ; livre le bien vendu ; repeint un mur ...), l'obligation disparaît : celui qui était « créancier » (du prix) est devenu « propriétaire » (de la somme d'argent). Le paiement volontaire est traité en régime général des obligations puisqu'on paie un prix de la même manière qu'on s'acquitte d'un impôt, en versant de la monnaie (obligation de somme d'argent).
 - À défaut d'exécution volontaire (impayé brut), le créancier impayé pourra requérir l'exécution forcée, en faisant saisir les revenus et les biens de son débiteur défaillant (art. 2284 c. civ.²), l'objectif étant toujours d'éteindre l'obligation par le paiement (forcé, en l'occurrence). Mais si le débiteur ne dispose ni de revenus saisissables, ni de biens d'une valeur suffisante, le créancier ne sera jamais payé : il sera confronté à un débiteur insolvable (impayé net).

L'effet du contrat (communément appelé le respect de la parole donnée) consiste donc à rendre obligatoires la commune volonté des parties ainsi que les obligations qu'elles ont créées (modifiées, éteintes ou transmises).

- La force obligatoire du contrat (art. 1103 c. civ.) signifie que la décision des parties est devenue obligatoire. Les deux volontés qui se sont rencontrées à tel moment sont devenues un acte juridique (avec son contenu, à savoir les obligations objet du contrat).

¹ Art. 1342 c. civ. : « Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due.
« Il doit être fait sitôt que la dette devient exigible.

« Il libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette, sauf lorsque la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier. »

² Art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son *engagement* sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

– La force obligatoire de l'obligation (art. 1341 c. civ.) signifie que le débiteur doit exécuter sa prestation (« payer » : art. 1342 c. civ.), de gré ou de force, au profit du créancier. Peu importe ici que le débiteur et le créancier soient contractants ou non.

Cette distinction entre force obligatoire du contrat et force obligatoire de l'obligation montre que le respect de la parole donnée (par un contractant : qui promet, contrairement au redevable de l'impôt qui ne promet rien) n'a aucune valeur propre. Le contractant qui promet qu'il exécutera sa promesse n'est qu'un débiteur : son créancier n'obtiendra rien de plus que ce que lui offre l'exécution volontaire et, à défaut, forcée. Le contractant (en tant que créancier) est ainsi exposé au même risque d'impayé qu'un créancier quelconque.

3-1. Spinoza¹, *Traité théologico-politique* (1670), de ce point de vue, se borne à constater l'état du droit (inchangé depuis des siècles) :

« Les hommes ont beau promettre et s'engager à tenir parole avec des marques assurées de sincérité, personne cependant ne peut se fier en toute certitude à autrui si rien d'autre n'ajoute à la promesse, puisque chacun, par droit de nature², peut agir par tromperie, et n'est tenu de respecter les pactes que par espoir d'un plus grand bien ou par crainte d'un plus grand mal. (...). Nous en concluons qu'un pacte ne peut avoir de force qu'eu égard à son utilité ; celle-ci ôtée, le pacte est du même coup supprimé ».

Selon Spinoza, un débiteur n'est incité à payer que par intérêt (par « utilité », selon le vocabulaire de l'époque). La parole donnée (dans le cadre d'un contrat) n'a aucune valeur propre : en droit, c'est parfaitement exact.

4. Pour s'assurer de l'intérêt (et de la fiabilité) de son débiteur à respecter sa promesse, un contractant (créancier d'une prestation) bénéficie toutefois d'un avantage conséquent par rapport à un créancier quelconque : la **liberté contractuelle**, établie à l'article 1102 c. civ.³, permet à chaque contractant de défendre son intérêt, dans le cadre fixé par la loi.

Selon l'article 1102 al. 1^{er} c. civ., « 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. » Celui qui estime que le contrat ne correspond pas à son intérêt est libre de ne pas s'engager. Si le contrat est conclu, on peut présumer qu'il correspond (plus ou moins) à l'intérêt individuel de chaque contractant.

¹ Baruch Spinoza (1632-1677), *Traité théologico-politique* (1670), XVI, trad. de Pierre-François Moreau et Jacqueline Lagrée, Puf, coll. « Épiméthée », 1999.

² « droit de nature » signifie ici : naturellement, conformément au penchant naturel des hommes.

³ Art. 1102 c. civ. : « 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.

« La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »

En effet, la liberté contractuelle des contractants est encadrée par la loi (impérative). Elle doit s'exercer « dans les limites fixées par la loi » (art.1102 al. 1^{er} in fine) : et, effectivement, la loi limite parfois la liberté de choisir son cocontractant (droit de préemption du locataire) ou de fixer le contenu du contrat (lorsqu'une loi impose un salaire minimum : le smic). L'alinéa 2 précise que : « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. » La liberté des contractants ne leur permet pas de se soustraire à l'application de lois impératives particulières (interdisant de construire sans permis ; imposant de respect de prescriptions sanitaires, pour les aliments ...), et notamment de celle imposant la bonne foi contractuelle (art. 1104 c. civ.¹), qui s'impose dans tous les contrats.

Le régime de cette liberté contractuelle est donc fixé par la loi : l'intérêt individuel des contractants ne pourra se développer que dans ce cadre.

- La liberté contractuelle (§1^{er}) permet à chaque contractant de s'assurer que le contrat correspond à son intérêt.
- Les lois impératives limitant la liberté contractuelle (§2^{ème}) conduiront à préciser le degré de liberté dont bénéficient effectivement les contractants.

§1^{er}/ La liberté contractuelle reconnue à chaque contractant :

un contrat conforme à l'intérêt de chacun

5. La liberté contractuelle reconnue à chaque contractant signifie qu'il est seul juge de son intérêt, quand il consent au contrat. L'article 1102 c. civ. établit une liberté individuelle (« Chacun est libre de ... ») pour chacun des contractants : chacun l'exerce dans le contexte qui est le sien, au regard de son besoin de contracter, des ressources dont dispose un cocontractant potentiel et de sa fiabilité escomptée.

La liberté contractuelle est une *liberté individuelle*. C'est autant une protection individuelle qu'un devoir moral qui impose à chacun d'assumer les actes auxquels il consent.

- Elle garantit que chacun est libre de consentir à un contrat, lorsqu'il le juge conforme à son intérêt : la liberté individuelle est donc une protection individuelle grâce à laquelle chacun peut maîtriser ses engagements envers autrui.

¹ Art. 1104 c. civ. : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.
« Cette disposition est d'ordre public. »

- Elle impose à chacun de considérer que le contrat est voulu, même quand contracter est une nécessité, un besoin disait Adam Smith. Dans la société, chacun exerce une activité spécialisée, afin d'obtenir (grâce au contrat de travail notamment) une ressource (le salaire versé par l'employeur) ; cette ressource monétaire sera échangée (toujours par le contrat), afin d'obtenir le nécessaire (alimentation, logement, énergie), l'utile (téléphone, transport) et éventuellement l'agréable. Contracter est, en droit, une liberté ; en fait, souvent une nécessité.

Celui qui exerce une liberté dans un contexte de nécessité peut donc avoir tendance à considérer que la parole donnée dans un contexte (de besoin) aura une valeur relative, sensible à l'évolution du contexte. C'est le sens de la réflexion de Spinoza : la *persistance (dans le temps) de la volonté* individuelle du débiteur expose un créancier (contractant ou non) au risque d'impayé. Un contractant, créancier d'une prestation à effectuer dans le futur (un prêt à rembourser) a donc intérêt à s'assurer de l'intérêt persistant qu'aura son cocontractant à payer sa dette.

La liberté contractuelle reconnue à chaque contractant impose donc à chaque contractant d'affirmer que le contrat auquel il consent correspond à son intérêt quand il s'engage. Un contractant qui serait mécontent du contrat doit s'abstenir d'y consentir.

- La liberté contractuelle, au regard du contexte de nécessité qui s'impose (plus ou moins) à chacun, et différemment à l'un et à l'autre, impose à chacun (à égalité) de considérer que le contrat correspond à son intérêt. Grâce à la liberté contractuelle, le contrat est réputé correspondre autant à l'intérêt de l'un qu'à celui de l'autre.

- Chacun sera donc tenu d'exécuter son engagement : la liberté contractuelle justifie la force obligatoire du contrat (et celles des obligations, objet du contrat). Mais le risque d'impayé reste ce qu'il est : et il s'accroît avec la durée. On retrouve le constat de Spinoza.

La liberté contractuelle exprime donc l'intérêt (individuel) de chaque contractant (1), lequel prend une consistance particulière quand le contrat doit être exécuté dans la durée (2).

5-1. Dans une société qui a quitté depuis longtemps le mode de vie autarcique, contracter est une nécessité pour chacun. C'est ce qu'affirmait en substance **Adam Smith**, *La richesse des nations* (1776)¹ :

¹ Adam Smith (1723-1790), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1776), trad. G. Garnier, GF Flammarion, 1991, livre I, chap. II, p.82 : « L'homme a presque constamment besoin du secours de ses frères, et il est vain pour lui de ne l'attendre que de leur bienveillance. Il sera bien plus sûr de réussir s'il s'adresse à leur intérêt personnel et s'il leur persuade que leur propre avantage leur commande de faire ce qu'il souhaite d'eux. C'est ce que propose quiconque offre à autrui un marché. *Donne-moi ce dont j'ai besoin, et tu auras ce dont tu as besoin*, est le sens de chaque offre de ce genre ; et c'est de cette façon que nous obtenons mutuellement la plupart des bons offices dont nous avons besoin. Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du brasseur ou du boulanger que nous attendons notre dîner, mais du souci qu'ils ont de leur propre intérêt. Nous ne nous adressons pas à leur humanité, mais à leur amour-propre, et nous ne leur parlons jamais de nos propres besoins, mais de leurs avantages. »

« *Donne-moi ce dont j'ai besoin, et tu auras ce dont tu as besoin (...)*, c'est de cette façon que nous obtenons mutuellement la plupart des bons offices dont nous avons besoin. Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du brasseur ou du boulanger que nous attendons notre dîner, mais du souci qu'ils ont de leur propre intérêt ».

Adam Smith constate que, dans une société ordonnée (comprendre : monétarisée et spécialisée), le contrat est quasiment le seul moyen à disposition des adultes pour obtenir le nécessaire, l'utile et l'agréable. Le contrat répond à une *nécessité pour chacun* : il permet d'obtenir une ressource, grâce à son activité spécialisée et d'obtenir des autres le profit de leur propre activité spécialisée.

– Le prélèvement dans la nature (l'air que l'on respire ; éventuellement le vol) et l'auto-consommation (la récolte des légumes du jardin) ne permettent de satisfaire que les besoins marginaux d'une personne. Pour obtenir une ressource (monétaire), un adulte doit être créancier et payé de sa créance. Un adulte trouvera donc sa ressource (créance) soit dans le contrat de travail (ou les contrats conclus avec la clientèle, pour les professions indépendantes), soit dans les prestations sociales (obligation de source légale).

– La monnaie (ou le crédit : la dette) est ce qui permet ensuite d'obtenir des prestations précises destinées à satisfaire un besoin (logement, alimentation ... électricité), une utilité ou un agrément. Là encore, ce sera par le biais du contrat.

Adam Smith constate que, nécessité faisant loi, le contrat sera conclu.

Adam Smith s'intéresse ensuite à l'équilibre du contrat. Il constate que le déséquilibre entre une offre pléthorique de travail (émanant des ouvriers) et une demande plus limitée (émanant de l'employeur) conduira à une baisse du niveau des salaires. Le jeu de l'offre et de la demande produit un prix.

Le prix est le reflet de la nécessité de contracter (des uns comparée à celle des autres) et de la liberté de contracter (reconnue aux uns comme aux autres). À un moment, au regard du contexte qui s'impose à chacun, l'ouvrier estime préférable d'accepter un salaire faible ; si le contexte avait été différent, il aurait pu exiger un salaire plus élevé, en mettant les employeurs en concurrence.

(5- à 7. : réservés)

I/ La liberté individuelle de contracter : l'expression de l'intérêt du contractant dans le contrat

8. La **liberté individuelle de contracter** exprime l'intérêt du contractant dans le contrat. Quand l'article 1102 c. civ. affirme que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter (...) », la liberté de contracter permet à chacun de maîtriser ses engagements, au regard de ses intérêts (individuels). Celui qui décide de s'engager dans un contrat, parce qu'il y trouve son intérêt (direct ou indirect, à court ou long terme, ...), effectue deux choix :

Le premier consiste à consentir : le consentement est exprimé à une personne que l'on choisit. Selon l'article 1102 c. civ. « Chacun est libre (...) de choisir son cocontractant (...) »

- La liberté de consentir signifie que l'un fait suffisamment confiance à l'autre : le contrat noue une relation de confiance entre les contractants (qui ne sont donc pas interchangeables).
- La liberté de ne pas consentir sera exercée lorsque l'un n'a pas suffisamment confiance dans la parole donnée par l'autre ou n'a pas besoin de la ressource proposée par l'autre.

Le second choix consiste à déterminer le contenu du contrat. Selon l'article 1102 c ; civ. « Chacun est libre de déterminer le contenu (et la forme) du contrat (..) »

- La liberté de déterminer le contenu du contrat permet à chaque contractant de fournir (en tant que débiteur) une prestation en fonction de ses capacités de production et d'obtenir (en tant que créancier) une prestation adaptée à ses besoins (une voiture pour faire du rallye), le tout en prenant en compte les risques d'inexécution (le paiement aura lieu comptant). La clause que l'un propose pourra être acceptée ou refusée par l'autre (puisqu'il est libre de consentir).
- La liberté de fixer le contenu du contrat est reconnue, à égalité, aux deux contractants. On est alors en présence d'un contrat conclu de gré à gré (art. 1110 al. 1^{er} c. civ.¹). Il arrive néanmoins que le contenu de certains contrats ne soit pas négociable : on sera alors en présence d'un contrat d'adhésion (art. 1110 al. 2 c. civ.), auquel le cocontractant est libre de consentir ou non.

La liberté individuelle de contracter exprime donc l'intérêt individuel de son auteur : il dispose de deux techniques pour négocier au mieux de ses intérêts, avec la liberté de consentir (ou non) et celle de déterminer le contenu du contrat (2).

1/ La liberté de consentir au contrat : la confiance (préalable) dans le cocontractant

9. La **liberté de consentir au contrat** est une garantie formelle pour chaque contractant : le consentement de chacun (qui doit être exprimé) signifie que le contractant (quand il consent : en offrant ou en acceptant) estime qu'il a suffisamment confiance dans la parole de son cocontractant (potentiel : lui aussi exercera sa liberté de consentir). La confiance est un préalable au consentement.

La *fiabilité du cocontractant* (débiteur de la prestation à exécuter) est une question que se pose tout contractant (en tant que créancier de la prestation) : si ce dernier estime que le risque d'impayé

¹ Art. 1110 c. civ. : « 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. »

(exécution partielle, tardive, incorrecte) est suffisamment faible, au regard de la confiance que génère le débiteur, la conclusion du contrat sera envisageable. Le client estime que la viande vendue par le boucher n'est pas avariée.

– On sait que tout créancier (quelle que soit la source de l'obligation) est exposé au risque d'impayé : l'exécution de la prestation peut être tardive, partielle ou incorrecte (lorsque la prestation présente un défaut). Ce risque n'est pas spécifique au contrat : mais, dans un contrat, le créancier (contractant) doit accepter ce risque, ce qui signifie qu'il peut aussi le refuser.

– Le refus de contracter sera opposé par celui qui n'a pas suffisamment confiance dans l'exécution que procurerait le débiteur d'une prestation. Celui qui estime qu'un boucher risque de vendre de la viande avariée ne deviendra pas client : l'absence de confiance entraîne une conséquence (invisible), à savoir l'absence de contrat.

La liberté de consentir est donc exercée lorsqu'une relation de confiance s'établit entre les contractants, préalablement à la conclusion (éventuelle) du contrat. Lorsque les contractants se connaissent mal, l'absence de confiance risque donc d'être un obstacle à la conclusion du contrat. Il sera levé, en droit du contrat, par l'exigence de bonne foi contractuelle.

10. La **bonne foi contractuelle** gouverne impérativement la relation entre les contractants, du début des négociations (c-à-d. même avant la conclusion du contrat, et même si la conclusion du contrat n'aura pas lieu) jusqu'à l'extinction de leurs obligations contractuelles. Selon l'article 1104 c. civ., « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi./ Cette disposition est d'ordre public. » La bonne foi contractuelle standardise la relation personnelle entre les contractants. En l'absence de bonne foi contractuelle (juridiquement obligatoire), avant de nouer une relation contractuelle avec un contractant identifié, chacun devrait connaître suffisamment l'autre, pour savoir comment se comporter avec lui et quel type d'attente chacun peut escompter de l'autre.

– Envers un voisin proche, avec lequel il serait de bonne politique d'entretenir une relation cordiale à l'avenir, le vendeur d'un véhicule signalera que ses freins sont défectueux. Le voisin en question aura confiance dans la qualité de la prestation, et il aura la courtoisie de ne pas mettre en cause la qualité de cette prestation en interrogeant sur le caractère dangereux de la prestation proposée par l'autre. En cas de problème, tout le voisinage en sera informé. Ce contrat précis unit des partenaires.

– À l'inverse, envers un étranger que l'on n'aura pas l'occasion de rencontrer à nouveau, le vendeur d'une marchandise cherchera à écouler ses mauvaises pièces et à en tirer le meilleur profit. L'étranger, pour sa part, se méfiera : il vérifiera l'état des freins et cherchera à faire baisser le prix. Ce contrat précis oppose des adversaires.

L'absence de bonne foi contractuelle juridiquement obligatoire imposerait à chaque contractant de demander ou non une précision, en fonction de la relation personnelle établie avec chacun. En présence d'un étranger, il faut l'interroger sur la qualité de la prestation ; en présence d'un voisin, ce serait un manque de courtoisie. En présence d'un inconnu, l'absence de code commun de conduite conduira le plus souvent à ne pas conclure de contrat.

La *bonne foi contractuelle juridiquement obligatoire* aura donc une fonction précise : elle permet à des contractants qui ne se connaissent pas de traiter ensemble. La relation personnelle entre l'un et l'autre sera (impérativement) standardisée :

– Le vendeur d'une marchandise, qu'il connaisse son voisin ou qu'il traite avec un étranger de passage, devra livrer une prestation normale : le véhicule a des freins, le blé vendu est de qualité moyenne. Si le vendeur ne révèle pas ce défaut (exécution de mauvaise foi), il commettra une faute dont il sera responsable.

– Chaque contractant doit connaître le contenu de cette bonne foi contractuelle, tel qu'il est fixé en droit du contrat : certains silences seront parlants (la prestation fournie par le débiteur est fonctionnelle), d'autres silences seront vides de sens (l'équilibre du contrat n'est pas sous-entendu). Le droit (français) du contrat (et lui seul) fixera la norme de comportement (appelée bonne foi contractuelle) entre les contractants : sur le prix, on se méfie ; sur le caractère fonctionnel de la prestation, on se fait confiance ; sur les frais de port, l'acquéreur sait qu'ils sont à sa charge.

La bonne foi contractuelle permet donc de coder la relation personnelle, sans avoir à connaître précisément son cocontractant : tel silence contient tel sous-entendu ou est vide de sens, selon la loi.

La bonne foi contractuelle sera donc impérative en droit du contrat (« Cette disposition est d'ordre public. » : art.1104 al. 2 c. civ.), parce qu'elle facilite le commerce : c'est sa fonction. Elle permet à un contractant potentiel de traiter avec un inconnu, parce que leur relation personnelle, standardisée par la bonne foi contractuelle, permet de savoir comment se comporter avec l'autre, en sachant quelle information est à demander ou à donner.

a/ La distance contractuelle : l'expression d'une politique de la relation

11. La **distance contractuelle** fixée entre les contractants exprime la politique que chaque contractant mène envers l'autre. Le type de distance qui caractérise la relation personnelle exprime la fonction politique¹, que possède le contrat, ce qui explique probablement pourquoi aucune société humaine n'ignore le contrat (selon les données rapportées par l'ethnologie²), et ce même lorsque l'appropriation par l'un d'une ressource détenue par autrui ne répond pas à une nécessité matérielle. Le contrat code une relation sociale parce l'un et l'autre se réaffirment mutuellement la solidité de leur lien personnel.

Selon Marshall Sahlins, *Âge de pierre, Âge d'abondance*³ (1972) la figure du contrat n'est utilisée que si les contractants maintiennent entre eux une certaine distance.

– La figure du contrat n'est jamais employée lorsque la relation personnelle est fusionnelle (le bébé qui tète le sein de sa mère) ou hostile (en présence d'ennemis). Le « prélèvement au tas » (l'enfant qui prend un yaourt dans le réfrigérateur de ses parents) n'est jamais justifié par le contrat, sauf à dénaturer complètement la relation. De même et à l'inverse, les relations entre ennemis sont exclusivement gouvernées par la force : la parole de l'autre est entièrement dépourvue de fiabilité.

– La figure du contrat ne peut se développer que lorsqu'une politique relationnelle est menée, ce qui impose de définir une distance (marquant l'importance morale du respect de la parole donnée). Il peut exister une distance « moyenne », mais pas une distance « neutre » : un contractant devra considérer l'autre comme un partenaire (caractère fonctionnel de la prestation) ou un adversaire (négociation du prix).

b/ L'apparition de la bonne foi contractuelle : une exigence du commerce dans la Rome antique

12. En **histoire du droit**, la *fides* (confiance, foi) émerge dans la Rome antique (République) dans jus gentium, l'une des deux branches du droit romain. Le jus quiritum, apparu avant le III^e siècle av. JC, est un droit formaliste (sacré) uniquement applicable aux membres de la (petite) cité de Rome⁴ ; un jus gentium s'est parallèlement développé pour fixer les relations avec les étrangers, et c'est ce droit qui a donné lieu à l'apparition de la bonne foi.

¹ Voir : Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 1932, *La notion de politique*, Calmann-Lévy, 1972, préface de Julien Freund, trad. Marie-Louise Steinhäuser, p.65-66 : « Admettons que les distinctions fondamentales soient, dans l'ordre moral, le bien et le mal ; le beau et le laid dans l'ordre esthétique ; dans l'économie, l'utile et le nuisible, ou, par exemple, le rentable et le non rentable. [...] La distinction spécifique du politique, à laquelle peuvent se ramener les actes et les mobiles politiques, c'est la discrimination de l'ami et de l'ennemi. [...] Le sens de cette distinction de l'ami et de l'ennemi est d'exprimer le degré extrême d'union et de désunion, d'association ou de dissociation. »

² Philippe Descola, *La nature domestique*, thèse sur les indiens Jivaros. L'auteur relate la conclusion de contrats « inutiles » portant sur des ressources à disposition du contractant créancier : l'explication proposée est que ces contrats avaient pour fonction de réaffirmer la force du lien personnel entre les parties au contrat.

³ Marshall Sahlins, *Âge de pierre, âge d'abondance, L'économie des sociétés primitives* (1972), préface de Pierre Clastres, trad. Tina Jolas, Gallimard NRF, spéc. p. 237 et suiv. Selon l'auteur, quatre types de réciprocité existent : la réciprocité absolue, couramment pratiquée dans la famille-ménage ; la réciprocité relative, pratiquée entre proches (la vente à « prix d'ami ») ; la réciprocité négative, pratiquée à l'égard des étrangers (le vendeur cherchant à obtenir le prix le plus élevé, en profitant de toutes les circonstances) ; l'absence de réciprocité marque des relations d'hostilité, entre ennemis.

L'auteur parle de « réciprocité », en supposant que la relation de l'un à l'autre soit identique à celle de l'autre à l'un, ce qui n'est pas évident à admettre. Dans un contrat, la relation entre contractants peut être différente.

⁴ Ce qui s'explique : la forme (le rituel magique ou religieux) ne vaut qu'entre membres de la même religion, donc au sein d'une même communauté. L'étranger à la religion n'éprouve aucun respect face à la forme.

Jacques Ellul¹ dit : « Dans leurs rapports avec les étrangers, les Romains n'appliquent évidemment pas les formes du droit romain. Ces rapports reposent sur la *fides*. Ce sont surtout des rapports commerciaux. L'on recherche alors davantage la volonté et l'évaluation du comportement des parties, l'on tient compte du but de l'acte et de son contenu économique, plus que de ses formes. Ceci entraîne une certaine modification de la notion de *fides*. Ce changement de caractère de la *fides* s'accompagne de l'idée que la *fides* doit entraîner un devoir de protection, que la *fides* est une valeur morale : elle est le plus souvent qualifiée de *bona fides*. Dans cette perspective, elle s'appliquera à des contrats reposant sur la relation de confiance personnelle étant donné la bonne conduite moyenne que doit avoir un citoyen : par exemple les contrats de société, de mandat, de dépôt. Ceci sera accentué après la création du prêteur pérégrin qui est chargé uniquement des rapports entre citoyens et étrangers. Le prêteur pérégrin sanctionne le jus *gentium* existant auparavant à titre coutumier, d'autre part systématise les contrats et procédures employés, par son édit (242 av. J.-C.). Enfin, il fait progressivement entrer ce jus *gentium* dans le droit romain lui-même lorsque le prêteur urbain adopte certaines institutions à l'imitation du jus *gentium*. Ceci se produit beaucoup plus tard (fin du IIe siècle et Ier siècle av. J.-C.). les institutions romaines qui en dérivent portant alors des noms visant leur contenu économique (*emptum venditum, locatum conductum, societas*) alors que les anciens actes portent un nom se rapportant au rituel employé (*mancipatio, sponsio, adrogatio, etc.*). »

Selon Jacques Ellul², la *fides* (source étymologique de la foi, croyance, qui donnera ultérieurement la bonne foi, *bona fides*) est une croyance qui permet d'évaluer le comportement de l'autre : ce rapport personnel, établi dans un cadre commercial, précise la distance contractuelle qui servira de référent commun.

– La bonne foi est une croyance présumée : la présomption est employée, précisément parce que les contractants potentiels sont étrangers l'un à l'autre. Cette bonne foi est ainsi logiquement apparue dans les contrats "internationaux" conclus entre Romains et étrangers (jus *gentium*), c-à-d. entre contractants obéissant à des rites religieux différents.

– À l'inverse, le contrat conclu entre Romains (soumis au jus *quiritum*) n'a pas besoin d'être conclu « de bonne foi », puisque le code moral (et religieux) qui s'impose aux proches fixe déjà avec précision le cadre de la relation personnelle : on ne présume pas ce qui est déjà connu.

La bonne foi contractuelle est ainsi issue des exigences du commerce international : lorsque le cocontractant est étranger, potentiellement inconnu (en raison de son appartenance à une autre communauté : les contractants n'ont pas les mêmes divinités), il s'agit non pas d'établir une morale (une valeur transcendante, c-à-d. une religion) mais de fixer un *standard prévisible de comportement*. Ces contrats sont alors logiquement désignés par les opérations économiques qu'ils effectuent : on ne parle plus de contrat « avec la main » (désignant le rituel accompli par les membres d'une même communauté religieuse), mais de contrat de vente ou de prêt (désigné par l'objet de la prestation à effectuer).

(13. : réservé)

¹ Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, 1972, 4e éd., Puf, p. 322-323.

² Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, 1972, 4e éd., Puf, p.322-323.

14. La fiabilité de la parole donnée par le débiteur, dans tous les contrats, est la question préalable que se pose tout créancier (potentiel), et il continuera de se la poser tant qu'il restera créancier (c-à-d. tant qu'il ne sera pas payé). Si le créancier estime que la parole donnée par le débiteur semble fiable, le créancier peut accepter de prendre le risque de contracter.

Pour sécuriser la relation contractuelle, le droit du contrat impose la bonne foi contractuelle :

- Lorsque les contractants se connaissent peu ou mal, ils pourront contracter en sachant quel comportement adopter (et ce qu'il signifie : la voiture a des freins ; les frais de port sont à la charge de l'acquéreur).
- La bonne foi contractuelle est le produit d'une exigence commerciale : elle standardise la relation personnelle.

L'exigence de bonne foi contractuelle ne se borne pas à coder le comportement ; elle exerce aussi une influence sur le contenu du contrat. L'acquéreur sait qu'il doit prendre à sa charge les frais de livraison.

2/ La libre détermination du contenu du contrat : l'équation contractuelle convenue

15. La libre détermination du contenu du contrat est une seconde garantie, substantielle, par laquelle un contractant doit s'assurer que le contrat répond à son intérêt. Selon l'article 1102 al. 1^{er} c. civ, « Chacun est libre (...) de déterminer le contenu (et la forme) du contrat. » Le contenu du contrat a pour objet des obligations, à savoir (supra n°1) des prestations dotées de leur vecteur, lesquelles pourront être interdépendantes (économie du contrat).

La *libre détermination des prestations* signifie que chaque contractant peut fixer, de sa propre initiative, le contenu de la prestation qu'il s'engage à fournir (le prix qu'il accepte de payer : en tant que débiteur) et le contenu de celle qu'il veut obtenir (la quantité de blé qu'il achète : en tant que créancier). En pratique, la distinction entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion (art. 1110 c. civ.) montre que la capacité de négociation est parfois limitée pour l'un des contractants potentiels.

- Dans un contrat de gré à gré, chacun des contractants potentiels peut négocier, à égalité avec l'autre. Selon l'article 1110 al. 1^{er} c. civ. : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties. » Chaque contractant peut donc rédiger une clause et la proposer à l'acceptation de l'autre.
- Dans un contrat d'adhésion, une seule partie propose un contenu préétabli du contrat. Selon l'article 1110 al. 2 c. civ. : « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties. » Ces contrats au

contenu standardisé sont devenus fréquents : l'entreprise réalise des économies d'échelle en proposant un service standardisé ; pour le client, ce sera à prendre ou à laisser (éventuellement, en choisissant parmi les options ouvertes par l'entreprise : billet de 1^{ère} ou 2^{de} classe ...).

La *libre détermination de l'économie du contrat* consiste à établir le lien qui peut exister entre les obligations des contractants. L'équation contractuelle permet précisément d'identifier un autre intérêt de chaque contractant dans le contrat :

– Quand les contractants échangent, la logique du donnant-donnant s'appliquera : « Donnes-moi ce dont j'ai besoin, et tu auras ce dont tu as besoin »¹ (A. Smith). L'intérêt du contrat pour chaque contractant, c'est la ressource de l'autre (l'argent pour le boucher, la viande pour le client). Le contrat sera synallagmatique.

– Mais un contractant peut aussi attendre son dîner de la bienveillance de son boucher, ou de l'invitation à dîner de son ami. La bienveillance est un intérêt qui expliquera l'invitation à dîner de l'un, et l'acceptation de l'autre. Le contrat sera unilatéral.

L'économie du contrat consiste donc à fixer une équation contractuelle qui fixe la logique d'ensemble du contrat, c-à-d. un certain type d'intérêt que chaque contractant poursuit dans le contrat : il s'agit d'échanger ou de donner (sans contrepartie). Ce sont les deux catégories de contrat reconnues en droit du contrat.

a/ Le contrat synallagmatique : l'échange réciproque

16. Le **contrat d'échange (contrat synallagmatique²)** obéit à la logique du donnant-donnant. La prestation que l'un doit à l'autre (la chose vendue due par le vendeur) a pour contrepartie la prestation que l'autre doit à l'un (le prix dû par l'acquéreur) (schéma 1.5).

Le terme *synallagmatique* est le plus utilisé (en droit). Il met l'accent sur le caractère réciproque de l'échange (art. 1106 al. 1^{er} c. civ.³ : « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. »). D'autres termes sont proches :

– Le contrat conclu à titre onéreux met l'accent sur contrepartie (art. 1107 al. 1^{er} c. civ.⁴ : « Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. »). L'avantage donné « en contrepartie »

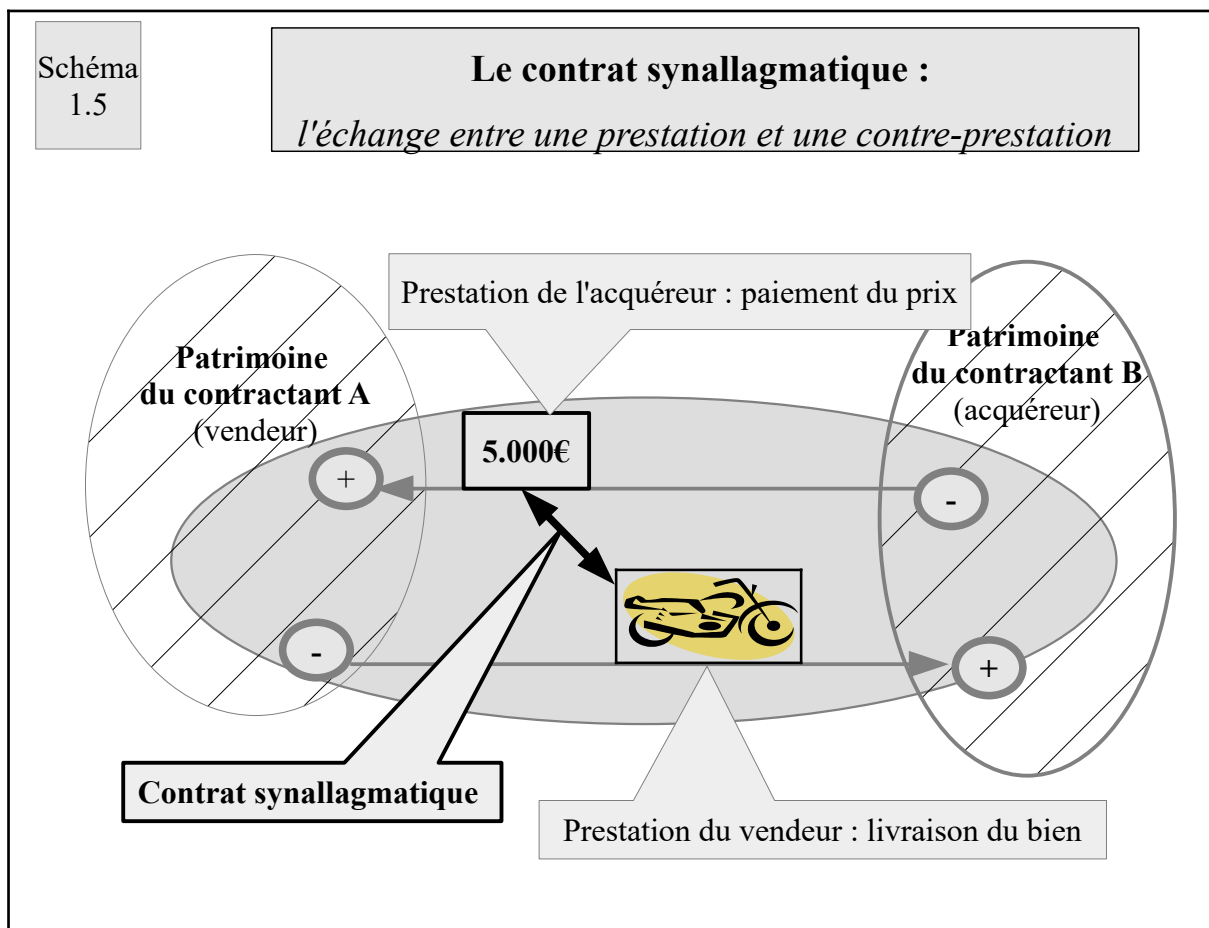
¹ « Donne-moi ce dont j'ai besoin, et tu auras ce dont tu as besoin (...), c'est de cette façon que nous obtenons mutuellement la plupart des bons offices dont nous avons besoin. Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du brasseur ou du boulanger que nous attendons notre dîner, mais du souci qu'ils ont de leur propre intérêt »

² Synallagmatique : le terme vient du grec, synallagma, échange.

³ Art. 1106 al. 1^{er} c. civ. : « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. »

de celui reçu signifie que les contractants suivent une logique de donnant-donnant. La contrepartie, dans le contrat conclu à titre onéreux, est souvent une obligation de somme d'argent, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Une cession de créance conclue à titre onéreux suppose un prix. Un cautionnement conclu à titre onéreux signifie que la banque acceptera de garantir le locataire, mais ce dernier devra payer la banque pour ce service.

- Le contrat commutatif met l'accent sur l'équivalence entre les deux prestations (art. 1108 al. 1^{er} c. civ.¹ : « Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. ») L'avantage « regardé » comme l'équivalent ne signifie pas que le contrat sera équilibré (au regard du prix du marché).



⁴ Art. 1107 al. 1^{er} c. civ. : « Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. »

¹ Art. 1108 c. civ. : « Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit.

« Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain. »

L'intérêt exact de chaque contractant poursuit dans le contrat synallagmatique peut donner lieu à des analyses diverses (qui ont existé, en droit du contrat, jusqu'à la réforme de 2016, avec l'analyse de la cause du contrat) :

- Adam Smith adopte une conception objectiviste de l'intérêt. L'intérêt de chaque contractant est direct et immédiat : celui du client est la prestation qu'il obtient (la viande) ; celui du boucher est pareillement la prestation qu'il obtient (l'argent). L'intérêt de chaque contractant démontre le profit social de la spécialisation de l'activité économique de chacun (c'est la cause de la « richesse des nations »).
- Une conception subjectiviste de l'intérêt conduira à identifier la politique contractuelle que mène, éventuellement sur le long terme, un contractant envers l'autre. Un contrat conclu à prix d'ami conduira un client à accepter de payer plus cher que le prix du marché (afin de permettre à un sous-traitant de rester rentable) ou à bénéficier d'un prix en-deçà du prix du marché (parce que le vendeur veut conserver sa clientèle sur le long terme). L'équilibre de l'échange illustre alors une politique contractuelle menée par un contractant envers l'autre. L'intérêt de chaque contractant est ici plus lointain et indirect : c'est un objectif à moyen ou long terme.

Le contrat synallagmatique repose donc sur l'économie de l'échange : chaque contractant se rend à la fois débiteur et créancier de son cocontractant, et cette relation personnelle complexe permet à chacun de mener une politique contractuelle envers l'autre.

16-1. Le **contrat d'association** est conclu entre plusieurs associés qui mettent en commun des ressources destinées à une activité commune. Il n'est pas considéré, en droit français du contrat, comme une catégorie à part entière : il est analysé comme un contrat synallagmatique.

L'objet du contrat d'association est de mettre en commun des ressources affectées à une activité (plus ou moins précisés). Comme ces ressources ont vocation à être partagées entre les membres de l'association, on en déduira que les membres du contrat d'association sont à la fois débiteurs (de l'apport d'une ressource) et créanciers (vocation au partage des profits).

- Dans le contrat de société (de capitaux), les associés effectuent des apports, afin que la société commerciale puisse exercer une activité rentable : la mise en commun des ressources conduira à créer un patrimoine spécifique (celui de la société commerciale). Les associés décideront et se partageront les profits en fonction du montant de leur apport.
- Le régime matrimonial est conclu entre les époux ou les partenaires : il fixe les règles relatives à la propriété, à la gestion, à la saisissabilité et à la réparation des biens et revenus du couple. Le régime matrimonial fixera le degré d'association des membres du couple : lorsque l'un gagne des

revenus et l'autre pas, les biens acquis par l'un seront soit partagés à égalité (régime communautaire : supplétif de volonté), soit resteront propres (régime séparatiste).

En droit du contrat, le contrat d'association n'est pas une catégorie autonome.

- En droit des sociétés, l'associé a des devoirs (apports) et des droits (partage des bénéfices) : le contrat de société, conclu entre les associés, fixe les règles de fonctionnement de la société. Le contrat n'est pas conclu entre la société d'une part, et les associés d'autre part.
- En droit des régimes matrimoniaux, le couple (marié ou pacsé) conclut un contrat, sans créer de patrimoine spécifique. Ce contrat synallagmatique réglera les relations patrimoniales entre le couple et les tiers et au sein du couple.

b/ Le contrat unilatéral : la prestation au profit d'un seul

17. Le **contrat unilatéral** est conclu entre un créancier et un débiteur qui a pour objet une seule prestation, que le seul débiteur s'engage à effectuer une prestation au profit du seul créancier. Selon l'article 1106 al. 2 c. civ., le contrat « est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci. »

Le contrat unilatéral est un contrat : une rencontre des volontés doit avoir lieu, faute de quoi il y aura, au mieux, un acte juridique unilatéral.

- Le contrat de donation n'est conclu que si le gratifié (donataire) accepte le don émanant du donateur : tant que l'offre n'est pas acceptée, le contrat de donation n'est pas conclu (ce qui veut dire que le donateur peut se rétracter).
- De même, le cautionnement conclu entre la caution (qui s'engage à payer le loyer à la place du locataire) et le bailleur (créancier du loyer) ne sera conclu que lorsque le créancier a accepté l'offre de la caution.

L'intérêt que le débiteur poursuit en s'engageant à s'appauvrir sans contre-partie est varié :

- Dans le contrat de donation, le donateur (débiteur de la donation) agit par bienveillance envers le créancier (donataire, gratifié). L'ami qui invite au restaurant, la grand-mère qui donne 50€ à son petit-fils agissent par bienveillance. Le contrat de donation conclu à titre gratuit. Selon l'article 1107 al. 2 c. civ. : « Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie. »
- Dans le contrat de cautionnement, la caution garantit la bonne exécution d'un contrat (auquel la caution n'est pas partie). La caution s'engage unilatéralement à payer le loyer au créancier (bailleur), mais la caution n'agit pas toujours à titre gratuit. La caution bancaire se fera payer par le locataire (contrat conclu à titre onéreux), pour accepter de lui rendre service (en lui permettant de se loger).

– Lorsqu'une caution, associée dans la sarl, garantit la banque à raison du prêt octroyé à la sarl, la caution poursuit un intérêt à long terme. Si la sarl développe son activité, elle sera en mesure de verser des dividendes à l'associé.

L'intérêt que poursuit le débiteur, dans un contrat unilatéral, est tout aussi varié que celui d'un contractant, dans un contrat synallagmatique.

(18- à 23. : réservés)

Conclusion I/ La liberté individuelle de contracter : l'expression de l'intérêt du contractant dans le contrat

24. La **liberté individuelle de contracter** permet donc à chaque contractant potentiel d'établir une relation personnelle avec un cocontractant, en fonction de son intérêt personnel. La liberté contractuelle, telle qu'elle est présentée à l'article 1102 al. 1er c. civ., permet à chaque contractant de mener la politique contractuelle de son choix avec qui il veut et dans comme il le veut.

La liberté contractuelle est une garantie individuelle pour chacun : nul ne sera engagé dans un contrat s'il ne le juge pas conforme à ses intérêts. La liberté individuelle de contracter porte sur tous les aspects du contrat : le consentement, le contenu des prestations et la logique de l'échange (économie du contrat : donnant-donnant ou logique unilatérale). Chaque contractant est donc en mesure de garantir ses intérêts.

La liberté contractuelle permet à chaque contractant de mener, avec son cocontractant, la politique contractuelle de son choix. L'intérêt d'un contractant relève de sa propre appréciation : il est libre d'identifier ses intérêts, parce qu'il est libre de se fixer ses propres objectifs, lorsqu'il conclut avec autrui.

– Avec tel cocontractant, il mènera une politique à long terme : l'associé se montre fiable envers la banque, en se portant caution (afin que la sarl garantie puisse se développer).

– Avec tel autre, il mènera une politique à court terme : dans une logique de donnant-donnant, on paie comptant.

La liberté individuelle de contracter exprime donc une politique de la relation avec le cocontractant. Lorsqu'une politique de long terme est menée, ce n'est pas par morale (si l'on en juge par ce que dit Spinoza), c'est toujours par intérêt : et effectivement, un débiteur peut avoir intérêt à se montrer fiable à long terme.

II/ Les contrats exécutés sur la durée : la crédibilité du débiteur

25. Les **contrats exécutés sur la durée** exposent le créancier (de la prestation) à un risque d'impayé particulier qu'il ne consentira à prendre (dans le cadre d'un contrat) qu'en présence d'un débiteur crédible. La crédibilité du débiteur envers le créancier désigne un type particulier de confiance que le créancier place dans le débiteur : le créancier estime que le débiteur (fiable par ailleurs) aura la capacité de s'acquitter d'une obligation dans le futur, ce qui peut conduire le créancier à accepter de s'exposer à un risque particulier d'impayé.

On sait (supra n°3) que tout créancier (contractant ou non) est exposé au *risque d'impayé*, tant que l'obligation n'est pas éteinte par le paiement (volontaire ou forcé).

- Lorsque le créancier (contractuel) estime que son débiteur est fiable, il acceptera (éventuellement) de conclure le contrat : l'employeur a confiance dans le fait que le salarié se présentera sans retard à son poste de travail et qu'il exercera son activité conformément à ce qui a été convenu. Quand la prestation du débiteur doit être exécutée dans le futur, le risque d'impayé pour le créancier comprend le retard dans l'exécution, l'inexécution ou l'exécution incorrecte de la prestation. Il est ici question de fiabilité : si le salarié ne se présente pas à son poste de travail, l'employeur ne le paiera (logique du donnant-donnant).
- Lorsque le créancier estime que le débiteur est fiable et qu'il sera en mesure de s'acquitter de sa dette dans le futur, le débiteur devient crédible. Le salarié sera en mesure de payer le garagiste à la fin du mois ; l'emprunteur sera en mesure de rembourser son prêt. Le crédit du débiteur correspond au montant maximal que la dette pourra atteindre pendant une certaine durée, sans porter atteinte à la confiance du créancier dans la capacité du débiteur à payer dans le futur.

La crédibilité du débiteur envers le créancier est une question primordiale pour le débiteur lui-même. Celui qui inspire suffisamment confiance dans sa capacité à payer plus tard sa dette bénéficie de la durée : il pourra emprunter (et acquérir un actif), alors que la personne dépourvue de crédibilité devra épargner et payer comptant tout investissement. Le créancier acceptera de s'exposer à un risque spécifique d'impayé, s'il estime que la volonté du débiteur persistera dans le temps (ce qui le conduira à exécuter, à l'avenir, son obligation).

La crédibilité d'un débiteur envers un créancier (potentiel) signifie donc qu'un débiteur bénéficiera de la durée pour payer sa dette : il pourra occuper la position de débiteur économique envers un créancier économique (1), grâce au crédit dont il dispose envers le créancier (2).

1/ Le créancier économique : le risque du défaut de contrepartie

26. Le **créancier économique** est un contractant qui verse sa prestation immédiatement, tandis que son cocontractant (débiteur économique) ne versera la sienne qu'à terme. La date d'exécution de chaque prestation, dans le cadre d'un contrat synallagmatique, fait donc naître un risque spécifique d'impayé pour l'un des contractants, situation qui ne se produit pas en présence d'une exécution trait-pour-trait. La notion de créancier économique se distingue donc de celle de créancier juridique (notion qui exprime simplement la polarité du transfert de valeur, polarité qui existe dans toute obligation).

En économie, le créancier est celui qui escompte du débiteur le *versement futur* d'une prestation à son profit : la vision économique se restreint à l'examen de la période de temps qui sépare la position créancier de celle de propriétaire.

– Ainsi, dans une vente conclue à terme, le vendeur sera créancier économique quand il verse immédiatement sa prestation (le bien vendu est livré à $t+1$) et quand il attend de l'autre (acquéreur) qu'il verse la sienne à terme (le prix est payable à 30 jours, à $t+2$) : le débiteur économique sera l'acquéreur.

– Dans un prêt, la banque verse immédiatement les fonds et elle ne sera remboursée que progressivement, au fur et à mesure que l'emprunteur s'acquitte de ses mensualités. Le contrat de prêt unit toujours un créancier économique à un débiteur économique.

Le créancier économique est donc celui qui est exposé au risque de défaut de contrepartie : il n'est pas uniquement exposé (comme tout créancier) au risque d'obtenir une prestation tardive ou incorrecte ; il risque aussi de s'appauvrir lors de l'exécution du contrat, puisqu'il aura perdu une valeur (transmise au débiteur), sans obtenir la contrepartie (en présence d'un impayé net : supra n°3).

La notion de créancier économique permet donc d'identifier un risque spécifique lié à la *date d'exécution des prestations* convenues dans le cadre d'un contrat synallagmatique. Cette date d'exécution est une clause centrale dans l'économie du contrat, parce que le risque du défaut de contrepartie est lui aussi central. On dira, en droit, qu'il détermine le consentement des contractants.

– Lorsque la date d'exécution de la prestation de l'un est identique à celle de la contre-prestation de l'autre, l'exécution trait-pour-trait aura lieu entre contractants (à $t+1$ ou à $t+5$, peu importe) : ni l'un, ni l'autre n'occupent la position de créancier économique. La vente conclue et immédiatement exécutée ou la vente conclue et à exécuter à terme obéit à la

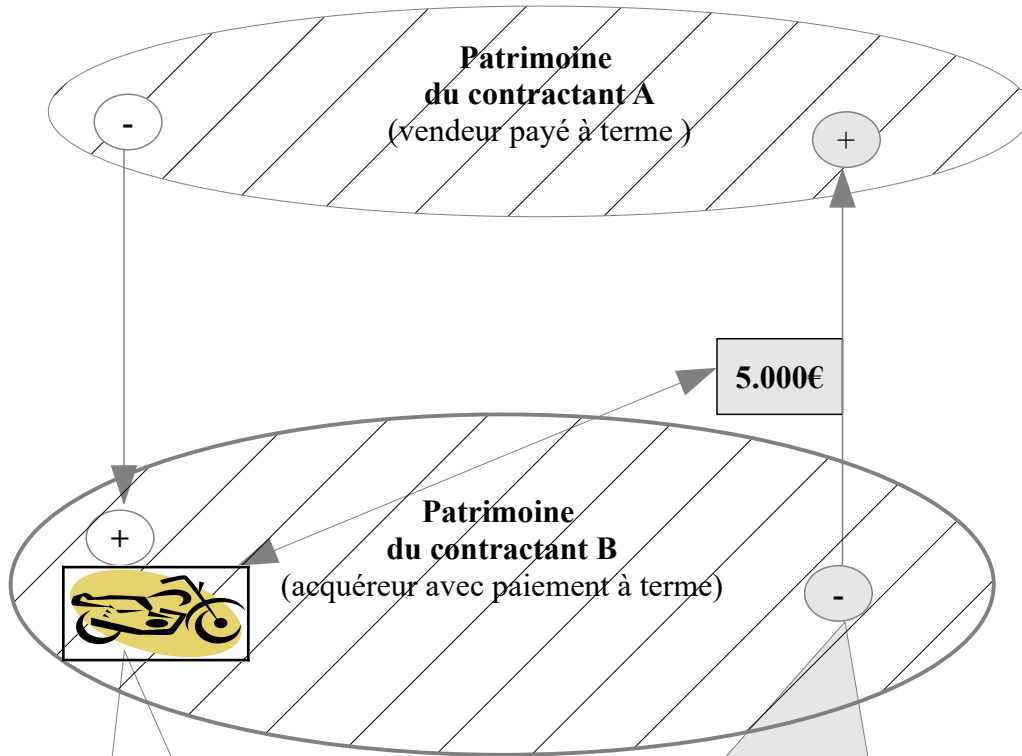
logique du donnant-donnant. Si, dans trois mois, l'acquéreur de l'immeuble n'a pas les fonds, le vendeur ne transmet pas son bien.

– Dans un contrat synallagmatique, lorsque la date d'exécution de la prestation de l'un diffère de celle de l'autre, l'un des deux contractants s'expose au risque du défaut de contrepartie. Ce risque est économiquement lourd : un créancier ne s'y expose (en consentant au contrat) que s'il estime que son débiteur est crédible.

Schéma
1.3

Notion de créancier économique :

la date d'obtention de la contrepartie



Le risque de défaut de contrepartie pèse sur le vendeur (créancier économique)

La notion de créancier économique est destinée à identifier les deux polarités (supra n°1) que, en droit, le terme de créancier ou débiteur est destiné à identifier. On sait (supra n°1) que, en droit, le terme de créancier ou débiteur est destiné à identifier les deux polarités du transfert de la valeur. Mais dans un contrat conclu comptant et immédiatement exécuté (schéma 1.2), il y aura eu un vendeur (débiteur de la chose à donner, créancier du paiement) et un acheteur (créancier de la chose, débiteur du paiement).

– E **Durée d'exécution du contrat synallagmatique** (exécution) possède nécessairement un objet (prestation à exécuter) et une polarité (imposant le mouvement de

l'un vers l'autre) : le droit (régime général de l'obligation) garde la trace de ces mouvements, éventuellement parce que le transfert matériel de la valeur peut être remis en cause (le vendeur qui transfère le bien est tenu de la garantie d'éviction : cette obligation s'éteint bien après la livraison ; le paiement effectué en "période suspecte", à savoir par un débiteur ultérieurement mis en faillite, peut être invalidé). Le créancier juridique est celui qui dispose d'un titre valide pour réclamer à son profit l'exécution d'une prestation (passée,

présente ou future), de source contractuelle ou légale (payer un impôt) : la date d'exécution de la prestation (avec ses accessoires : garantie contre les vices cachés, garantie d'éviction ...) est un aspect secondaire de l'obligation.

– La notion de créancier économique sera spécifiquement reçue en droit du contrat, quand le risque du défaut de contrepartie est envisagé dans un contrat synallagmatique (exception d'inexécution, théorie des risques : infra n°900 et suiv.). La date d'exécution des prestations devient alors un aspect essentiel : lorsque le créancier économique est confronté à un débiteur économique (qui peut avoir intérêt à oublier d'exécuter la contrepartie : supra, Spinoza), des mesures spécifiques seront instaurées afin que le créancier économique dispose d'un moyen de pression sur le débiteur.

La notion de créancier économique permet donc d'identifier un risque spécifique d'impayé (le risque d'un défaut de contrepartie, lorsque la date d'exécution d'une prestation diffère de celle de la contrepartie). Pour être exposé à un tel risque, le créancier doit l'accepter : il faudra donc être en présence d'un contrat.

– Le risque d'un défaut de contrepartie existe en dehors du contrat, en présence d'une expropriation (lorsque l'État impose le transfert de propriété). Mais, selon l'article 17 de la déclaration de 1789¹, la personne subissant l'expropriation doit obtenir une « juste et préalable indemnité ». Préable signifie que le transfert de propriété imposé par l'État n'aura lieu qu'après paiement : l'exproprié ne doit pas être soumis au risque d'un défaut de contrepartie. Le risque d'un défaut de contrepartie ne doit donc légalement pas exister en cas d'expropriation ;

– Ce n'est que dans le cadre d'un contrat que le créancier accepte de s'exposer au risque d'impayé pour cause de défaut de contrepartie. Il ne le fera qu'en présence d'un débiteur crédible.

2/ Le crédit du débiteur : le bénéfice de la durée

27. Le crédit du débiteur envers le créancier signifie qu'une personne (créancier potentiel) estime qu'une autre (débiteur potentiel) sera en mesure, à l'avenir, d'exécuter une prestation d'un certain montant, au cours d'une certaine durée. Le créancier peut alors estimer que le risque d'impayé est suffisamment faible pour accepter (dans le cadre d'un contrat) de s'y exposer. La

¹ Art. 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

crédibilité d'une personne est une question économique déterminante : une personne dépourvue de crédit sera exclue du financement d'opérations rentables pour elle.

Une *personne dépourvue de crédit* devra payer comptant dans une vente ; elle se verra refuser le prêt, parce que la banque estime que le risque d'impayé est excessif. Pour acquérir un actif, une personne dépourvue de crédit devra donc économiser (longtemps) afin d'être en mesure de payer comptant :

- La personne physique restera donc locataire longtemps, avant de pouvoir financer l'acquisition de sa résidence principale : pendant toute la durée de son épargne, la personne physique non crédible devra donc supporter la charge de son loyer.
- La société commerciale n'investira qu'en auto-financement pour obtenir un bien à destination commerciale. Pendant toute la durée de l'épargne, ce bien ne sera donc pas utilisé et ne générera donc aucun revenu.

Une personne non crédible ne trouve personne qui accepterait de s'exposer à un risque (qu'elle juge excessif) d'impayé. Le contrat ne se formera jamais.

À l'inverse, une *personne crédible pourra devenir contractante* : dans un contrat synallagmatique (supra n°16), un contractant acceptera de verser immédiatement sa prestation et d'obtenir la contre-prestation dans le futur.

- Le garagiste répare immédiatement le véhicule en panne, et le salarié le paiera à la fin du mois : le salarié pourra donc se rendre à son travail, percevoir son salaire et s'acquitter de sa dette.
- La banque accepte le prêt consenti au particulier : elle verse (immédiatement) le prix d'achat de l'immeuble, et l'emprunteur remboursera dans le futur son prêt. L'emprunteur obtient un actif (qui figure désormais dans son patrimoine : il est propriétaire d'un bien) et il échappe à la charge d'un loyer.
- La banque prête à la société commerciale : la société sera en mesure d'investir dans un nouveau matériel (afin de s'adapter à la concurrence voire de gagner des parts de marché) ou de disposer des ressources pour exécuter un gros marché (en payant les fournisseurs) ...

La crédibilité du débiteur est donc un enjeu économique essentiel pour le débiteur lui-même : seul un débiteur crédible a accès au paiement à terme, c-à-d. au financement d'opérations utiles ou rentables pour lui-même.

La crédibilité d'une personne signifie donc qu'elle bénéficiera de la durée pour payer sa dette : en présence d'un contrat synallagmatique (le plus fréquent), le cocontractant accepte d'occuper la

position de créancier économique, et donc de s'exposer au risque du défaut de contrepartie. La crédibilité du débiteur peut prendre une certaine extension (quand le créancier est exposé à un risque important).

- Le crédit d'un débiteur, au sens strict, signifie que le créancier accepte de s'exposer au risque d'un défaut de contrepartie. Dans un contrat à exécution trait-pour-trait, un contractant opposera l'exception d'inexécution en présence d'un défaut de contrepartie : pas de paiement, pas de marchandise livrée.
- Dans certains contrats synallagmatiques conclus sur la durée, il arrive que l'exception d'inexécution ne puisse pas être aisément opposée. La protection du locataire, personne physique, inexpulsable pendant l'hiver¹, expulsable sur décision préfectorale ..., conduit à exposer le bailleur (malgré lui) au risque du défaut de contrepartie. Le législateur protège le locataire (par une législation impérative : infra). Le bailleur doit avoir spécialement confiance dans son locataire et il exigera des garanties de paiement.

La difficulté, pour le débiteur, est donc l'accès au contrat (et à la prestation fournie par le cocontractant). Le débiteur devra adopter un comportement de nature à faire croire au créancier qu'il est crédible (« s'engager à tenir parole avec des marques assurées de sincérité », disait Spinoza), afin d'inciter ce dernier à s'exposer à différents risques d'impayé.

27-1. La **politique** consistant, pour un contractant, à apparaître comme fiable s'impose même en présence d'un contractant particulièrement puissant. Selon Rémi Pellet, *Droit financier public*, le Trésor français dans la seconde moitié XVI^e siècle « se déclara en cessation des paiements en 1557, 1560, 1575 et 1596 »². Les créanciers impayés se virent imposer principalement un moratoire, mais ils devinrent méfiants : le risque lié au retard de paiement était tel que, pour emprunter à nouveau, la monarchie française dut trouver des cautions³. L'absence de fiabilité d'un débiteur produisit deux conséquences (classiques).

La première fut de contraindre la monarchie française à s'adresser (moyennant finance) à des financiers considérés par le public (prêteur) comme solvables, contrairement au roi. La monarchie française, contrairement à certains états voisins (Hollande et Angleterre), ne put avoir accès au marché : le public n'acceptait pas de prêter à un débiteur aussi peu fiable (*refus de contracter*). Le roi de France, pour se procurer

¹ Art. L 412-6 c. construc. et hab. : « Nonobstant toute décision d'expulsion passée en force de chose jugée et malgré l'expiration des délais accordés en vertu de l'article L. 412-3, il est sursis à toute mesure d'expulsion non exécutée à la date du 1er novembre de chaque année jusqu'au 15 mars de l'année suivante, à moins que le relogement des intéressés soit assuré dans des conditions suffisantes respectant l'unité et les besoins de la famille.

« Les dispositions du premier alinéa ne sont toutefois pas applicables lorsque les personnes dont l'expulsion a été ordonnée sont entrées dans les locaux par voie de fait ou lorsque ceux-ci sont situés dans un immeuble ayant fait l'objet d'un arrêté de péril. »

² Rémi Pellet, *Droit financier public. Monnaies, banques centrales, dettes publiques*, 2014, Puf, Thémis droit, p. 159.

³ Hilton L. Root, *La construction de l'Etat moderne en Europe. La France et l'Angleterre*, 1994, Paris, Puf, coll. « Libre échange », p. 188 : des financiers diffusaient dans le public des titres de dette, et ils garantissaient par leurs « biens propres les emprunts qui étaient destinés directement ou indirectement à la royauté ».

des ressources vitales, dut donc se plier à la discipline des financiers : ces derniers étaient les seuls à accepter de contracter avec lui.

La seconde conséquence pour le roi de France fut qu'il dut payer de plus en plus cher le crédit qui lui était consenti¹ (sachant que le capital et au moins une partie des intérêts étaient remboursés) : « finalement, parce qu'il était au dessus des lois, le roi, pour accéder à des fonds empruntables avait à déboursier davantage que ne le faisaient ses sujets fortunés »². En 1776, à la fin de la guerre d'indépendance des États-Unis, la monarchie française payait 6,7 % d'intérêts alors que la monarchie anglaise (débiteur fiable) ne payait que 3%, pour un montant emprunté équivalent³. Le *coût* du paiement tardif était donc de 3,7 %.

Même un débiteur puissant n'échappe pas à la nécessité de se mener une politique destinée à le faire apparaître comme fiable. En 2021, l'état français était endetté pour un montant dépassant de 2.900 Mds€ ; l'agence France finance, qui assure le placement de la dette sur le marché, a besoin d'emprunter annuellement des sommes colossales (plus de 250 Mds€ par an en 2021 ; plus de 300 Mds€ en 2023), placés pour 66% auprès d'investisseurs étrangers⁴. Si l'état français veut continuer à emprunter sur le marché, il doit se montrer irréprochable.

(28. à 33. : réservés)

Conclusion §1^{er}/ La liberté contractuelle reconnue à chaque contractant : un contrat conforme à l'intérêt de chacun

34. La **liberté contractuelle reconnue à chaque contractant** par l'article 1102 al. 1^{er} c. civ. permet à chacun de ne pas être engagé au-delà de sa volonté individuelle. L'objectif du législateur est de s'assurer que chacun ne s'engage que s'il estime que le contrat est conforme à ses intérêts. C'est une garantie autant qu'une charge.

Côté face, la liberté individuelle est une garantie pour chacun des deux contractants, débiteur de la prestation comme créancier de la prestation.

- Le contrat correctement formé sera soumis à la force obligatoire des obligations (art. 1341 c. civ.) : le débiteur prend un engagement, ce qui signifie qu'il expose l'ensemble de ses biens et revenus pour payer sa dette. Dans ces conditions, mieux vaut maîtriser ses engagements.

¹ Pierre Goubert, *L'Ancien Régime, tome II, Les pouvoirs*, 1973, Paris, p. 145 : « presque toute l'histoire financière de l'État d'Ancien Régime tient dans la formule : comment ne pas payer ses dettes ».

² Hilton L. Root, *La construction de l'Etat moderne en Europe. La France et l'Angleterre*, 1994, Paris, Puf, coll. « Libre échange », p. 200.

³ Emmanuel Le Roy Ladurie, *L'Ancien Régime*, tome II, 1991, Paris, Hachette, p. 127.

⁴ Rémi Pellet, préc.

- Le créancier qui accepte de croire à la fiabilité voire à la crédibilité de son débiteur s'expose au risque d'impayé : à défaut d'exécution volontaire, il faudra mettre en œuvre la procédure d'exécution, et, si elle est inefficace, le créancier ne sera pas payé (impayé net). L'impayé est le problème du créancier, tant qu'il reste créancier.

Le contrat est aussi une opportunité pour chacun des contractants. Il permet de satisfaire des besoins immédiats et lointains.

- Dans une société monétarisée et spécialisée, chacun a directement besoin de la ressource spécialisée d'un autre ; c'est la raison pour laquelle chacun exerce une activité spécialisée (utile aux autres).
- L'accès au crédit est, pour un débiteur économique, l'opportunité d'obtenir des actifs, sans avoir à subir la période d'épargne (qui est économiquement coûteuse).

Le contrat occupe donc logiquement une place centrale dans l'économie : il répond à aux intérêts (variés) de chaque contractant. C'est le côté "face" du contrat.

Le côté "pile" de la liberté individuelle de contracter aura pour fonction de justifier pour chacun la charge de l'exécution, une fois l'engagement pris. Dans une société monétarisée et spécialisée, contracter avec autrui est une nécessité : lorsque la ressource que l'on propose est peu spécialisée et abondante, la contrepartie que l'on en obtiendra sera peu valorisée. Adam Smith le constatait quand il examinait le salaire des ouvriers. La richesse des nations était globale, mais la pauvreté existait.

§2^{ème}/ Les lois impératives limitant la liberté contractuelle :

l'intérêt général face aux intérêts privés

35. Les lois impératives limitant la liberté contractuelle (« dans les limites fixées par la loi » : art. 1102 al. 1^{er} c. civ.) s'imposent aux contractants, de sorte que leur contrat (s'il est conclu) ne correspondra que partiellement à l'intérêt de l'un voire des deux contractants. Selon l'article 1102 al. 2 c. civ., « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. » Si le législateur décide de fixer un maximum au taux d'intérêt (dans le cadre d'un prêt : usure¹) ou un minimum au salaire horaire (dans le cadre d'un contrat de travail : le smic²), les

¹ Art. L 313-5 c. mon. et fin. : « La définition du taux de l'usure est fixée par les articles L. 314-6 à L. 314-9 du code de la consommation, ci-après reproduit (...) ». Art. L 313-5-1 c. mon. et fin. : « Pour les découverts en compte, constitue un prêt usuraire à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale (...) tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est accordé, de plus du tiers, le taux effectif moyen (...) ».

² Section 4 : Minimum garanti, art. L3231-12 c. trav. : « Un minimum garanti est déterminé en fonction de l'évolution de l'indice national des prix à la consommation par application des dispositions de l'article L. 3231-4. (...) ».

contractants devront respecter ces lois impératives. Il en va de même, lorsque le législateur décide que les logements (servant de résidence principale aux personnes physiques) ne devront plus être loués quand ils sont classés « G »¹ (au titre de diagnostic énergétique). Les lois impératives expriment des orientations politiques du législateur : les contractants devront s'y plier.

Les lois impératives portant atteinte à la liberté (individuelle) des contractants sont adoptées dans un *but d'intérêt général* (motif invoqué par le législateur). Contrairement aux lois supplétives de volonté (auxquelles les contractants peuvent déroger grâce à une clause spéciale contraire : les frais de port seront explicitement pris en charge par le vendeur), les lois impératives sont d'ordre public : les contractants ne peuvent pas « y déroger », c-à-d. échapper à leur application.

– Lorsque les contractants concluent un contrat, ils doivent donc prendre en compte la législation impérative, telle qu'elle existe. L'affirmation posée à l'article 1102 c. civ., centré sur la liberté contractuelle, reprend en substance l'article 6 c. civ., selon lequel « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » Dès lors que les contractants respectent les lois régulièrement promulguées (à la date de conclusion de leur contrat), ils doivent pouvoir utiliser leur liberté contractuelle, dans un sens conforme à leurs intérêts.

– Mais les lois impératives peuvent également décider de s'appliquer immédiatement aux contrats en cours, ce qui peut avoir pour effet de déstabiliser l'économie du contrat, pour l'un des contractants, voire les deux. Subitement, le législateur décide que le bailleur (ayant emprunté pour acquérir un logement destiné à la location) ne devra plus le louer, en raison de son diagnostic énergétique ou ne devra plus le donner en location saisonnière (afin de favoriser la location de longue durée).

En réalité, l'article 1102 c. civ. remet radicalement en cause l'affirmation selon laquelle la liberté contractuelle permet aux contractants de contracter dans leur intérêt (individuel) bien compris. Les lois d'ordre public (pour les contrats conclus et ceux à conclure) constituent une véritable menace pour les contractants, et ce risque est tout aussi lourd que celui qui

¹ Interdiction de location des logements à usage de résidence principale pour les personnes physiques, à compter du 1er janvier 2025, pour les logements classés G : loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, art. 160 I 3° (« I.-Le titre Ier de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 précitée, dans sa rédaction résultant du I de l'article 17 de la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, est ainsi modifié : (...)

3° Après le même deuxième alinéa [de l'article 6 de la loi du 6 juillet 1989], sont insérés huit alinéas ainsi rédigés :

« Le niveau de performance d'un logement décent est compris, au sens de l'article L. 173-1-1 du code de la construction et de l'habitation :

« 1° A compter du 1er janvier 2025, entre la classe A et la classe F ;

« 2° A compter du 1er janvier 2028, entre la classe A et la classe E ;

« 3° A compter du 1er janvier 2034, entre la classe A et la classe D. »

résulte du risque d'impayé pour le contractant créancier. Les contractants sont à la merci des choix politiques du législateur.

Les lois d'ordre public limitant la liberté contractuelle expriment la politique menée par le législateur, en droit du contrat (quand une loi impérative porte sur tous les contrats) ou dans des domaines plus spécifiques (droit des contrats spéciaux, droit du travail ...). Le législateur est seul compétent pour fixer les principes fondamentaux des obligations civiles (art. 34 Constit. 1958¹) : les lois d'ordre public exprimeront donc la sensibilité politique du législateur, lequel sera plus ou moins dirigiste ou libéral en fonction de la composition de l'Assemblée Nationale et, plus marginalement, du Sénat.

- Soit le législateur mène une politique libérale, avec des lois d'ordre public peu nombreuses et essentiellement destinées à garantir la liberté contractuelle de chaque contractant. La menace des lois d'ordre public restera virtuelle.
- Soit le législateur mène une politique dirigiste, avec des lois d'ordre public nombreuses, imposant aux contractants de s'adapter aux objectifs poursuivis par le législateur. La menace des lois d'ordre public devient manifeste.

L'orientation politique du législateur exerce donc une influence directe sur les atteintes réalisées par les lois d'ordre public à la liberté contractuelle des contractants. Cette question est traitée par les théories générales du contrat.

Les lois impératives imposent donc aux contractants de n'exercer leur liberté (individuelle) de contracter que dans un sens compatible avec l'intérêt général : les atteintes portées à la liberté contractuelle résultent de la primauté des lois impératives (I), lesquelles sont (diversement) justifiées par les théories générales du contrat (II).

I/ La primauté des lois impératives : les intérêts individuels soumis à l'intérêt général

36. La **primauté des lois impératives** sur la liberté contractuelle signifie que la force obligatoire du contrat (dont le respect est aussi obligatoire que la loi : art. 1103 c. civ.²) est inférieure à celle des lois impératives.

- Le contrat ne peut déroger ni aux lois d'ordre public promulguées avant la conclusion du contrat, ni à celles promulguées après sa conclusion (lorsque le législateur décide qu'une loi impérative s'applique immédiatement).

¹ Art. 34 al. 2 Constitution du 4 octobre 1958 : « La loi détermine les principes fondamentaux : (...) du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; »

² Art. 1103 c. civ. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

- En pratique, les atteintes portées par le législateur (avec ses lois impératives) à la liberté contractuelle ont pris une telle ampleur que le Conseil constitutionnel, depuis les années 1990, a décidé de contrôler (mollement) les lois impératives quand elles portent une atteinte trop grave atteinte à la liberté contractuelle.

Le *pouvoir reconnu au législateur* pour fixer le régime de la liberté contractuelle (art. 38 Constit., préc.)¹ donne lieu à un cadre fixé (par le législateur lui-même) à l'article 2 c. civ.², relatif aux lois rétroactives. Puisque les lois impératives (limitant la liberté contractuelle) sont une menace pour les intérêts des contractants, un principe est fixé, sauf exception :

- En principe, une loi nouvelle ne régit que les contrats conclus après la promulgation de la loi, afin précisément de respecter l'économie des contrats conclus antérieurement. La loi impérative ne porte donc pas directement atteinte aux contrats. Mais elle peut y porter indirectement atteinte : le bailleur qui emprunte sur 20 ans, afin de louer un logement et d'utiliser les loyers pour rembourser le prêt, se verra opposer la loi nouvelle à l'expiration de chaque contrat de bail. Si, après l'expiration du bail en cours (après 5 ans), le logement ne peut plus être loué, tant pis pour le bailleur.
- Une loi impérative peut prévoir l'application immédiate aux contrats en cours. Si le législateur impose un salaire horaire minimum, la disposition sera immédiatement applicable, quelle que soit la date de conclusion du contrat. La loi impérative peut donc décider de modifier l'économie du contrat, telle qu'elle avait été prévue par les contractants. Le régime légal de la liberté contractuelle, fixé par le législateur lui-même, permet donc de porter de nombreuses atteintes à la liberté contractuelle : en principe, le législateur s'interdit de porter une atteinte directe (en excluant les contrats en cours), sauf si le législateur décide explicitement du contraire. Tout dépend de l'appréciation que porte le législateur sur le bienfait de ses lois impératives, sous une réserve toutefois.

Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle sur les lois impératives, quand elles ont pour objet ou pour effet de porter une *atteinte excessive à la liberté contractuelle*. Si l'atteinte à la liberté

¹ Le législateur ne peut pas renoncer à sa compétence et la transférer au pouvoir réglementaire. Voir : Cons. constit., 4 juin 1984, n°84-137 DC, *Nature juridique des dispositions de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires* (...) : « 1. Considérant que l'article 34 de la Constitution réserve à la loi la détermination des principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales, au rang desquels il convient de ranger la liberté contractuelle ; » ; Cons. constit., 29 novembre 2019, n°2019-816 QPC, *Fédération nationale des syndicats du spectacle, du cinéma, de l'audiovisuel et de l'action culturelle CGT et autre* : « 24. En revanche, en prévoyant, au huitième alinéa du paragraphe I de l'article L. 2261-32 du code du travail, que la procédure de fusion peut également être engagée « pour fusionner plusieurs branches afin de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives », le législateur n'a pas déterminé au regard de quels critères cette cohérence pourrait être appréciée. Il a ainsi laissé à l'autorité ministérielle une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier la fusion. Il a, ce faisant, méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions affectant la liberté contractuelle. »

²Art. 2 c. civ. « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. »

contractuelle est excessive, la loi sera censurée ; si l'atteinte à la liberté contractuelle ne l'est pas, la loi sera appliquée.

- Si une loi impérative impose à un centre de traitement des déchets d'accepter toute demande d'un client, sans tenir compte de sa capacité de traitement, ni de ses engagements préalablement conclus, le législateur porte une atteinte excessive à la liberté contractuelle (Cons. constit., 11 février 2022¹).
- Si une loi impérative impose à un locataire de subir la résiliation de son bail, afin que son bailleur (hôpital public) puisse loger ses propres salariés, l'atteinte au contrat de bail en cours est proportionnée (Cons. constit., 6 avril 2018²).

La primauté des lois impératives sur la liberté contractuelle signifie donc que le législateur, au nom de l'intérêt général, peut porter atteinte aux intérêts d'un voire des deux cocontractants, en décidant de modifier un contrat (en cours) ou d'en interdire la conclusion (à l'avenir). Sachant que le contrat a été défini comme un acte juridique créé volontairement et ayant pour mesure la volonté des parties, on comprend donc la portée de l'atteinte que la loi impérative peut réaliser : le contrat ne correspondra alors que partiellement à la volonté d'au moins l'un des contractants, en raison du pouvoir exercé par le législateur (1), lequel dispose toutefois d'une marge de manœuvre limitée par les exigences du Conseil constitutionnel (2).

1/ Le pouvoir exercé par le législateur : ordre public et intérêt général

37. Le pouvoir exercé par le législateur lui permet d'imposer sa volonté aux contractants : au nom de l'intérêt général, le législateur peut adopter des lois d'ordre public, que l'on peut classer en deux grandes catégories, l'ordre public de direction et l'ordre public de protection (d'un contractant).

¹ Cons. constit., 11 février 2022, déc. n°2021-968 QPC, *Fédération nationale des activités de dépollution* : « 10. Toutefois, en premier lieu, les dispositions contestées obligent l'exploitant à réceptionner tous les déchets ultimes qui lui sont apportés par certaines filières industrielles, quand bien même elles ne rencontreraient pas de difficultés pour procéder à leur traitement.

11. En deuxième lieu, les dispositions contestées prévoient que l'exploitant doit être informé de la nature et de la quantité des déchets ultimes qu'il est tenu de prendre en charge au plus tard le 31 décembre de l'année précédant leur réception et au moins six mois avant celle-ci. Néanmoins, ce délai n'est pas de nature à garantir qu'il sera en mesure, à la date de réception de ces déchets, d'exécuter les contrats préalablement conclus avec les apporteurs d'autres déchets, dès lors que les dispositions contestées ne prévoient aucune exception à son obligation de réception.

12. En dernier lieu, les apporteurs de déchets dont le contrat avec un exploitant n'aura pu être exécuté, en tout ou partie, du fait des dispositions contestées, sont privés, quelle que soit la date de conclusion de leur contrat, de la possibilité de demander réparation des conséquences de cette inexécution. »

13. Dès lors, si pour mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement, il est loisible au législateur d'instituer une obligation pour les installations de stockage de réceptionner certains déchets ultimes, les dispositions contestées portent une atteinte manifestement disproportionnée au droit au maintien des conventions légalement conclues.

14. Par conséquent, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres griefs, ces dispositions doivent être déclarées contraires à la Constitution. »

² Cons. constit., 6 avril 2018, n°2018-697 QPC, *Époux L.* : « 11. En premier lieu, en permettant d'appliquer ce droit de résiliation aux contrats en cours, le législateur a voulu, compte tenu du nombre important et de la durée des baux en cours conclus avec des personnes sans lien avec ces établissements publics de santé, augmenter significativement le nombre de logements susceptibles d'être mis à la disposition de leur personnel. Il a ainsi poursuivi [un] motif d'intérêt général (...). »

L'ordre public de direction est édicté dans l'intérêt de la société. Il s'impose donc aux deux contractants.

- Si le législateur estime que l'inflation est un problème économique, il interviendra en droit du contrat afin de limiter la liberté contractuelle des contractants portant sur les clauses d'indexation. En droit français du contrat, sauf exception (obligation alimentaire), l'indexation sur l'évolution générale des prix (indice Insee) est interdite depuis 1983. L'objectif était de casser l'inflation : les salaires (contrat de travail en cours) ne sont plus indexés sur l'inflation, ce que signifie que les salariés perdront du pouvoir d'achat en cas d'augmentation générale des prix.
- Si le législateur estime que les logements classés G (au titre du diagnostic énergétique) sont des logements indignes¹, leur location sera interdite à partir d'une certaine date. Le législateur a même pu décider, au sujet des contrats en cours, que le loyer ne serait plus indexé, afin d'inciter le bailleur à réaliser des travaux de rénovation énergétique².

L'ordre public de protection est édicté dans l'intérêt d'un contractant, au détriment de l'intérêt de son cocontractant. Le législateur peut ainsi modifier l'équilibre d'un contrat synallagmatique, en imposant une revalorisation d'une des prestations ou en modifiant la durée de contrats de fourniture.

- Si le législateur estime que le niveau des salaires est trop bas, il pourra imposer un salaire minimum : la mesure protégera directement les salariés qui auraient pu se voir imposer un salaire plus faible, au regard de l'offre (importante de travail) et de la demande (plus faible). Habituellement, les lois revalorisant le smic sont immédiatement applicables aux contrats (de travail) en cours.
- Après certaines périodes d'inflation, le législateur a permis de résilier des contrats (de fourniture, notamment de matières premières) pourtant conclus sur une durée déterminée, afin de permettre au contractant payé avec une monnaie dévaluée de rompre le contrat qui le ruinait.

L'ordre public de direction comme de protection exprime les intérêts que le législateur poursuit quand il adopte une loi d'ordre public. Dans les deux cas, la loi d'ordre public est impérative. Elle

¹ Art. 6 de la [loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986](#) (modifiée par n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat) : « Le bailleur est tenu de remettre au locataire un logement décent (...) répondant à un critère de performance énergétique minimale, défini par un seuil maximal de consommation d'énergie finale par mètre carré et par an, (...) ».

² Art. 159 de la [loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets](#) : « L'article 17-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 (...) est complété par un III ainsi rédigé :

« III.-La révision et la majoration de loyer prévues aux I et II du présent article ne peuvent pas être appliquées dans les logements de la classe F ou de la classe G, au sens de l'article L. 173-1-1 du code de la construction et de l'habitation. »

peut donc porter une atteinte importante aux intérêts des contractants ou de l'un d'eux, de sorte que le contrat (en cours) correspondra aux exigences de l'intérêt "général", et très peu aux intérêts privés (des contractants). À ce stade, le législateur peut décider, à sa discrétion, d'entraver la liberté contractuelle des contractants, de modifier l'équilibre d'un contrat ou de résilier des contrats en cours d'exécution. Un tel pouvoir du législateur explique l'intervention du Conseil constitutionnel.

2/ Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur le législateur : les abus commis au nom de l'intérêt général

38. Le **contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur le législateur** date de 2000. Auparavant, et notamment dans une décision de 1994, le Conseil constitutionnel avait affirmé que la liberté contractuelle ne figurait pas parmi les libertés protégées par la Constitution (Cons. constit., 3 août 1994¹). Mais le Conseil constitutionnel a rapidement reviré² : il affirme que la liberté contractuelle est une « liberté », implicitement protégée par l'article 4 déclaration de 1789³, ce qui le conduit à exercer un contrôle de proportionnalité.

Selon la formulation actuelle⁴ de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle, qui découle 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. (...) »⁵.

¹ Cons. constit., 3 août 1994, n°94-348 DC, *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* : « 9. Considérant qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle (...) ».

² Cons. constit., 7 décembre 2000, n°2000-436 DC, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains* : « 50. Considérant que, s'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie de contrats légalement conclus 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 ; » ;

³ Art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »

⁴ La jurisprudence s'est formée dans les années 2000. Voir : Cons. constit., 27 novembre 2001, n°2001-451 DC, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles* : « 27. Considérant que, s'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie des contrats légalement conclus 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 » ; Cons. constit., 30 mars 2006, n°2006-535 DC, *Loi pour l'égalité des chances* : « 23. Considérant, en premier lieu, qu'il ne résulte ni du principe de la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ni d'ailleurs d'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle que la faculté pour l'employeur de mettre fin au " contrat première embauche " devrait être subordonnée à l'obligation d'en énoncer préalablement les motifs ; »

⁵ Cons. constit., 4 août 2016, déc. n°2016-736 DC, *Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*, point 21 ; Cons. constit., 5 août 2015, n°2015-715 DC *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, point 22 ; Cons. constit., 4 septembre 2018, n°2018-769 DC, *Loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel*, point 50.

- La liberté contractuelle (comme la liberté d'entreprendre¹) est protégée par l'article 4 déclaration de 1789 : la liberté contractuelle est soumise au régime général (de l'article 4), contrairement à d'autres libertés spécifiques (comme la liberté d'expression), soumises à un régime particulier (art. 11 déclaration, pour la liberté d'expression²).
- La limite de la liberté est atteinte en cas de nuisance. Les lois d'ordre public "liberticides" sont admises, soit en présence d'un motif d'intérêt général³, soit en présence d'exigences constitutionnelles » (Charte de l'environnement ...). Il y a alors nuisance, ce qui justifie le pouvoir du législateur, dans certaines limites toutefois.

Le *contrôle de proportionnalité* exercé par le conseil constitutionnel sur les lois impératives portant atteinte à la liberté contractuelle interdit au législateur de commettre des « atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ».

- L'atteinte sera disproportionnée quand le champ d'application de la loi est trop large par rapport au motif invoqué lors des travaux préparatoires : si la loi exige de modifier ou résilier des contrats, lorsqu'une entreprise exerce une position dominante, alors que les travaux préparatoires font état d'abus uniquement dans un domaine spécifique (distribution de produits alimentaires), il y a atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle ou d'entreprendre (Cons. constit, 5 août 2015⁴).

¹ Cons. constit., 4 août 2016, déc. n°2016-736 DC, *Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* : « 30. Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle 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. » ;

² Art. 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi »

³ Cons. constit., 6 octobre 2022, n°2022-1011 QPC, *Société Amazon EU* : « 3. En premier lieu, 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 des droits de l'homme et du citoyen 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.

4. Les dispositions contestées permettent d'engager la responsabilité d'un professionnel exerçant des activités de production, de distribution ou de services ayant obtenu ou tenté d'obtenir, dans le cadre d'une relation commerciale, certains avantages de l'autre partie.

5. D'une part, en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu, afin de préserver l'ordre public économique, réprimer certaines pratiques restrictives de concurrence et assurer un équilibre des relations commerciales. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général. »

⁴ Cons. constit., 5 août 2015, n°2015-715 DC *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* : « 32. Considérant qu'en adoptant le 2° de l'article 39, le législateur a entendu corriger ou mettre fin aux accords et actes par lesquels s'est, dans le commerce de détail, constituée une situation de puissance économique portant atteinte à une concurrence effective dans une zone considérée se traduisant par des pratiques de prix ou de marges élevés en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif de préservation de l'ordre public économique et de protection des consommateurs ; que, toutefois, d'une part, les dispositions contestées peuvent conduire à la remise en cause des prix ou des marges pratiqués par l'entreprise ou le groupe d'entreprises et, le cas échéant, à l'obligation de modifier, compléter ou résilier des accords ou actes, ou de céder des actifs alors même que la position dominante de l'entreprise ou du groupe d'entreprises a pu être acquise par les mérites et qu'aucun abus n'a été constaté ; que, d'autre part, les dispositions contestées s'appliquent sur l'ensemble du territoire de la France métropolitaine et à l'ensemble du secteur du commerce de détail, alors même qu'il ressort des travaux préparatoires que l'objectif du législateur était de remédier à des situations particulières dans le seul secteur du commerce de détail alimentaire ; qu'ainsi, eu égard aux contraintes que ces dispositions font peser sur les entreprises concernées et à leur champ d'application, les dispositions de l'article L. 752-26 du code de commerce portent tant à la liberté d'entreprendre qu'au droit de

- L'atteinte sera disproportionnée quand la sanction prévue par la loi affecte trop lourdement les intérêts d'un contractant. Si une loi impérative décide que, en cas d'échec d'une renégociation d'un accord de branche, la convention (antérieure, régulièrement conclue) sera caduque (de sorte que les salariés ne seront plus protégés par aucune convention collective), le législateur commet une atteinte excessive aux droits des salariés (Cons. constit., 29 novembre 2019¹).
- En revanche, l'atteinte sera proportionnée quand le législateur impose une réduction du tarif (exagéré) qui avait été convenu entre Edf et des entreprises d'électricité d'origine photovoltaïque, parce qu'une mesure maintenait une rentabilité acceptable des entreprises soumises à la disposition rétroactive (Cons. constit., 28 décembre 2020²).

Le contrôle exercé par le conseil constitutionnel sur les lois impératives portant atteinte à la liberté contractuelle (même en présence d'un contrat en cours) montre clairement que la liberté contractuelle n'est protégée que contre des atteintes que le conseil constitutionnel juge excessives : la plupart d'entre elles ne le sont pas³. Une loi impérative peut décider de taxer les sur-profits réalisés par des entreprises (Cons. constit., 20 déc. 2020, préc.) : mais, quand on parle de sur-profits, on s'inscrit dans un certain discours politique ...

38-1. Le conseil constitutionnel exerce un autre contrôle, proche mais différent, sur les **lois rétroactives portant atteinte aux contrats régulièrement formés** (avant l'adoption de la loi) : « Le législateur ne saurait

propriété une atteinte manifestement disproportionnée au regard du but poursuivi ; »

¹ Cons. constit., 29 novembre 2019, n°2019-816 QPC, *Fédération nationale des syndicats du spectacle, du cinéma, de l'audiovisuel et de l'action culturelle CGT et autre* : « 30. En revanche, ces dispositions ne sauraient, sans porter une atteinte excessive au droit au maintien des conventions légalement conclues, mettre fin de plein droit à l'application des stipulations de la convention collective de la branche rattachée qui régissent des situations spécifiques à cette branche. »

² Cons. constit., 28 décembre 2020, n°2020-813 DC, *Loi de finances pour 2021* : « 40. En premier lieu, la baisse importante et rapide des coûts de production des installations photovoltaïques au sol ou sur grande toiture, qui avait été mal anticipée lors de la fixation des conditions tarifaires, a eu pour conséquence une augmentation considérable du profit généré par certaines installations de production d'électricité bénéficiant de ces contrats. En adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu remédier à la situation de déséquilibre contractuel entre les producteurs et les distributeurs d'électricité et ainsi mettre un terme aux effets d'aubaine dont bénéficiaient certains producteurs, au détriment du bon usage des deniers publics et des intérêts financiers de l'État, qui supporte les surcoûts incombant aux distributeurs. Ce faisant, le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général.

41. En second lieu, d'une part, si la réduction tarifaire affecte un élément essentiel des contrats conclus en application des arrêtés précités, le législateur a veillé à ce qu'elle préserve en tout état de cause la rentabilité des installations. (...)

42. Dès lors, compte tenu du motif d'intérêt général poursuivi et des garanties légales qui précèdent, l'atteinte portée par les dispositions contestées au droit au maintien des conventions légalement conclues n'est pas disproportionnée. »

³ Cons. constit., 30 novembre 2018, n°2018-749 QPC, *Société Interdis et autres* (à propos de l'art. 442-6 c. com. permettant au juge d'imposer une indemnisation à la charge du commerçant exigeant un prix excessif) : « 11. D'une part, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général.

12. D'autre part, les dispositions contestées permettent au juge de se fonder sur le prix pour caractériser l'existence d'un déséquilibre significatif dans les obligations des partenaires commerciaux.

13. Dès lors, le législateur a opéré une conciliation entre, d'une part, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle et, d'autre part, l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales. L'atteinte portée à ces deux libertés par les dispositions contestées n'est donc pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Il s'ensuit que les griefs tirés de leur méconnaissance doivent être écartés. »

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. »¹.

Le contrôle de proportionnalité signifie que parfois la disposition rétroactive de la loi sera invalidée (en présence d'une disproportion), parfois non (lorsque le législateur respecte la proportion).

- Cons. constit., 26 octobre 2023² a invalidé un article de la loi de finance de 2022 prévoyant une disposition rétroactive relative à la rémunération d'une entreprise d'énergie par Edf ;
- Cons. constit., 28 décembre 2020³ a validé une disposition similaire par laquelle le législateur a pu réduire le tarif (exagéré) qui avait été convenu entre Edf et des entreprises d'électricité d'origine photovoltaïque, parce qu'une mesure maintenait une rentabilité acceptable des entreprises soumises à la disposition rétroactive.

(39. : réservé)

II/ La justification des lois impératives par les théories générales du contrat : *le libéralisme versus le dirigisme*

¹ Cons. constit., 26 octobre 2023, n°2023-1065 QPC, *Association France énergie éolienne et autres* : « 7. 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. » ; Cons. constit., 11 février 2022, n° 2021-968 QPC, *Fédération nationale des activités de dépollution* ; Cons. constit., 28 décembre 2020, n°2020-813 DC, *Loi de finances pour 2021*, point 38. Voir aussi : Cons. constit., 4 août 2016, déc. n°2016-736 DC, *Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*, point 21 : « (...) Par ailleurs, 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. » L'absence de référence à l'article 16 ne semble pas avoir de signification particulière.

² Cons. constit., 26 octobre 2023, n°2023-1065 QPC, *Association France énergie éolienne et autres* : « 11. Les dispositions contestées [art. 38 de la loi n°2022-1157 du 16 août 2022 de finances rectificative pour 2022] prévoient que, de manière rétroactive, à compter du 1er janvier 2022, pour les contrats en cours qui intégraient un tel plafonnement, le reversement dû à Électricité de France n'est plus, dans certaines hypothèses, limité au montant total des aides perçues. Ce reversement est calculé en fonction d'un prix seuil, qui est déterminé, chaque année jusqu'à la fin du contrat, par arrêté conjoint des ministres chargés de l'énergie et du budget. 12. En modifiant en cours d'exécution les modalités contractuelles déterminant le montant des reversements dus par les producteurs lorsque la prime à l'énergie mensuelle est négative, les dispositions contestées portent atteinte au droit au maintien des conventions légalement conclues. »

³ Cons. constit., 28 décembre 2020, n°2020-813 DC, *Loi de finances pour 2021* : « 39. Les contrats conclus entre 2006 et 2010 l'ont été en considération des tarifs prévus par les arrêtés pris à cet effet. Or les dispositions contestées réduisent ces tarifs, alors que ces contrats sont encore en cours. Elles portent donc atteinte au droit au maintien des conventions légalement conclues.

40. En premier lieu, la baisse importante et rapide des coûts de production des installations photovoltaïques au sol ou sur grande toiture, qui avait été mal anticipée lors de la fixation des conditions tarifaires, a eu pour conséquence une augmentation considérable du profit généré par certaines installations de production d'électricité bénéficiant de ces contrats. En adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu remédier à la situation de déséquilibre contractuel entre les producteurs et les distributeurs d'électricité et ainsi mettre un terme aux effets d'aubaine dont bénéficiaient certains producteurs, au détriment du bon usage des deniers publics et des intérêts financiers de l'État, qui supporte les surcoûts incombant aux distributeurs. Ce faisant, le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général.

41. En second lieu, d'une part, si la réduction tarifaire affecte un élément essentiel des contrats conclus en application des arrêtés précités, le législateur a veillé à ce qu'elle préserve en tout état de cause la rentabilité des installations. En effet, cette réduction devra aboutir à ce que le prix d'achat corresponde à une rémunération raisonnable des capitaux immobilisés, compte tenu des risques inhérents à leur exploitation. À cet égard, la réduction du tarif tient compte de l'arrêté tarifaire au titre duquel le contrat est conclu, des caractéristiques techniques de l'installation, de sa localisation, de sa date de mise en service et de ses conditions de fonctionnement. D'autre part, si les nouveaux tarifs résultant de l'application des dispositions contestées sont de nature à compromettre la viabilité économique du producteur, il est prévu que, sur demande motivée du producteur et sous certaines conditions, les ministres chargés de l'énergie et du budget fixent au cas par cas, sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie, un niveau de tarif ou une date de prise d'effet de ce tarif différents ou allongent la durée du contrat d'achat.

42. Dès lors, compte tenu du motif d'intérêt général poursuivi et des garanties légales qui précèdent, l'atteinte portée par les dispositions contestées au droit au maintien des conventions légalement conclues n'est pas disproportionnée. »

40. La **justification des lois impératives** (portant atteinte à la liberté contractuelle) donne lieu à un discours politique porté **par les théories générales du contrat**. Le contrat est au cœur de la vie économique et sociale (supra), puisqu'il permet à chacun d'obtenir une ressource (vitale), dans une société monétarisée et spécialisée. Le contrat occupe donc logiquement une place centrale dans les politiques économiques et sociales menées par le législateur. Quel sera le type de contrôle exercé par le législateur sur les contractants ? C'est l'objet des théories générales du contrat, qui sont des constructions idéologiques (issues de l'économie politique) destinées à justifier les atteintes plus ou moins intenses portées à la liberté contractuelle. Deux thèses s'affrontent : le solidarisme illustre un courant du dirigisme contractuel ; l'autonomie de la volonté illustre une variété classique de libéralisme contractuel.

La *théorie solidariste* est dirigiste et propose de contrôler intensivement l'exercice de la liberté contractuelle, en affirmant que le contrat doit être et rester « juste et utile »¹. De sa conclusion à son extinction par l'exécution, le législateur admet largement le contrôle exercé à la fois sur le comportement des contractants et sur le contenu des prestations contractuelles (avec un souci particulier portant sur l'équilibre en valeur des prestations et contre-prestations, en présence d'un contrat synallagmatique). L'étendue du contrôle exercé conduit à comprendre la liberté contractuelle comme une liberté économique : le contrat (synallagmatique) est un outil pour réaliser des échanges (équilibrés). Le contrat sera alors juste. Le contrat sera (socialement) utile quand les contractants mettent leur intérêt individuel au service de l'intérêt général. Dans une théorie dirigiste du contrat, la liberté contractuelle est donc dirigée : elle doit répondre à des objectifs conformes aux attentes du législateur.

La *théorie de l'autonomie de la volonté* est libérale et propose de limiter au minimum les atteintes portées par les lois impératives à la liberté contractuelle, parce que la justification essentielle du contrat est qu'il doit correspondre aux intérêts individuels des contractants (tels qu'ils sont fixés par l'équation contractuelle à laquelle ils ont consenti). Les lois impératives ont principalement pour fonction de garantir la liberté individuelle des contractants.

- L'ordre public a pour fonction de garantir la liberté contractuelle. Si un contractant refuse le contrat, parce qu'il estime qu'il n'est pas conforme à son intérêt individuel (et non pas égoïste, ce qui serait le produit d'un jugement de valeur), il est libre. Si le cocontractant cherche à le contraindre (par la menace), l'ordre public annulera le consentement extorqué par violence. La liberté contractuelle est une liberté personnelle : elle n'est pas orientée (car

¹ Jacques Ghestin, *L'utile et le juste dans le contrat*, D. 1982, p. 1 et suiv.

chaque contractant doit être en mesure de mener, envers l'autre, la politique contractuelle de son choix).

- L'ordre public sera minimaliste. Il peut arriver que l'intérêt général impose de porter atteinte à la liberté contractuelle : en cas de crise, des atteintes doivent rester ponctuelles et temporaires. Il y aura atteinte excessive si la loi impérative possède un objet trop large pour corriger ce que le législateur perçoit comme un excès.

La justification des lois impératives par les théories générales du contrat permet donc d'analyser (politiquement) ce qui sera perçu (notamment par le Conseil constitutionnel) comme une « atteinte excessive » :

- le solidarisme (1) justifie aisément l'atteinte portée par une loi impérative à la liberté contractuelle en présence d'un excès quelconque, quand un contractant réalise, par exemple, des « sur-profits » ;
- l'autonomie de la volonté (2) exige que l'atteinte à la liberté contractuelle, commise par une loi impérative, réponde à une exigence manifeste de l'intérêt général. Lorsque cette exigence n'est pas remplie, l'atteinte commise par le législateur sera excessive.

1/ Le solidarisme : le dirigisme contractuel

41. Le **solidarisme** est un courant de pensée qui perçoit la liberté contractuelle comme une liberté économique (matérielle) qui doit être dirigée par le législateur. Les atteintes portées par les lois impératives à la liberté (individuelle) des contractants garantissent que le contrat sera et restera « juste et utile », conforme à sa fonction économique qui est de transférer d'un patrimoine à un autre des prestations. La primauté de l'intérêt général sur les intérêts privés (égoïstes) des contractants permet au législateur d'imposer aux contractants sa politique économique et sociale (dirigisme contractuel), par le biais de lois d'ordre public de direction et de protection.

L'ordre public de protection garantit que le contrat sera et restera « juste ». La loi d'ordre public doit protéger un contractant (le faible) contre l'oppression exercée par l'autre (le fort). Selon la formule attribuée à Lacordaire : « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime, c'est la loi qui libère ». Selon la théorie solidariste, la volonté individuelle des contractants doit être socialisée (c-à-d. morale), parce que la liberté (formelle) laissée aux deux contractants débouche sur un rapport de force dans lequel le plus fort impose sa domination au plus faible.

– La volonté « socialisée » d'un contractant autorise le législateur à contrôler les motifs d'un contractant. Si un refus de contracter repose sur des motifs illégitimes (un caprice), le refus de contracter sera illicite et tenu pour nul. Si le bailleur décide de vendre son logement, il devra le proposer prioritairement à son locataire (même désagréable, même auteur d'impayés).

– La volonté « socialisée » d'un contractant lui impose de n'exiger, en présence d'un contrat synallagmatique, qu'une contrepartie équilibrée de la part de son cocontractant ou, dans le cadre d'un contrat unilatéral, une prestation proportionnée aux facultés du débiteur¹. Selon la théorie solidariste, l'échange doit être et rester équilibré : le législateur ne porte pas une atteinte excessive à liberté contractuelle quand il décide de réduire le tarif de rachat de l'électricité (Cons. constit., 28 décembre 2020²) ou quand un contractant (faible) lésé par un prix abusivement bas³ peut, après la conclusion du contrat synallagmatique, saisir le juge, lequel imposera un rééquilibrage du contrat, c-à-d. un prix modifié.

La liberté de contracter est une liberté matérielle : il faut prendre en compte les circonstances (et les contraintes) qui s'imposent à chacun, ce qui réduit la valeur (formelle) du consentement ; il faut prendre en compte le contenu (matériel) du contrat, et son équilibre.

L'ordre public de direction garantit que le contrat sera et restera (socialement) « utile ». Les lois impératives pourront donc limiter la liberté contractuelle, lorsque le législateur poursuit un objectif d'intérêt général.

– Si le législateur estime que les logements en location doivent faire l'objet de travaux de rénovation énergétique, le bailleur qui ne les réalise pas subira un « gel des loyers »⁴

¹ Dans le contrat unilatéral, la proportion signifie que la caution (personne physique) s'engage à payer une somme proportionnée à sa fortune ou à ses revenus. Art. 2300 c. civ. : « Si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date. » Voir : *Droit des sûretés*, n°119.

² Cons. constit., 28 décembre 2020, n°2020-813 DC, *Loi de finances pour 2021* : « 40. (...) En adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu remédier à la situation de déséquilibre contractuel entre les producteurs et les distributeurs d'électricité et ainsi mettre un terme aux effets d'aubaine dont bénéficiaient certains producteurs, au détriment du bon usage des deniers publics et des intérêts financiers de l'État, qui supporte les surcoûts incombant aux distributeurs. Ce faisant, le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général. (...) »

³ Voir, à propos des prix abusivement bas convenus entre les distributeurs (grandes surfaces) et leurs fournisseurs : ordonnance n° 2019-358 du 24 avril 2019 relative à l'action en responsabilité pour prix abusivement bas, réformant l'article L 442-9 c. com. La sanction (indemnisation) est une mesure d'effet équivalent au rééquilibrage.

⁴ Art. 159 de la [loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets](#) : « L'article 17-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 (...) est complété par un III ainsi rédigé :

« III.-La révision et la majoration de loyer prévues aux I et II du présent article ne peuvent pas être appliquées dans les logements de la classe F ou de la classe G, au sens de l'article L. 173-1-1 du code de la construction et de l'habitation. »

(supra n°37). Le loyer ne sera plus indexé (contrairement à ce qui avait été régulièrement convenu lors de la conclusion du bail).

– Si le législateur décide de lutter contre l'inflation, il interdira aux contractants de pratiquer l'indexation sur l'indice Insee (clause d'échelle mobile). Tant pis pour les créanciers (de salaires, de loyers ...) : ils percevront moins, donc ils dépenseront moins, ce qui aura pour effet, à terme, de limiter la demande et donc la hausse des prix.

Dans une économie dirigiste, les prix (ou certains prix) sont fixés ou encadrés par des lois impératives (taux d'usure ; encadrement du montant des loyers ...), l'un des contractants (considéré comme puissant : banque, bailleur) se verra imposer des charges (travaux de rénovation énergétique), au nom de l'intérêt général.

La théorie solidariste est donc dirigiste¹. La liberté contractuelle (analysée comme un droit-fonction²) une liberté économique dirigée par des lois impératives qui garantissent que le contrat sera et restera (socialement) utile et (économiquement) juste.

– Dans ces conditions, les atteintes « excessives » à la liberté contractuelle commises par le législateur, avec ses lois impératives, seront peu nombreuses : dès lors que le législateur invoque l'intérêt général, il justifiera l'atteinte portée à la liberté contractuelle. C'est la définition du dirigisme.

– En présence d'un excès commis par un contractant, la sanction solidariste conduira à rendre le contrat normal, donc conforme à sa fonction : le prix réduit à sa juste proportion, revu et corrigé, correspondra non plus à la volonté initiale (et réelle) des parties, mais à leur volonté loyale (conforme à la proportion à respecter). La clause qui déséquilibre le contrat sur un point accessoire (clause abusive : infra) sera purement et simplement annulée, afin que le contrat devienne normal.

42. Le contrat solidariste **standardise** aussi bien les relations personnelles entre les contractants (en fixant une distance contractuelle impérative) que le contenu du contrat (conforme à l'attente du client).

Le contrôle de la volonté des contractants conduit à *standardiser les relations sociales*.

¹ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 1939, 2ème éd., Dalloz, 2006, préface de David Deroussin : l'auteur distingue, parmi les différentes prérogatives, celles qui sont exercées discrétionnairement (droit de propriété) et celles qui ont une fonction (l'autorité parentale est exercée dans l'intérêt de l'enfant).

² Jacques Ghestin, *L'utile et le juste dans le contrat*, D. 1982, p. 1 et suiv.

- La relation qui se noue entre les contractants sera relativement impersonnelle, quand tout commerçant doit vendre à tout client (sauf à invoquer un juste motif de refus : une rupture de stock ...).
- La relation personnelle (amicale ou hostile) nouée entre tel bailleur et tel locataire ne sera pas prise en compte : quand le bailleur décide de vendre l'appartement loué, il devra faire une offre à son locataire (même désagréable, même en présence de loyers impayés). La loi (d'ordre public) établira une distance contractuelle impérative entre les contractants.

Le dirigisme économique prôné par le solidarisme conduira également à *contrôler toutes les clauses du contrat*, aussi bien celles qui portent sur la prestation principale (taux d'intérêt usuraire, vente d'immeuble à prix lésionnaire, salaire inférieur au smic ...) que sur des aspects plus secondaires du contrat (délai excessivement long pour la livraison, qualité excessivement mauvaise du bien livré par un professionnel à un consommateur ...). Il existe un lien entre le respect de la proportion et l'attente légitime du client : un contrat standardisé ne doit pas réserver de (mauvaises) surprises au client.

La liberté individuelle de contracter est donc étroitement encadrée par l'intérêt général : dans la vision solidariste du contrat, la volonté d'un contractant doit être et rester « utile et juste ». Le bilan du dirigisme contractuel est donc présenté, par la théorie solidariste, comme "globalement positif". La liberté serait un asservissement ; la loi impérative serait une libération.

42-1. Le **bilan des lois dirigistes** fait débat. Si l'on affirme que les lois dirigistes ne fonctionnent que sur le court terme, on admet que la critique libérale est justifiée. Si l'on affirme que les lois dirigistes permettent de lutter contre les rapports de domination entre contractants, on admet que la théorie solidariste fonctionne.

La théorie solidariste justifie les lois impératives en affirmant qu'en leur absence, la liberté transformerait un contractant (puissant) en prédateur de son prochain ou que chaque contractant rechercherait son intérêt égoïste (comprendre : moralement condamnable). La liberté individuelle serait donc nocive.

Parmi les arguments invoqués par la doctrine solidariste, on note une tendance à présenter de manière caricaturale ou dialectique la théorie libérale.

- La doctrine solidariste présente le contrat libéral comme le *choc de deux égoïsmes* (chacun défendant son propre intérêt sans avoir à prendre en compte celui de l'autre), l'intérêt de chacun n'ayant comme limite que ce que l'autre peut accepter. Ce modèle sociologique du contrat conclu entre deux adversaires ne correspond pas à ce qu'enseigne la théorie libérale. Selon cette dernière, chaque opérateur est libre de fixer la distance qu'il souhaite avec l'autre. Le refus du contrôle social justifie aussi bien le prix d'ami que le prix lésionnaire.

- L'affirmation selon laquelle le contrat libéral serait conclu entre deux adversaires tend à faire croire que le contrat solidariste serait conclu entre deux partenaires. On aurait donc les méchants (libéraux) et les gentils (solidaristes).

Le bilan économique et social des lois impératives (inspirées souvent par une logique solidariste) donne lieu à débat parmi les historiens, les économistes et les juristes (avec le type de contrôle exercé par le Conseil constitutionnel).

- Le bilan historique du dirigisme économique mis en œuvre pendant la Terreur donne lieu à des interprétations universitaires variées¹. Les sans-culotte ont réclamé des mesures pour encadrer le prix du pain ; elles ont principalement permis l'approvisionnement des armées pendant les guerres révolutionnaires, et assez peu celui des petits artisans et ouvriers parisiens, qui formaient l'essentiel des sans-culotte². Affirmer que les lois dirigistes fonctionnent à court terme valide la critique libérale.
- Le bilan économique du dirigisme économique peut être effectué dans certains domaines d'activité, comme la location de logement servant de résidence principale à des personnes physiques. La loi de 1989 s'inspire clairement d'une vision solidariste : les locataires sont protégés contre les bailleurs. Question : cette législation est-elle la cause (principale, secondaire ?) de la crise du logement ?
- Le contrôle juridique exercé par le Conseil constitutionnel, avec « l'atteinte excessive » à la liberté contractuelle, repose sur des arguments variés. La plupart des décisions utilisent un argumentaire solidariste (³), mais l'argumentaire libéral apparaît parfois (Cons. constit, 5 août 2015⁴).

2/ L'autonomie de la volonté : le libéralisme contractuel

43. L'autonomie de la volonté (terme adopté par référence à la théorie de Kant) désigne le courant libéral qui perçoit les lois impératives comme une menace potentielle dirigée contre les intérêts des contractants, et à terme comme un facteur de dérèglement du marché. Les lois impératives ont pour fonction essentielle de garantir la liberté individuelle des contractants, et,

¹ En faveur du dirigisme : Jean-Clément Martin, *La Révolution française, 1789-1799, une histoire sociopolitique*, Belin, 2004, p. 189 ; Michel Biard et Pascal Dupuy, *La Révolution française. Dynamiques, influences, débats, 1787-1804*, A. Colin, 2004, p. 103. En faveur du libéralisme : François Furet et Mona Ozouf (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Flammarion, 1992.

² Florin Aftalion, *L'Économie de la Révolution française*, Les Belles Lettres, 2007, p. 315 ; Albert Mathiez, *La Vie chère et le mouvement social sous la Terreur*, Payot, 1927, p. 140..

³ Cons. constit., 6 octobre 2022, n°2022-1011 QPC, *Société Amazon EU* : (au sujet de l'art. 442-1 c. com., sanctionnant le fait « D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ») : « le législateur a entendu, afin de préserver l'ordre public économique, réprimer certaines pratiques restrictives de concurrence et assurer un équilibre des relations commerciales. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général. »

⁴ Cons. constit., 5 août 2015, n°2015-715 DC *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* : « 32. Considérant qu'en adoptant le 2° de l'article 39, (...) les dispositions contestées s'appliquent sur l'ensemble du territoire de la France métropolitaine et à l'ensemble du secteur du commerce de détail, alors même qu'il ressort des travaux préparatoires que l'objectif du législateur était de remédier à des situations particulières dans le seul secteur du commerce de détail alimentaire ; qu'ainsi, eu égard aux contraintes que ces dispositions font peser sur les entreprises concernées et à leur champ d'application, les dispositions de l'article L. 752-26 du code de commerce portent tant à la liberté d'entreprendre qu'au droit de propriété une atteinte manifestement disproportionnée au regard du but poursuivi ; »

lorsque l'intérêt général impose de restreindre cette liberté, ces restrictions doivent avoir un champ d'application réduit au strict nécessaire.

Les lois impératives ont pour fonction de *garantir la liberté individuelle des contractants*. « Qui dit contractuel, dit juste », selon la formule de Fouillée¹. Le contrat est donc « juste » lorsque l'un estime que le contrat correspond à son intérêt, et donc qu'il y consent ; à défaut, il doit s'abstenir d'y consentir.

– La liberté de consentir est formelle : elle est exercée par le riche comme le pauvre, le puissant comme le faible. Celui qui est contraint par les circonstances et doit accepter un contrat déséquilibré donne librement son consentement : chacun doit assumer sa situation. En revanche, si un contractant se montre violent, pour contraindre l'autre à accepter, alors qu'il s'y refuse, le consentement sera vicié. L'ordre public garantit la liberté (formelle) de consentir.

– L'abus de la liberté contractuelle ne sera établi qu'en cas de fraude (faute intentionnelle), lorsque l'un des contractants utilise le contrat comme un instrument pour nuire à son cocontractant (délict d'abus de confiance) ou à autrui (contrat par lequel un contractant organise son insolvabilité, afin de ne pas payer ses créanciers). Le critère de l'abus (intention de nuire) signale que la liberté contractuelle a le même statut que le droit de propriété ou la liberté d'expression : c'est une liberté personnelle fondamentale.

– Le caractère autonome² de la volonté signifie que chacun se fixe ses propres règles morales : l'autonomie de la volonté libère donc l'individu du poids de la morale sociale dominante³. Il est autonome par rapport à elle : chacun décide en fonction de son intérêt individuel (sans porter de jugement de valeur sur son caractère égoïste) et mène donc la politique contractuelle de son choix, avec qui il veut. Avec un tel, l'un pratiquera un prix d'ami ; avec tel autre, il exigera de payer le prix le plus faible possible.

Les lois d'ordre public ont ainsi pour fonction première de garantir le libre jeu de l'offre et de la demande et de donner une force obligatoire à l'accord de volontés. Le contrat est l'affaire des parties : les lois impératives garantissent que le contrat correspondra à l'intérêt des deux contractants. Aucune autorité sociale (législateur ou juge) n'a vocation à contrôler l'équilibre du contenu du contrat, ni les motifs des contractants.

¹ Alfred Fouillée (1838-1912), *Science sociale*, 2^e éd., p. 410 (cité par Jacques Ghestin, *Formation du contrat*, n°39, p.29) ; *L'idée moderne du droit en Allemagne, en Angleterre et en France*, Hachette, 1878 (cité par Amandine Cayol, RLDC 2018, n°160, *Le contrat d'adhésion : un contrat spécial ?*).

² Étymologiquement : auto (par soi) nomos (règle). Autonome signifie donc que chacun fixe de lui-même les règles morales auxquelles il adhère.

³ Voir : Christian Laval (1953 -), *L'homme économique, essai sur les racines du néolibéralisme* (2007), Gallimard, NRF

Les lois impératives peuvent également avoir pour fonction de *contrarier la liberté contractuelle, mais dans la mesure du strict nécessaire*. Selon la théorie libérale, l'atteinte « excessive » à la liberté contractuelle sera établie dès que le législateur manque de mesure :

- Si le législateur constate qu'un déséquilibre affecte tel secteur d'activité (les produits alimentaires), l'atteinte sera excessive quand il intervient dans un domaine plus large ou sans constater d'abus (Cons. constit, 5 août 2015¹, supra n°38).
- L'atteinte à la liberté contractuelle commise par une loi impérative sera donc fréquemment excessive. Mais ce type d'argumentaire est peu utilisé par le Conseil constitutionnel pour invalider une loi impérative portant une atteinte excessive à la liberté contractuelle.

44. Le contrat libéral n'a pas pour fonction d'être socialement utile ou moralement juste : sa fonction est de répondre à un **besoin individuel**, que chaque individu évalue librement.

Dans une société monétarisée et spécialisée, chacun a besoin du contrat : la nécessité mutuelle doit normalement conduire chacun à être utile aux autres (pour obtenir une ressource) et à considérer l'utilité des autres (qui ont eux-mêmes besoin de leur ressource). Le contrat utile a pour objet une *prestation utile au créancier*.

- La « main invisible du marché » est une expression qui affirme qu'une offre rencontre une acceptation. Celui qui offre une prestation moins utile, trop onéreuse ou mal adaptée aux besoins d'un créancier ne trouvera pas de demande. Si une offre (de prestation) est acceptée, c'est parce qu'un créancier estime qu'elle lui est utile, à un titre ou à un autre. L'acceptation (demande en économie) est donc centrale : elle émane normalement du créancier (celui qui tire profit de la prestation).

¹ Cons. constit., 5 août 2015, n°2015-715 DC *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* : « 32. Considérant qu'en adoptant le 2° de l'article 39, le législateur a entendu corriger ou mettre fin aux accords et actes par lesquels s'est, dans le commerce de détail, constituée une situation de puissance économique portant atteinte à une concurrence effective dans une zone considérée (...) ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif de préservation de l'ordre public économique et de protection des consommateurs ; que, toutefois, d'une part, les dispositions contestées peuvent conduire à la remise en cause des prix ou des marges pratiqués par l'entreprise (...) alors même que *la position dominante de l'entreprise ou du groupe d'entreprises a pu être acquise par les mérites et qu'aucun abus n'a été constaté* ; que, d'autre part, les dispositions contestées s'appliquent sur l'ensemble du territoire de la France métropolitaine et à l'ensemble du secteur du commerce de détail, alors même qu'il ressort des travaux préparatoires que *l'objectif du législateur était de remédier à des situations particulières dans le seul secteur du commerce de détail alimentaire* ; qu'ainsi, eu égard aux contraintes que ces dispositions font peser sur les entreprises concernées et à leur champ d'application, les dispositions de l'article L. 752-26 du code de commerce portent tant à la liberté d'entreprendre qu'au droit de propriété une atteinte manifestement disproportionnée au regard du but poursuivi ; »

– Contrairement à ce qu'affirment certains solidaristes¹, la main invisible du marché (à savoir l'ensemble des contrats conclus) n'a pas pour effet de créer miraculeusement une harmonie universelle ou de conduire à la richesse des nations². Les principaux théoriciens libéraux (Adam Smith lui-même³ et ses successeurs comme Joseph Schumpeter⁴) n'affirment pas que la liberté contractuelle aurait pour effet de produire des effets sociaux bénéfiques : ce n'est pas sa fonction.

La fonction du contrat n'est pas sociale, mais individuelle. Il s'agit de permettre au créancier de la prestation d'obtenir la ressource dont il a besoin, celle que le débiteur sera en mesure de lui fournir. L'accord mutuel est le critère de l'utilité individuelle de chaque prestation.

Dans la théorie libérale, le caractère *juste* du contrat sera établi par le mécanisme de fixation des prix, lors de la rencontre de l'offre et de la demande. Il n'y a pas de juste prix, en présence ou en l'absence de mécanisme de marché.

– Lorsque les prestations offertes sont standardisées, le mécanisme de marché est indifférent aux relations personnelles. À un certain niveau de prix (faible), l'offre devient absente ; à un certain niveau de prix (élevé), la demande devient absente.

– Lorsque la relation nouée entre les contractants est personnalisée, la fixation du prix est le produit de la politique contractuelle menée de l'un envers l'autre et réciproquement. Celui qui veut permettre à un sous-traitant de rester rentable fixera un prix-plancher : le sous-traitant est un partenaire. Celui qui veut obtenir de son sous-traitant le prix le plus faible possible fixera un prix-plafond : le sous-traitant est un adversaire.

¹ Jacques Ghestin, *La formation du contrat*, n°37, p. 27 : « Fondé sur une analyse philosophique individualiste des droits subjectifs, le dogme de l'autonomie de la volonté s'est développé au XIX^e siècle sous l'influence de la doctrine économique libérale » ; E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, th. Dijon, 1912, p.42 (cité par Ghestin, *Formation du contrat*, n°40, p.30) : « Des individus libres et indépendants, maîtres absolus de leur activité et de leurs biens, unis entre eux seulement par des rapports contractuels d'échanges, voilà pour les économistes la société. Et, selon eux, de l'ensemble de ces libres conventions, où chacun ne poursuit que son intérêt propre, de ce choc des égoïsmes individuels doivent naître infailliblement, en vertu de lois naturelles, non seulement le maximum de richesses, mais l'ordre, le bonheur et l'harmonie sociale ».

² Sur la genèse de postulat de la théorie individualiste : voir L. Dumont, *Homo aequalis* (1984), Gallimard NRF, not. p.105 et suiv.

³ Adam Smith, *Richesse des nations*, préc., trad. G. Garnier, GF Flammarion, 1991, livre I, chap. VIII, p.137 : « C'est par la convention qui se fait habituellement entre ces deux personnes, dont l'intérêt n'est pas le même, que se détermine le taux commun des salaires. Les ouvriers désirent gagner le plus possible ; les maîtres donner le moins possible. [...] Il n'est pas difficile de prévoir lequel des deux partis, dans toutes les circonstances ordinaires, doit avoir l'avantage dans le débat et imposer forcément à l'autre toutes ses conditions. Les maîtres, étant en moindre nombre, peuvent se concerter plus aisément ; et de plus la loi les autorise à se concerter entre eux, tandis qu'elle l'interdit aux ouvriers. »

⁴ Joseph Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie* (1946, 2e éd.), trad. Gaël Fain, Payot, 1990, p. 108 : « Entre concevoir d'une part, que la chasse au profit maximum et la tendance au rendement maximum ne sont pas nécessairement incompatibles et prouver, d'autre part, que la première implique nécessairement (tout au moins dans l'immense majorité des cas) la seconde, il existe un abîme beaucoup plus large que ne le supposaient les classiques. L'économiste moderne, quand il étudie leurs doctrines, ne cesse de se demander comment ils ont pu se satisfaire de leurs arguments ou prendre ces arguments pour des preuves ».

44-1. La **théorie libérale, au XIX^e siècle**, affirmera que tout contrat est équilibré, alors même que des fractions importantes de la population éprouvaient, spécialement dans l'Angleterre de la révolution industrielle, des difficultés importantes à assurer sa subsistance. « Au grand banquet de la Nature, tous ne sont pas invités » disait Malthus¹. En réalité, il s'agissait de justifier la révolution industrielle, quitte à employer un discours de propagande.

Les auteurs libéraux du XIX^e siècle ont perçu le caractère paradoxal de l'affirmation selon laquelle un contrat serait nécessairement équilibré. Face à la « grande transformation »² qui se produisit dans l'Angleterre de la révolution industrielle, et même avant, lors de la privatisation des communs (mouvement des enclosures), il était évident que des catégories entières de la population (à commencer par les paysans) furent confrontées à une dégradation de leurs conditions de vie et contraintes d'accepter des salaires faibles. Adam Smith en témoigne de manière récurrente dans *La richesse des nations* : le déséquilibre entre l'offre et la demande et la possibilité d'une entente entre les employeurs conduit à une réduction du montant des salaires, qui peut même tomber à un niveau plus bas que celui qu'exige la subsistance. Karl Marx et Malthus en parlèrent également, chacun à leur façon.

La théorie libérale justifia son refus du contrôle social, en réalité afin de mener à terme le grand mouvement de spécialisation du travail que réalisait la *révolution économique* (agricole puis industrielle). L'économie anglaise s'adapta en supprimant les entraves au commerce (péages, ...) et en réorganisant des relations personnelles. Le corporatisme et les privilèges de l'Ancien Régime furent accusés d'avoir freiné les innovations et bridé la croissance. La rupture libérale affirma donc que la volonté devait devenir autonome (par rapport à la morale traditionnelle imposant la mesure³), ce qui imposait un reflux du contrôle social. Économiquement, on sait que l'accumulation du capital nécessaire à tout décollage économique est financée par une réduction des ressources allouées à certaines catégories (masses paysannes, ouvriers, le plus souvent).

Un discours de *propagande* a ainsi vu le jour, en réalité afin de mener à terme ce processus. On promit la richesse, ou du moins un bénéfice social grâce au « laisser faire, laisser passer » : une économie dominante est volontiers libre-échangiste. Pour régler la question du niveau des salaires convenus entre les ouvriers et leur employeur, la fameuse formule de Fouillée⁴ « Qui dit contractuel, dit juste » permettait de limiter le contentieux : l'équation contractuelle formellement convenue était juste dès lors qu'une offre avait été acceptée, sans avoir à tenir compte d'une norme extérieure aux parties (à savoir la bonne foi, comprise comme une norme morale). Et pour finir de convaincre les esprits, on en appela à l'autorité de Kant, inventeur du concept de volonté autonome. Selon Kant, il s'agissait de conférer à chacun les moyens de vivre avec dignité, conformément à la règle morale qu'il s'était fixé, dans le respect d'autrui. En réalité, la philosophie de Kant fut invoquée par les économistes libéraux comme un argument de propagande.

¹ Malthus (1766-1834), *Essai sur le principe de population* (1798) : « Un homme qui est né dans un monde déjà possédé, s'il ne peut obtenir de ses parents la subsistance qu'il peut justement leur demander, et si la société n'a pas besoin de son travail, n'a aucun droit de réclamer la plus petite portion de nourriture, et, en fait, il est de trop. Au grand banquet de la nature, il n'y a pas de couvert vacant pour lui. [...] Livrons cet homme à la peine prononcée par la nature. Il faut qu'il sache que les lois de la nature, c'est-à-dire les lois de Dieu, l'ont condamné à vivre péniblement ; qu'il ne peut exercer contre la société aucune espèce de droit pour obtenir d'elle la moindre portion de nourriture au-delà de ce que peut acheter son travail. »

² Karl Polanyi, *La grande transformation* (die grosse Umwandlung),

³ Ernst Cassirer, *La révolution des Lumières*,

⁴ Fouillée (1838-1912), *Science sociale*, 2^e éd., p. 410 (cité par Jacques Ghestin, *Formation du contrat*, n°39, p.29).

En somme, la théorie libérale du XIX^e siècle invoqua naturellement la *liberté contractuelle*, afin de réorganiser l'économie et les rapports sociaux. En effet, le contrat fut l'instrument technique de cette révolution : la loi de l'offre et de la demande permit de justifier tout contrat, sans avoir à tenir compte d'un équilibre entre la valeur de la prestation de l'un (plus-value résultant du travail effectué par l'ouvrier) et la contrepartie versée par l'autre (salaire versé par l'employeur, déduction faite de la part allouée à l'accumulation du capital). Comme le rapport de force penchait en faveur des employeurs : un ordre public minimaliste suffisait amplement.

Conclusion du II/ Les théories générales : libéralisme versus dirigisme

45. L'**opposition** entre le courant libéral (autonomie de la volonté) et le courant dirigiste (solidarisme) porte sur la perception de la liberté contractuelle, liberté individuelle fondamentale pour les uns, liberté économique orientée pour les autres. Chacun de ces courants affirme défendre la liberté contractuelle ; leur point de friction concerne spécifiquement le contrôle social exercé sur les contractants.

L'*autonomie de la volonté* perçoit la liberté contractuelle comme la faculté reconnue à tout contractant d'utiliser le contrat en fonction de ses propres besoins. La relation personnelle établie avec le cocontractant signifie que le contractant mène la politique contractuelle de son choix, avec qui bon lui semble. L'équation contractuelle convenue avec le cocontractant n'est pas contrôlée : dès que chacun estime que le contrat correspond à son intérêt bien compris, le contrat est conclu. La liberté contractuelle est formelle (sans contenu imposé), et un contractant ne peut commettre un abus de sa liberté contractuelle qu'en présence d'un acte malveillant (intention de nuire).

Le *solidarisme* perçoit la liberté contractuelle comme un instrument grâce auquel chaque contractant doit obtenir une prestation proportionnée à son besoin. La relation établie avec le cocontractant sera plus impersonnelle (la distance contractuelle étant alors impérativement fixée) et le contenu du contrat sera contrôlé. La liberté contractuelle est matérielle (droit-fonction) et tout excès sera impérativement ramené à sa juste mesure. Un prix excessif sera réduit, un refus abusif annulé.

Les deux théories s'opposent donc sur le degré de contrôle dont le contrat peut faire l'objet avec les lois impératives (restreignant la liberté contractuelle). Dans l'ensemble, la jurisprudence du conseil constitutionnel n'exerce pas un contrôle important sur la notion d'atteinte « excessive » à la liberté contractuelle. La solution est conforme à ce qu'enseigne (sur ce point) la théorie solidariste.

Conclusion §2^{ème}/ Les lois impératives limitant la liberté contractuelle : l'intérêt général face aux intérêts privés

46. Les lois impératives limitant la liberté contractuelle font que le contrat conclu volontairement par les contractants pourra ne correspondre que partiellement à l'intérêt individuel de chaque contractant. Les lois d'ordre public (de direction et de protection) ont le plus souvent un objet spécifique (relevant de droits spéciaux : baux d'habitation, ...), mais certaines d'entre elles s'appliquent à tous les contrats : c'est le cas avec l'exigence de bonne foi, applicable en droit du contrat donc à tous les contrats.

Le *domaine d'application du droit du contrat* (issu de la loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016¹) donne lieu à une première disposition générale impérative. Le contrat conclu et exécuté en France (contrat de droit interne) est soumis à un tronc commun de dispositions, fixant le domaine d'application du droit du contrat : selon l'article 1105 al. 1^{er} c. civ.² « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. » (à savoir les articles 1101 à 1231-7 c. civ.).

- Dans tout contrat, le contractant doit exprimer un consentement exempt de vices (d'erreur ou de violence) ; les parties doivent identifier les prestations convenues. Le droit du contrat est donc général.

- Le droit du contrat coexiste avec le droit des contrats spéciaux et d'autres lois spéciales (code de la consommation pour les contrats conclus entre un consommateur et un professionnel ; code de commerce pour les contrats conclus entre professionnels). La vente est un contrat spécial, qui donne lieu à des dispositions propres : le vendeur doit garantir l'acquéreur contre l'existence de vices cachés (art. 1641 c. civ.³). La garantie des vices cachés se surajoute aux dispositions générales du contrat (absence d'erreur, détermination de l'objet de chaque prestation ...). C'est ce qu'affirme l'article 1105 al. 2 c. civ. : « Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. »

- Le droit du contrat s'applique en principe, c-à-d. sauf exception. Selon al. 3, « Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières. » Normalement, une mise en

¹ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

² Art. 1105 c. civ. : « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.

« Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

« Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières. »

³ Art. 1641 c. civ. : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus »

demeure est nécessaire pour résoudre un contrat, lorsque l'autre n'exécute pas ses obligations : sauf exception¹.

En tout état de cause, les contractants ne peuvent pas prétendre échapper à l'application du droit français du contrat.

L'exigence de bonne foi (art. 1104 c. civ.²) est une seconde disposition impérative qui s'impose à tous les contractants, quel que soit le contrat dans lequel ils s'engage. On notera que l'exigence de bonne foi (d'ordre public : al. 2) s'applique à tous les contrats sans exception. L'exigence de bonne foi apparaît donc en droit du contrat.

Le contrat est donc un accord de volontés portant sur des obligations (art. 1101 c. civ.) : il correspond à l'intérêt des contractants, mais pas exclusivement, puisque les lois impératives peuvent venir contrarier les intérêts de l'un des contractants ou des deux. C'est le cas lors de la formation du contrat (1^{ère} partie) et lors de son exécution (2^{ème} partie).

(47- à 49. : réservés)

¹ Soc., 3 avril 2019, avis, n° 19-70.001 ; JCP G 2019, Act., 424, note Danielle Corrignan-Carsin, et II, 487, note Nicolas Anciaux ; Rev. dr. tr., mai 2019, Act., p. 299, note Caroline Dechristé ; Gaz. Pal. 2019, n° 20, p. 72, note Géraud Mégret ; RJS 2019, n° 346 : « L'article 1226 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, n'est pas applicable au salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail. » Le salarié n'est pas tenu, préalablement à la résolution unilatérale du contrat, de mettre en demeure son employeur et de suivre la procédure fixée à l'art. 1226 c. civ. (infra).

² Art. 1104 c. civ. : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.
« Cette disposition est d'ordre public. »

Première partie

La formation du contrat

50. La **formation du contrat** suppose, selon l'article 1128 c. civ., la réunion de trois conditions « nécessaires ». Selon ce texte, « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain. » Cette liste peut être réduite à deux catégories de conditions, celles centrées sur le consentement et celles centrées sur le contenu du contrat.

Le *consentement mutuel des contractants* est le premier paramètre nécessaire à la formation d'un contrat. La volonté de s'engager dans un contrat est à la fois commune à tous les actes juridiques et spécifique au contrat. Les règles de capacité et de pouvoir s'appliquent à tout acte juridique (voulu dans sa source comme dans ses effets : art. 1100-1 c. civ.¹, supra n° 2-1). Mais le contrat peut donner lieu à un rapport de force ou à une déloyauté que l'un serait amené à exercer au détriment de l'autre : le droit du contrat fixera la norme de civilité qui s'appliquera spécifiquement aux contractants, lorsque, par exemple, l'un emploie des moyens de contrainte pour faire plier l'autre. Les règles centrées sur le consentement mélangeront des aspects propres au contrat et communs à tous les actes juridiques.

Le *contenu « licite et certain » du contrat* pose une seconde catégorie de conditions qui sont en réalité communes à toutes les obligations. Le contenu du contrat correspond à l'objet de chaque prestation (licite et suffisamment déterminée) que tout débiteur (contractant ou non) doit à son créancier : la matière pourrait relever à ce titre du régime général de l'obligation. Mais, là encore, certaines dispositions seront spécifiques au contrat : l'équation contractuelle convenue entre les parties sera parfois contrôlée, afin d'éviter de légaliser des clauses qui permettraient à des professionnels de fournir des prestations indignes. Les règles centrées sur le contenu du contrat mélangeront donc également des aspects propres au contrat et communs à toutes les obligations.

Les conditions « nécessaires » à la formation du contrat seront donc tantôt spécifiques au contrat, et tantôt communes aux actes juridiques ou aux obligations. La classification doctrinale binaire sera donc retenue : le consentement mutuel des contractants (chapitre 1^{er}) conduira à fixer le contenu du contrat (chapitre 2^e).

¹ Art. 1100-1 al. 1^{er} c. civ. : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. »

chapitre 1^{er}

**Le consentement mutuel
des contractants**

51. Le **consentement mutuel des contractants**, premier trait spécifique du contrat, résulte d'une décision librement adoptée par chacun, fixant avec précision et fermeté le contenu de l'équation contractuelle que l'un propose à l'autre, et que l'autre accepte. Techniquement, le consentement, parole fiable et engageante, aura valeur d'acte juridique : le droit positif en précisera ses caractères, règlera son expression et déterminera ses éventuels vices.

Substantiellement, la volonté est un concept juridique. Distincte d'un vague projet de contracter (velléité), la volonté présente des caractères (de précision et de fermeté) qui seront identifiables par autrui : ce sera une parole fiable¹. Pour accepter ou refuser, l'autre doit s'exprimer (et savoir ce que signifie son comportement). L'existence du consentement sera ainsi établie par son expression : alors la volonté existera en apparence.

Cette apparence renvoie aussi à une réalité de fond : c'est la question (subtile) des vices du consentement, qui met en lumière ce qui fonde un consentement de qualité. Celui qui se trompe ou qui est menacé exprimera un consentement sans valeur, parce que son consentement (purement apparent) n'est pas produit par une décision suffisamment libre. Ce consentement sera annulable, en présence d'un contrat ou, plus généralement de tout acte juridique (unilatéral ou collectif) : « Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats » (art. 1100-1 c. civ.²).

Juridiquement, le consentement (son existence : section 1^{ère}; son expression : section 2^{ème} ; ses vices : section 3^{ème}) établira le statut de la parole en société : dans un sens (certains comportements valent volonté exprimée et non viciée) ou dans un autre (d'autres comportements sont déloyaux : ils interdisent de parler de volonté).

(52- à 54. : réservés)

¹ Étymologiquement, la parole vient du grec *parabolè* (placer à côté), qui a donné en bas latin *parabolare* : c'est une comparaison entre deux termes ; tandis que le terme espagnol *hablar* vient du latin *fabulari*. En établissant une comparaison, la parole signale donc qu'elle se mesure par rapport à autre chose, qui existe véritablement. La parole n'est pas une pure affabulation : celui qui s'exprime témoigne donc d'une réalité (intérieure), d'une volonté de s'engager.

² Art. 1100-1 c. civ. : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.

« Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats. »

Section 1^{ère} / L'existence du consentement

Résumé :

L'**existence du consentement** repose sur une décision libre et ferme adoptée par chacun. Lorsque l'offre de l'un est acceptée par l'autre, le contrat se forme en principe immédiatement, par la rencontre des volontés.

La *décision de contracter* sera acquise en présence d'une personne capable de s'engager, et disposant du pouvoir de le faire. Une personne est en principe capable de s'engager dans un contrat, sauf exception légalement établie. En principe, celui qui s'engage parle en son nom et pour son compte ; mais il peut donner pouvoir à un tiers de conclure le contrat. Le représentant engage alors le représenté.

La *décision libre* suppose de bénéficier de la liberté de contracter. Cette liberté de principe porte notamment sur le choix du contractant avec qui une négociation pourra être menée. Cette négociation peut être librement rompue. Chacun est également libre de refuser le contrat. Mais il existe, en droit positif, des exceptions à la liberté de contracter. La volonté sera contrainte : il faudra parfois offrir le contrat à un destinataire ; parfois, le refus de contracter devra reposer sur un motif licite (et contrôlé) ; la conclusion du contrat sera parfois même obligatoire.

La *décision ferme* de contracter sera acquise lorsque l'offre peut être acceptée purement et simplement. Si l'offre contient des réserves, explicites comme tacites, elle ne peut pas encore être acceptée. En présence d'une promesse de contrat, il faudra distinguer entre celle qui contient seulement une offre (promesse unilatérale) et celle qui contient une offre et une acceptation (promesse synallagmatique), avec éventuellement une condition. Dans ce dernier cas, le contrat définitif est conclu dès lors que la condition posée est respectée.

La **conclusion du contrat** a lieu lors de la rencontre des volontés. En principe, dès que l'acceptation rencontre l'offre, le contrat est formé immédiatement et irrévocablement.

Les *applications du principe* préciseront la date exacte de formation du contrat définitif. Si l'offre est rétractée avant l'acceptation, le contrat n'est en principe pas conclu ; mais il existe une exception. En effet, en présence d'une promesse (unilatérale) de contrat, l'acceptation de l'offre pendant le délai conduira à la formation du contrat (malgré le retrait de l'offre antérieur à l'acceptation). Lorsque les parties sont d'accord sur l'essentiel, le contrat définitif est également conclu. Lorsque le contrat conclu entre absents, le contrat est conclu dès que l'acceptation envoyée par l'un est reçue par l'offrant (sauf si ce dernier est décédé).

Exceptionnellement, le législateur impose une *temporisation*. Indirectement, le destinataire d'une offre bénéficiera d'un délai pour accepter : l'auteur d'une offre est parfois tenu de la maintenir pendant un certain délai. Directement, l'acceptation du contrat sera parfois retardée : en présence d'un crédit immobilier, le consommateur ne peut accepter qu'à l'expiration d'un délai de réflexion ; en présence d'un crédit à la consommation, le consommateur dispose d'une faculté de rétractation pendant un délai bref. Ce n'est qu'à l'expiration de ces délais que le contrat définitif sera formé.

En droit positif, le principe libéral gouverne la formation du contrat : chacun doit exprimer une décision libre, et il faut une rencontre effective des consentements pour que le contrat soit conclu. Mais on note l'émergence d'exceptions, inspirées par la théorie solidariste : certains refus de contracter sont illicites et ils seront même parfois tenus pour nuls. La volonté est alors contrainte : elle existe en droit, même quand elle n'existe pas en fait. Il peut même arriver qu'elle soit réputée exprimée en droit (même quand elle n'existe probablement pas en fait).

55. L'**existence du consentement** sera établie en droit en présence d'une décision prise par les deux contractants de s'engager, l'un envers l'autre, à exécuter une prestation. Cette décision est volontaire : le contrat est un acte juridique destiné à produire des effets voulus par leurs auteurs. C'est de ce consentement mutuel des contractants que le contrat tire sa légitimité. Lorsque se produit la rencontre des consentements, le contrat est immédiatement et irrévocablement formé.

La *volonté certaine de contracter* présente certains caractères juridiques, permettant de la distinguer d'autres phénomènes psychologiques. Le simple projet de contrat traduit une vague intention, insuffisante pour constituer un consentement au contrat. La volonté sera acquise, en droit, en présence d'une décision présentant certains caractères, nécessaires pour constituer une offre ou une acceptation.

Dès que l'acceptation de l'autre rencontre l'offre de l'un, le contrat se forme immédiatement et irrévocablement. Il est alors trop tard pour que l'une ou l'autre des parties puisse unilatéralement se désengager : l'affaire est « dans le sac ». La *rencontre des consentements* marquera donc la date de conclusion du contrat (définitif).

La clé de l'obligation contractuelle est donc acquise très simplement : il suffit que la volonté certaine de contracter (§1^{er}) des deux parties se rencontre (§2^{ème}).

§1^{er}/ La volonté certaine de contracter : une décision libre et ferme

56. La **volonté certaine de contracter** est acquise en droit en présence d'une décision libre et ferme adoptée par chacun des contractants. Cette définition juridique de la volonté se compose de trois éléments.

La *décision de contracter* sera acquise en présence d'une personne capable de s'engager en son nom et pour son compte ou d'engager la personne qu'elle représente. En droit, la décision de contracter est engageante au sens étymologique du terme.

La *décision libre* signifie qu'on lui applique un certain régime juridique, celui de la liberté de contracter. Ce régime juridique gouverne chacune des décisions prises lors des négociations et ce jusqu'à l'éventuelle conclusion définitive du contrat.

La *décision ferme* suppose que son auteur s'engage sans réserves, quitte à poser des conditions. Juridiquement, la fermeté d'une décision (d'offre ou d'acceptation) conduira à la distinguer d'un simple projet de contrat.

En droit, la volonté certaine de contracter sera acquise lorsque ces trois conditions cumulatives sont remplies : il faudra être en présence d'une décision de contracter (I), librement adoptée (II) et ferme (III).

I/ La décision de contracter : la capacité et le pouvoir de vouloir

57. La **décision de contracter** est prise par un contractant capable d'engager son patrimoine. Au sens étymologique, littéral et juridique du terme, un en-gage-ment¹ signifie que l'ensemble des biens composant le patrimoine d'une personne est affecté au paiement de ses dettes, par le biais de l'exécution forcée : à défaut d'exécution volontaire, le créancier impayé sera en droit de faire saisir et vendre les biens et revenus de son débiteur, jusqu'à complet paiement de la dette contractée (art. 2284 c. civ.²)³. Pour s'engager par contrat, un contractant devra être déclaré capable de souscrire un acte juridique (et spécialement un contrat) ; il faudra ensuite identifier le patrimoine qui profitera de la prestation (en tant que créancier) ou qui sera tenu de l'exécuter (en tant que débiteur).

La *capacité de s'engager* est réservée aux personnes adultes, les seules qui en droit peuvent conclure un acte juridique valide, en l'occurrence un contrat. La décision marque le pouvoir individuel de régler ses échanges avec autrui.

Le *pouvoir d'engager un patrimoine* permettra d'identifier le contractant véritable. Le patrimoine de ce dernier est le bénéficiaire de la prestation (créancier) ou celui sur qui pèse la charge de son exécution (débiteur). La personne physique qui contracte en son nom et pour son compte engage son patrimoine ; elle engagera le patrimoine d'un tiers quand elle dispose du pouvoir (mandat ou procuration, dans le langage courant) de le représenter.

La décision de s'engager est donc adoptée par une personne capable de souscrire un acte juridique et disposant du pouvoir d'engager un patrimoine. C'est l'objet de la distinction classique entre capacité (1) et pouvoir (2).

1/ La capacité de conclure un contrat

58. La **capacité de conclure un contrat** est réservée aux personnes disposant d'une maturité suffisante pour conclure un acte juridique. Les règles de capacité (habituellement traitées en droit des personnes) établissent un régime commun à tous les actes juridiques et donnent lieu à

¹ Frédéric Rouvière, « Cession de droit », Répertoire Dalloz, 2018 : « L'obligation est un procédé juridique qui établit une relation entre un objet (la satisfaction du créancier) et un ensemble de biens qui en constituent la garantie (le gage ou actif du débiteur). Le terme même d'engagement est évocateur : il s'agit de « donner en gage » (en-gage-ment), un ensemble de biens, appelé ici « actif ». »

² Art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son *engagement* sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

³ *Régime général des obligations*, n° 800 et suiv.

l'application d'un principe en droit du contrat. Selon le principe fixé à l'article 1145 c. civ.¹, la capacité de contracter est reconnue à toute personne vivante, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale.

- Selon l'article 1145 alinéa 1^{er}, « Toute personne physique peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». Sauf incapacité d'exercice², en présence d'une volonté qui n'est pas suffisamment mature (mineur non émancipé ou majeur protégé : art. 1146 c. civ.³), ou incapacité de jouissance (art. 909 c. civ. pour les donations ou legs⁴, etc.⁵) en présence d'une volonté interdite par la loi, toute personne physique majeure peut vouloir contracter.
- Selon l'article 1145 al. 2 c. civ., « La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles. » Pour établir une limite à la capacité des personnes morales, il faut une règle, c-à-d. une exception. En droit civil (art. 1842 c. civ.⁶) et en droit des sociétés⁷, la capacité est acquise dès lors que la personne morale est immatriculée et jusqu'à la publication de sa dissolution (art. 1844 al. 3 c. civ.⁸ ; art. 237-2 c. com. pour les sociétés commerciales⁹).

¹ Art. 1145 c. civ. : « Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi.

« La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles. »

² Art. 1148 c. civ. : « Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales. ». La solution n'est pas nouvelle : art. 389-3 al.1^{er} c. civ. : « Le représentant légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir par eux-mêmes ».

³ Art. 1146 c. civ. : « Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : 1° Les mineurs non émancipés ; 2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425. »

⁴ Art. 909 al. 1^{er} c. civ. : « Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie. ». Voir : Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, n° 07-21.303.

⁵ Art. L. 3211-5-1 c. santé publique (remplaçant anc. art. 1125-1 c. civ., ord) : « Sauf autorisation de justice, il est interdit, à peine de nullité, à quiconque exerce une fonction ou occupe un emploi dans un établissement dispensant des soins psychiatriques de se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement ou de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement.

« Pour l'application du présent article, sont réputées personnes interposées, le conjoint, le partenaire d'un pacte civil de solidarité, le concubin, les ascendants et les descendants des personnes auxquelles s'appliquent les interdictions ci-dessus édictées. »

⁶ Art. 1842 c. civ. : « Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation. »

⁷ Art. L 210-6 al. 1^{er} c. com. : « Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. » ; art. L251-4 c. com. : « Le groupement d'intérêt économique jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à dater de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés (...) » ;

⁸ Art. 1844 al. 3 c. civ. : « La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci. »

⁹ Art. 237-2 al. 2 c. com. : « La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci. »

L'article 1145 c. civ. fixe donc le principe selon lequel toute personne est capable. Il faut une exception (c-à-d. un texte spécial) pour établir une incapacité, et rendre donc une personne incapable de contracter.

58-1. La **capacité**, seconde condition posée à la validité d'un contrat, exprime une décision (politique) car elle détermine ceux qui ont accès à la parole, et ceux qui en sont privés. Jadis, furent privés de parole, et donc de volonté, non seulement les enfants et les fous, mais aussi les femmes mariées ainsi que les condamnés à la mort civile.

Auparavant, les dispositions du code civil de 1804, abrogées en 1854, prévoyaient la mort civile (art. 25 c. civ.¹) : le condamné (à une peine de mort naturelle ou à une peine dite afflictive perpétuelle) perdait tout patrimoine, et subissait une lourde incapacité de jouissance. Les effets de la mort civile étaient tels que celui qui la subissait perdait tout contact avec son voisinage : seuls les aliments, et les contrats usuels pouvaient être conclus, mais sans le secours de la justice en cas d'inexécution (statut de l'obligation naturelle), sachant que l'ensemble de ses biens étaient propriété de l'état.

La décision de soumettre les femmes mariées à la puissance maritale s'est appliquée principalement aux actes de disposition et d'administration, mais pas aux actes courants. Le mari gérait et disposait les biens communs, et également les biens propres de sa femme (laquelle devait néanmoins autoriser son mari, pour les actes de disposition).

L'histoire de l'incapacité montre donc des évolutions. La capacité fixe la règle (qui parle, qui ne parle pas).

59. Pour rappel, le **droit des incapacités** classe les actes juridiques en deux catégories principales, et la nullité sanctionne en principe l'irrespect des règles destinées à protéger les intérêts des personnes incapables.

Les actes juridiques sont classés en *deux catégories* : les actes courants (d'administration ou conservatoire) sont habituellement autorisés (art. 1148 c. civ.² ; art. 1149 c. civ.³), car ils permettent à une personne (même fragile⁴) de pouvoir s'intégrer dans la société en menant une vie (contractuelle) normale (et a priori sans dangers). Les actes de disposition donnent lieu à un, contrôle plus intense, car il a pour objet (aliénation) ou pour effet (hypothèque) de permettre le transfert de propriété : une personne vulnérable (incapacité d'exercice) sera autorisée en raison de la gravité de l'acte.

¹ Art. 25 c. civ. (valable du 8 mars 1803 au 3 juin 1854) : « Par la mort civile, le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédait; sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus, de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament. / Il ne peut plus ni recueillir aucune succession, ni transmettre, à ce titre, les biens qu'il a acquis par la suite. / Il ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. / (...) / Il ne peut procéder en justice, ni en défendant, ni en demandant, que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial, qui lui est nommé par le tribunal où l'action est portée. (...) ».

² Art. 1148 c. civ. : « Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales. »

³ Art. 1149 c. civ. : « Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. Toutefois, la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible.

« La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation.

« Le mineur ne peut se soustraire aux engagements qu'il a pris dans l'exercice de sa profession. »

⁴ Art. 1150 c. civ. : « Les actes accomplis par les majeurs protégés sont régis par les articles 435,465 et 494-9 sans préjudice des articles 1148, 1151 et 1352-4. »

La violation des règles de capacité est *sanctionnée* en principe par la nullité de l'acte, mais les exceptions sont nombreuses. L'idée générale est que le cocontractant (adulte) ne doit pas profiter de la faiblesse de la personne physique incapable (mineur ou majeur protégé : art. 1146 c. civ.¹) : si le contrat conclu est courant, conclu à des conditions normales (à savoir équilibré) et qu'il s'avère utile à l'incapable, le contrat sera validé (art. 1151 c. civ.²).

2/ Le pouvoir d'engager le patrimoine

60. Le **pouvoir d'engager le patrimoine** permet d'identifier qui est le véritable contractant. Le contrat est toujours conclu par une personne physique, mais elle peut agir en diverses qualités. Il faudra donc savoir si celui qui signe le contrat parle en son nom (et engage donc son patrimoine personnel) ou s'il parle au nom d'un tiers (et engage donc le patrimoine de ce dernier). Lorsqu'un banquier octroie un crédit, il doit savoir si le débiteur est la personne physique qui signe (entrepreneur individuel, consommateur) ou si le véritable débiteur est la personne représentée (la sarl, que dirige le gérant qui signera le crédit en présentant un pouvoir à son banquier).

En principe, chacun parle *en son nom et pour son compte*. Le principe est fixé à l'article 1203 c. civ.³ : « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même. » L'engagement de principe est personnel : le pouvoir de gestion du patrimoine n'appartient qu'à son gérant (propriétaire) ; le gérant d'un patrimoine ne peut pas engager le patrimoine d'un tiers, sauf s'il dispose d'un « pouvoir ».

L'*exception* permet à un tiers d'agir au nom et pour le compte d'une personne qui sera représentée. Il faut alors présenter un « pouvoir » (art. 1153 c. civ.⁴) La personne représentée (sarl) sera alors engagée par la signature de son représentant légal (gérant de la sarl) : le représentant (gérant de sarl) agit de manière transparente (son patrimoine personnel de personne physique n'est pas engagé) ; seule est engagée la personne représentée. Selon l'article 1154 al. 1^{er} c. civ.⁵, « Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté ».

¹ Art. 1146 c. civ. : « Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi :

1° Les mineurs non émancipés ;

2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425. »

² Art. 1151 c. civ. : « Le contractant capable peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci.

« Il peut aussi opposer à l'action en nullité la confirmation de l'acte par son cocontractant devenu ou redevenu capable. »

³ Art. 1203 c. civ. : « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même. »

⁴ Art. 1153 c. civ. : « Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés. »

⁵ Art. 1154 c. civ. : « Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté.

« Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant. »

Lors de la conclusion d'un contrat, le pouvoir d'engager le patrimoine permet d'identifier le véritable contractant. En principe, la personne physique engage son patrimoine personnel, sauf si elle produit un « pouvoir ». Dans ce dernier cas, le cocontractant devra effectuer des vérifications, pour savoir si le représentant agit bien dans le cadre fixé. À défaut, le représenté n'est pas engagé, et l'on retourne au principe (le seul patrimoine engagé étant celui du pseudo-représentant).

61. Le régime applicable au pouvoir présenté par le représentant impose au cocontractant d'effectuer des vérifications. Ce document présenté par le représentant identifie le type d'acte qu'il est habilité à accomplir. Alors la représentation produira ses effets.

Le représentant doit produire un *document* qui établit son pouvoir. Ce sera un contrat de mandat (également dénommée procuration), lorsque le propriétaire (mandant) sera représenté par l'agence immobilière (mandataire), pour conclure un bail, une vente ou percevoir un loyer : ce pouvoir est « contractuel », signé du propriétaire (mandant) et de l'agence immobilière (en qualité de mandataire). Les statuts de la société (dotée de la personnalité morale) seront présentés au cocontractant, afin que ce dernier puisse identifier le gérant (de la sarl) qui représente sa société : ce pouvoir est « légal ».

Le cocontractant vérifiera l'*étendue des pouvoirs* conférés par le mandat. Il faut savoir si le représentant respecte effectivement le cadre de sa mission.

- L'étendue du pouvoir de représentation dépend du *type d'acte à réaliser* (art. 1155 c. civ.¹). Pour effectuer un acte de disposition (hypothèque contractuelle, aliénation d'immeuble ...²), le représentant doit toujours disposer d'un pouvoir spécial. Le représentant disposant d'un pouvoir général ne peut accomplir que les actes courants (administrations et conservation) ; si le pouvoir est spécial (location confiée à une agence immobilière), il englobe les actes accessoires (état des lieux de début et fin de bail).
- En présence d'un *doute* chez le cocontractant potentiel, sur l'étendue du pouvoir donné au représentant ou même sur la validité du pouvoir, le cocontractant peut demander

¹ Art. 1155 c. civ. : « Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration.

« Lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire. »

² Est assimilé à un acte de disposition, l'appel du garant autonome (chargé de verser des fonds à première demande) : Com., 10 février 2015, n° 12-26.580, Bull. : « Est irrégulière une demande de paiement d'une garantie à première demande formée par l'avocat du bénéficiaire, à laquelle n'est pas joint un pouvoir spécial à cet effet. »

une confirmation. Cette demande peut même préciser qu'à défaut de réponse (en présence d'un silence, donc), le représentant dispose d'un pouvoir régulier (art. 1158 c. civ.¹).

Lorsque le représentant (contractuel, légal ou judiciaire) respecte effectivement les pouvoirs qui lui sont conférés (art. 1153 c. civ.²), seul le représenté est tenu : le contrat est donc conclu entre le mandant et le cocontractant (locataire, acquéreur ...). Le mandataire est transparent (art. 1154 al. 1^{er} c. civ.³) : il n'engage pas son patrimoine personnel.

61-1. Au cours de sa mission, le représentant peut **perdre son pouvoir**, notamment en raison du conflit qui l'oppose au représenté. Le représentant perd objectivement son pouvoir quand il subit une incapacité d'exercice, d'une incapacité de jouissance ou d'une interdiction de gérer (art. 1160 c. civ.⁴).

En présence d'un *conflit entre le représentant et le représenté*, alors même que le représentant dispose d'un pouvoir valide, l'article 1159 c. civ.⁵ procède à une distinction. Le mandant l'emporte sur le mandataire, solution logique : le représenté peut reprendre la main, et donc priver spécialement de pouvoir le mandataire. En présence d'un pouvoir légal ou judiciaire, le dessaisissement du représenté dure aussi longtemps que le pouvoir :

L'exécution du pouvoir peut également donner lieu à *conflit d'intérêts*. Afin que l'intérêt de chaque représenté soit respecté, le représenté ne doit pas représenter des intérêts divergents, ni le sien propre (art. 1161 c. civ.⁶).

62. À défaut de pouvoir régulier, le pseudo-représentant ne représente que lui-même et donc n'engage que son patrimoine personnel. On retourne à l'application du principe selon lequel chacun parle en son nom et pour son compte (art. 1203 c. civ.⁷). Cette règle logique donne lieu à des adaptations quand le représentant commet des fautes dans l'exercice de son pouvoir.

En logique, l'*absence de pouvoir* reconnu au pseudo-représentant lui interdit de pouvoir engager le pseudo représenté. La solution est prévue à l'article 1156 c. civ. : « L'acte accompli par un

¹ Art. 1158 c. civ. : « Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. »

« L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte. »

² Art. 1153 c. civ. : « Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés. »

³ Art. 1154 c. civ. : « Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté.

« Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant. »

⁴ Art. 1160 c. civ. : « Les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction. »

⁵ Art. 1159 c. civ. : « L'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant.

« La représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits. »

⁶ Art. 1161 c. civ. : « En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté.

« En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié. »

⁷ Art. 1203 c. civ. : « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même. »

représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté (...) ». Il en ira ainsi, même si le représentant déclare agir pour le compte d'autrui (art. 1154 al. 2 c. civ.¹) : le cocontractant sait que cette déclaration n'a pas pour effet d'engager autrui. L'absence de pouvoir est perçue de manière objective.

Les *fautes commises par le représentant* dans l'exercice (vrai ou supposé) de son pouvoir donnent lieu à des adaptations, centrées sur la question du risque que génère l'activité du représentant. Il s'agira de protéger tantôt les intérêts du cocontractant, tantôt ceux du représenté.

– La protection des intérêts du cocontractant sera privilégiée quand le représenté doit assumer les risques de l'activité du représentant indélicat. Ce sera notamment le cas en présence d'un gérant de sarl : le cocontractant n'est pas tenu de vérifier le détail des statuts de la sarl ; le gérant de sarl sera réputé disposer des pouvoirs statutaires normaux (habituels). Tant pis pour la sarl (représentée) si le gérant ne respecte pas les statuts qui limitent ses pouvoirs. Le litige sera tranché lors de l'assemblée générale. Les cocontractants, pour leur part, pourront se prévaloir de l'apparence de pouvoir : le contrat sera valablement conclu. La solution est prévue à l'article 1156 c. civ. : « si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant (...) », le contrat sera opposable au représenté. Il en ira de même quand le représenté a lui-même contribué à créer cette apparence de pouvoir (« en raison du comportement ou des déclarations du représenté », art. 1156 c. civ.). Le contractant trompé disposera d'une option, soit obtenir la validation du contrat (de sorte que le représenté sera tenu), soit obtenir son annulation (art. 1156 c. civ.²).

– La protection des *intérêts du représenté* sera privilégiée quand le représentant a ratifié (art. 1156 c. civ.) les actes irréguliers. Il en ira de même lorsque le cocontractant se rend complice d'un détournement de pouvoir³ (art. 1157 c. civ.⁴).

(63. : réservé)

¹ Art. 1154 al. 2 c. civ. : « Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant. »

² Art. 1156 c. civ. : « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté.

« Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.

« L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié. »

³ Le détournement de pouvoir est une notion distincte de l'absence (objective) de pouvoir : le détournement est objectivement légal, mais réalisé dans un but illicite. Les loyers sont perçus par l'agence immobilière, mais ils ne seront pas reversés au bailleur.

⁴ Art. 1157 c. civ. : « Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer. »

Conclusion du I/ La décision de contracter : la capacité et le pouvoir de vouloir

64. La **décision de contracter** est donc acquise par la capacité et le pouvoir d'engager un patrimoine. La capacité signifie qu'une personne peut souscrire un acte juridique valide ; son pouvoir signifie que son patrimoine sera engagé. La conjonction de ces deux aspects forme, juridiquement, une décision « engageante » : c'est un en-gage-ment (c-à-d. une obligation permettant au créancier, en cas d'inexécution, de saisir l'ensemble des biens et revenus de son débiteur défaillant).

En droit du contrat, deux principes s'appliquent : toute personne est capable de s'engager (art. 1145 c. civ.¹) ; elle dispose également du pouvoir de parler en son nom et pour son compte (art. 1203 c. civ.).

II/ La décision libre : la liberté de contracter ou non

65. La **décision libre** suppose un choix qui exprime la liberté dont chacun dispose afin de régler ses échanges avec autrui. Selon l'article 1102 al. 1^{er} c. civ.² : « 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. » La liberté de contracter est donc le principe, mais cette liberté connaît des « limites fixées par la loi ».

En droit du contrat, la liberté « de contracter ou de ne pas contracter » gouverne toutes les décisions adoptées lors des négociations, jusqu'à la conclusion du contrat définitif. L'un fera ou non une offre à l'autre, qui aura pareillement le choix entre l'accepter ou non. Le principe fixé en droit du contrat affirme donc que chacun dispose toujours d'un choix : c'est le critère d'une décision libre, selon la théorie libérale.

Mais il existe des exceptions, prévues par des dispositions spéciales inspirées par la théorie solidariste. Ce sont les « limites prévues par la loi ». Les inconvénients sociaux que présentent certains refus de contracter conduiront le législateur à imposer parfois une offre, parfois même à rendre obligatoire la conclusion d'un contrat (lors de l'exercice de telle ou telle activité). La décision de contracter sera donc parfois contrainte.

En droit du contrat, la libre décision de principe (1) est donc parfois exceptionnellement contrainte (2).

¹ Art. 1145 c. civ. : « Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi.

« La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles. »

² Art. 1102 al. 1^{er} c. civ. : « 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. »

1/ Le principe (libéral) fixé en droit du contrat : *un libre choix individuel*

66. Le **principe fixé en droit du contrat** s'inspire de la théorie libérale. La décision de contracter ou de refuser de contracter exprime la liberté (personnelle) de chacun : chacun mènera donc la politique contractuelle de son choix, et avec la personne de son choix. On parlera alors de « liberté de contracter » pour montrer que l'on traite avec la personne de son choix ; on parlera plutôt de liberté contractuelle (infra, chap. 2^{ème}) pour indiquer que le contenu du contrat est librement fixé par les parties. Ce régime de liberté de contracter régit tous les aspects du contrat et notamment la période pré-contractuelle des négociations.

Le principe (libéral) de la liberté de contracter est fixé à l'article 1102 al. 1^{er} c. civ.¹ : « 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. » La liberté de contracter possède un domaine d'application vaste :

- le *refus de contracter* est mis sur le même plan que la volonté de contracter et celui qui refuse n'aura pas à s'expliquer sur les motifs de son refus.
- le *choix du contractant* signifie que l'offre de contrat peut être faite à personne déterminée ou indéterminée. Une offre peut être réservée à telle ou telle personne de son choix ; une négociation peut être refusée, parce que l'autre déplaît. Le choix du contractant montre clairement que la liberté de contracter permet de tisser ou non une relation personnelle. La liberté de contracter est personnelle.
- les parties fixeront librement le *contenu* de leur contrat, c-à-d. leur équation contractuelle. Telle vente sera effectuée à prix d'ami, telle autre vente proposée à un prix prohibitif. La relation personnelle pourra donc exercer une influence sur le contenu du contrat : la liberté contractuelle (qui consiste à déterminer librement le contenu du contrat) coexiste avec la liberté (personnelle) de contracter.

67. Ce régime de liberté de contracter s'applique également aux **négociations**. Selon l'article 1112 al. 1^{er} c. civ.², « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. » Chacun est libre d'engager ou non des négociations et de les rompre. La phase des négociations est gouvernée par le

¹ Art. 1102 al. 1^{er} c. civ. : « 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. »

² Art. 1112 al. 1^{er} c. civ. : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. (...) »

principe de leur libre ouverture et de leur libre rupture. Mais la fin du texte contient une réserve : les parties en négociation doivent « satisfaire aux exigences de la bonne foi ». Les articles 1112 al. 2 et 1112-1 c. civ. préciseront les comportements interdits, à savoir :

- Selon l'article 1112 al. 2 c. civ. : « 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. » L'auteur de la rupture engage sa responsabilité civile s'il commet une faute¹ (négocier une vente, alors que le terrain est déjà vendu à un tiers² ; rompre brutalement la négociation alors que l'autre accepte la contre-proposition que l'un vient d'effectuer³ ; engager des négociations afin de l'empêcher de négocier utilement avec un concurrent⁴ ...) et qu'il en résulte un dommage spécifique (rembourser les frais de transport ou d'expertise exposés par l'autre ; perte de chance de contracter utilement avec un tiers⁵). En revanche, le dommage subi par le partenaire éconduit n'inclut pas le profit espéré du contrat (une revente avec plus-value) ou une fraction de ce profit (perte de chance). Le dommage réparable limité signifie que la responsabilité civile de l'auteur d'une rupture fautive ne doit pas conduire à lui faire payer sa liberté de rompre les négociations.
- Selon l'article 1112-2 c. civ. : « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun. » Il arrive parfois, lors de négociations portant sur l'acquisition d'une entreprise ou d'un système complexe que des informations confidentielles soient données par l'un. Celui qui divulgue des informations engage sa responsabilité : auteur

¹ Une faute simple suffit. Un arrêt ancien a pu exiger la preuve d'une intention de nuire, mais cette exigence est abandonnée. Voir, à propos d'une négligence à ne pas avoir spécifié que le terrain à vendre était indivis : Civ. 1^{ère}, 12 avril 1976, n° 74-11.770, Bull. n° 122 : « au moment de passer l'acte les parties s'aperçurent que Denis X... n'était que propriétaire indivis du terrain avec ses trois enfants, et que l'un d'eux refusa de vendre ». L'arrêt d'appel retint la faute du vendeur potentiel fut cassé pour manque de base légale (« sans relever de la part de ... la volonté, en poursuivant les pourparlers, de nuire à Lubert ou que X... ait agi avec mauvaise foi au cours de cette négociation »).

² Com. 26 nov. 2003, n°00-10.243 Bull. n° 186; D. 2004, p.869, note Dupré-Dallemagne ;D. 2004.Somm.2922, obs. Lamazerolles ; JCP 2004.I.163, n°18 et suiv., obs. Viney ; JCP E 2004. 738, note Stoffel-Munck ; JCP E 2004. 601, n°3 et suiv., obs. Caussain, Deboissy et Wicker ; Dr. et patr. 3/2004. 102, obs. Poracchia ; RTD civ. 2004. 80, obs. Mestre et Fages ; Rev. sociétés 2004. 325, note Mathey ; RDC 2004. 257, obs. D. Mazeaud (lors d'une négociation portant sur la cession d'actions, le cédant potentiel fait croire que la cession bientôt conclue alors qu'elle est déjà réalisée auprès d'un autre cessionnaire).

³ Com., 22 février 1994, n° 91-18.842, Bull. n° 79 : le projet de contrat « reprenait "mot pour mot" une suggestion exprimée par la société BMCE et relative au montant du loyer qui devait être réglé par les époux Z..., mais que le projet de cession n'a pas abouti après que la société BMCE eut formulé de nouvelles prétentions ; qu'en l'état de ces constatations, révélant la légèreté blâmable de la société BMCE, la cour d'appel a pu décider que cette société avait abusé de son droit de rompre les négociations qu'elle avait engagées ».

⁴ L'indemnisation ne conduit pas à réparer la perte de chance « de réaliser les gains découlant de la conclusion du contrat » : Com., 26 nov. 2003, *Manoukian*, n° 00-10243 et 00-10949, Bull. n° 186 ; Civ. 3^e, 28 juin 2006, n°04-20040, Bull. n°164.

⁵ Com., 18 sept. 2012, n°11-19.629, Bull. n°163 : seules les pertes subies pendant la négociation sont indemnisées, ainsi que la perte d'une chance de contracter avec un tiers.

d'un fait juridique, il devra réparer entièrement à hauteur du dommage subi par la victime. C'est le droit commun (art. 1240 c. civ.¹).

Les exigences de bonne foi lors des négociations signifient donc que la période (précontractuelle) des négociations impose à chacun de se comporter correctement (sans commettre de faute). Cette responsabilité civile n'a pas pour fonction de limiter la liberté de rompre : il est précisé que le profit du contrat n'est pas réparable, puisque le contrat n'est pas conclu.

(68. : réservé)

69. Le **régime de la liberté de contracter** montre donc que chacun exerce son pouvoir de régler ses engagements avec autrui (au regard de ses intérêts), en prenant des décisions effectivement libres. Cette liberté de contracter apparaît comme une liberté personnelle : le lien spécifique noué entre les contractants éventuels repose sur une relation personnelle spécifique. Dès lors que l'un n'a pas suffisamment confiance avec l'autre, les négociations peuvent être rompues.

La responsabilité civile encourue par l'auteur d'une rupture est cantonnée à la faute, en réalité distincte de la rupture elle-même. L'auteur d'un comportement incorrect doit indemniser la victime : les négociations ne procurent ni immunité, ni droit (acquis) au contrat.

Le principe de la liberté de contracter est donc conforme à ce qu'enseigne la théorie libérale : en droit du contrat, ce principe est seul applicable. Un refus de contracter ne saurait donc être illicite. Mais il existe des exceptions, instaurées par des textes spéciaux.

2/ Les exceptions (solidaristes) à la liberté de contracter : la volonté contrainte ?

70. Les **exceptions à la liberté de contracter** sont mentionnées à l'article 1102 al. 2 c. civ. : « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. » En présence d'une exception, un régime dirigiste sera imposé, au regard des inconvénients sociaux que certains refus peuvent présenter, solution prônée par la théorie solidariste.

Comme toutes les exceptions, il faudra un texte spécial² pour imposer à un contractant de proposer un contrat ou de justifier son refus d'accepter une offre. Ce dirigisme contractuel est problématique car il tend à exercer une *contrainte* sur un aspect de la décision de l'un des cocontractants ; il

¹ Art. 1240 c. civ. : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

² Civ. 3^e, 20 déc. 2006, n°05-20.689, Bull. n°255 : « hormis les cas où la loi en décide autrement, nul n'est tenu d'adhérer à une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 ou, y ayant adhéré, d'en demeurer membre ».

s'ensuit que la décision libre qui sert de justification au contrat (et qui permet à chacun de défendre ses intérêts individuels) est abandonnée au profit d'une décision plus contrainte.

La *théorie solidariste* justifie ces entorses par la lutte contre les exclusions contractuelles ou la lutte contre les discriminations : l'objectif consiste à imposer à un contractant de considérer que la personne de son cocontractant doit être indifférente. Il s'agit d'interdire les relations hostiles (envers un contractant présenté comme appartenant à une catégorie spécifique), en standardisant la distance contractuelle.

En droit positif, trois types d'exceptions sont instaurées : parfois l'un est tenu d'offrir (a), parfois son refus de contracter doit être licite (b), parfois encore il est tenu de contracter (c).

a/ L'obligation d'offrir

71. L'**obligation d'offrir** signifie qu'une personne est tenue d'adresser une offre de contrat à un destinataire identifié. Différentes modalités sont prévues :

- soit *les rôles sont imposés lors de la conclusion d'un contrat* (ainsi, dans le contrat de prêt conclu entre une banque et un consommateur, le professionnel du crédit sera nécessairement offrant et le consommateur l'acceptant) ;
- soit le *destinataire* est imposé, mais la décision de conclure ou non le contrat sera libre (ainsi, le droit de préemption du locataire). Lorsque le bailleur entend vendre son logement, il doit adresser une offre identique¹ au locataire et à un tiers ;
- soit une *offre doit impérativement être adressée* à un destinataire spécifique (ainsi, l'offre d'indemnisation proposée à la victime d'un accident de la circulation par l'assureur de l'auteur de l'accident).

La politique contractuelle menée (impérativement) par le législateur relève d'une logique dirigiste, et plus précisément du *solidarisme*. Il s'agit de protéger certaines catégories de la population considérées comme faibles dans le rapport contractuel : l'emprunteur (personne physique), le locataire, la victime d'accident. Un consommateur ne peut pas adresser une offre d'emprunt à son banquier ; un locataire ne peut pas être évincé du local qu'il occupe, au motif que le bailleur préfère vendre à un ami ; la victime de certains accidents dont l'auteur est connu et assuré ne doit pas être délaissée.

¹ Civ. 3^e, 11 mai 2022, n°20-15.659, inédit : point 12. « (...) la locataire avait reçu, le 25 novembre 2010, une offre de vente de la part du mandataire du vendeur au prix de 85 000 euros et que la vente du 8 mars 2011 avait été consentie au tiers acquéreur au prix de 65 000 euros, sans qu'une nouvelle offre lui ait été notifiée ». Le bailleur a donc violé le droit de préemption du locataire.

72. L'obligation d'offrir est une technique qui permet de remplir plusieurs fonctions : imposer à un professionnel de rédiger une offre contenant des informations imposées, lutter contre l'exclusion contractuelle dont le locataire serait victime, interdire la lenteur comme moyen pour décourager une victime d'accident.

Les rôles imposés lors de la conclusion d'un contrat de prêt (ou assimilé) conclu entre une banque et un consommateur ont pour but d'obliger la banque à envoyer une offre contenant des informations techniques et essentielles sur le crédit proposé (contrats de prêt immobilier¹ ou à la consommation ; location-vente², crédit viager hypothécaire³ ...). La sanction de l'irrespect de cette formalité est parfois lourde : dans le contrat de prêt viager hypothécaire, la perte du droit aux intérêts (art. 341-54 c. conso.⁴) et une amende sont encourues (art. 341-57 c. conso.⁵).

Le destinataire imposé d'une offre (librement émise) conduit à imposer une standardisation de la distance contractuelle entre le bailleur et le locataire (d'un local d'habitation⁶, d'un local commercial⁷ ou d'une exploitation agricole⁸). Le bailleur est libre d'offrir son bien à la vente ou non et de fixer le prix qu'il en attend ; mais sa liberté de choisir son cocontractant est bridée. Les qualités du contractant imposé par la loi (à savoir le locataire) sont réputées indifférentes, même si le locataire était particulièrement désagréable et même si

¹ Art. L 313-24 c. conso. : « Pour les prêts mentionnés à l'article L. 313-1 [crédit immobilier], le prêteur formule une offre fournie gratuitement sur support papier ou sur un autre support durable à l'emprunteur ainsi qu'aux cautions déclarées par l'emprunteur lorsqu'il s'agit de personnes physiques.

« Cette offre est accompagnée de la fiche d'information standardisée européenne mentionnée à l'article L. 313-7 lorsque ses caractéristiques sont différentes des informations contenues dans la fiche d'information fournie précédemment le cas échéant. »

² Art. L313-55 c. conso. : « Pour les contrats régis par les dispositions de la présente section [section 8 relative à la location-vente et location avec promesse de vente], le bailleur est tenu de formuler par écrit sur support papier ou tout autre support durable une offre adressée gratuitement au preneur éventuel.

« Cette offre mentionne l'identité des parties. Elle précise la nature et l'objet du contrat ainsi que ses modalités, notamment en ce qui concerne les dates et conditions de mise à disposition du bien, le montant des versements initiaux et celui des loyers ainsi que les modalités éventuelles d'indexation. Elle rappelle, en outre, les dispositions de l'article L. 313-58. »

³ Art. L 315-9 c. conso. : « L'opération de prêt viager hypothécaire est conclue dans les termes d'une offre préalable comportant les mentions suivantes :

1° L'identité des parties et la date d'acceptation de l'offre ;

2° La désignation exacte du bien hypothéqué, conforme aux exigences de la publicité foncière ;(...)

6° En cas de versements échelonnés du capital, l'échéancier des versements périodiques distinguant la part du capital de celle des intérêts ; (...)

⁴ Art. L 341-54 c. conso. : « Le fait pour le prêteur d'accorder un prêt viager hypothécaire sans saisir l'emprunteur d'une offre préalable conforme à l'article L. 315-9 ou dans des conditions non conformes aux articles L. 315-10 et L. 315-11 peut entraîner déchéance du droit aux intérêts en totalité ou dans la proportion fixée par le juge. »

⁵ Art. L341-57 c. conso. : « Le fait pour le prêteur d'accorder un prêt viager hypothécaire sans saisir l'emprunteur d'une offre préalable conforme à l'article L. 315-9 ou dans des conditions non conformes aux articles L. 315-10 et L. 315-11, est puni d'une amende de 150 000 euros. »

⁶ Art. 15 II de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 : « Lorsqu'il est fondé sur la décision de vendre le logement, le congé doit, à peine de nullité, indiquer le prix et les conditions de la vente projetée. Le congé vaut offre de vente au profit du locataire : l'offre est valable pendant les deux premiers mois du délai de préavis (...) »

« A l'expiration du délai de préavis, le locataire qui n'a pas accepté l'offre de vente est déchu de plein droit de tout titre d'occupation sur le local »

L'alinéa 4 précise que l'offre de vente plus avantageuse faite à un tiers, et non notifiée au locataire est sanctionnée par la nullité de la vente (conclue entre le tiers et le bailleur).

⁷ Art. L 145-46-1 c. com. : « Lorsque le propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal envisage de vendre celui-ci, il en informe le locataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou remise en main propre contre récépissé ou émargement. Cette notification doit, à peine de nullité, indiquer le prix et les conditions de la vente envisagée. Elle vaut offre de vente au profit du locataire. [...] »

⁸ De même, les safer (sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural) disposent d'un droit de préemption (art. L. 143-1 s. c. rur.) : ce pouvoir d'ingérence tient en échec les intérêts privés qui ne correspondent pas à la politique foncière et agricole menée par le législateur.

l'acquéreur pressenti amical. Le bailleur perd sa liberté de contracter avec qui il veut : la vente à l'ami à prix d'ami n'a plus lieu d'être.

L'*obligation d'adresser une offre* à un destinataire désigné est imposée à l'assureur d'un automobiliste responsable d'un accident. L'assureur doit adresser à la victime une offre d'indemnisation dans les huit mois de l'accident¹. L'objectif est que la victime ne soit pas confrontée à la lenteur d'un assureur, qui espérerait par ce biais échapper à la charge de l'indemnisation. Le montant de l'indemnisation proposé n'est pas contrôlé (sauf à préciser qu'un montant notablement insuffisant exposera l'assureur à des dommages-intérêts punitifs²).

b/ Le contrôle des motifs d'un refus

73. Le **contrôle des motifs d'un refus de contracter** impose au destinataire d'une offre de lui interdire d'invoquer certains motifs considérés comme discriminatoires et même parfois d'invoquer un motif légitime à son refus. Le législateur impose de considérer que l'offre de contrat émane d'une personne quelconque, dépourvue de toute qualité particulière : la personne de l'offrant doit être considérée indifférente. Le contrôle des motifs d'un refus conduira soit à prouver une discrimination, soit à imposer à l'auteur du refus de le justifier.

– *L'interdiction d'invoquer un motif discriminatoire ou de fonder un refus sur un motif discriminatoire* est imposée de manière récurrente. En droit du travail, sera discriminatoire le refus d'embauche d'un salarié à raison de son sexe, de sa race ou de son appartenance syndicale³ (art. L 1132-1 c. trav.⁴). Conformément au droit commun, la charge de la preuve de la discrimination pèse sur le contractant exclu⁵ : la preuve du motif véritable de l'exclusion sera donc parfois difficile à rapporter, notamment en présence d'un contrat conclu

¹ Art. L. 211-8 et R. 211-29 c. assur. Les offres d'indemnisation destinées aux victimes sont également obligatoires en présence de certaines infractions pénales dont la réparation est garantie par un fonds de garantie. Ainsi, la commission d'indemnisation des victimes d'infractions doit présenter une offre à la victime (art. 706-5-1 c. proc. pén.), l'offre devant (art. R 50-12-1 et R 50-12-2 c. proc. pén., insérés par le décret n°2005-564 du 27 mai 2005) indiquer, pour chaque chef de préjudice, l'évaluation retenue. Voir Civ. 2^e, 25 février 2010, n°08-20.587.

² Selon l'art. L. 211-13 c. ass., le défaut d'offre en temps utile est sanctionné par l'octroi de dommages-intérêts punitifs, au double du taux légal.

³ Crim., 21 juin 2016, n° 15-80.365, Bull. : (abstrat) « Le refus de renouvellement d'un contrat à durée déterminée d'un salarié, qui entre dans le champ d'application de l'article 225-2, 3°, du code pénal, constitue une discrimination au sens de ce texte et de l'article 225-1 du même code, dès lors qu'est avérée la prise en considération, par l'auteur du refus, de l'engagement politique d'un membre de la famille du salarié concerné. »

⁴ Art. L 1132-1 c. trav. : « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou (...), aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...] en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap. » La sanction est prévue par l'art. L 1134-5 c. trav. « L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. / Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel. / Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée. » Voir également : directive n°2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique

⁵ La discrimination est fréquemment invoquée dans le cadre de la distribution exclusive (infra). Voir : Com., 7 avril 1998, n°96-13219, Bull. n°126 ; RTD civ. 1999, obs. Jacques Mestre.

en considération de la personne (comme le contrat de location ou de travail). Il suffira bien souvent que l'autre n'exprime pas sa confiance, sans expliquer ses motifs. Dans les contrats courants, en revanche, le motif illicite du refus de contracter sera moins délicat à établir, du moins en présence d'une offre véritable (et non d'un simple appel à candidature). Lorsque la preuve de la discrimination est établie, le refus est illicite (sur la sanction : infra) et peut donner à répression pénale (délit de discrimination : art. 225-1 et -2 c. pén.¹ ; délit de provocation à la discrimination réprimé par l'article 24, alinéa 8, de la loi du 29 juillet 1881).

– *L'obligation de motiver un refus* de contracter se traduit par un contrôle plus poussé des motifs. Le refus d'un professionnel à un consommateur (ou à l'usager d'un service public) est prohibé, sauf motif légitime (rupture de stock ...) (art. 122-11 c. conso.²). Techniquement, il s'agit d'une présomption (réfragable) consistant à renverser la charge de la preuve : le refus de contracter est présumé abusif (mais pas discriminatoire).

D'une manière générale, le contrôle des motifs d'un refus de contracter interdit de considérer telle ou telle particularité chez un consommateur ou un usager d'un service public : le législateur interdit d'utiliser le contrat comme un outil (voire une arme) destiné à exclure des catégories de population présentées par certaines caractéristiques (race, sexe, orientation sexuelle, etc³... désormais aussi genre). Ce dirigisme contractuel fait du contrat un instrument qui doit respecter le « politiquement correct ». C'est du moins le cas pour les personnes privées. En revanche, le législateur peut désigner

¹ Art. 225-1 c. pén. (issu de la loi n°77-574 du 7 juin 1977, loi dite « anti-boycott », adoptée afin de lutter contre le boycott économique dans le commerce international et, notamment, le boycott d'Israël) : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

« Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales. »

Art. 225-2 c. pén. : « La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1°/ A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 2°/ A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3°/ A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; 4°/ A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 5°/ A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 6°/ A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

« Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 Euros d'amende. »

² Art. L 122-11 c. conso. : « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime ». Art. R 132-1 c. conso. : « Les refus de vente ou de prestation de services, en méconnaissance des dispositions du premier alinéa de l'article L. 121-11, sont punis de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe. [...] ».

³ Le motif illicite du refus est établi, quand la caution présentée par le locataire (art. 22-1 al. 3 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989) est refusée par le bailleur « au motif qu'elle ne possède pas la nationalité française » (loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002) ou « qu'elle ne réside pas sur le territoire métropolitain » (loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006).

qui il faut exclure. C'est la différence entre le boycott (illégal) et l'embargo (légal), qui apparaît avec l'ostracisme contractuel.

74. L'**ostracisme contractuel** est un refus systématique de contracter opposé à autrui en raison de la défiance que suscite son appartenance à un groupe (vrai ou supposé). C'est parce que l'acquéreur potentiel est de nationalité iranienne ou russe que le vendeur américain refuse ; c'est parce que le salarié est syndiqué que son employeur refuse l'embauche ou une promotion. Exprimé individuellement, mais dans un cadre plus collectif, le refus fait du contrat une affaire politique.

L'ostracisme contractuel prend deux formes juridiques distinctes, le *boycott et l'embargo*.

– Le boycott est produit par une décision collective non étatique. Ce refus de contracter est tenu en droit positif comme illégal : la jurisprudence française¹ ainsi que la cour edh (Cour edh, *Willem contre France*, 16 juill. 2009²) décident que le boycott constitue systématiquement une discrimination, sans examiner les motifs des auteurs du boycott³. Lorsque la loi parle de boycott ou de discrimination, elle dit quel groupe il ne faut pas exclure.

– À l'inverse, l'embargo est produit par une décision étatique (parfois collective, en droit international) et est tenu, en droit positif, comme légal. L'état dispose du monopole, en tant qu'entité politique, du droit de déclarer un autre comme ennemi⁴ : lorsqu'une loi impose l'embargo (qui n'est, de fait, qu'un certain type d'ostracisme), elle dit quel groupe il faut exclure.

Le boycott comme l'embargo ont pourtant la même fonction : c'est un instrument destiné à exercer une pression sur autrui⁵ ayant pour fonction ou résultat de priver l'autre de l'accès à une ressource (de préférence vitale pour lui). L'ostracisme contractuel montre que le contrat peut devenir une arme dirigée contre autrui, et que l'échange individuel des consentements peut être le lieu d'un

¹ C.E., 18 avril 1980, *société Maxi-Librati Création*, n°09643 et n°09644 (annulation d'un avis émanant du premier ministre tendant à ne pas qualifier de discrimination les clauses de la Coface, organisme garantissant l'exportateur contre les impayés, permettant de boycotter les entreprises israéliennes dans les contrats conclus avec les états arabes en belligérance) ; Crim., 18 déc. 2007, n°06-82.245 (à propos d'une clause contractuelle refusant toute intervention d'un transporteur israélien).

² Cour edh, 16 juillet 2009, *aff. Willem c. Franc*, req. n°10883/05 : le maire d'une commune est condamné pour incitation à la discrimination économique (sur le fondement de la loi de 1881 relative à la liberté d'expression, et des art. 225-1 et -2 c. pén.), en ayant appelé à boycotter les produits israéliens dans les marchés conclus avec la commune.

³ En revanche, l'appel au boycott relève de la liberté d'expression (art. 10 conv. edh) selon Cour edh, 5^e sect., 11 juin 2020, n° 15271/16.

⁴ Cette décision politique relève du droit public, car c'est une décision de l'état. Voir : Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 1932, *La notion de politique*, Calmann-Lévy, 1972, préface de Julien Freund, trad. Marie-Louise Steinhauser, p.88 et suiv.

⁵ Faire plier soit une population civile, soit les autorités d'un état, soit les dirigeants d'une entreprise ou une minorité quelconque, voire même une personne isolée (bouc émissaire).

affrontement plus collectif. Le refus du contrat exprime une politique, puisque le contrat suppose d'établir avec le cocontractant une relation distanciée (donc politique).

c/ L'obligation de contracter

75. L'obligation de contracter impose à une personne de devenir contractante, sans pouvoir opposer de refus. Le caractère libre de la décision est donc ici absent : autant dire que la volonté est contrainte, sauf à ne pas exercer une activité déterminée ou à ne plus pouvoir exercer son activité professionnelle.

– L'exercice d'une activité dangereuse envers autrui impose parfois de souscrire un contrat d'assurance. Ainsi, la conduite de véhicule automobile imposera à son auteur de contracter un contrat d'assurance¹ : l'éventuelle victime d'un accident de la circulation disposera d'un patrimoine effectivement solvable (celui de l'assureur, en réalité, dont on sait qu'il doit adresser une offre d'indemnisation à la victime dans les huit mois de l'accident : supra, n° 119).

– L'exercice d'une profession réglementée impose parfois d'accepter l'offre d'un client. Le droit au compte illustre ce cas de figure : toute personne physique (dépourvue de compte en banque) qui se voit refuser l'ouverture d'un compte peut obtenir de la Banque de France la désignation d'une banque qui sera tenue d'ouvrir un compte (art. L 312-1 c. mon. et fin.²). Les producteurs d'électricité peuvent également se voir imposer la conclusion d'un contrat avec un distributeur d'électricité³ (afin d'organiser la mise en concurrence sur le marché de l'énergie) etc.⁴.

Conclusion 2/ Les exceptions à la liberté de contracter : la volonté contrainte ?

¹ Art. L 211-1 c. ass. : « Toute personne physique ou toute personne morale autre que l'Etat, dont la responsabilité civile peut être engagée en raison de dommages subis par des tiers résultant d'atteintes aux personnes ou aux biens dans la réalisation desquels un véhicule est impliqué, doit, pour faire circuler celui-ci, être couverte par une assurance garantissant cette responsabilité, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. (...) ».

² Art. L 312-1 c. mon. et fin. : « Toute personne physique ou morale domiciliée en France, dépourvue d'un compte de dépôt, a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix. [...] En cas de refus de la part de l'établissement choisi, la personne peut saisir la Banque de France afin qu'elle lui désigne un établissement de crédit situé à proximité de son domicile ou d'un autre lieu de son choix, en prenant en considération les parts de marché de chaque établissement concerné, dans un délai d'un jour ouvré à compter de la réception des pièces requises définies par arrêté. L'établissement de crédit ainsi désigné par la Banque de France procède à l'ouverture du compte dans les trois jours ouvrés à compter de la réception de l'ensemble des pièces qui lui sont nécessaires pour procéder à cette ouverture. [...] ».

³ Com., 19 juin 2019, n° 17-20.269, Bull. : selon l'article L. 134-20 du code de l'énergie, « Le Cordis [comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de la régulation de l'énergie] [...] a le pouvoir d'enjoindre à un opérateur de conclure une convention ou de la modifier afin de fixer les modalités d'accès au réseau si, en vue de résoudre un différend, une telle décision est nécessaire pour permettre l'accès au réseau ou pour fixer les conditions de son utilisation, sous réserve de respecter les prescriptions d'objectivité, de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité. »

⁴ La loi imposant d'adhérer à une organisation créée par la puissance publique : Civ. 1^{ère}, 14 janvier 2016, n° 14-26.443.

75. Les **exceptions à la liberté de contracter** interdisent à un contractant de mener la politique contractuelle de son choix quand il loue à un locataire, quand il doit justifier son refus ou quand il conduit un véhicule automobile. L'ensemble de ces exceptions (offre obligatoire, contrôle des motifs du refus, obligation de contracter) correspondent à la perception solidariste de la liberté contractuelle, perçue comme une fonction sociale dont l'exercice est contrôlé par le législateur.

Cette conception solidariste de la liberté contractuelle conduit à considérer que la personne du cocontractant doit être « normale ». La distance relationnelle (partenaire ou adversaire) est standardisée¹.

La volonté de contracter est donc plus ou moins contrainte : elle l'est partiellement en présence d'un droit de préemption (puisque le bailleur reste libre de ne pas vendre) ; elle l'est complètement quand une banque doit cesser d'exercer son activité si la Banque de France lui impose d'ouvrir à compte à tel ou tel client.

Ces contraintes exercées sur la volonté empêchent un acteur de mener la politique contractuelle de son choix : le contrat ne répondra donc pas à ses besoins individuels (et donc à ses propres intérêts), mais à un besoin social (« politiquement correct »). Lors du recrutement d'un commercial, il faudra choisir entre des candidats : ne seront pas recrutés les plus efficaces, mais ceux qui représentent le mieux la « diversité ». Le contrat (et son droit) est au cœur de la question sociale.

(77. et 78. : réservés)

Conclusion du III/ La décision libre : la liberté de contracter

79. La **décision libre de contracter** repose en principe sur une décision libre, mais on note un renforcement contemporain des contrôles sur cette volonté contractuelle, qui s'est, de ce point de vue, socialisée.

Le *principe* repose sur une décision librement adoptée : l'entrée, la poursuite et la rupture des négociations est libre. L'auteur de la rupture doit uniquement s'abstenir de commettre une faute (comme révéler un secret de fabrication). Une personne sollicitée n'est pas non plus tenue d'engager des négociations, ni de se justifier. Ces solutions cadrent avec la théorie libérale.

Les *exceptions* n'apparaissent pas en droit du contrat, mais dans des textes spéciaux ponctuels (loi de 1989 sur les baux d'habitation, droit des assurances ou de la consommation). En droit des contrats spéciaux, la volonté individuelle est désormais davantage contrôlée : un banquier est tenu

¹ Voir : David Graeber, *The utopia of rules* (trad. *Bureaucratie*), 2015, trad. Fr. et P. Chemla, éd. Les liens qui libèrent, p. 215.

de rédiger une offre à un consommateur (il ne peut pas accepter) ; il doit la maintenir pendant un certain délai (30 jours en présence d'un crédit immobilier) ; il doit accepter un client que lui désigne la Banque de France ; il ne doit pas refuser un crédit pour un motif qui pourrait apparaître comme une discrimination. Cet encadrement de la liberté contractuelle oriente voire même contraint la décision de contracter.

La décision libre de contracter donne donc lieu à l'application d'un droit complexe, composé de différentes strates de législations (droit général du contrat, droit des contrats spéciaux), ce qui s'explique par l'importance contemporaine prise par le contrat. Aujourd'hui, chacun tire sa ressource, à un titre ou à un autre, du contrat, ce qui génère des tensions, dont le législateur se fait l'écho.

III/ La décision ferme de contracter : *l'engagement envers l'autre*

80. La **décision ferme de contracter** est acquise lorsque son auteur entend être irrévocablement lié par l'acceptation de l'autre. Selon l'article 1114 c. civ. « L'offre (...) comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et *exprime la volonté de son auteur d'être lié* en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation. » Si l'auteur d'une proposition peut encore se dégager, il éprouve des réserves ; s'il promet de s'engager, l'engagement semble plus solide.

En droit, la *réserve* signale que l'auteur d'une proposition éprouve des réticences à s'engager fermement envers autrui. Ainsi, une "offre" d'emploi publiée dans un journal contient toujours une réserve (selon laquelle l'acceptant doit être agréé) : ce n'est donc pas une offre, mais un appel d'offre. Les contractants sont toujours en négociations.

Les *promesses de contrat* (dénommées compromis par la pratique notariale) sont des engagements pris mutuellement qui peuvent apparaître comme plus fermes. De ce point de vue, les parties s'engagent dans un véritable contrat ; mais son objet a pour spécificité de préparer un contrat définitif dont les grandes lignes sont précisées. Face aux promesses de contrat, il faudra préciser si elles contiennent ou non des décisions fermes.

La fermeté d'une décision manquera en présence d'une réserve (1), et devra être précisée en présence d'une promesse de contrat (2).

80-1. Le processus de **négociation** peut se dérouler en plusieurs étapes et/ou donner lieu à des accords préparatoires.

La phase des *pourparlers*, comme son nom l'indique, ne constitue qu'une phase exploratoire, le contrat n'étant même pas encore un projet, mais une simple éventualité : les éléments fondamentaux du contrat ne sont, au

mieux, qu'ébauchés. En présence d'un appel d'offres (fréquent dans les contrats publics), les grandes lignes du projet sont précisées (réaliser une route ...) : chaque entreprise intéressée adressera une offre véritable au client.

Avant la conclusion d'un éventuel contrat définitif, des accords préliminaires peuvent être conclus afin de faire bénéficier l'un d'une option. C'est le cas avec le *pacte de préférence* qui est un droit de préemption contractuellement convenu. Selon l'article 1123 al. 1^{er} c. civ.¹ : « 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. » Dans l'hypothèse où le propriétaire d'un terrain déciderait de vendre, il s'engage à en proposer prioritairement la vente à un voisin ou un membre de sa famille ...

1/ Les offres faites avec réserves

81. Les **offres faites avec réserves** ne sont pas juridiquement des offres, car l'auteur de la proposition conserve la possibilité de se dégager. Ces réserves sont de deux types : elles sont soit explicites, soit tacites.

L'existence d'une *réserve explicite* consiste pour l'un à signaler à l'autre qu'un point fait l'objet d'un désaccord. Le projet d'accord faisant état de réserves signifie donc que des points (a priori essentiels) doivent encore être négociés. La réserve peut également prendre la forme d'une condition : l'offre d'achat est acceptée, à condition que le prix soit payé comptant. L'acceptation avec réserve doit être requalifiée en offre : selon l'article 1118 al. 3 c. civ., « L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle ».

Les *réserves implicites* donnent lieu à un régime plus complexe, car de nombreuses "offres" ne sont en réalité que des invitations à entrer en pourparlers : une offre d'emploi publiée dans un journal contient systématiquement une réserve implicite, à savoir que l'employeur doit agréer le candidat. À l'inverse, d'autres offres ne contiennent aucune réserve implicite : dans une vente, celui qui accepte le prix demandé est l'acquéreur, et il n'a pas à être agréé. En droit français, il faut distinguer entre contrat courant (en principe) et contrat conclu en considération de la personne :

- En présence d'un *contrat conclu en considération de la personne* (contrat conclu intuitu personae), une « offre » contient une réserve implicite. Celui qui répond à l'annonce devra être accepté. Le contrat de travail ou de bail repose sur la confiance : une « offre

¹ Art. 1123 c. civ. : « 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.

« Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.

« Le tiers peut 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.

« L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat. »

d'emploi » n'en est pas une. La véritable offre viendra plus tard, si le demandeur d'emploi inspire confiance : l'employeur lui présentera une offre d'emploi, en lui proposant la signature d'un contrat de travail, que le salarié acceptera ou non.

- Mais, en principe, en présence d'un *contrat courant* (contrat de vente, d'abonnement à un service), la personnalité du cocontractant est indifférente. Lorsque l'offre de vente ne contient aucune réserve explicite¹, l'offrant est définitivement engagé dès que le premier acceptant manifeste sa volonté. L'offrant ne peut pas prétendre agréer l'acceptant², sauf à poser une condition explicite : il faut indiquer clairement que la personnalité de l'acquéreur doit être agréée (et donc que le contrat est conclu en considération de la personne : supra) ou que le prix est encore à débattre (réserve explicite : supra). À défaut de réserve explicite, l'offrant est tenu envers le premier acceptant, quel qu'il soit.

L'existence d'une réserve signifie donc que l'offre n'existe pas encore, mais l'auteur d'une réserve adopte une position qui se rapproche de la volonté ferme. Un pas supplémentaire pourra le conduire à poser une condition suspensive³ (obtenir un financement ou un permis de construire). L'offre ou l'acceptation contenant une condition deviendra ferme dès que la condition suspensive s'accomplit (infra, la rencontre des volontés). La réserve n'est pas une condition.

82. À défaut de réserve, l'offre sera pure et simple et pourra donc être acceptée, avec toutes les conséquences attachées au caractère ferme de la décision (à savoir la conclusion du contrat par la rencontre des volontés : infra). Néanmoins, le législateur précise le régime de l'offre, qui pourra devenir caduque⁴ après un certain délai ou en présence d'un événement affectant son auteur. C'est l'objet de l'article 1117 c. civ.⁵

Selon l'article 1117 al. 1^{er} c. civ., « L'offre est caduque à l'expiration du *délai* fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. » Lorsque l'offrant a précisé le délai (explicite), l'offre est évidemment caduque à l'expiration de ce délai. Lorsque l'offrant n'a stipulé aucun délai dans son

¹ Civ. 3^e, 22 sept. 2010, n°09-68.967, Bull. n°172 : « Ayant constaté qu'une assemblée générale des copropriétaires avait décidé la vente d'une partie commune à des locataires, la cour d'appel, qui a retenu que la chose vendue était déterminée par la description qui en était faite dans l'ordre du jour et la délibération de l'assemblée, laquelle n'avait assorti la convention d'aucune condition particulière, a pu en déduire que la vente était parfaite entre les parties dès la décision de l'assemblée. »

² Civ. 3^e, 28 nov. 1968, Bull. n°507

³ Art. 1304 al. 2 c. civ. : « La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. » Voir : *Régime général de l'obligation*, n° 217 et suiv.

⁴ La caducité prive de valeur un acte valablement formé à l'origine : il perd sa force obligatoire.

⁵ Art. 1117 c. civ. : « L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. » Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur. »

offre (et qu'il ne l'a pas révoquée), l'offre deviendra caduque à l'issue d'un délai raisonnable¹ (implicite). À l'expiration de ce délai (explicite ou implicite), l'offre sera détruite (caduque), sans nécessiter de rétractation de la part de son auteur².

Selon l'article 1117 al. 2 c. civ.³, l'offre devient également caduque « en cas d'*incapacité ou de décès de son auteur*. » Pour vouloir, il faut être vivant et capable (supra) : la volonté n'existe plus quand son auteur est décédé⁴ ou lorsqu'il subit une incapacité d'exercice (ou de jouissance). Ces évènements détruisent logiquement la volonté.

La *caducité d'une offre* est donc acquise quand son auteur ne veut plus, parce que le délai a expiré ou parce que sa volonté n'existe plus (décès). Techniquement, ce régime s'applique à toute offre, qu'elle soit incluse dans un acte juridique unilatéral (l'offre de crédit envoyée par la banque à l'emprunteur éventuel) ou dans un pré-contrat, dénommé promesse de contrat.

(83. et 84. : réservés)

2/ Les promesses de contrat

85. Les **promesses de contrat** (dénommées compromis par la pratique notariale) sont de véritables contrats qui ont pour objet de préparer la conclusion d'un contrat définitif ou officiel. À ce stade, il semble que la décision prise par chacune des parties manque encore de fermeté, puisque le contrat définitif n'est pas encore officiellement conclu. Mais ces promesses sont également de véritables contrats, et elles peuvent contenir une volonté (ferme) de contracter.

Ces promesses sont de deux types, dont un seul est mentionné en droit du contrat (art. 1124 c. civ.) :

- La *promesse unilatérale* est un contrat par lequel l'un fait une offre à un bénéficiaire qui bénéficie d'une option (soit il acceptera, soit il renoncera au projet de contrat).

¹ Civ. 3^e, 20 mai 1992, n°90-17647, Bull. n° 164 ; D. 1993, p. 493, note G. Virassamy ; JCP N 1994-04-29, n° 17, p. 147, note D-R. Martin : (abstrat) « il résultait des termes de l'offre faite par le propriétaire d'un appartement que la volonté de celui-ci était de réaliser à bref délai son projet de vente, au besoin en recherchant d'autres acquéreurs. (...) La destinataire de la première offre de ce bien n'avait fourni aucune réponse dans un délai raisonnable. (...) L'offre était caduque. » ; Civ. 3^e, 30 mai 2009, n°08-13.230, Bull. n°118 (offre émise en 1995 et une acceptation intervenue en 2001) ; Civ. 3^e, 20 mai 2015, n°14-11.851, Bull. ; D. 2015, p. 1349, note Denis Mazeaud ; JCP 2015, éd. G, chron., 808, spéc. n° 13, note Anne-Sophie Barthez ; RLDC, n° 5889, note Ildo D. Mpindi ; revue AJDI 2015, p. 543, note Frédérique Cohet ; RLDC, n° 5959, chron., p. 72, note Sébastien Pimont : (abstrat) « la stipulation d'une condition suspensive sans terme fixe ne peut pour autant conférer à l'obligation un caractère perpétuel (...) les parties ont eu la commune intention de fixer un délai raisonnable pour (...) l'obtention d'un certificat d'urbanisme » (la promesse de vente est caduque).

² Civ. 3^e, 11 mai 2011, n°10-14.536, Bull. n°76.

³ Art. 1117 al. 2 c. civ. : « Elle [l'offre caduque] l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur. »

⁴ Avant 2016, la jurisprudence était fluctuante sur cette question : Civ. 3^e, 9 nov. 1983, n°82-12996, Bull. n°122 (le décès de l'offrant, vendeur, ne rend pas l'offre caduque) ; Civ. 3^e, 8 sept. 2010, n°09-13.345, Bull. n°153 ; JCP G 2010, n°1051, p. 1990 à 1993, note Gilles Pillet ; Defrénois 2010, n°39170, p. 2123 à 2127, note Laurent Aynès. : « Si le promettant, qui a définitivement consenti à vendre, décède avant la levée de l'option, celle-ci peut être valablement levée (...) » ; Civ. 3^e, 10 mai 1989, n°87-18130, Bull. n°109 (le décès du vendeur rend l'offre caduque).

- La promesse *bilatérale* (dite aussi synallagmatique) est un contrat par lequel l'un s'engage fermement à vendre, l'autre s'engage fermement à acquérir.

86. La **promesse unilatérale** de contrat est définie à l'article 1124 al. 1^{er} c. civ.¹ : « 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. » L'objet caractéristique de la promesse unilatérale est de contenir une offre que le bénéficiaire est libre d'accepter. Cette promesse peut néanmoins contenir des obligations secondaires, à charge du bénéficiaire.

L'objet principal de la promesse unilatérale consiste à *imposer au promettant d'offrir* : il s'engage fermement à acquérir (offre d'achat) ou à vendre (offre de vente), à un prix qui est précisé, pour un bien (immeuble ou entreprise, le plus souvent) qui est identifié. La décision prise par l'offrant est ferme, tandis que celle de l'autre ne l'est pas : c'est la raison pour laquelle il bénéficie d'une option. Soit il acceptera (levée de l'option), soit il n'acceptera pas (dans le délai fixé).

La promesse unilatérale contient souvent des obligations secondaires à charge du bénéficiaire de l'option. Ce dernier versera une indemnité d'immobilisation (fréquemment, 5% du prix de la vente)², quand l'offrant-promettant s'engage à ne pas traiter avec un tiers pendant un certain délai (clause d'exclusivité).

La promesse unilatérale contient donc une offre véritable : la décision ferme d'offrir a été prise par le promettant. Techniquement, par son objet³, la promesse ne se distingue en rien d'une offre résultant d'un acte juridique unilatéral : l'une comme l'autre expriment des *décisions fermes* (qui peuvent être purement et simplement acceptées par le bénéficiaire pour l'un et le destinataire pour l'autre).

87. La **promesse bilatérale** de contrat n'est pas évoquée en droit du contrat. Lors de la conclusion du « compromis », les deux protagonistes s'engagent réciproquement à passer plus tard un contrat *formalisant* leur accord. L'un s'engage à offrir, l'autre à accepter. Ni l'un, ni l'autre ne

¹ Art. 1124 c. civ. : « 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.

« La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.
« Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. »

² L'indemnité d'immobilisation est perdue si le bénéficiaire ne lève pas l'option ; elle s'impute sur le prix en cas de levée de l'option. Une requalification de la promesse unilatérale en promesse synallagmatique peut être effectuée par le juge lorsque le montant de l'indemnité est tel que le bénéficiaire est, en réalité, contraint d'acheter.

³ Mais la sanction applicable en présence d'une rétractation illicite imposera de distinguer entre offre (art. 1116 al. 2 et 3 c. civ.) et promesse unilatérale (art. 1124 al. 2 c. civ.). Infra, la rencontre des volontés.

disposent d'aucune option. La conclusion formelle (ou officielle) du contrat "définitif" aura lieu chez le notaire.

La promesse bilatérale ou synallagmatique de contrat n'est pas évoquée en droit général du contrat, car la question juridique posée n'est pas centrée sur le caractère ferme de la décision prise par chacune des parties. Lorsque la promesse est signée, chacun sait qu'il s'engage fermement (quitte à ce que l'un bénéficie d'un délai de rétractation : infra).

Juridiquement, il faudra préciser le *sens à donner à l'intervention du notaire*, notamment si l'une des parties refuse de s'y rendre.

- Elle prétendra pouvoir "casser" le projet de vente, en affirmant que la décision ferme de contracter ne sera acquise qu'au jour de l'intervention du notaire (comme en présence d'un mariage). Avant le jour J, chacun pourrait encore se dédire (et rompre les négociations).
- L'autre affirmera que l'intervention du notaire est une simple formalité, destinée à simplement officialiser un contrat qui est déjà définitivement conclu (infra). C'est lors de la conclusion de la promesse synallagmatique de vente que les décisions fermes de l'un et de l'autre ont été prises. L'intervention du notaire est un détail secondaire d'application.

En droit positif, l'intervention du notaire est en principe une simple formalité, mais il y a des exceptions lorsqu'une forme est imposée.

- En principe, les décisions fermes de contracter ont été prises lors de la conclusion de la promesse synallagmatique (ce qui aura une conséquence : le contrat définitif est déjà conclu, infra). Cette solution, acquise depuis longtemps¹ et consacrée en jurisprudence², impose à chacun de maîtriser son expression : sauf à faire état de réserves explicites (supra) montrant clairement que les parties en sont encore au stade des négociations, les volontés de contracter sont acquises de part et d'autre. C'est ce qu'exprime l'article 1589 c. civ. à propos de la vente : « *promesse [synallagmatique] de vente vaut vente* ». Plus généralement, la promesse synallagmatique de contrat vaut contrat définitif.
- Par exception, mais il faut un texte impératif, la promesse de contrat ne sera qu'un simple projet quand les parties doivent respecter une forme. Le mariage ne peut être célébré

¹ Conforme à l'esprit du code civil : J.-E.-M. Portalis, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, « Exposé des motifs du titre de la vente », P.U. d'Aix-Marseille, 1988, p.132 ; Fenet, p. 112 : « On a jugé constamment qu'une vente sous seing privé était obligatoire, quoique dans l'acte on se fût réservé faire rédiger leurs accords en acte public, et que cette réserve n'eût jamais été réalisée. Toutes les fois qu'en pareil cas une partie a voulu se soustraire à ses engagements, elle a toujours été condamnée à les exécuter. La rédaction d'une vente en contrat public ne peut être réputée essentielle, qu'autant qu'il aurait été déclaré par les parties que jusqu'à cette rédaction leur premier acte demeurerait aux termes d'un simple projet ».

² Civ. 3^e, 20 déc. 1994 : une promesse synallagmatique de vente prévoyait que l'acquéreur ne sera propriétaire des biens vendus qu'à compter de la réitération du consentement devant notaire ; le vendeur refuse de réitérer. Cassation : la vente est parfaite par « l'accord des parties sur la chose et le prix, sans relever d'autres circonstances de nature à démontrer que les parties avaient faits de la réitération par acte notarié un élément constitutif de leur consentement ».

que par un officier public (maire) : légalement, la promesse de mariage (fiançailles) peut être (librement) rompue, comme une négociation.

À la date de la rencontre des volontés, le contrat est irrévocablement conclu (sauf accord mutuel des parties décidant de détruire ce qu'elles ont créé) : si le vendeur ne se présente pas chez le notaire, l'acquéreur pourra obtenir une exécution forcée (c-à-d. obtenir un jugement déclarant qu'il est le véritable propriétaire de l'immeuble). La clause selon laquelle « *le transfert de propriété n'aura lieu qu'au jour de la réitération devant notaire* » signifie en réalité que le vendeur doit être payé comptant : le jour de l'intervention du notaire, les fonds doivent avoir été virés à l'étude du notaire. L'exigence ne signifie pas les parties n'auraient qu'un projet de contracter que chacune d'elle pourrait rompre : si le vendeur ne se présente pas chez le notaire, l'acquéreur pourra obtenir une exécution forcée (c-à-d. obtenir un jugement déclarant qu'il est le véritable propriétaire de l'immeuble).

88. Le terme « **promesse de contrat** » impose d'identifier son contenu. Unilatérale, la promesse a pour objet une offre de contrat ; synallagmatique, la promesse a pour objet une offre et une acceptation. La promesse exprime a priori une décision ferme : l'un donne à l'autre sa parole, et donc exprime sa volonté d'être lié. En présence d'un vague projet, il n'y a pas de promesse véritable, mais un accord d'étape : le degré de précision de l'accord définitif n'est pas suffisant ; ou bien, il est fait état de réserves ayant précisément pour objet d'indiquer que la décision ferme n'est toujours pas prise.

(89- à 98. : réservés)

Conclusion du §1^{er}/ La volonté certaine de contracter : une décision libre et ferme

99. La **volonté de contracter** est donc acquise en présence d'une décision, prise par une personne capable de souscrire un acte juridique et disposant du pouvoir d'engager son patrimoine (ou celui qu'elle représente) ; cette décision doit être prise librement et elle doit être ferme.

La *liberté de contracter* est encadrée par la loi. En droit du contrat, le principe est que chacun dispose du droit de choisir son cocontractant et du droit de rompre une négociation. Des exceptions, extérieures au droit du contrat, ont été établies : des offres obligatoires de contrat sont imposées (droit de préemption du locataire), les motifs de certains refus de contracter sont contrôlés et la conclusion d'un contrat est même parfois obligatoire (droit au compte bancaire).

La *fermeté de la décision* de contracter est acquise en présence d'une volonté d'être lié par l'acceptation de l'autre. Donner sa parole, c'est un engagement ferme. L'existence d'une réserve doit être explicitement mentionnée dans un contrat courant : à défaut, la promesse est acquise.

Lorsqu'elle présente tous ces caractères, la décision de s'engager sera une volonté de contracter qui prendra la forme d'une offre de l'un, et d'une acceptation de l'autre. Le contrat sera alors conclu.

§2^{ème}/ La conclusion du contrat : la rencontre des volontés

100. La **conclusion du contrat** est acquise par la rencontre des volontés des deux contractants. Selon l'article 1113 al. 1^{er} c. civ.¹ : « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. » Dès que l'acceptation rencontre l'offre, le contrat est en principe immédiatement formé. Mais il existe des exceptions instaurées notamment en droit de la consommation, afin d'inciter le consommateur à réfléchir avant de s'engager.

Le *principe de la formation immédiate* du contrat implique que le contrat se formera rapidement et irrévocablement. L'affaire est « dans le sac ». Ce système, pour fonctionner correctement, suppose que chacun maîtrise son expression. Lorsqu'un particulier vend son véhicule à un garagiste, qui vérifie la carte grise (en la tenant dans la main), le garagiste rayera la mention du propriétaire dès que le vendeur aura accepté la contre-proposition du garagiste. Il est alors trop tard pour regretter d'avoir accepté une réduction du montant du prix.

À compter de la fin des années 1970, le législateur français a toutefois établi des exceptions à cette formation immédiate du contrat, en présence notamment de consommateurs surpris chez eux par un appel téléphonique ou un vendeur à domicile ou trop impressionnés par le montant de l'engagement pris (lors d'un emprunt crédit immobilier). Une procédure impérative est alors imposée pour provoquer la conclusion du contrat : une *temporisation*, à savoir l'écoulement d'un laps de temps avant que le contrat ne puisse définitivement se former, sera obligatoire.

La conclusion du contrat est en principe immédiate, dès que l'acceptation rencontre l'offre (I), sauf exception imposant une temporisation (II).

¹ Art. 1113 al. 1^{er} c. civ. : « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. »

I/ Le principe : la formation instantanée du contrat

101. En **principe**, le contrat est immédiatement formé dès que l'acceptation rencontre l'offre. Cette formation rapide (instantanée) du contrat sera donc acquise à une date précoce. Il suffit de savoir si l'acceptation a eu lieu alors que l'offre était toujours valide (et non pas rendue caduque par l'expiration de son délai ou par le décès de l'offrant¹ : supra, n° 82).

La *date exacte de conclusion du contrat* donne lieu à quelques litiges, lorsqu'une offre a été rétractée avant sa date normale d'expiration, lorsqu'une formalité doit être accomplie ou lorsqu'une acceptation n'est pas reçue par son destinataire (offrant). L'un prétend pouvoir se rétracter (car le contrat définitif ne serait pas conclu), tandis que l'autre estime que le contrat définitif est acquis. Le point commun de tous ces cas montre que l'un cherche à se dégager (ce qui serait possible) ou à se désengager (ce qui ne le serait pas).

L'application du principe de la formation immédiate du contrat (dès que l'acceptation rencontre l'offre) donne lieu à des précisions en droit positif, centrées sur les cas-types de contentieux qui surviennent : la rétractation d'une offre faite avec délai (1) ; l'absence d'un détail en présence d'un accord sur l'essentiel (2) ; la réception d'une acceptation, lors de la conclusion d'un contrat conclu à distance (3).

1/ La rétractation (illicite) de l'offre faite avec délai

101. La **rétractation illicite de l'offre faite avec délai** se produit lorsque l'offrant s'est préalablement engagé à maintenir son offre pendant un certain délai et qu'il ne respecte pas son engagement : si l'acceptation de l'autre a lieu pendant le délai fixé, le contrat est-il définitivement conclu ? La rétractation illicite de l'offre a suscité un débat doctrinal (politiquement orienté) entre le solidarisme et l'autonomie de la volonté, débat sur lequel le législateur a pris position.

Selon le courant libéral (autonomie de la volonté), la rencontre des volontés n'a lieu que si les deux volontés *existent en fait* au même moment. Une rétractation illicite sera sanctionnée par une obligation légale (l'indemnisation, au titre de la responsabilité civile : art. 1240 c. civ.²) ; mais le contrat n'est pas conclu. La volonté certaine doit exister en fait, et c'est celle que consacre le droit ; la rencontre n'a pas lieu quand l'offre est détruite avant l'acceptation.

Selon le courant solidariste, le caprice de celui qui se rétracte ne doit pas être pris en compte. La rétractation illicite de l'offre est considérée comme nulle, et donc réputée maintenue pendant toute

¹ Acceptation trop tardive, interdisant la rencontre des volontés : Civ. 3^e, 25 mai 2005, n°03-19.411, Bull. n°117 ; JCP 2005.I.172, n°1 à n°5, obs. P. Grosser.

² Art. 1240 c. civ. : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

la durée du délai. En conséquence, l'acceptation qui survient pendant le délai, même après la rétractation de l'offre, permet au contrat de se former. La volonté certaine *doit exister (en droit)*, même si elle n'existe plus en fait (l'offre reste valable) et la volonté d'accepter (en fait comme en droit) permet la rencontre des volontés, donc la conclusion du contrat.

La rétractation d'une offre faite avec délai a donné lieu à débat centré sur la définition de la volonté. Pour les uns, la volonté est une décision quelconque qui doit exister en fait pour exister en droit. Pour les autres, la volonté est une intention (adulte) et non pas un caprice : la volonté sera parfois réputée acquise en droit, même si elle n'existe plus en fait. En droit positif, l'ordonnance du 10 février 2016 réalise une « synthèse » (reprise par Soc., 21 septembre 2017¹) : le principe est libéral (a), mais il existe des exceptions (solidaristes) en présence d'une promesse de contrat (b).

101-1. La **volonté** est à la fois le produit d'une décision (d'un choix adopté en conscience, à la différence du réflexe) et d'une intention (de modifier une situation de fait, par la réalisation future d'une prestation). L'accent mis sur l'un de ces deux aspects, décision ou intention, produit de conséquences juridiques opposées.

Bien que le terme *boulesthai*, volonté, existe dans la langue grecque, comme dans toutes les langues indo-européennes (velle, wollen, vouloir ...)², la pensée grecque classique a *distingué* entre l'intention relevant de l'intelligence et l'envie relevant des sens ou des passions³. Cette dichotomie pratiquée avec constance traduit une exigence culturelle : l'absence relative de la « volonté » (ou de la « vie » sous une modalité générique : la langue grecque distingue entre le fait sensible, zoé, et son mode intelligent d'expression, le bios⁴) conduira à distinguer entre un désir (issu de la zoé) et l'intention (traduisant une qualité proprement humaine, issue de l'intelligence). Si seule l'*intention* exprime la modalité civilisée de la volonté, une décision sans intention (un mariage sans intention matrimoniale) n'accèdera donc pas au statut de volonté. Kant (1724-1804), notamment dans la *Métaphysique des mœurs*, s'inscrit dans ce courant. Il distingue entre une forme inférieure de la faculté

¹ Soc., 21 septembre 2017, n°16-20.103 et n°16-20.104, Bull. ; RLDC 2017, n°6346, p. 6 ; D. 2017, p. 2289, note B. Bauduin et J. Dubarry ; D. 2017, p. 2008, note Denis Mazeaud ; Gaz. Pal. 2017, n° 34, p. 13, note Mathias Latina ; AJ Contrat 2017. 480, obs. C.-E. Bucher ; RDT 2017. 715, obs. L. Bento de Carvalho ; RTD civ. 2017. 837, obs. H. Barbier : « L'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. La rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur.

« En revanche, la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis. »

² Certains ont parlé d'un « préjugé de la langue » sur lequel la philosophie aurait tenté de raisonner : François Jullien, « Fonder la morale », préc., chap. X Chimérique volonté, p. 1485 et suiv.

³ Aristote (Éthique à Nicomaque) distingue entre une faculté intellectuelle, l'« intention » (ou proairesis) et une faculté sensible de nature passionnelle, la tendance, le désir. Voir : François Jullien, « Fonder la morale » (1995), in *La pensée chinoise dans le miroir de la philosophie*, Opus Seuil, 2007, p.1485.

⁴ Giorgio Agamben, *Homo sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue* (1995), Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1997, p.9 : « zoe, qui exprimait le simple fait de vivre, commun à tous les êtres vivants (animaux, hommes ou dieux), et bios, qui indiquait la forme ou la façon de vivre, propre à un individu ou à un groupe. » Le même constat peut être fait à propos de l'amour : soit une pulsion (éros, agape), soit acte intelligent (philae) ; ou du temps : soit un temps chronologique (chronos), soit un temps spirituel, opportun (kayros) ; ou de la parole : soit du bruit émis par la bouche (phone), soit un discours articulé (logos).

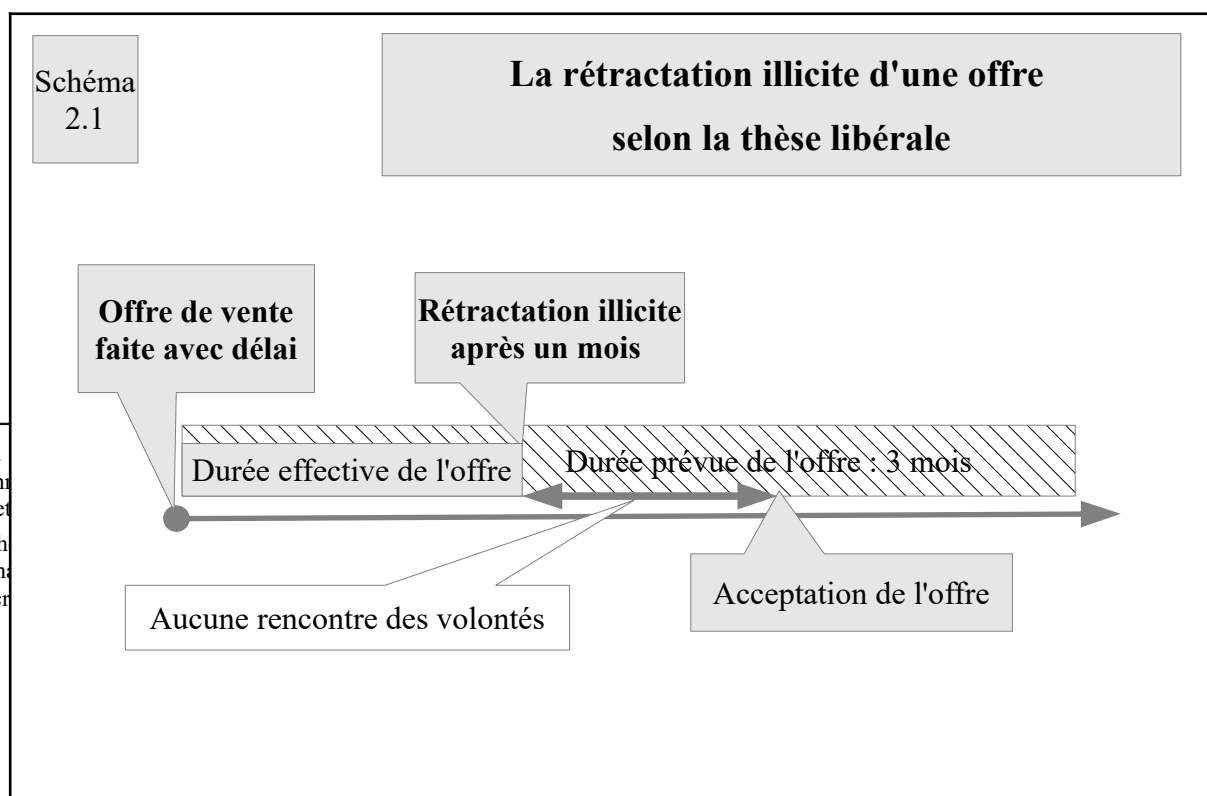
de désirer (en fonction des inclinations individuelles : la volonté au sens de Locke), et une forme supérieure (comprise comme la faculté de se donner à soi-même sa propre loi morale¹). Lorsque Kant affirme l'autonomie de la volonté (bien distincte de la réinterprétation que le courant juridique du même nom en a faite²), il se réfère à une décision intelligente, morale et pratique, au final proche de la position grecque classique. Nietzsche, pour sa part, n'a vu dans cette distinction kantienne qu'un verbalisme.

En revanche, si la volonté est un concept global, attaché à toute *décision* prise, sans distinguer entre l'intention (délibérée en conscience) et l'envie (déterminée par une passion), il suffira de constater que la décision exprime un choix : la décision suffisamment libre, échappant à la contrainte, exprimera une volonté. Dans la philosophie occidentale, le courant empiriste (John Locke, puis David Hume, John Stuart Mill) pose que le désir est moteur de la volonté.

Le débat philosophique sur le concept de volonté possède des répercussions juridiques potentielles. Si la volonté apparaît comme un concept dual, imposant au préalable une qualification, sera privé de volonté (ou de parole) l'être humain qui n'exprime pas une intention (adulte), mais un caprice : il fera du bruit avec sa bouche (phone), mais ne parlera pas (logos). Si la volonté apparaît comme un concept générique, toute décision quel que soit l'intérêt qu'elle exprime sera une volonté, dès lors que son auteur dispose d'une alternative : la décision exprime alors un choix plus ou moins souverain.

a/ Le principe (libéral) : l'indemnisation

102. Selon le **principe libéral**, il faut une volonté effective qui existe de part et d'autre au même moment pour qu'une rencontre des volontés ait lieu et donc que le contrat puisse se former. L'auteur d'un refus illicite (donc d'une faute) sera tenu d'indemniser la victime, mais le contrat n'est pas conclu, et le montant de l'indemnisation ne peut pas inclure la perte du profit du contrat. Tous les aspects de cette thèse sont consacrés à l'article 1116 c. civ.



¹ E. vient objet
² Ch. hum. discr

qui les
est

Premièrement, *aucun contrat ne peut se former*. Le retrait illicite de l'offre faite avec délai (hypothèse visée à l'article 1116 al. 1^{er} c. civ.¹) donne lieu à une sanction précisée à l'article 1116 al. 2 c. civ. : « La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat. » Cette solution reprend la position adoptée avant 2016 par la jurisprudence, celle de la cour de cassation (Civ. 3^e, 15 déc. 1993² ; Civ. 3^e, 11 mai 2011³ ; Com., 11 mars 2014⁴) comme celle du conseil d'état (C.E., 2 avril 2015⁵). La rétractation détruit l'offre : l'acceptation ne peut plus la rencontrer.

Deuxièmement, l'*indemnisation* sanctionne l'auteur d'une faute. En présence d'une rétractation illicite (puisque le délai n'est pas respecté), l'auteur de la faute engage sa responsabilité civile envers la victime (sur le fondement de l'article 1240 c. civ.⁶). Le montant de l'indemnisation conduira à compenser le temps perdu et les frais exposés (billets de train ...), mais le profit du contrat (la

¹ Art. 1116 c. civ. : « Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.

« La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

« Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat. »

² Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n°91-10.199, Bull. n°174 ; Dalloz 1994, p. 507, note Fr. Bénac-Schmidt ; Dalloz 1995.Som. com., p.87, obs. Laurent Aynès ; JCP N 95.II.22366, note Denis Mazeaud : « Tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, [...] la levée de l'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir » ; Civ. 3^e, 5 avril 1995, n°93-15.572, Bull. n°101.

³ Civ. 3^e, 11 mai 2011, n°10-12.875, Bull. n°77 : (abstrat) « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée ».

⁴ Com., 11 mars 2014, n°13-10.366, Bull. n°49 ; Dalloz, 2014, p.719, note Alain Lienhard ; revue Droit des sociétés, n°5, mai 2014, comm. n°82, p.28 à 31, note Dorothee Gallois-Cochet ; JCP E 2014, n°1224, p. 32-33, note Bruno Dondero ; RLDC 2014, n°5405, p. 12-13, note Cécile Le Gallou.

⁵ Conseil d'Etat, 2 avril 2015, n°364539 : « la rétractation par le promettant d'une promesse unilatérale de vente, lorsqu'elle intervient avant que le bénéficiaire ait levé l'option dans le délai stipulé dans le contrat, se résout, conformément aux dispositions de l'[anc.] article 1142 du code civil [devenu art. 1221], en dommages et intérêts, à moins que les parties aient contractuellement décidé d'écarter l'application des dispositions de cet article ».

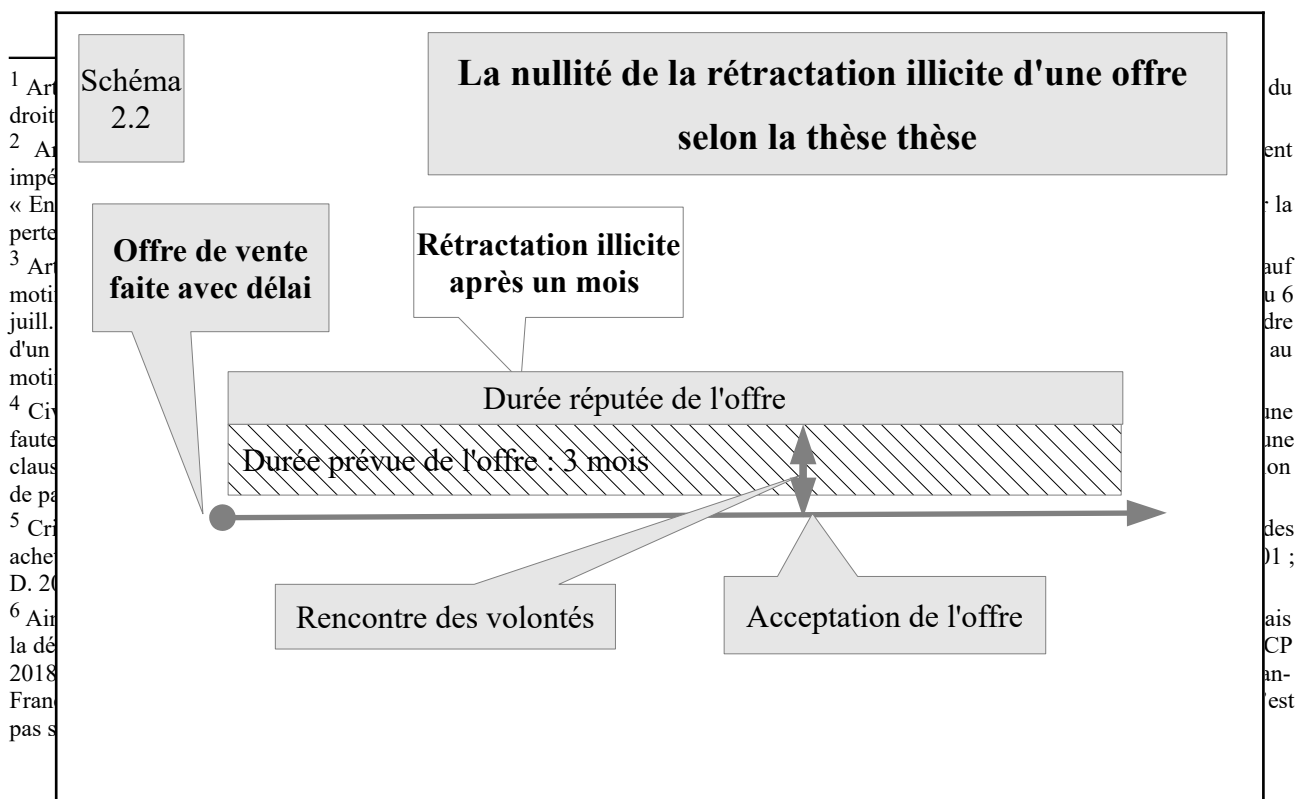
⁶ Art. 1240 c. civ. : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

revente d'un immeuble avec profit) ne l'est pas. Selon l'article 1116 al. 3 c. civ.¹ : « Elle [la rétractation illicite] engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat. » Cette précision est identique à celle prévue à l'article 1112 al. 2 c. civ.², en cas de rupture fautive d'une négociation.

Troisièmement, ces solutions valent à titre de *principe*. Lorsque le législateur ne prévoit pas la sanction applicable³ à un refus illicite (refus d'offre⁴ ; motif illicite⁵) ou à une décision illicite⁶, la volonté de l'un sera toujours absente. La personne évincée n'obtiendra qu'une indemnisation. Le principe est donc libéral, et il faudra une exception pour l'écarter.

b/ L'exception (solidariste) : la nullité du refus illicite

103. Par **exception**, ce qui suppose un texte explicite, le législateur peut prévoir que le refus illicite sera, comme le prône le courant solidariste, sanctionné par la nullité. La nullité de la rétractation illicite signifie que le caprice de celui qui refuse ne sera pas pris en compte : l'auteur du refus fera du bruit avec sa bouche (phone), mais il ne parlera pas (logos). Dès lors qu'une volonté de contracter est constatée en droit, même si elle est parfois détruite en fait, le contrat sera formé. Une acceptation aura rencontré une offre officielle.



En droit du contrat, deux exceptions sont prévues :

- La première exception est établie en présence d'une *promesse unilatérale de contracter faite avec délai*. Selon l'article 1124 al. 2 c. civ.¹, « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». Le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat qui accepte pendant le délai devient contractant, même si l'acceptation intervient alors que l'offre a été préalablement rétractée². La rétractation illicite est nulle (alors que l'offre contenue dans un acte unilatéral est soumise au principe : art. 1116 c. civ., supra n° 102).
- La seconde exception est établie en présence d'une violation d'un *pacte de préférence* (défini à l'article 1123 al. 1^{er} c. civ.³). Lorsque l'un promet à l'autre de lui adresser une offre, préalablement à quiconque, dans l'éventualité d'une vente (ce qui est un droit de préemption contractuellement prévu), la violation du pacte sera établie quand la vente est proposée à un

¹ Art. 1124 c. civ. : « 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.

« La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.
« Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. »

² Civ. 3^e, 23 juin 2021, n°20-17.554, Bull. FS-B ; D. 2021. 1574, note L. Molina: point 11. (...) [Le promettant] s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire. »

³ Art. 1123 al. 1^{er} c. civ. : « 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. »

tiers. Selon l'article 1123 al. 2 c. civ.¹ (reprenant partiellement la jurisprudence²), le bénéficiaire injustement évincé bénéficie d'une option quand il est confronté à un tiers-acquéreur de mauvaise foi : soit il invoque la nullité (intégrale) de la vente illicite, soit il demande à se substituer au tiers-acquéreur (le bénéficiaire invoquant alors seulement la nullité partielle de la clause identifiant l'acquéreur), soit encore le bénéficiaire du pacte peut réclamer une indemnisation³.

En droit du contrat (depuis l'ordonnance du 10 février 2016), la thèse solidariste est ainsi exceptionnellement consacrée. La volonté existe légalement tout au long du délai (promesse unilatérale) et envers autrui (pacte de préférence), qu'elle existe en fait ou non. C'est également le cas avec le droit de préemption du locataire soumis à la loi de 1989, puisque l'article 15 II prévoit que le congé pour vente donné par le bailleur au locataire « vaut offre de vente au profit du locataire »⁴. Mais il faut toujours un texte spécial qui doit préciser explicitement que le refus de contracter est nul. Alors, le refus illicite sera traité comme un caprice.

103-1. La **nullité de la volonté illicite** (rétractation illicite⁵ ; refus illicite d'offrir ; décision illicite de licencier un salarié) est prévue dans certains droits européens (germaniques⁶). La sanction prévue en droit français est variable : la méconnaissance du droit de la préemption de la safer est sanctionnée par la nullité de la vente⁷, mais la safer ne peut pas se substituer à l'acquéreur. Il existe de nombreux textes réputant nulle une

¹ Art. 1123 al. 2 c. civ. : « Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. »

² Mixte, 26 mai 2006, n°03-19376, Bull. n°4 ; D. 2006, p.1861, note Pierre-Yves Gautier ; D. 2006, p.1864, note Daniel Mainguy : « 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 ». Arrêt confirmé par Civ. 3^e, 31 janv. 2007, n°05-21.071, Bull. n°16.

³ En présence d'un tiers-acquéreur de bonne foi (qui ignore l'existence du pacte de préférence ou la volonté de son bénéficiaire de s'en prévaloir), la seule sanction admise est la responsabilité du vendeur envers le bénéficiaire : art. 1123 al. 2 c. civ. (supra).

⁴ Art. 15 II de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 : « Lorsqu'il est fondé sur la décision de vendre le logement, le congé doit, à peine de nullité, indiquer le prix et les conditions de la vente projetée. Le congé vaut offre de vente au profit du locataire : l'offre est valable pendant les deux premiers mois du délai de préavis (...) ».

⁵ Ainsi, l'article 233 al. 2 c. civ. (issu de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce) prévoit que, en présence d'un divorce sur demande acceptée (acceptation du principe de la rupture du mariage), « Cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel ».

En droit des procédures collectives (débiteur professionnel en faillite), l'article 642-2 V c. com. prévoit, en présence d'une offre de reprise d'une entreprise en liquidation judiciaire, que « L'offre ne peut être modifiée, sauf dans un sens plus favorable (...), ni retirée. Elle lie son auteur jusqu'à la décision du tribunal arrêtant le plan », c'est-à-dire jusqu'à l'acceptation de l'offre (par le tribunal). Il est même prévu qu'« en cas d'appel de la décision arrêtant le plan, seul le cessionnaire reste lié par son offre » : l'offrant (cessionnaire) demeure tenu.

⁶ Droits allemand, autrichien, suisse (art. 3-1 c. obl. : « Toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai. »).

⁷ Civ. 3^e, 31 mai 2018, n°16-25.829, Bull. ; Defrénois 2018, n° 23, p. 5 ; Rev. loyers 2018, p. 367, note Bernard Peignot : « la sanction encourue en cas de vente du bien en méconnaissance du droit de préemption [de la SAFER] est la nullité de la vente, sans substitution de la SAFER à l'acquéreur. »

rétractation : en présence d'une offre faite à un juge¹ ; en cas de surenchère du 10e, qu'un créancier hypothécaire peut requérir en cas de vente amiable de l'immeuble² ; etc ...³.

104. La **rétractation d'une offre de contracter faite avec délai** donne donc lieu à l'application d'un principe libéral, flanqué d'une exception solidariste. En principe, le non-respect du délai par son auteur est sanctionné par une indemnisation au profit du destinataire de l'offre : la rencontre des volontés n'a pas eu lieu (art. 1116 al. 2 c. civ.).

Exceptionnellement, le bénéficiaire d'une promesse rétractée illicitement sera nulle (art. 1124 al. 2 c. civ.) ; il disposera d'une option en cas de violation du pacte de préférence (art. 1123 al. 2 c. civ.).

Ce droit complexe ne s'explique pas par des différences de fond : l'offre unilatérale simple ou celle résultant d'une promesse ont un même contenu (le service est identique), mais le droit applicable est différent. En réalité, la solution légale n'est que le produit d'une transaction : il faudra donc connaître en détail ce droit positif pointilliste pour identifier la solution applicable (ce qui supposera fréquemment de faire appel à un juriste).

En l'état actuel des choses, le principe est issu de la théorie libérale (le refus, même illicite, manifeste une décision de fait, laquelle crée un obstacle insurmontable au contrat ; le refus illicite génère une obligation légale d'indemnisation). Exceptionnellement, le refus illicite est nul, en présence d'une disposition explicite de la loi (la volonté doit exister en droit, même si elle n'existe pas en fait ; le refus illicite est tenu pour nul et non advenu).

(105- à 109. : réservés)

2/ L'absence d'un détail ou d'une formalité : l'accord sur l'essentiel

110. L'**absence d'un détail ou d'une formalité** est parfois l'occasion pour l'un de considérer que le contrat définitif n'est pas encore conclu (puisque le notaire n'a pas encore rédigé le contrat "définitif"), alors que l'autre estime que l'absence d'un détail d'exécution ou d'une formalité n'est qu'un prétexte, puisque, dès lors que les deux parties se sont mutuellement entendues sur les grandes lignes d'un contrat, le contrat définitif est acquis.

¹ Com., 14 novembre 2019, n° 18-15.871, Bull. ; JCP 2019, éd. E., act. 782 ; Lettre actu. proc. civ. et comm. 2020, alerte 11, note Jocelyne Vallansan ; Les Petites Affiches, 13 janvier 2020, p. 13, note Hicham Didou ; Bull. Joly entreprises en difficultés 2020, p. 38, note Clément Favre Rochex : l'auteur d'une offre d'acquisition dont prend acte l'ordonnance du juge « rend impossible la rétractation de son consentement par l'auteur de l'offre ».

² Art. R322-51 al. 3 c. proc. civ. d'ex. : « La déclaration de surenchère ne peut être rétractée. »

³ Art. L. 227-15 c. com., prévoyant la nullité de « toute cession effectuée en violation des clauses statutaires » dans une société par actions simplifiée. L'hypothèse du texte est très spécifique : un associé doit respecter le droit de préemption des autres associés, lorsque le premier décide de vendre ses actions à un tiers.

En droit du contrat, la date de conclusion du contrat définitif est acquise non par un critère formel (acceptation officielle), mais par un critère substantiel. Dès que « les éléments essentiels » du contrat (art. 1114 c. civ.¹) sont offerts par l'un et acceptés par l'autre, le contrat définitif y est puisque les parties sont d'accord sur l'essentiel. Cela peut arriver même quand certains détails sont absents (a) ou lorsque le contrat n'est pas encore formalisé (b).

a/ L'absence d'un détail : la distinction entre le secondaire et l'essentiel

111. L'absence d'un détail (le lieu de livraison de la marchandise, le prix) dans le contrat conduira le juge devra trancher le litige en effectuant une qualification. Soit le détail manquant est secondaire, soit il est essentiel :

- si un *détail secondaire* manque, le contrat définitif est déjà conclu, même si des points restent en suspens. Par exemple, le client et l'architecte sont (définitivement) d'accord sur la réalisation de plans ; en revanche, sera un simple projet le fait que le client veuille réaliser les plans proposés par l'architecte².
- en revanche, si un *détail essentiel* manque encore, les négociations peuvent encore être rompues³. L'employeur et le syndicat sont certes d'accord sur le passage aux 35 heures hebdomadaires, mais pas sur la contrepartie (maintien du salaire ou baisse proportionnelle). L'accord n'était donc qu'un simple projet (éventuellement, instaurer les 35 heures, suivant des modalités – essentielles - à négocier) ; le syndicat a cru à tort que l'accord était acquis (les 35 heures seraient acquises, certains points de détail non essentiels d'exécution restant à négocier, pour parfaire la convention collective⁴) (Soc., 19 déc. 1989 ⁵).

Lorsque le juge tranche le litige, l'un des protagonistes apprendra qu'il était effectivement contractant ou bien qu'il s'est nourri d'illusions.

¹ Art. 1114 c. civ. : « L'offre (...) comprend les éléments essentiels du contrat envisagé (...). A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation. »

² Civ. 3^e, 9 février 2011, n° 10-10.264 (abstrat) : « Le contrat d'architecte ayant notamment pour objet la réalisation par l'architecte de projets de plans et devis de travaux, le seul refus par le maître de l'ouvrage d'un projet qui lui est soumis n'établit pas l'absence de contrat le liant à l'architecte. » L'établissement des plans est contrat, la réalisation des travaux est projet.

³ Art. 1115 c. civ. : « Elle [l'offre] peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. »

⁴ La convention collective est un acte juridique spécifique : conclue entre l'employeur et les syndicats représentatifs, elle produit ses effets entre l'employeur et les salariés.

⁵ Soc., 19 déc. 1989, n°88-13.388 ; Bull. n°721 ; D. 1991, p. 62, note J. Schmidt-Szalewski : (abstrat) « Si la clause d'un accord d'entreprise, selon laquelle " en tout état de cause, l'objectif des 35 heures sera atteint pour tous en 1985 " ne constitue qu'un accord de principe, faute de déterminer à quelles conditions précises, cette diminution d'horaire aura lieu, elle est complétée par une autre clause par laquelle les partenaires sociaux ont décidé " qu'ils se rencontreraient ultérieurement pour examiner le bilan des dispositions déjà adoptées et rechercher les mesures qui pourraient être prises en matière de durée hebdomadaire du travail ". Il en résulte que ces parties ont contracté l'obligation de négocier en vue de parfaire leur accord sur une réduction à 35 heures de la durée hebdomadaire du travail ».

111-1. Le contexte tendu des relations sociales au sein d'une entreprise explique la relative fréquence du contentieux dont les « accords » font l'objet, notamment quand ils sont conclus lors d'un conflit. Le titre même de l'accord est négocié : l'un veut un contrat définitif, l'autre un simple accord de principe, n'engageant à rien : on tombe d'accord sur un terme vague « accord ». L'un cherche à se contenter d'une promesse vague, en estimant que la clause est suffisamment vague pour être dépourvue de valeur juridique (les promesses n'engagent que ceux qui y croient) ; l'autre cherche à obtenir une promesse suffisamment précise pour qu'elle puisse être juridiquement qualifiée de volonté par le juge. L'accord signé par les deux parties sera ambigu. Parfois, l'accord entre les parties fait apparaître des *points de désaccord* entre les parties. En présence d'un désaccord dont les parties ne sont pas spécialement conscientes, le litige sera tranché par le juge. Lorsque les parties sont conscientes de leur désaccord, on parlera de réserves (*supra*). La jurisprudence manque sur le point de savoir l'existence du moindre désaccord entre les parties interdit de parler de contrat définitif (lorsque, par exemple, le désaccord porte uniquement sur le lieu de paiement, obligation portable ou quérable).

b/ L'absence d'une formalité à accomplir

112. En présence d'une **formalité à accomplir**, comme l'intervention d'un notaire ou la rédaction d'un écrit signé des deux parties (*infra*, l'expression de la volonté), la question consiste à savoir si une partie peut ne pas se rendre chez le notaire (et donc casser le projet de contrat) ou bien si l'intervention du notaire n'est qu'une formalité (de sorte que le contrat est définitivement conclu, avec exécution forcée à la clef en cas de refus de l'autre). Sachant que le contrat est formé immédiatement dès la rencontre de l'offre par l'acceptation, il faudra distinguer entre le principe et les exceptions :

- En principe, *promesse (synallagmatique) de contrat vaut contrat*. Lorsque, dans une promesse synallagmatique de vente, l'un s'est engagé fermement à offrir et l'autre à accepter, les deux parties sont d'accord sur l'essentiel. Certes, l'un et l'autre ont pu poser des conditions : l'acquéreur s'est engagé à condition d'obtenir un financement, et son acceptation devient pure et simple dès que la condition (suspensive) est accomplie (financement obtenu). Le vendeur exige un paiement comptant, et la condition sera respectée le jour où les fonds seront virés à l'office du notaire. Si, le jour prévu à l'intervention du notaire, le vendeur ne se présente pas, la vente définitive a déjà eu lieu : le contrat définitif est conclu dès que l'acquéreur a informé le vendeur que le financement était obtenu ; le transfert de propriété (retardé par la condition du paiement comptant) aura lieu le jour où les fonds sont consignés chez le notaire (et l'acquéreur pourra obtenir l'exécution forcée sur l'immeuble). Pareillement, si l'acquéreur ne se présente pas chez le notaire, alors que son financement est

obtenu, le vendeur pourra pareillement obtenir l'exécution forcée (et faire saisir le prix). C'est le principe. La solution, affirmée par l'article 1589 c. civ.¹ à propos de la vente (« *promesse de vente vaut vente* ») est l'expression d'un principe plus général : la promesse synallagmatique de contrat vaut contrat, quand les parties sont d'accord sur tous les points qu'elles jugent essentiels². La promesse synallagmatique de contracter n'existe pas : elle doit être requalifiée en contrat définitif.

– Exceptionnellement, la formalité sera un détail essentiel. La conclusion du contrat d'hypothèque ou du contrat de mariage doit obligatoirement être passée devant notaire : c'est une condition de forme (infra, expression du consentement). Avant l'intervention du notaire, le projet de contrat peut être rompu. Le contrat définitif n'y est pas. Il en ira de même en présence d'une clause explicite et claire précisant que les parties se réservent un délai de réflexion : elles n'ont en tête qu'un projet de contrat.

Techniquement, la promesse synallagmatique de contrat n'existe pas : soit elle est un contrat définitif (parce que deux volontés fermes se sont déjà rencontrées) ; soit elle n'est qu'un projet de contrat (obéissant au régime de la libre rupture des négociations). Dans un cas comme dans l'autre, la requalification s'impose.

(113. et 114. : réservés)

3/ La date de conclusion du contrat conclu à distance

115. La date de conclusion du contrat conclu à distance permet d'identifier le moment exact auquel le contrat est irrévocablement conclu, lorsque l'offrant et l'acceptant contractent par échange de courriers-papier ou de courriels. On parle alors de contrat conclu à distance.

Ces contrats conclus à distance posent une question commune, lorsque l'un cherche à se rétracter après l'envoi de son offre ou de son acceptation. Doit-on admettre sa rétractation quand elle est portée à la connaissance du destinataire avant la réception de l'offre (ou de l'acceptation) ? C'est le système de la réception. Doit-on, à l'inverse, l'interdire ? C'est le système de l'émission.

¹ Art. 1589 c. civ. : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

« Si cette promesse s'applique à des terrains déjà lotis ou à lotir, son acceptation et la convention qui en résultera s'établiront par le paiement d'un acompte sur le prix, quel que soit le nom donné à cet acompte, et par la prise de possession du terrain.

« La date de la convention, même régularisée ultérieurement, sera celle du versement du premier acompte. »

² Civ. 3^e, 20 déc. 1994 : une promesse synallagmatique de vente prévoyait que l'acquéreur ne sera propriétaire des biens vendus qu'à compter de la réitération du consentement devant notaire ; le vendeur refuse de réitérer. Cassation : la vente est parfaite par « l'accord des parties sur la chose et le prix, sans relever d'autres circonstances de nature à démontrer que les parties avaient faits de la réitération par acte notarié un élément constitutif de leur consentement ». La rencontre des volontés a déjà eu lieu.

Le contrat conclu par internet (par voie électronique) pose une question spécifique, lorsqu'un client effectue une commande sur un site. À quel moment exact le contrat (définitif) est-il formé ? Le législateur adoptera une vision procédurale de la rencontre des volontés.

En droit français, le contrat conclu par échange de courriers obéit à la théorie de la réception (a), et le contrat conclu par voie électronique est conclu par la confirmation de l'offrant (b).

a/ La conclusion du contrat par échange de courriers : la théorie de la réception

116. La **conclusion du contrat par échange de courriers** impose de préciser la date exacte à laquelle survient la rencontre des volontés. Le droit français a opté pour le système de la réception, qu'il applique aux contrats conclus par échange de courriers-papier et également à ceux conclus par mails.

En présence d'un contrat conclu par échange de courriers-papier, l'envoi de la lettre d'acceptation n'est pas la date de formation du contrat. Le contrat se forme définitivement lors de la réception du courrier par son destinataire. Selon l'article 1121 c. civ. : « Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. (...) ». L'article 1121 c. civ.¹ adopte donc la *théorie de la réception*, qui est également appliquée en présence d'une offre (art. 1115 c. civ.²). Tant que le destinataire n'a pas connaissance du consentement de l'autre (offre ou acceptation), l'émetteur peut se rétracter (sans créer une fausse espérance) ; si la lettre est perdue (et donc non reçue), le contrat n'est pas formé ; si la chose vendue périt avant la réception, la perte est pour le vendeur. Avec le système de l'émission (« le cachet de la poste faisant foi »), les conséquences seraient inverses³.

En présence d'un contrat conclu par *échange de courriels* (art. 1147-3 al. 1^{er} c. civ.⁴), le droit applicable est similaire. Dès que l'acceptation est reçue par son destinataire (une fraction de seconde après son envoi, normalement), la rencontre des volontés a eu lieu : c'est le système de la réception, légèrement adapté. Dès que le mail d'acceptation est consultable sur dans la boîte mail, la rencontre des volontés a lieu (art. 1127-2 al. 3 c. civ.⁵).

¹ Art. 1121 c. civ. : « Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue. »

² Art. 1115 c. civ. : « Elle [l'offre] peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. »

³ Toute rétractation de l'acceptant serait interdite ; le contrat serait formé malgré la perte de la lettre (si la preuve de l'envoi était rapportée) ; la chose vendue serait aux risques de l'acquéreur dès l'envoi de son acceptation.

⁴ Art.1127-3 al. 1^{er} c. civ. : « Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1127-1 et aux deux premiers alinéas de l'article 1127-2 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques. »

⁵ Art. 1127-2 al. 3 c. civ. : « La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès. » Tel qu'il est rédigé, ce texte imposerait (hors contrat conclu entre professionnels : art. 1127-3 al. 2 c. civ.) une confirmation de l'acceptation par un accusé-réception. Un tel formalisme serait surprenant : ni la confirmation, ni l'accusé-réception de cette dernière ne devraient être imposés. La jurisprudence est attendue sur cette question.

En présence d'un contrat conclu par échange de courriers (papier ou mail), la rencontre des volontés a donc lieu lors de la réception du courrier, dès que le destinataire peut en prendre connaissance. Les textes applicables sont toutefois différents (art. 1121 dans un cas, 1127-1 et suiv. dans l'autre) : le législateur français a attaché plus d'importance à la forme (papier ou électronique) du courrier qu'à son contenu. Le contrat conclu par voie électronique est effectivement spécifique, mais, en vérité, uniquement en présence d'une commande effectuée sur un site internet.

b/ La date de conclusion du contrat conclu par par voie électronique (site internet)

117. La **date de conclusion du contrat conclu par voie électronique** (sur site internet) suppose, conformément au principe, une rencontre entre l'offre et l'acceptation. La législation applicable repose sur le postulat que ce contrat est conclu à la suite d'une commande effectuée par le client sur un site internet. Une procédure impérative est alors fixée : l'offre ne vaut que tant qu'elle reste accessible au public ; l'acceptation n'aura lieu que lorsque la commande aura été confirmée ; et l'on pourra enfin identifier le moment exact de conclusion du contrat.

L'offre faite par voie électronique (c-à-d. publiée sur internet) vaut tant qu'elle reste accessible sur le site. Selon l'article 1127-1 al. 2 c. civ.¹, « L'auteur d'une offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait. » L'offre restée en ligne signifie que la marchandise reste disponible, à l'image de la présentation de la marchandise dans un magasin physique. Le propriétaire du site est donc, selon l'article 1127-1 c. civ., l'auteur d'une offre.

L'acceptation du client ne sera acquise qu'en respectant une procédure. L'acceptation du destinataire n'a pas lieu immédiatement : elle prend la forme d'une commande, selon l'article 1127-2 al. 1^{er} c. civ. La commande ne deviendra une acceptation qu'après réception d'une confirmation (émanant de l'auteur de l'offre). Selon l'article 1127-2 al. 2 c. civ., « L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée. » Tant que l'acceptation du client n'a pas été confirmée, il peut encore rétracter sa commande.

¹ Art. 1127-1 c. civ. : « Quiconque propose à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les stipulations contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction.

« L'auteur d'une offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.

« L'offre énonce en outre :

1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;

2° Les moyens techniques permettant au destinataire de l'offre, avant la conclusion du contrat, d'identifier d'éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;

3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit figurer la langue française ;

4° Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;

5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre. »

Après la réception du mail (courriel) de *confirmation*, le contrat est conclu. Conformément au système de la réception (supra), peu importe le moment auquel le client a pris effectivement connaissance de ce mail. Selon l'article 1127-2 al. 3 c. civ., « La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès. » La confirmation, envoyée par l'offrant, permet au client de vérifier que le contrat conclu correspond bien à ce qu'il a commandé : il serait alors possible au client, s'il réagit juste après la réception de la confirmation, de contester le contrat. Son silence signifie que la confirmation est conforme à la commande.

La *date exacte* de conclusion du contrat conclu par voie électronique est donc celle à laquelle le mail de confirmation est reçu et ne donne lieu à aucune protestation du client (acceptant). La commande d'un bien ou service sur un site internet (destiné au public) donne donc lieu à une légère adaptation : la formation du contrat est un peu retardée, puisque l'acceptation ne rencontre l'offre que lors de la confirmation (par l'auteur de l'offre), et même un peu après. Cette vision procédurale de la rencontre des volontés se traduit par une très légère temporisation.

117-1. Le **contrat conclu entre professionnels** impose moins de formalités, si du moins les parties en conviennent (art. 1127-3 c. civ.¹). Le contrat peut alors être soumis aux règles du contrat entre absents : la rencontre des volontés aura lieu dès que l'acceptation est reçue, sans qu'il soit besoin d'effectuer une confirmation ou d'envoyer un accusé-réception (ce qu'impose l'article 1127-2 al. 3 c. civ.).

On notera une évolution en cours : l'assouplissement des règles vaut non plus uniquement entre commerçants (infra, liberté de la preuve), solution traditionnelle, mais s'applique désormais plus généralement « entre professionnels ».

(118- à 123. : réservés)

Conclusion I/ Le principe : la formation instantanée du contrat

124. Le principe selon lequel le contrat **se forme instantanément**, dès que l'acceptation rencontre l'offre, possède plusieurs applications. Le contrat n'est pas formé même en présence d'un refus illicite de contracter. En revanche, il est formé dès que les parties sont d'accord sur l'essentiel et dès que chacun peut prendre connaissance de la décision de l'autre. Ces applications cadrent avec la théorie libérale.

¹ Art. 1127-3 c. civ. : « Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1127-1 et aux deux premiers alinéas de l'article 1127-2 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques.

« Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions des 1° à 5° de l'article 1127-1 et de l'article 1127-2 dans les contrats conclus entre professionnels. »

Les exceptions au principe sont établies en présence d'une promesse unilatérale de contrat, rétractée pendant le délai fixé par l'offrant-promettant : le refus illicite de contracter est alors tenu pour nul. Cette exception s'inspire du solidarisme. Une seconde exception dirigiste existe en présence d'un contrat conclu en ligne : le contrat ne se forme que par la réception de la confirmation de la commande. C'est une très légère temporisation.

II/ L'exception de la temporisation : la formation retardée du contrat

125. L'**exception de la temporisation** est établie en présence d'un texte qui impose de retarder la date de formation du contrat. Cette technique d'inspiration solidariste est destinée à protéger le consommateur qui contracte avec un professionnel. L'objectif du législateur est de permettre au consommateur de prendre une décision réfléchie. Une procédure impérative sera alors imposée.

L'objectif d'une *décision réfléchie* prise par le consommateur est apparu en législation en parallèle avec le développement de certaines techniques de vente apparues à partir des années 1970 dans les pays occidentaux. L'argument commercial selon lequel il faudrait accepter immédiatement une « offre exceptionnelle », faute de quoi elle serait révoquée, tombera à plat quand le professionnel est tenu de maintenir son offre pendant un certain délai. Il en ira de même quand un délai doit séparer l'offre et le consentement définitivement donné par le consommateur.

La temporisation apparaît comme une technique d'inspiration solidariste : il s'agit d'écarter le principe d'une formation immédiate du contrat. Reste à fixer le domaine de cette exception : elle se conçoit en présence d'une catégorie de population jugée fragile (les consommateurs) quand elle est confrontée à des professionnels (qui agissent dans leur secteur de compétence). Logiquement, l'exception sera instaurée en droit de la consommation, et non pas en droit civil.

Le but de la législation n'est pas d'interdire la conclusion de ces contrats (dont certains sont utiles), mais de permettre au consommateur d'échapper à la pression du vendeur professionnel, en imposant un *temps de réflexion*. Le législateur contemporain a réagi, non pas de manière curative (annulation pour consentement de mauvaise qualité), mais de manière préventive, par la technique de la temporisation. Différentes techniques, impératives, sont utilisées.

126. Les différentes **techniques de temporisation** sont précisément réglementées par le code de la consommation. La législation est catégorielle (elle ne vise que les consommateurs confrontés aux professionnels) et ponctuelle (propre à chaque contrat : vente à domicile, téléachat, prêt bancaire immobilier ...). Mais, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, ces techniques de temporisation sont

désormais mentionnées à l'article 1122 c. civ.^{1.}, d'ailleurs de manière partielle. L'article 1122 c. civ. ne dit rien de la première technique, centrée sur la durée de l'offre (1) ; mais il mentionne en revanche le délai de l'acceptation (2).

1/ L'offre avec délai minimal de maintien

127. L'offre avec délai minimal de maintien est typiquement imposée en présence d'un contrat de prêt proposé par les banques (établissements financiers). Le banquier doit maintenir son offre de crédit pendant une certaine période de temps :

- 15 jours en présence d'un crédit à la consommation (c-à-d les crédits réalisés pour l'achat de biens d'équipement ou de services) (art. L. 311-18 c. conso.²) ;
- 30 jours en présence d'un prêt immobilier (art. L. 313-34 al. 1^{er} c. conso.³).

Conformément au principe fixé depuis 2016, la *sanction d'une rétractation illicite* de l'offre faite avec délai est différente selon la forme de l'offre (acte juridique unilatéral : indemnisation, art. 1116 al. 2 c. civ. ; promesse unilatérale : nullité, art. 1124 al. 2 c. civ.). Le plus souvent, l'offre du banquier résulte d'un acte juridique unilatéral, adressé par simple lettre : la rétractation illicite du banquier pendant le délai signifie que le contrat de prêt n'est pas formé, et que le banquier engage sa responsabilité civile délictuelle (art. 1240 c. civ.) en présence d'une rétractation fautive. En conséquence, s'il veut éviter une rétractation valide du banquier, le consommateur doit accepter au plus vite, mais en respectant le délai d'acceptation.

2/ Le délai d'acceptation du contrat

128. Le délai de l'acceptation du consommateur, et même plus généralement du cocontractant (art. 1122 c. civ.)⁴, conduit spécifiquement à ralentir la formation du contrat. Deux techniques sont utilisées, le délai de réflexion ou la faculté de rétractation.

L'acceptation avec délai de réflexion imposé impose l'écoulement d'un temps mort entre l'offre et l'acceptation. L'article 1122 c. civ. le mentionne : « La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de

¹ Art. 1122 c. civ. : « La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement. »

² Art. L. 312-18 c. conso. : « L'offre de contrat de crédit est établie sur support papier ou sur un autre support durable. Elle est fournie en autant d'exemplaires que de parties et, le cas échéant, à chacune des cautions.

« La remise ou l'envoi de l'offre de contrat de crédit à l'emprunteur oblige le prêteur à en maintenir les conditions pendant une durée minimale de quinze jours à compter de cette remise ou de cet envoi. »

³ Art. L. 313-34 al. 1^{er} c. conso. : « L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur. »

⁴ Art. 1122 c. civ. : « La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement. »

réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ». Ainsi, la loi prévoit que l'offre de prêt immobilier (qui fait aussi l'objet d'une offre avec délai minimal) ne peut être acceptée avant que ne soit écoulé un délai de 10 jours à compter de la réception de l'offre (art. L 313-34 al. 2 c. conso.¹)². Pendant ce délai, que le consommateur peut mettre à profit pour réfléchir et faire jouer la concurrence, le contrat ne peut pas se former. Toute acceptation³ intervenant au cours de ce délai est nulle.

L'acceptation immédiate, avec faculté de repentir est une autre technique utilisée⁴. Le consommateur peut accepter immédiatement, mais il dispose du droit discrétionnaire de revenir sur la parole donnée. Cette faculté de repentir, également mentionnée à l'article 1122 c. civ.⁵, existe dans les contrats de démarchage à domicile (art. L. 311-41 c. conso.⁶), dans les opérations de vente à distance comme le téléachat (art. L. 121-21 c. conso.⁷), ainsi que dans le crédit à la consommation (art. 312-19 c. conso.⁸, opération qui impose également une offre avec délai minimal) ou l'acquisition d'un immeuble par un consommateur⁹ etc¹⁰ ... Si, à l'issue du délai, le consommateur reste silencieux, le contrat est irrévocablement formé : la force obligatoire du contrat est simplement différée.

¹ Art. L 313-34 al. 2 c. conso. : « L'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions, personnes physiques, déclarées. L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation est donnée par lettre, le cachet de l'opérateur postal faisant foi, ou selon tout autre moyen convenu entre les parties de nature à rendre certaine la date de l'acceptation par l'emprunteur. »

² Il en va de même avec le contrat d'enseignement à distance (art. 9 loi du 12 juill. 1971) : « À peine de nullité, le contrat ne peut être signé qu'au terme d'un délai de six jours après la réception [de l'offre] ».

³ Et plus généralement, tout engagement est nul : Civ. 1^{ère}, 17 janv. 2008, n°05-14.644, Bull. n°15, affirmant que « Les dispositions de l'article L. 121-26 du code de la consommation sont applicables quels que soient la nature et le bénéficiaire de l'engagement souscrit, et notamment à l'autorisation de prélèvement donnée par le client démarché au profit de la société de crédit finançant le contrat principal ».

⁴ En présence d'une rupture conventionnelle du contrat de travail, organisée par la loi n°2008-596 du 25 juin 2008, chacune des parties (employeur et salarié) dispose aussi d'un droit de rétractation pendant quinze jours (art. L1237-3 al.3 c. trav.).

⁵ Art. 1122 c. civ. : « La loi ou le contrat peuvent prévoir (...) un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement. »

⁶ Art. L 311-41 c. conso. : « En cas de vente ou de démarchage à domicile, le délai de rétractation est de quatorze jours calendaires quelle que soit la date de livraison ou de fourniture du bien ou de la prestation de services. Aucun paiement comptant ne peut intervenir avant l'expiration de ce délai. » Une solution identique est prévue dans le BGB, (§ 312 [Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften], droit de rétractation dans le démarchage à domicile).

⁷ Art. L121-21 c. conso. : « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 121-21-3 à L. 121-21-5. Toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation est nulle.(...) »

⁸ Art. L 312-19 c. conso. : « L'emprunteur peut se rétracter sans motifs dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit comprenant les informations prévues à l'article L. 312-28. »

⁹ Art. L271-1 c. construction et de l'habitation : « Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, (...) l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de dix jours (...) ». L'aliéna 4 précise que la disposition s'applique à la « promesse synallagmatique ou unilatérale » de vente.

¹⁰ Art. L.271-1 al. 1^{er} c. construction et de l'habitation (l'acquéreur non professionnel d'un immeuble à usage d'habitation a la possibilité de se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte). Art. L132-5-1 c. ass. : : « Toute personne physique qui a signé une proposition ou un contrat d'assurance sur la vie ou de capitalisation a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pendant le délai de trente jours calendaires révolus à compter du moment où elle est informée que le contrat est conclu. (...) ».

(129- à 147. : réservés)

148. L'**existence du consentement** est acquise en présence d'une décision par laquelle son auteur s'engage librement et fermement envers un autre. Lorsque la décision de l'un (une acceptation) rencontre celle de l'autre (une offre), le contrat est formé.

La volonté de contracter est acquise en présence d'une décision qui peut être prise en principe par toute personne ; il faut une exception pour être soumis à une incapacité. En principe, celui qui s'engage parle en son nom et pour son compte, sauf représentation (auquel cas est engagée la personne représentée). La liberté de contracter porte sur le choix du cocontractant potentiel et elle inclut tous les aspects de la négociation. La décision ferme de contracter sera acquise lorsque l'offre peut être acceptée purement et simplement. Si l'offre contient des réserves, explicites comme tacites, elle ne peut pas encore être acceptée.

La rencontre des volontés est acquise en principe, dès que l'acceptation rencontre l'offre. Le contrat est alors formé immédiatement et irrévocablement. Le droit positif précisera la date exacte à laquelle se produit cette rencontre : le plus souvent, dès que l'acceptation est reçue par l'offrant.

L'existence d'un consentement mutuel des parties est donc acquise simplement : le contrat exprime ici la liberté de contracter de chacun.

149. La **liberté de contracter**, telle qu'elle apparaît en droit du contrat, répond à la définition qu'en donne la théorie libérale. C'est le principe, qui est ponctuellement écarté en présence d'une exception, issue de dispositions spéciales inspirées du solidarisme.

Le principe libéral gouverne le choix du contractant, la sanction du refus illicite de contracter (lorsque l'offrant se rétracte pendant le délai de maintien de son offre), l'ouverture et la rupture des négociations. Le refus de contracter n'a pas à être motivé. La volonté de contracter de l'un doit exister en fait pour rencontrer celle de l'autre.

Les exceptions solidaristes sont issues de dispositions de droit spécial, droit des contrats spéciaux ou droit de la consommation pour l'essentiel. La liberté contractuelle est dirigée par une législation impérative qui impose le choix du contractant (droit de préemption du locataire), d'effectuer une offre ou d'exprimer les motifs d'un refus de contracter (rupture de stock) voire même de contracter (droit au compte bancaire). Le refus de contracter sera parfois tenu pour nul (en présence d'une

promesse de contracter) et la conclusion du contrat sera parfois retardée (temporisation). La volonté de contracter, dans la théorie solidariste, est socialisée, c-à-d. dirigée voire même contrainte.

La liberté de contracter est ainsi gouvernée par le principe libéral, mais avec des exceptions solidaristes qui se sont développées, en raison des inconvénients sociaux que présentent certains refus. La logique qui gouverne l'existence du consentement se retrouve avec les règles applicables à son expression (section 2^{ème}).

Section 2^{ème}

L'expression de la volonté

Résumé :

L'**expression de la volonté** désigne le comportement à adopter pour que l'un puisse manifester à l'autre sa volonté de contracter. En principe, un signe (explicite et univoque) est exigé : la volonté de contracter sera donc certaine. Mais le droit admet également des indices, à titre exceptionnel : certains silences vaudront décision de contracter.

En principe, une *volonté explicite* est exigée, mais le droit du contrat devra préciser le type de signe permettant de manifester sa volonté.

- En principe, le signe est quelconque mais communément compris : c'est le système du *consensualisme* qui impose à chacun de maîtriser son expression, lors de la conclusion du contrat ou lors de sa modification. Comme le silence ne vaut pas acceptation, toute proposition de modification d'un prix qui ne serait pas acceptée par l'autre se traduira par un gel du contrat.
- Exceptionnellement, un signe formel est exigé : c'est le système du *formalisme*. Les contractants devront respecter les formes imposées par la loi, à peine de nullité de leur contrat. La formalité exigée est variable : le contrat solennel nécessite un acte notarié ou un écrit informatif ; le contrat réel suppose la remise d'une chose.

Exceptionnellement, le droit du contrat se contentera d'une *volonté douteuse* établie par un simple indice. Le silence exprimera alors une volonté de contracter, tantôt probable, tantôt incertaine chez l'un des contractants.

- La volonté probable sera exprimée silencieusement lorsque les parties ont établi une habitude. C'est à celui qui veut la dénoncer d'exprimer son refus. Il en va ainsi en présence d'une tacite reconduction : le contrat conclu à durée déterminée sera poursuivi.
- La volonté de contracter, et plus précisément celle d'accepter une modification d'un contrat à exécution successive, sera nettement plus incertaine lorsque le silence du destinataire d'une offre est interprété comme une acceptation. Ainsi, lorsque le banquier avertit son client d'une prochaine modification des tarifs bancaires, le client est réputé accepter par un silence conservé pendant deux mois. Après ce délai, les frais de tenue de compte sont réputés contractuels. Il s'ensuit que le banquier peut modifier le contrat de compte bancaire : si le client refuse, il lui faudra rompre le contrat. L'acceptation implicite permet ainsi de modifier le prix applicable au contrat à exécution successive.

En droit du contrat, l'expression de la volonté permet donc de préciser ce que l'on entend par consentement mutuel des contractants. En principe, l'exigence d'une volonté exprimée (et donc certaine) permet à chacun de préserver ses intérêts, sans jamais être tenu au-delà de volonté : celui qui propose la conclusion ou la modification du contrat doit obtenir l'accord explicite de l'autre. Lorsque le droit du contrat se contente, à titre exceptionnel, d'un silence, celui qui veut rompre une habitude devra la dénoncer ; la loi pourra même favoriser l'intérêt d'un des contractants quand sa proposition de modifier le contrat, et notamment son prix, est réputée acceptée par le cocontractant : le consentement mutuel est réputé exprimé.

150. L'expression de la volonté désigne le comportement à adopter pour que l'un puisse manifester à l'autre sa volonté de contracter (en offrant ou en acceptant). L'autre saura alors à quoi s'en tenir : il sera en présence d'une offre ou d'une acceptation, d'un refus ou d'une abstention. En droit du contrat, si le comportement (défini en droit comme exprimant une volonté de contracter) adopté par son auteur est intentionnel et unique, la volonté de ce dernier sera certaine ; en revanche, si ce comportement est plus équivoque, la volonté de son auteur sera nettement plus incertaine. La question est donc de savoir si le comportement valant (en droit) expression d'une volonté de contracter correspond (plus ou moins) à la volonté de son auteur.

Si le droit exige un *signe*, c-à-d. un comportement univoque et intentionnel adopté par son auteur et perçu comme tel par son destinataire, la volonté exprimée correspondra à la volonté certaine de son auteur. Une volonté explicite sera exigée. En l'absence de signe, marquant clairement la volonté de l'un d'offrir ou d'accepter, le verrou de la volonté ne sera pas levé. L'objectif du droit est alors de s'assurer que chacun ne sera engagé que s'il le veut véritablement. Toute forme d'hésitation (se traduisant par l'absence de signe) interdira à l'autre de pouvoir y déceler une acceptation. L'exigence d'un signe signifie que le contrat correspondra exactement à la volonté des deux contractants (qui seront donc à égalité), qu'il s'agisse de sa conclusion ou de sa modification. Personne ne sera tenu au-delà de sa volonté.

Si le droit se contente d'un *indice*, c-à-d. d'un comportement plus équivoque pouvant conduire à établir une présomption, la volonté présumée exprimée correspondra à une volonté nettement plus incertaine de son auteur. Un fait inconnu (la volonté) sera inféré d'un fait connu (un comportement inerte : un silence), éventuellement en tenant compte de certaines circonstances. Un comportement ambigu (un silence gêné) pourra alors être interprété comme une forme d'acceptation. « Qui ne dit mot, consent » dit le langage populaire : celui qui refuse devra réagir à temps, faute de quoi la volonté de contracter sera considérée comme acquise. Tel banquier informe son client sur son relevé de compte de la prochaine augmentation des frais de tenue de compte : si le silence du client vaut acceptation (éventuellement après un certain délai), les frais de tenue de compte seront désormais contractuellement dus. La proposition de l'un et le silence de l'autre permettront aisément de conclure ou de modifier un contrat. L'admission d'un indice de volonté signifie que le contrat correspondra à la volonté de l'un, mais nettement moins à celle de l'autre.

En droit positif, il faudra donc identifier la politique législative menée par le législateur. Pour exprimer correctement une volonté, une volonté explicite (c-à-d. certaine) est-elle exigée ou bien

peut-on se contenter d'un indice, correspondant à une volonté plus douteuse (parce qu'elle serait socialement souhaitable, par exemple) ?

151. En droit français du contrat, le **principe applicable** transparaît dans de multiples applications¹ centrées pour l'essentiel sur l'expression de l'acceptation.

Selon l'article 1113 alinéa 1^{er} c. civ., « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles *les parties manifestent leur volonté de s'engager.* » L'alinéa second précise les modalités de cette manifestation de volonté : « Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur. » Une déclaration ou un comportement non équivoque sont des signes qui expriment la volonté certaine de leur auteur de s'engager. L'indice, équivoque par définition, n'est pas admis, du moins en principe.

L'article 1120 c. civ. applique la même idée : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières. » En principe, le silence est vide de sens et l'indice qu'il constitue ne suffit pas pour exprimer une volonté ; mais, exceptionnellement (« à moins que »), il sera parlant et pourra valoir acceptation. On peut en déduire qu'en principe il faut un signe et qu'exceptionnellement un indice sera admis.

Les articles 1113 et 1120 c. civ. induisent le principe applicable. Pour contracter, la volonté de l'un et de l'autre doit s'exprimer par un signe (§1^{er}). Mais un indice résultant d'un silence sera exceptionnellement admis pour exprimer un consentement au contrat (§2^{ème}).

(152- à 154. réservés)

§1^{er}/ Le principe : l'exigence d'un signe

155. Le **principe** du droit français du contrat exige l'accomplissement d'un signe pour que la volonté de son auteur soit correctement exprimée. Le signe est, par définition, un comportement univoque et intentionnel adopté par son auteur et destiné à être connu de son destinataire². Il s'ensuit que seule la volonté correctement exprimée est la seule volonté expresse (c-à-d. explicite). Une fois

¹ La théorie de la réception (supra n° 116) suppose un signe, émis intentionnellement par son auteur et destiné à être reçu par son destinataire. Art. 1121 c. civ. : « Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue. »

² La théorie de la réception (de l'offre et de l'acceptation) applique le régime du signe : il faut un émetteur et un destinataire.

identifié le principe adopté en droit français, le droit du contrat devra régler l'expression de chacun. En droit potentiel, deux systèmes peuvent être pratiqués : le formalisme et le consensualisme.

Avec le formalisme, chaque contractant doit accomplir une formalité pour signaler que sa volonté de contracter est exprimée juridiquement. L'exigence d'un *signe formel* entraînera une formation relativement tardive du contrat : si la forme exigée est un acte notarié, chacun pourra rompre la négociation en ne se présentant pas à l'office du notaire. Si le signe formel suppose la remise d'une chose ou une poignée de main, le contrat entre absents ne pourra pas être conclu (ou modifié). Le signe formel est conçu comme une méthode pour alerter la conscience de celui qui s'engage : il incite son auteur à la réflexion. Une condition de forme est donc posée : la forme est le signe formel que les deux contractants doivent accomplir.

Selon le second système dénommé consensualisme, le comportement exigé pour exprimer sa volonté se contentera d'un *signe quelconque mais connu de tous* (une poignée de main, une lettre signée d'acceptation, dire oui ...). Tous les modes d'expression sont mis sur le même plan : l'un envoie une offre écrite, l'autre lui répond par téléphone. Le contrat (définitif) sera conclu plus précocement, dès que l'accord sur l'essentiel est acquis. Cette formation rapide du contrat impose à chacun de maîtriser son expression, et notamment ses paroles. Ce système facilite la conclusion de contrats entre absents, ainsi que leurs modifications. Il suffit de s'entendre, aucune formalité n'est exigée.

En droit positif du contrat, et plus précisément dans les dispositions relatives à la forme du contrat¹ (art. 1172 et 1173 c. civ.), le législateur français a adopté le principe consensualiste (I). Selon 1172 al. 1^{er} c. civ.² : « Les contrats sont par principe consensuels ». Il faudra donc une exception pour imposer le formalisme (II).

155-1. En 1804, l'adoption du **principe consensualiste** marque une rupture par rapport à l'Ancien Régime : la formation consensuelle, précoce et plus intellectuelle, du contrat imposera désormais à chacun de maîtriser son expression.

Sous l'*Ancien Régime*³, de nombreux contrats nécessitaient l'accomplissement d'un rituel. Ainsi, le contrat de prêt (à titre gratuit) supposait de consentir et de remettre la chose prêtée, pour que le contrat soit valablement

¹ Section III, *La forme du contrat* : en réalité, l'expression du consentement

² Art. 1172 c. civ. : « Les contrats sont par principe consensuels.

« Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.

« En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose. »

³ Selon Marc Bloch, *La société féodale*, (1939), éd. Albin Michel 1994, p.123, les contrats conclus au IX^e siècle étaient exprimés en latin "de cuisine". À compter du XI^e siècle, le notaire rédige les contrats importants : Fernand Braudel, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e XVIII^e*, tome 3, Le temps du monde, 1979, Poche, p.686 et suiv. Au XIII^e siècle, l'écriture s'est propagée dans la population (marchande et noble) et les contrats sont directement exprimés en français, donc compris dans leur teneur exacte (Marc Bloch, préc., p.160).

formé : un début d'exécution formait le contrat, et le simple accord de volonté signifiait donc que les parties étaient toujours au stade du projet de contrat. La forme objectivait souvent la conclusion du contrat (solution de principe en droit romain antique¹).

Avec le développement de la modernité, ces formalités furent critiquées : l'accomplissement de ces formalités ralentissaient trop le commerce ou interdisaient des opérations utiles² (sans parler du coût de l'intervention d'un professionnel pour établir formellement l'acte). Les codificateurs de 1804 ont donc décidé qu'il convenait de ne plus confondre formation du contrat d'un côté et son exécution de l'autre. Ce choix politique impose à chacun de comprendre que la formation du contrat s'effectue désormais de manière plus intellectuelle et précoce, et donc de maîtriser son expression. Tout signe devient engageant.

I/ Le principe consensualiste : l'exigence d'un signe quelconque

156. Le **principe consensualiste** est fixé à l'article 1172 al. 1^{er} c. civ. (« Les contrats sont par principe consensuels »), mais il faut de référer à l'article 1109 al. 1^{er} c. civ.³ pour en avoir la définition : « Le contrat consensuel se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression ». Un signe quelconque et connu de tous exprime le consentement de chacun.

– Un *signe quelconque* suffit : tous les modes d'expression sont mis sur le même plan. La forme orale a autant de valeur que la forme écrite ou gestuelle (hochement de tête, lever le bras lors d'une enchère, cliquer pour accepter dans un contrat conclu par voie électronique)⁴. L'offrant peut exprimer sa volonté selon une modalité (écrit-papier, courriel), et l'acceptant peut exprimer la sienne selon une autre modalité (orale, gestuelle).

– Le *signe consensuel* possède un sens connu de tous, aussi bien chez son auteur que chez tout destinataire. Tous les habitants d'un pays connaissent (ou, pour les étrangers, doivent connaître⁵) le sens attaché à une poignée de main, à une signature ou à une main levée lors d'une enchère etc... Le signe consensuel est une convention sociale pratiquée par tous pour exprimer, en l'occurrence, une décision de contracter.

¹ M.-N. Jobart-Bachelier, RTD civ. 1985.1, spéc. p.6 : « En droit romain le pacte nu ne valait pas, il n'y avait d'ailleurs pas à proprement parler de véritables contrats mais uniquement des formes différentes de contrat ; par conséquent, pour que l'accord des volontés pût produire des effets juridiques, il fallait qu'il revêtît une forme déterminée, solennité ou matérialité, tendant à objectiver la volonté des parties et à la concrétiser ».

² Comme la vente de la cargaison d'un navire en cours de transport, avec l'abandon de l'exigence de la remise de la chose. Voir : Portalis, *Présentation au corps législatif du contrat de vente*, in Fenet, tome 14, p. 113.

³ Art. 1109 c. civ. : « Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression.

« Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi.

« Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose. »

⁴ Art. 1113 al. 2 c. civ. : « Cette volonté [de s'engager] peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, n°10-20.749, Bull. n° 63 : « La pratique guadeloupéenne du "coup de main" s'analyse en un contrat verbal, générateur de services réciproques, et juridiquement obligatoire ». Ce « coup de main » n'est pas une aide gratuite, donnée sans contrepartie.

Le consensualisme de principe permet ainsi de conclure et de modifier un contrat de manière aisée, informelle et rapide, tout en s'assurant de la volonté certaine des deux contractants. L'exigence d'une volonté explicite (ce qui ne veut pas dire formelle) garantit que le contrat ne contient que des obligations véritablement voulues (1) ; indirectement, l'exigence d'un signe (et plus précisément d'une signature) permettra de prouver le contrat (2).

1/ L'exigence d'une volonté explicite : la garantie de l'égalité des contractants

157. L'exigence d'une volonté explicite de part et d'autre est une garantie pour chacun des contractants. Il est assuré de ne jamais être tenu au-delà de sa décision : chaque contractant étant formellement l'égal de l'autre, aucun de pourra prétendre obtenir le bénéfice d'un contrat ou de sa modification sans obtenir l'accord explicite de l'autre, même en présence d'une exécution.

Aucun contrat n'est conclu sans l'accord explicite des deux contractants. Comme le silence n'est pas un signe, le verrou de la volonté n'est levé ni en présence d'un comportement inerte, ni en présence d'une clause exigeant un refus explicite :

- Selon l'article 1120 c. civ.¹, « Le silence ne vaut pas acceptation, (...) ». Celui qui reste inerte face à une sollicitation n'exprime rien : personne n'a ainsi à exprimer son refus à chaque sollicitation (lorsqu'il reçoit un prospectus publicitaire ou toute autre proposition). Si la société en formation ne reprend pas explicitement les engagements pris pour son compte par les associés, la société ne doit rien².
- L'exigence d'un refus exprès sur des prestations accessoires au contrat ne vaut rien (ce qui donne lieu à de nombreux litiges dans les contrats conclus par internet). L'article 121-17 c. conso.³ précise que le silence du consommateur sur les options (payantes) signifie qu'elles ne sont pas acceptées correctement. Selon l'alinéa 1^{er}, « Préalablement à la conclusion d'un contrat de vente ou de prestation de services, le professionnel s'assure du consentement exprès du consommateur pour tout paiement supplémentaire venant s'ajouter

¹ Art. 1120 c. civ. : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières. »

² Com., 13 déc. 2011, n°11-10.699, Bull. n°210 ; D. 2012, p. 91, note Alain Lienhard ; Revue des sociétés, février 2012, Jurisprudence, p. 92, note Stéphane Prévost : la société en formation n'est pas tenue des actes (non explicitement ratifiés) effectués pour son compte par les fondateurs de la société.

³ Art. L 121-17 al. 2 c. conso. : « Préalablement à la conclusion d'un contrat de vente ou de prestation de services, le professionnel s'assure du consentement exprès du consommateur pour tout paiement supplémentaire venant s'ajouter au prix de l'objet principal du contrat.

« Dans l'hypothèse où le paiement supplémentaire résulte d'un consentement du consommateur donné par défaut, c'est-à-dire en l'absence d'opposition expresse de sa part à des options payantes qu'il n'a pas sollicitées, le consommateur peut prétendre au remboursement des sommes versées au titre de ce paiement supplémentaire.

« Les dispositions du présent article s'appliquent aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité (...). »

au prix de l'objet principal du contrat. » Le consommateur qui n'a pas expressément consenti a droit au remboursement (puisque les prestations supplémentaires ne sont pas convenues).

L'exécution d'un contrat qui n'est pas conforme à ce qui a été mutuellement convenu ou mutuellement modifié ne devient pas contractuelle.

– Le contractant n'est pas tenu au-delà de ce qu'il a voulu explicitement. Le cocontractant ne peut pas prétendre obtenir un supplément de prestation ou le paiement de frais non explicitement prévus. Si le contrat de prêt ne prévoit aucune indemnité de résiliation anticipée, la résiliation anticipée s'effectue sans frais (art. 313-47 c. conso.¹ ; Civ. 1^{ère}, 24 avril 2013²). Si la caution s'est engagée à garantir le locataire pendant trois ans (durée du bail), la caution n'est pas tenue si le bail est prorogé ou renouvelé par tacite reconduction³. Le silence ne dit rien : il n'alourdit pas les obligations de l'un, au-delà de ce qui a été explicitement convenu⁴.

– L'absence de modification mutuellement convenue (art. 1193 c. civ.⁵) permet au contractant appauvri de réclamer le complément de prix à l'expiration du contrat. Si le loyer n'a pas été indexé, contrairement à ce qui a été convenu, le bailleur aura droit de réclamer le montant indexé à l'expiration du bail (Civ. 3^e, 22 janvier 2014⁶). Si la modification du contrat de travail du salarié (conduisant à une baisse de salaire) n'a pas été expressément acceptée, le salarié reste en droit de réclamer le paiement du salaire qui a été mutuellement prévu (lors

¹ Art. L 313-47 c. conso. : « L'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation, en partie ou en totalité, les prêts régis par les sections 1 à 5 du présent chapitre. Le contrat de prêt peut interdire les remboursements égaux ou inférieurs à 10 % du montant initial du prêt, sauf s'il s'agit de son solde.

« Si le contrat de prêt comporte une clause aux termes de laquelle, en cas de remboursement par anticipation, le prêteur est en droit d'exiger une indemnité au titre des intérêts non encore échus, celle-ci ne peut, sans préjudice de l'application de l'article 1231-5 code civil, excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret. [...] » [...]. » [...]

« Aucune indemnité autre que celle mentionnée au présent article ni aucuns frais ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur en cas de remboursement par anticipation. »

² Civ. 1^{ère}, 24 avril 2013, n°12-19.070, Bull. n°87 : (abstrat) « Viole l'article L. 312-21 [devenu 312-34] du code de la consommation, le tribunal qui déboute l'emprunteur de sa demande en paiement d'une somme représentant l'indemnité de remboursement par anticipation dont il s'est acquitté, alors que le contrat de prêt ne comportait aucune clause prévoyant expressément qu'en cas de remboursement par anticipation, le prêteur était en droit d'exiger une indemnité au titre des intérêts non encore échus ».

³ Com., 9 avril 2013, n°12-18.019, Bull. n°56 ; Revue Lamy droit civil, 2013, n°5122, p.36, note Gaëlle Marraud des Grottes : « (...) la caution qui garantit l'exécution d'un contrat à durée déterminée n'est pas tenue de la prorogation des relations contractuelles, dès lors que celle-ci donne naissance à des obligations nouvelles que la caution n'a pas garanties, faute de s'y être engagée dans le contrat de cautionnement initial ou dans les avenants successifs. »

⁴ Ce que rappelle, en droit du cautionnement, l'article 2292 c. civ. : « Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. »

⁵ Art. 1193 c. civ., « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. »

⁶ Civ. 3^e, 22 janvier 2014, n°12-29.856, Bull. n°4 (une clause du contrat de bail prévoit l'indexation du loyer, mais les parties n'effectuent pas la révision ; le bailleur demande le versement du montant indexé à l'expiration du bail) : « ni l'acceptation par la bailleuse [...] du paiement de[s] loyers[...] ni le silence gardé [...] ne manifestaient de manière non équivoque sa volonté de renoncer à exiger le loyer prévu au bail [...] ».

de la conclusion du contrat de travail, non révisé) (Soc., 29 nov. 2011¹). La solution vaut en principe, mais le législateur a établi une exception en droit du travail (art. 1222-6 c. trav.² : en présence d'une modification justifiée par un motif économique, et si la condition d'un envoi par accusé-réception est respectée : infra).

L'exigence d'un accord mutuellement exprimé permet à chacun de maîtriser ses engagements, et de ne jamais être tenu au-delà de ce qu'il a expressément voulu. Le verrou de la volonté n'est levé qu'avec une volonté explicite. L'égalité formelle entre les contractants est une garantie qui profite aussi au plus faible : l'exécution de prestations non acceptées, à la suite de la décision unilatérale de l'un (employeur, vendeur en ligne prétendant imposer des refus explicites), donnera lieu à un règlement de compte lors de la rupture. L'exigence d'un signe émanant de chacun des deux contractants permet de s'assurer que le contrat répond à l'attente de chacun.

2/ L'exigence indirecte d'un signe : la preuve du contrat

158. Indirectement, l'exigence d'un signe est requise afin de prouver l'existence de l'obligation contractuelle, question différente de celle de la formation du contrat, ce que rappelle l'article 1173 c. civ. : « Les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats. » Un contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation, quel que soit leur mode d'expression ; mais si le contrat a été accepté oralement, comment l'un ou l'autre pourra-t-il le prouver ?

Selon l'article 1353 al. 1^{er} c. civ.³, « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». La charge de la preuve de l'existence de l'obligation pèse sur le créancier : la prudence lui impose de se ménager une preuve écrite, et plus précisément un acte sous seing privé (contenant la signature⁴ du débiteur). Il s'ensuit que les règles de preuve limiteront souvent, en pratique, le consensualisme de principe.

¹ Soc., 29 nov. 2011, n°10-19.435, Bull. n°275 : « L'acceptation par le salarié de la modification de son contrat de travail ne se présume pas et ne peut résulter de la seule poursuite par lui de l'exécution du contrat de travail dans ses nouvelles conditions. »

² Art. L1222-6 c. trav. : « Lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. « La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le délai est de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. « A défaut de réponse dans le délai d'un mois, ou de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée. »

³ Art. 1353 c. civ. : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. « Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

⁴ Art. 1367 c. civ. : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

« Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

Techniquement, le législateur impose deux modes de preuve distincte (preuve morale ou preuve légale) en fonction du montant de l'obligation :

- la preuve morale¹ signifie que chaque contractant peut établir l'existence et le contenu du contrat par tout moyen (réponse par mail, conversation enregistrée ...)(art. 1358 c. civ.²). Ce mode de preuve est utilisé en droit civil en présence de contrats modestes (à savoir des contrats synallagmatiques dont chaque prestation est d'un montant inférieur à 800€) ; en droit commercial, ce mode de preuve est le principe (art. 110-3 c. com.³)⁴ et peu importe le montant du contrat ;
- la preuve légale⁵ impose la production d'un écrit signé des deux parties (art. 1359 c. civ.⁶). En droit civil, ce mode de preuve est exigé en présence d'un contrat important (contrat synallagmatique d'un montant supérieur à 800€ ; contrat unilatéral). En l'absence d'écrit signé, le prétendu contractant devra rapporter une double preuve (commencement de preuve par écrit et autre preuve⁷). À défaut de prouver correctement les obligations contractées, le prétendu contractant sera débouté de sa demande⁸.
- la preuve légale est adaptée en présence d'un contrat conclu en ligne (supra). Le clic permet au client d'accepter l'offre ; et l'offrant doit confirmer et accuser réception de l'acceptation (art. 1127-2 c. civ.⁹), en envoyant une confirmation.

¹ La preuve morale est une preuve libre, de nature à convaincre le juge : un témoignage ou une présomption (la détention d'un billet de train fait présumer l'existence d'un contrat de transport).

² Art. 1358 c. civ. : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen. »

³ Art. 110-3 c. com. : « A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. »

⁴ Com., 1^{er} juill. 2020, n° 18-22.067, D. 2020 p.2501 : « Selon l'article L. 123-23, alinéas 1er et 2, du code de commerce, la comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce mais si elle a été irrégulièrement tenue, elle ne peut être invoquée par son auteur à son profit. »

⁵ Portalis, *Présentation au corps législatif du contrat de vente*, séance du 7 ventôse an XII (27 fév. 1804), in Fenet, tome 14, p.110, affirme que l'écrit est un signe communément compris, témoin fiable imposé par l'ordonnance de Moulins (1453, art. 53).

⁶ Art. 1359 c. civ. : « L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique.

« Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique.

« Celui dont la créance excède le seuil mentionné au premier alinéa ne peut pas être dispensé de la preuve par écrit en restreignant sa demande.

« Il en est de même de celui dont la demande, même inférieure à ce montant, porte sur le solde ou sur une partie d'une créance supérieure à ce montant. »

⁷ Art. 1361 c. civ. : « Il peut être suppléé à l'écrit par [...] un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve. »

⁸ Civ. 3^e, 6 septembre 2018, n° 17-21.329, Bull. ; RD imm. 2018, p. 550, note Bernard Boubli ; Ann. loyers, novembre 2018, p. 76, note Bastien Brignon, et p. 91, note Julien et Michel Zavaro : (abstrat) « En l'absence de contrat écrit, il appartient à l'architecte de rapporter la preuve de l'étendue de la mission qui lui a été confiée. »

⁹ Art. 1127-2 c. civ. : « 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.

« L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée.

« La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès. »

La combinaison entre la charge de la preuve (pesant sur le créancier) et le mode de preuve (preuve légale, écrite) limite indirectement le consensualisme. La preuve écrite, contenant la signature du débiteur, évite le contentieux : le contrat prouvé montre que le débiteur s'est explicitement engagé.

(159- à 163. : réservés)

Conclusion I/ Le principe consensualiste

164. Le **principe consensualiste**, combiné au principe exigeant un signe (volonté expresse), est le produit d'un choix effectué par le législateur et conforme à la position de la théorie libérale.

Le *choix du législateur français* conduit à s'assurer que le contrat a été véritablement voulu de part et d'autre (d'où l'exigence d'un signe), tout en permettant à chacun de s'exprimer selon des modalités variées. L'auteur ou le destinataire d'un signe n'invoquera pas un pur vice de forme (signe formel) pour chercher à obtenir l'annulation du contrat. La conclusion et la modification du contrat est relativement aisée : mais il faut s'assurer du consentement exprès (ce qui évite les erreurs ou malentendus) et toute modification substantielle impose le consentement de chacun (révision mutuellement convenue). Les règles de preuve (qui sera rapportée en principe avec la signature de chacun) viennent corroborer l'exigence d'un signe.

Ce résultat est conforme aux enseignements de la *théorie libérale*. La liberté contractuelle est une liberté personnelle reconnue à l'un et à l'autre : le contrat est conclu entre égaux, lorsque chacun estime que le contrat correspond à son intérêt bien compris. Il suffit, sans formalité, d'exprimer sa volonté de contracter : le contrat sera alors conforme à ce qui a été convenu.

Le double principe (un signe exigé, un signe quelconque) s'applique à l'ensemble des contrats. Mais le législateur impose parfois une expression formelle dans certains contrats.

II/ L'exception du formalisme : l'exigence d'un signe formel

165. L'**exception du formalisme** est annoncée par l'article 1172 al. 2 c. civ.¹ : « Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation. » Le formalisme impose de respecter une condition de forme : chaque contractant doit effectuer un signe formel, à l'exclusion

¹ Art. 1172 c. civ. : « Les contrats sont par principe consensuels.

« Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.

« En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose. »

de tout autre, pour marquer correctement sa volonté ; à défaut de ce signe, le contrat sera nul (vice de forme).

L'exigence d'un *seul et unique signe* suppose une exception, qui sera établie par un texte spécial issu du droit des contrats spéciaux ou du droit de la consommation, ou encore du droit de la famille. Le signe formel est destiné à attirer l'attention de celui qui l'effectue : il s'engage dans une opération grave, et c'est la raison pour laquelle il doit accomplir un rituel comme se rendre chez le maire (pour se marier) ou chez le notaire (pour consentir une hypothèque), recopier à la main une formule légalement imposée ou signer un document dactylographié etc... Il existe une certaine variété de signes formels prévus par la loi.

La sanction du vice de forme sera la nullité du contrat (art. 1172 al. 2 c. civ. : « (...) la validité des contrats [formalistes] est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi *à défaut de laquelle le contrat est nul*, sauf possible régularisation. »). L'une des parties (rendue créancière par le contrat) a donc intérêt à respecter la loi, faute de quoi elle disposera d'un titre sans valeur : et pour obtenir la « régularisation », il faudra accomplir la formalité.

Lorsque, à titre exceptionnel, la loi impose le formalisme, les contractants devront exprimer leur volonté en accomplissant un signe formel. La relative variété des conditions de forme (1) sera sanctionnée par la nullité, en présence d'un vice de forme (2).

1/ La variété des conditions de forme

166. La **variété des conditions de forme** donne lieu à une classification exprimée à l'article 1109 al. 2 et 3 c. civ.¹ (et reprise à l'article 1172 al. 2 et 3 c. civ.). Le signe forme remplit une même fonction, à savoir attirer spécialement l'attention de ceux qui s'engagent, soit en délivrant une information, soit en accomplissant un geste. En présence d'un contrat solennel (a), un écrit est exigé ; en présence d'un contrat réel (b), une chose (bien meuble corporel) sera remise.

a/ Le contrat solennel : l'écrit signé

166. Le **contrat solennel** exige, à peine de nullité, la rédaction d'un acte écrit signé des parties contractantes : selon l'article 1109 al. 2 c. civ., « Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi. » La rédaction de l'écrit est le signe formel qui transmet à un contractant une information grave : lorsqu'il signera le document, le contractant

¹ Art. 1109 c. civ. : « Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression.

« Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi.

« Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose. »

reconnaîtra qu'il a été correctement informé de la nature et de la portée de l'opération dans laquelle il s'engage. Les types de solennité peuvent être sous-classées, en fonction de leur degré de gravité : acte notarié (authentique), acte privé (sous seing privé) contenant une mention manuscrite, une clause dactylographiée ou la seule signature des deux parties.

167. L'**acte authentique** (degré maximal de protection) est effectué par un officier public : il atteste de la vérité de son contenu (c-à-d. des mentions qu'il contient) jusqu'à inscription de faux. Le maire atteste que l'homme a répondu « oui » à la question posée ; le notaire atteste que le propriétaire de l'immeuble, dûment informé, a accepté de consentir une hypothèque contractuelle (art. 2416 c. civ.¹), que les époux ont choisi tel contrat de mariage (art. 1394 c. civ.²) ou que tel donateur a choisi de donner une fraction de son patrimoine à tel bénéficiaire³ (donataire) (art. 931 c. civ.⁴).

L'exigence d'un contrat notarié s'explique par les *devoirs conseil et d'information* que le notaire, professionnel du droit, accomplit au profit des parties, en présence d'un contrat portant sur une fraction importante du patrimoine (contrat de mariage, donation) ou en présence d'opérations immobilières complexes (hypothèque ; promesses de vente immobilière lorsque le vendeur est une personne physique et que la promesse est valable plus de dix-huit mois : art. 290-1 c. construction et habitation⁵; vente d'immeuble à construire, lorsque l'immeuble à est usage d'habitation : art. 1601-2 c. civ.⁶).

168. L'**acte sous seing privé** est un contrat rédigé et signé par les parties elles-mêmes. La solennité sera respectée quand le contrat « privé » contient des informations, c-à-d. des mentions

¹ Art. 2416 c. civ. : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié. »

² Art. 1394 al. 1^{er} c. civ. : « Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires ».

³ Le don manuel portant sur des sommes modiques ou des biens meubles échappe traditionnellement à cette exigence : c'est un contrat réel (infra). Selon C. Roblot, note sous Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, D. 2005, p.626 à 629, spéc. p.629, la règle trouve son origine dans l'ordonnance de 1731 de Daguesseau dont l'article 1^{er} faisait échapper au formalisme le « don qui se consommait sans acte par la tradition réelle du meuble ou d'une somme modique ».

⁴ Art. 931 c. civ. : « Tous les actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité ».

⁵ Art. L 290-1 c. construct. et habitation : « Toute promesse de vente ayant pour objet la cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, dont la validité est supérieure à dix-huit mois, ou toute prorogation d'une telle promesse portant sa durée totale à plus de dix-huit mois est nulle et de nul effet si elle n'est pas constatée par un acte authentique, lorsqu'elle est consentie par une personne physique. »

⁶ Art. 1601-2 c. civ. : « La vente [d'immeubles à construire] à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente. »

que l'on peut classer en fonction de leur degré d'exigence : mention manuscrite, clause dactylographiée, contrat écrit (avec des mentions quelconques), signature des parties.

La *mention manuscrite* est exigée quand une caution, personne physique, s'engage envers un créancier professionnel (art. 2297 al. 1^{er} c. civ.¹). La caution personne physique doit décrire le cautionnement et chiffrer la somme maximale que le créancier pourra lui réclamer. À défaut, le créancier disposera d'un titre dépourvu de valeur.

La *clause dactylographiée* précisera un aspect essentiel du contrat. Ainsi, dans le prêt à intérêt, l'article 1907 al. 2 c. civ.³ prévoit que « Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit ». En droit de la consommation, le contrat de prêt immobilier doit indiquer notamment le taux effectif global et l'échéancier de l'amortissement⁴.

Le contrat *conclu par écrit*, à peine de nullité, conduira les parties à s'exprimer par écrit, mais sans avoir à utiliser une formule légale préétablie. Il en va ainsi en présence d'un contrat de bail d'habitation⁵ ou d'un contrat de gage⁶.

La *signature* est parfois uniquement parfois érigée en condition de forme (alors qu'elle est normalement une condition de preuve). Dans le contrat de travail conclu à durée déterminée, la signature des parties (employeur et salarié) est exigée comme condition de forme⁷.

La solennité exigée dans un acte sous seing privé a la même portée que celle exigée dans un acte authentique : l'information qui ne figure pas correctement sur le document est un vice de forme, sanctionné par la nullité (infra).

¹ Art. 2297 al. 1^{er} c. civ., « À peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. (...) » Deux mentions sont donc exigées : l'une définit le cautionnement, l'autre chiffre l'obligation de règlement.

² Le prêt à intérêt est un contrat unilatéral qui n'est pas simplement important (preuve légale : écrit signé), mais un contrat grave (sanctionné par la nullité, si la formalité est absente).

³ Art. 1907 c. civ. : « L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas.

« Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. »

⁴ Art. L 313-25 c. conso. : « L'offre mentionnée à l'article L. 313-24 :

1° Mentionne l'identité des parties et éventuellement des cautions déclarées ;

2° Précise la nature, l'objet, les modalités du prêt, notamment celles qui sont relatives aux dates et conditions de mise à disposition des fonds ;

3° Pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est fixe, comprend un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts ;

(...)

5° Indique, outre le montant du crédit susceptible d'être consenti et, le cas échéant, (...), son coût total, son taux défini conformément aux articles L. 314-1 à L. 314-4 ainsi que, s'il y a lieu, les modalités de l'indexation ; (...)

⁵ Art. 3 de la loi du 6 juillet 1989 (contrat de location d'immeuble à usage d'habitation) : « Le contrat de location est établi par écrit. Il doit préciser : (...) ».

⁶ Art. 2336 c. civ. : « Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature. »

⁷ Sur la sanction (nullité partielle) de l'absence de signature de l'employeur : infra.

b/ Les contrats réels : la remise de la chose

169. Dans les **contrats réels**, la formalité est accomplie par la remise d'une chose (et plus précisément d'un bien meuble corporel). Selon l'article 1109 al. 3 c. civ., « Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose. » L'exigence n'apparaît plus que dans quelques contrats résiduels. C'est une survivance du passé.

Cette formalité est exigée dans le contrat de dépôt (art. 1919 c. civ.¹). La jurisprudence exige également le respect de cette formalité dans le don manuel², le *prêt à usage* (la chose prêtée sera rendue en l'état : art. 1875 c. civ.³) et le *prêt de consommation* (l'emprunteur doit alors rendre une chose identique : monnaie, blé ... : art. 1892 c. civ.⁴) consenti entre particuliers (ce qui devient de moins en moins fréquent). En revanche, le prêt consenti par un professionnel est un contrat consensuel (Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000⁵).

L'exigence d'une remise de la chose (courante sous l'Ancien Régime, mais devenue rare) impose donc un début d'exécution pour faire comprendre aux contractants que le contrat se forme valablement. Celui qui remet la chose comprend alors qu'il risque de ne plus la revoir. Ce mécanisme rudimentaire de compréhension est une formalité qui sera sanctionnée de la même manière que les solennités.

170. La **formalité** exigée signifie donc que les contractants doivent accomplir un signe formel pour exprimer correctement la rencontre de leurs volontés.

¹ Art. 1919 c. civ. : « Il n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée.

« La tradition feinte suffit, quand le dépositaire se trouve déjà nanti, à quelque autre titre, de la chose que l'on consent à lui laisser à titre de dépôt ».

² Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2012, n°10-28.363, Bull. n°195 ; JCP G 2012, n°1129, p. 1930, note Béline Watz ; Revue juridique Personnes et famille, n°11, novembre 2012, p. 45, note Jérôme Casey ; Revue Lamy droit civil, 2012, n°4912, p. 51-52, note Alexandre Paulin. : « Le don manuel n'a d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée, effectuée dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession définitive et irrévocable de celui-ci. Tel n'est pas le cas lorsque les meubles prétendument donnés sont demeurés au domicile des donateurs, les donataires les laissant à leur disposition jusqu'à ce qu'il soit procédé à leur partage par une convention ultérieure. » Commentaires :

³ Art. 1875 c. civ. : « Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi. ».

⁴ Art. 1892 c. civ. relatif au prêt de consommation ou simple prêt : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21422, Bull. n°105 : (abstrat) « Le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel. C'est dès lors à bon droit qu'une cour d'appel, qui relève qu'une proposition de financement en vue de l'achat de matériel agricole avait été signée par un exploitant décédé peu après et que les conditions de garanties dont cette proposition était assortie étaient satisfaites, retient que, par l'effet de cet accord de volonté, l'organisme prêteur, professionnel du crédit, se trouvait obligé envers les héritiers au paiement de la somme convenue. » ; Com., 21 janv. 2004, n°01-01129, Bull. n°13 ; Petites Affiches, 2004, n°28, p.5 à 11, rapp. M. Cohen-Branche : « une ouverture de crédit, qui constitue une promesse de prêt, donne naissance à un prêt à concurrence des fonds utilisés ».

Tant que le signe formel n'est pas correctement accompli, le contrat n'est qu'un projet, à quand bien même les contractants se seraient mutuellement engagés à respecter leur promesse. Le contrat formaliste sera donc *conclu tardivement* (par rapport au contrat consensualiste).

Seul le respect du rituel exprime correctement le consentement : ce signe formel est exigé parce qu'il fait comprendre. Le plus souvent, il consiste à délivrer une information essentielle à l'un des deux contractants (voire aux deux).

2/ La sanction du vice de forme : la nullité du contrat

171. La **sanction du vice de forme** est la nullité du contrat. L'article 1172 al. 2 c. civ. l'affirme : « (...) la validité des contrats [formalistes] est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation. »

La nullité (totale ou partielle) du contrat pour vice de forme sera invoquée par la partie y ayant intérêt. Le contrat ou l'une de ses clauses est un titre dépourvu de valeur¹ :

- Si, une fois acquise la défaillance du débiteur (emprunteur), le banquier demande à la caution, personne physique, de payer, cette dernière invoquera le vice de forme, sans avoir besoin de prétendre qu'elle n'aurait pas parfaitement compris la portée de son engagement. Le contrat de cautionnement sera intégralement nul. La caution ne paiera rien. De même, si l'hypothèque n'est pas consentie par acte notarié, l'hypothèque n'existe pas.
- La nullité partielle sera une sanction infligée au contractant fautif. Si le banquier a omis, dans un crédit, de faire figurer le taux effectif global (ou qui en fait figurer un erroné²), il risque d'être déchu de son droit aux intérêts. Si la signature de l'employeur manque sur le contrat de travail, le salarié (ayant conclu un CDD) est réputé embauché en CDI³.

Les parties ayant omis d'exécuter correctement la forme prescrite par la loi peuvent *régulariser*, en accomplissant le signe formel prescrit. La rencontre de leurs volontés (et donc la date de formation du contrat) aura alors lieu dès l'accomplissement de la condition de forme. Le projet de contrat devient un contrat définitif. Une autre modalité de régularisation, non mentionnée à l'article 1172 c.

¹ Sur la distinction à effectuer entre la nullité pour vice de forme et l'inexistence d'un contrat pour absence de forme, infra la nullité.

² Civ. 1^{ère}, 9 avril 2015, n°13-28.058., Bull. ; RD bancaire et financier 2015, comm. 72, note Nicolas Mathey ; RJDA 2015, n° 521 : (abstrat) « La mention d'un taux effectif global erroné (...) équivaut à l'absence de mention de ce taux et est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts. »

³ Soc., 14 novembre 2018, n° 16-19.038, Bull. ; JCP 2018, éd. S, Act., n° 363 ; JCP 2018, éd. E, Act., 896 ; Bull. Joly travail 2018, p. 245, note Julien Icard et Lucas Bento de Carvalho ; RJS 2019, n° 6 : « Il résulte de l'article L. 1242-12 du code du travail que, devant être établi par écrit, le contrat de travail à durée déterminée doit comporter la signature du salarié et celle de l'employeur. » En conséquence, l'absence de signature de l'employeur sur ce contrat entraîne la requalification de son contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

civ. est également permise, en présence d'un vice de forme, établi afin de protéger une seule partie : le client ayant conclu un contrat de construction de maison¹ ou la caution n'ayant pas recopié la mention manuscrite² peut renoncer à invoquer le vice de forme (de sorte que le contrat sera validé malgré son défaut).

172. En l'absence de régularisation, le contrat définitif n'est donc pas conclu, même lorsqu'une **promesse de contrat (formaliste)** a été conclue. Celui qui promet de s'engager dans un contrat formel, et qui ne tient pas sa promesse, ne sera jamais engagé. L'hypothèque promise, mais qui n'est pas conclue par acte notariée, n'existera jamais. De même, celui qui se fiance (promesse de mariage) et qui ne se présente pas devant le maire ne sera jamais marié. Mais celui qui ne tient pas sa promesse commet-il néanmoins une faute ? Le droit oscille.

Parfois, la *promesse non tenue est une faute*, qui sera sanctionnée. Selon la jurisprudence, commet une faute celui qui ne tient pas sa promesse (bilatérale) de contrat formaliste : il engage sa responsabilité civile, et devra verser une indemnisation³ (sauf pour le rétractant à invoquer une bonne raison). Selon l'article 1305-4 c. civ.⁴, en régime général des obligations, le débiteur qui ne fournit pas les sûretés promises (donc y compris celles qui sont établies par contrat formaliste : hypothèque contractuelle, cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel) subira la sanction de la déchéance du terme. Il devra immédiatement rembourser toutes les échéances futures, puisque ce débiteur n'est pas fiable⁵. La promesse est engageante.

Parfois, la *promesse non tenue exprime la liberté contractuelle de l'auteur de la rupture*. La promesse n'est qu'un vague projet et la promesse non tenue sera soumise au régime des négociations (supra) dont la rupture est libre. Il en va ainsi avec la rupture des fiançailles⁶ : la rupture est libre, et son auteur n'engage sa responsabilité civile que s'il commet une faute (distincte de la rupture elle-même) dans les circonstances de la rupture.

(173. : réservé)

¹ À propos des énonciations que doit comporter le contrat de construction d'une maison individuelle avec fourniture du plan (art. L. 231-2 du code de la construction et de l'habitation) : Civ. 3^e, 6 juillet 2011, n°10-23.438, Bull. n°123 (mesures de protection édictées dans l'intérêt du maître de l'ouvrage, dont la violation est sanctionnée par une nullité relative, susceptible d'être couverte).

² Com., 5 février 2013, n°12-11.720, Bull. n°20 : confirmation par exécution volontaire d'un cautionnement ne respectant pas la mention manuscrite

³ Ainsi, pour une promesse d'hypothèque : Civ. 3^e, 7 avril 1993, n°91-10.032, Bull. n°55.

⁴ Art. 1305-4 c. civ. : « Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation. »

⁵ *Régime général des obligations*, n°121.

⁶ Civ., 30 mai 1838, Grands arrêts n°28 : l'inexécution d'une promesse de mariage ne peut par elle-même donner lieu à indemnisation, car une telle obligation « porterait une atteinte indirecte à la liberté du mariage ».

Conclusion du §1^{er}/ Le principe : l'exigence d'un signe

174. Le **principe de l'exigence d'un signe** pour établir, de part et d'autre, une volonté correctement exprimée remplit des objectifs politiques.

En droit français du contrat, la volonté certaine de s'engager doit exister chez l'un comme chez l'autre. Cette position de principe possède des implications.

- Premièrement, l'accord mutuellement exprimé des contractants interdit à l'un d'obtenir un engagement qui excéderait la décision de l'autre : si les prestations accessoires et payantes d'un contrat ne sont pas expressément acceptées (et non pas explicitement refusées), le consommateur n'est pas engagé.
- Deuxièmement, chacun des contractants peut geler la situation contractuelle en s'abstenant d'accepter une modification. Si le salarié n'exprime pas son acceptation (expresse) de modifier le contrat de travail, la baisse de salaire n'est pas convenue (puisque non correctement exprimée).

Pour s'assurer que le contrat correspond à la volonté certaine des deux contractants, le droit français du contrat exige l'accomplissement d'un signe. Le lien entre la volonté de l'un et le signe qu'il émet envers le destinataire est en principe quelconque (consensualisme) et parfois même formel (formalisme) : en tout état de cause, il n'existe aucun doute sur l'existence de cette commune volonté. C'est le principe, qui connaît des exceptions.

§2^{ème}/ L'exception : l'admission d'un indice

175. L'**exception** à l'exigence d'un signe est établie à l'article 1120 c. civ. : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières. » La liste d'exceptions établie par l'article 1120 c. civ. signifie que le législateur se contente d'un indice : un silence (exceptionnellement parlant) exprimera correctement une volonté de contracter (et non pas uniquement une acceptation, contrairement à ce que suggère le texte), avec toutes les conséquences que cela emporte pour le contractant engagé.

L'*indice* issu d'un silence (c-à-d. d'un comportement entièrement inerte) sera retenu quand il existe des « circonstances particulières », « des usages, des relations d'affaires ». Il existe déjà une habitude contractuelle, et cette circonstance sera la présomption dont on pourra déduire l'expression

d'une acceptation. Typiquement, c'est l'hypothèse de la tacite reconduction : une habitude contractuelle déjà établie conduira à affirmer que le silence des contractants signifiera qu'ils entendent poursuivre leur relation au-delà de la durée prévue. La présomption correspond alors à la volonté probable des contractants.

Mais l'indice établi à partir d'une disposition de la seule loi (« à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi ») pourra conduire le législateur à se contenter d'une volonté nettement plus douteuse. Le client aura exprimé sa volonté d'accepter les nouveaux tarifs bancaires quand il reste inerte pendant deux mois après avoir reçu de son banquier une simple lettre l'informant de la modification de ses tarifs¹. Cette volonté réputée exprimée en présence d'un silence imposera au client qui refuse de réagir à bref délai, faute de quoi son inertie sera considérée comme une acceptation implicite. Le banquier pourra ainsi unilatéralement modifier un contrat, en interdisant au client de geler la situation et en l'obligeant à prendre la décision de rompre le contrat. Le législateur consacre alors une volonté « socialement souhaitable », qui ne correspond qu'à la volonté fictive de l'un des contractants.

L'admission d'un indice (issu d'un simple silence) pour exprimer une volonté de contracter conduira donc à s'interroger sur la politique menée par le législateur quand il établit une présomption (correspondant à une volonté probable) ou quand il cherche à orienter la volonté de certains contractants. Dans un cas, la présomption permet de déduire une volonté tacite (I) ; dans l'autre, la fiction établit une volonté implicite (II).

I/ L'expression d'une volonté tacite : la présomption issue d'une habitude

176. L'expression d'une volonté tacite² sera suffisamment établie par une présomption, quand le silence d'un contractant ou des deux contractants devient parlant en raison de certaines circonstances créant une habitude.

La *présomption* permettra d'établir l'existence d'une volonté probable (et non pas certaine, puisqu'il n'existe aucun signe). Techniquement, le fait inconnu (l'expression d'une volonté ; la paternité biologique du mari) sera inféré d'un fait connu (silence en présence d'une habitude contractuelle ; naissance d'un enfant dont accouche une femme mariée) pour en déduire une conséquence (une

¹ Art. L 312-1-1 c. mon. et fin. : « [...] II.- Tout projet de modification de la convention de compte de dépôt est communiqué sur support papier ou sur un autre support durable au client au plus tard deux mois avant la date d'application envisagée. Selon les modalités prévues dans la convention de compte de dépôt, l'établissement de crédit informe le client qu'il est réputé avoir accepté la modification s'il ne lui a pas notifié, avant la date d'entrée en vigueur proposée de cette modification, qu'il ne l'acceptait pas ; dans ce cas, l'établissement de crédit précise également que, si le client refuse la modification proposée, il peut résilier la convention de compte de dépôt sans frais, avant la date d'entrée en vigueur proposée de la modification.»

² Tacite (du latin *tacere*, se taire ; *taisible* en ancien français) : qui est sous-entendu (terme apparu au XVI^e siècle).

volonté correctement exprimée ; la paternité légalement établie du mari). La présomption correspond à une situation courante : en droit du contrat, la volonté probable des contractants sera alors présumée. Le silence deviendra parlant et il signifiera que l'on continue de faire comme d'habitude. On exigera une parole explicite pour rompre l'habitude.

La décision (du législateur) d'établir une *exception* est le produit d'un choix. Le législateur décide que certains silences seront exceptionnellement parlants, quand existent « des usages, des relations d'affaires ou de[s] circonstances particulières » (art. 1120 c. civ.). Les usages professionnels propres à un milieu (1) et la tacite reconduction (2) sont les principaux cas de décisions tacites.

1/ L'usage professionnel : l'acceptation ponctuelle d'un contrat

177. L'usage professionnel propre à un milieu professionnel peut établir que le professionnel, destinataire d'une commande, accepte tacitement : cette exception impose au destinataire d'une commande d'exprimer son refus du contrat.

Lors de la conclusion d'un *contrat ponctuel* (contrat instantané : art. 1111-1 al. 1^{er} c. civ.¹), il n'existe aucune habitude contractuelle entre les contractants (ou, si elle existe, elle n'est pas prise en compte). Habituellement, le destinataire d'une commande doit exprimer son acceptation, et agréer le contractant, surtout si c'est un inconnu ; on sait que personne n'a à exprimer son refus à chaque sollicitation (supra : silence neutre).

Exceptionnellement, toutefois, dans le milieu du vin et en pays bordelais, le professionnel qui reçoit une commande de produits doit manifester (dans les meilleurs délais) son refus (Com., 13 mai 2003²). La passivité du destinataire de l'offre vaut acceptation (tacite), car, dans ce milieu spécifique, toute commande est normalement acceptée.

L'usage professionnel spécial, propre à un milieu professionnel (où chacun se connaît normalement), cherche à éviter les paroles inutiles. **ON SE** tait face à l'évidence.

2/ La tacite reconduction du contrat à exécution successive : le renouvellement du contrat

178. La **tacite reconduction du contrat (à exécution successive)** exprime une habitude contractuelle adoptée par les contractants eux-mêmes. Contrairement au contrat ponctuellement

¹ Art. 1111-1 c. civ. : « Le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique. « Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps. »

² Com., 13 mai 2003, n° 00-21555, Bull. n° 82 ; D. 2004, p. 414 à 416, note J.-M. Bahans et M. Menjuq (usage bordelais dans la vente du vin par un courtier : la vente est parfaite, sauf protestation du vendeur ou de l'acheteur dans les 48 heures de la réception du bordereau.

conclu (même régulièrement : clientèle), le contrat à exécution successive (art. 1111-1 al. 2 c. civ.¹) donne lieu à exécution durable des parties : le bailleur fournit la jouissance du local, le fournisseur d'énergie livre durablement de l'électricité, de même que le prestataire de service donnant lieu à abonnement (à une salle de sport ou à un service de téléphone). Lorsqu'il est conclu à durée déterminée, la tacite reconduction signifie que le contrat est reconduit, mais, depuis 2016, pour une durée indéterminée.

Les *cas de tacite reconduction* sont prévus à l'article 1214 c. civ. : « Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties. »

– *Certaines dispositions légales* prévoient le renouvellement par tacite reconduction de certains contrats, comme le contrat de bail. Selon l'article 1738 c. civ. « si à l'expiration du bail, le locataire reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail ». Aucune clause contractuelle expresse n'a à prévoir la tacite reconduction. La passivité du locataire comme celle du bailleur est analysée comme l'expression d'une volonté tacite : c'est à celui qui veut changer une habitude de la dénoncer², et, en l'absence d'un tel comportement, aussi bien l'un que l'autre sont présumés manifester leur volonté de voir renouvelé le contrat de location.

– *La clause contractuelle explicite* peut également prévoir la tacite reconduction. Dans les contrats conclus entre professionnel et consommateur, la clause de tacite reconduction figure souvent dans les conditions générales du contrat³. Afin d'éviter la création de clientèles captives, le législateur impose au professionnel d'informer (en temps utile) le consommateur de sa faculté de résilier et des conditions dans lesquelles l'exercer (art. L 215-1 c. conso.⁴). S'il n'est pas correctement informé, le consommateur peut résilier le contrat à tout moment.

¹ Art. 1111-1 c. civ. : « Le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique. « Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps. »

² Ainsi, dans le bail, art. 1739 c. civ. : « Lorsqu'il y a un congé signifié, le preneur quoiqu'il ait continué sa jouissance, ne peut invoquer la tacite reconduction ». Le refus explicite doit être exprimé. Voir : Req., 9 fév. 1875, D.P. 1876.1.27, cité par J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n° 228, p. 252 : « La présomption cesse quand les faits y résistent et prouvent que le fermier ou locataire ne s'est maintenu dans l'héritage que de sa propre autorité et contre le gré du locateur ».

³ La clause de tacite reconduction figurant dans les conditions générales est valable : Civ. 1^{ère}, 11 mars 2014, n°12-28.304, Bull. n°35.

⁴ Chapitre V : Reconduction des contrats de prestations de services, art. L 215-1 c. conso. : « Pour les contrats de prestations de services conclus pour une durée déterminée avec une clause de reconduction tacite, le professionnel prestataire de services informe le consommateur par écrit, par lettre nominative ou courrier électronique dédiés, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite. Cette information, délivrée dans des termes clairs et compréhensibles, mentionne, dans un encadré apparent, la date limite de non-reconduction.

« Lorsque cette information ne lui a pas été adressée conformément aux dispositions du premier alinéa, le consommateur peut mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment à compter de la date de reconduction. »

Une fois acquise, la tacite reconduction produira ses effets légaux (infra n°461), modifiés depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. Le contrat initial, conclu à durée déterminée, se transforme en contrat à durée indéterminée (art. 1214 al. 2 c. civ.¹). L'objectif du législateur (infra) est de lutter contre la création de clientèles captives, de nature à créer des rentes de situation.

178-1. L'admission de la tacite reconduction correspond en pratique souvent à l'**intérêt d'un des deux contractants**. La tacite reconduction du bail d'habitation ou du bail rural profite au locataire (notamment quand cette technique est combinée avec une clause d'indexation calculée dans l'intérêt du locataire), et nettement moins au bailleur : ce dernier, pour rompre le contrat de bail, doit invoquer un motif légal (reprise, vente). La décision de relouer (au prix du marché) n'est pas légale.

(179- à 183. : réservés)

Conclusion du I/ L'expression d'une volonté tacite : la présomption issue d'une habitude

184. L'**expression d'une volonté tacite**, présumée à partir d'un silence, est une exception instaurée par le législateur qui décide de valider (ou de créer) certaines habitudes contractuelles communément répandue dans un milieu professionnel ou dans la population (avec la tacite reconduction). Ce mécanisme peut conduire à établir des rentes de situation au profit d'un des deux contractants

Certains silences deviendront alors parlants : il est inutile de parler (c-à-d. de manifester une volonté explicite) en présence d'une évidence ; devra, en revanche, parler (en temps utile) celui qui refuse la commande ou le renouvellement du contrat. On parle pour dire ce qui ne va pas de soi ; on se tait en présence d'une évidence.

La présomption établie à partir du silence et d'une circonstance (habitude) correspond ici à la volonté probable des parties. Mais la loi peut également établir des volontés nettement plus douteuses.

II/ L'expression d'une volonté implicite : la fiction du consentement mutuel ?

185. L'**expression d'une volonté implicite**² sera acquise en présence d'un silence dont la loi tire une conséquence "nécessaire", en réalité davantage souhaitable que probable. Le destinataire d'une

¹ Art. 1214 c. civ. : « Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties.

« Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. »

² Implicite (du latin : implicare : envelopper, plier dans) : décision résultant d'un silence ; sous-entendu. Est implicite la suite (sous-entendue) d'un comportement ostensible.

offre sera considéré comme acceptant quand il ne manifeste pas son refus temps utile : à la différence du cas précédent (silence tacite), le silence implicite résulte d'une fiction, que le législateur établit quand il permet à l'un des contractants d'imposer à l'autre un changement.

Techniquement, la *distinction entre le tacite et l'implicite* peut sembler artificielle, puisqu'elle a uniquement pour but de distinguer parmi les sous-entendus. Or, les termes tacite et implicite sont synonymes : ce qui se tait (tacite) et ce qui est impliqué (implicite) sont légalement des sous-entendus. Rien ne distingue une disposition légale prévoyant la tacite reconduction d'un bail et celle qui prévoit que le client est réputé acceptant deux mois la réception d'une offre modifiant les tarifs bancaires¹. La distinction entre le tacite (volonté probable) et l'implicite (volonté douteuse) est ici purement arbitraire : il s'agit d'identifier la politique contractuelle menée par le législateur.

On parlera de volonté implicite quand le législateur affirme que le silence observé par l'un des contractants vaut *décision dans un sens qui n'est pas favorable à ses intérêts*. Autrement dit, l'un des contractants propose un changement contractuel (l'offre correspondant donc à son intérêt) à l'autre : une modification du contrat d'assurance ou des tarifs bancaires, une proposition adressée au créancier de réduire la dette de son débiteur (remise de dette) ... Lorsqu'une telle disposition légale existe, rien n'indique que l'acceptation implicite du destinataire de l'offre corresponde à sa volonté probable. On sera en présence d'une volonté souhaitable (selon la loi), c-à-d., en réalité, d'une volonté douteuse, voire même fictive.

L'admission (exceptionnelle, d'où l'exigence d'une disposition légale) de la volonté implicite possède un domaine d'application actuellement cantonné à une hypothèse-type, celle permettant à un contractant d'*apporter unilatéralement une modification substantielle* au contrat :

- si l'on appliquait le principe (supra §1^{er}, n°157), l'inertie du destinataire signifierait rejet de la modification. Si la baisse de salaire ne donne pas lieu à une modification mutuellement convenue du contrat de travail, le salaire initialement convenu reste dû (Soc., 29 nov. 2011²). L'employeur confronté à l'inertie du salarié doit donc prendre l'initiative de la rupture du contrat de travail. Le principe signifie que le législateur favorise le gel du contrat.
- l'exception de la volonté implicite conduira un contractant à imposer à l'autre de prendre l'initiative de la rupture. L'inertie du destinataire vaudra acceptation (implicite), ce qui lui interdira de contester le changement devenu contractuel après un délai relativement

¹ On peut même préciser qu'une loi nouvelle, impliquant une pratique nouvelle, pourra correspondre à terme à une évidence : il peut donc paraître artificiel de prétendre distinguer entre une volonté implicite du client d'aujourd'hui et sa volonté tacite de demain.

² Soc., 29 nov. 2011, n° 10-19.435, Bull. n° 275 : « L'acceptation par le salarié de la modification de son contrat de travail ne se présume pas et ne peut résulter de la seule poursuite par lui de l'exécution du contrat de travail dans ses nouvelles conditions. »

bref. Le législateur favorise donc l'adaptation du contrat (conformément aux intérêts de l'un des contractants).

186. Le **domaine d'application** des exceptions imposant au destinataire d'une offre de prendre parti, faute de quoi son inertie vaudra décision implicite, montre que le législateur, en droit du contrat (et ailleurs), mène une certaine politique contractuelle.

En droit administratif, le silence de l'administration pendant deux mois vaut en décision d'acceptation (principe¹) ou de refus (les exceptions² légalement prévues couvrant, semble-t-il, 2/3 des cas³). L'administré échappe au risque d'inertie, par lequel l'administration ne prendrait jamais de décision, de sorte que l'administré ne pourrait jamais contester un refus illicite. Lorsque le silence vaut décision implicite de rejet, l'administré peut saisir le juge pour contester la décision. Lorsque le silence vaut acceptation implicite, le législateur favorise les intérêts de l'administré (le permis de construire est réputé accepté après deux mois).

En *droit du contrat*, les décisions implicites portent principalement sur les demandes de modification d'un contrat en cours. Le législateur décide d'imposer à un acteur privé de réagir, faute de quoi son inertie vaudra acceptation implicite (dans un sens défavorable aux intérêts du destinataire de l'offre)⁴ :

- En droit du travail, le salarié qui reçoit (par accusé-réception : condition de forme) une proposition de modification du contrat de travail fondée sur un motif économique (2^{ème} condition exigée) est réputé accepter lorsqu'il conserve le silence pendant un mois : « A défaut de réponse dans le délai d'un mois (...) le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée. »(art. 1222-6 al. 3 c. trav.⁵). L'exception est étroitement encadrée : un

¹ Art. 21-I de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, modifié par la loi n°2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens : « Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation.

² Art. 21-I al. 2 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 , préc. : « [...] Le premier alinéa n'est pas applicable et, par dérogation, le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaut décision de rejet : [...] 3° Si la demande présente un caractère financier sauf, en matière de sécurité sociale, dans les cas prévus par décret ».

³ Sur 3.600 types de décisions rendues par l'administration, l'exception serait applicable dans plus de 2/3 des cas. Voir : décret n°2014-1273 du 30 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » (...).

Art. R 421-1 c. justice administrative : « Sauf disposition législative ou réglementaire contraire, le silence gardé pendant plus de deux mois sur une réclamation par l'autorité compétente vaut décision de rejet./ Les intéressés disposent, pour se pourvoir contre cette décision implicite, d'un délai de deux mois à compter du jour de l'expiration de la période mentionnée au premier alinéa. Néanmoins, lorsqu'une décision explicite de rejet intervient dans ce délai de deux mois, elle fait à nouveau courir le délai du pourvoi./ La date du dépôt de la réclamation à l'administration, constatée par tous moyens, doit être établie à l'appui de la requête ».

⁴ Art. R 426-14 al. 3 c. environ. (à propos de l'acceptation implicite de l'offre d'indemnisation en cas de dégât causé par le gibier) : « (...) Le réclamant dispose d'un délai de trente jours pour faire connaître sa décision. A défaut de réponse de sa part dans ce délai, il est réputé accepter la proposition et la fédération procède alors au paiement de l'indemnité proposée. En cas de refus, le dossier est transmis par la fédération départementale ou interdépartementale des chasseurs à la commission départementale (...) ».

⁵ Art. L1222-6 c. trav. : « Lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception.

motif économique doit être invoqué par l'employeur, et il doit envoyer un accusé-réception. Si l'une de ces conditions manque, le principe s'applique.

- Le créancier d'un débiteur en faillite (procédure collective) qui reçoit une offre de remise (judiciaire) de dette, est réputé l'accepter s'il garde le silence pendant un mois (art. 626-5 al. 2 c. com.)¹.
- Lorsqu'un assuré propose une modification² du contrat d'assurance, l'assureur est réputé accepter dix jours après réception de la lettre (art. L. 112-2 c. assu.³).
- Le client d'une banque qui reçoit une notification concernant les tarifs bancaires est réputé accepter quand il conserve le silence pendant deux mois (art. 312-1-1 II c. mon. et fin.⁴). La jurisprudence de la chambre commerciale s'avère même particulièrement protectrice des intérêts du créancier, en l'absence de tout texte explicite : le client qui ne proteste pas quand la banque prélève des frais⁵ ou des intérêts⁶ est réputé avoir accepté.
- Lorsqu'un contractant peut invoquer le vice d'un contrat, établi afin de protéger ses intérêts (infra, nullité relative), l'autre peut le contraindre à agir en nullité (et donc à exposer

« La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le délai est de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire.

« A défaut de réponse dans le délai d'un mois, ou de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée. »

¹ Art. L 626-5 al. 2 c. com. (procédure de sauvegarde) : « Lorsque la proposition porte sur des délais et remises, le mandataire judiciaire recueille, individuellement ou collectivement, l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance conformément à l'article L. 622-24. En cas de consultation par écrit, le défaut de réponse, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire, vaut acceptation. [...] »

² Dès lors que la modification est substantielle, la jurisprudence refuse l'acceptation implicite. Voir : Civ. 1^{ère}, 4 mars 1986, n°84-16226 ; Bull. n° 44, p.42 : « La procédure d'approbation par le silence de l'assureur, prévue par l'article L. 112-2 du code des assurances, n'est applicable qu'aux seuls cas de prolongation ou de modification d'une police, ou de remise en vigueur d'une police suspendue. »

³ Art. L 112-2 al. 3 c. assu. : « Est considérée comme acceptée la proposition, faite par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, *si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours* après qu'elle lui soit parvenue. (...) »

⁴ Art. L 312-1-1 c. mon. et fin. : « II.- [...] l'établissement de crédit informe le client qu'il est réputé avoir accepté la modification s'il ne lui a pas notifié, avant la date d'entrée en vigueur proposée de cette modification, qu'il ne l'acceptait pas ; dans ce cas, l'établissement de crédit précise également que, si le client refuse la modification proposée, il peut résilier la convention de compte de dépôt sans frais, avant la date d'entrée en vigueur proposée de la modification. [...] »

⁵ Com., 11 décembre 2019 n° 18-15369, Bull. ; RLDAff. 2020, n° 156 ; Gaz. Pal. 2020, p. 52, note Caroline Houin-Bressand : (abstrat) « L'établissement de crédit qui n'a pas porté à la connaissance d'un client, auquel il ouvre un compte, le prix de ses différents services n'est pas déchu du droit de percevoir le prix de ses prestations et les frais y afférents, dès lors qu'il a, a posteriori, recueilli l'accord du client sur son droit à leur perception et sur leur montant, un tel accord pouvant résulter, pour l'avenir, de l'inscription d'opérations semblables dans un relevé dont la réception par le client n'a été suivie d'aucune protestation ou réserve de sa part. »

⁶ Com., 10 mars 2015, n° 14-11.616, Bull. ; D. 2015, somm., p. 676, note V. Avena-Robardet ; JCP G 2015, 529, note Jérôme Lasserre Capdeville : (abstrat) « En cas d'ouverture de crédit en compte courant, la mention sur les relevés périodiques de compte du taux effectif global régulièrement calculé pour la période écoulée vaut information, pour l'avenir, à titre indicatif, et [...] emporte obligation, pour le titulaire du compte, de payer les intérêts au taux conventionnel à compter de la réception, sans protestation ni réserve, de cette information [...]. »

des frais d'avocat) (art. 1183 c. civ.⁷). Il s'agit de savoir si le contrat (vicié) qui a été conclu sera détruit.

– Quand un contractant potentiel éprouve un doute sur l'étendue des pouvoirs du représentant prétendu du cocontractant, l'inertie du représenté vaudra renonciation à invoquer le vice (art. 1158 c. civ.¹) : le représenté doit infirmer, faute de quoi il sera engagé. Ici, il s'agit d'éviter la création d'une apparence trompeuse lors de la conclusion d'un contrat : il ne s'agit pas de modifier un contrat en cours.

L'ensemble de ces exceptions sont instaurées *dans l'intérêt d'un seul contractant*. Il en résultera une modification du contrat, si l'autre reste inerte : les nouveaux tarifs bancaires deviendront contractuels ; le contrat vicié deviendra valide ; le contractant en faillite obtient la réduction de sa dette etc... La volonté du destinataire de l'offre est, pour sa part, largement fictive : il devra refuser explicitement (pour obtenir paiement intégral de ce qui lui est dû), voire même rompre le contrat (de compte bancaire conclu avec la banque) ou exercer une action en justice.

186-1. Quelques arrêts (n'ayant pas donné lieu à une jurisprudence nourrie) ont admis dans le passé l'existence d'un consentement implicite, dans un domaine différent de celui dans lequel le législateur contemporain opère.

Un arrêt ancien (Req., 29 mars 1938²) a interprété le silence du destinataire d'une offre de remise de dette comme une acceptation implicite : un bailleur avait consenti une remise partielle de loyers à son locataire, mais ce dernier continuait à ne pas payer. Le bailleur entreprit des poursuites pour obtenir paiement de l'intégralité des loyers toujours impayés, en invoquant l'absence d'acceptation explicite du locataire (qui n'avait pas dit merci). Les juges décidèrent que le montant de la remise de dette était acquis, car implicitement accepté.

L'analyse menée par les juges en 1938 ne correspond pas au droit positif. En droit civil, le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie doit accepter pour obtenir le bénéfice du contrat ; la stipulation pour autrui (art. 1206 c. civ.³) suppose pareillement l'acceptation du bénéficiaire, alors même que l'opération le rend créancier (ce qui correspond à son intérêt exclusif). Tant que l'acceptation n'a pas

⁷ En présence d'un contrat ayant fait l'objet d'une exécution simple (infra, la nullité), un contractant peut contraindre l'autre à exposer des frais de justice. Art. 1183 c. civ. : « Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. « L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé. »

¹ Art. 1158 c. civ. : « Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte.

« L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte. »

² Req., 29 mars 1938, D.P. 1939.1.5, note Voirin : « si, en principe, le silence gardé par le destinataire d'une offre ne vaut pas acceptation, il est permis, cependant, aux juges du fait, dans leur appréciation souveraine des faits et de l'intention des parties, et lorsque l'offre a été faite dans l'intérêt exclusif de celui à qui elle est adressée, de décider que son silence emporte acceptation ».

³ Art. 1206 c. civ. : « Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation.

« Néanmoins le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée.

« La stipulation devient irrévocable au moment où l'acceptation parvient au stipulant ou au promettant. »

eu lieu, le promettant peut rétracter son offre. De même, en présence d'une succession, l'acceptation doit être explicite.

Un arrêt plus récent (Civ. 1^{ère}, 24 mai 2005¹) a également considéré que la *réception d'un devis par un client valait acceptation implicite*, faute de refus de sa part en temps utile. Le constructeur d'une route devait réaliser une fouille archéologique : cette contrainte administrative l'avait conduit à accepter le principe de la fouille, ainsi que le premier devis (fouille préventive), mais il n'avait pas explicitement accepté le second (fouille de sauvetage, à réaliser si la fouille préventive est positive). Les juges invoquèrent l'existence de « circonstances » (terme figurant désormais à l'article 1120 c. civ.²) pour admettre le consentement implicite du constructeur, socialement utile aux yeux des juges mais reposant largement sur une volonté fictive (du moins, si le constructeur pouvait renoncer aux travaux).

(187- à 195. : réservés)

Conclusion §2^{ème}/ L'exception : l'admission d'un indice

196. L'exception d'une volonté exprimée par un silence (légalement parlant) signifie que le législateur se contente d'une volonté probable voire même douteuse. Le lien entre l'expression de la volonté et la volonté réelle de son auteur devient moins net, parce que le législateur effectue un choix dans un certain sens :

- avec la volonté tacite, le législateur accepte de prendre en compte les habitudes nouées entre les contractants. C'est le domaine de la tacite reconduction.
- avec la volonté implicite, le législateur décide de faciliter la modification (unilatéralement décidée par l'un) d'un contrat en cours, sans imposer l'exigence (de principe) d'une modification mutuellement convenue.

L'exception du silence parlant, valant décision de contracter, exprime une politique contractuelle menée par le législateur. Le consentement du cocontractant est jugé souhaitable, ce qui conduit le législateur à adopter une technique solidariste ; lorsque le consentement des contractants est jugé probable, personne n'est tenu au-delà de sa volonté.

¹ Civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, n°02-15188, Bull. n°223 : (abstrat) « Si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque ces circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation » (un premier devis est accepté par un propriétaire ; le second ne l'est pas : les circonstances laissent penser, au vu de l'opération en cours, que le propriétaire aurait signalé son désaccord pour le second devis).

² Art. 1120 c. civ. : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières. »

197. L'**expression de la volonté** désigne le comportement à adopter pour que l'auteur d'une décision de contracter puisse l'indiquer à un destinataire. La politique menée par le législateur français conduit à distinguer un principe et des exceptions.

- En principe, le contrat résulte d'un accord mutuel explicite, de sorte que ni l'un, ni l'autre ne sera tenu au-delà de sa volonté. Chacun doit s'exprimer quand il estime que le contrat correspond à son intérêt bien compris.
- Il faut une exception pour qu'un silence vaille volonté exprimée. Ces cas exceptionnels servent majoritairement à modifier un contrat préalablement conclu (poursuivi par tacite reconduction ou réputé accepté lorsque la modification proposée par l'un ne correspond probablement pas à la volonté de l'autre).

198. En **principe**, un signe de chacun est exigé afin de s'assurer que l'expression de la volonté corresponde à la *volonté certaine et mutuelle* des deux contractants. Personne ne sera tenu au-delà de sa volonté : une volonté explicite de s'engager est nécessaire ; le consentement mutuel des deux contractants est exigé pour modifier le contrat.

- Le *signe* exigé par le législateur est en principe communément admis. L'un peut faire une offre écrite et l'autre répondre par téléphone : c'est le système consensualiste.
- Exceptionnellement, le législateur exige un signe formel : le plus souvent, ce signe n'est accompli qu'en délivrant une information essentielle à l'un des contractants ou aux deux. Si le signe formel n'est pas accompli, le contrat est nul.

Les principes du droit français du contrat imposent donc à chacun d'exprimer son consentement de manière explicite (voire formelle) : les obligations contractées seront alors toutes effectivement voulues. Toute modification du contrat, notamment celle portant sur le prix, devra être mutuellement convenue.

199. **Exceptionnellement**, le législateur se contente d'un silence pour décider que la volonté d'un contractant ou des deux est suffisamment exprimée. Un indice de volonté suffit alors.

Le silence correspondra à la volonté probable des contractants, quand il existe une habitude contractuelle. Typiquement, c'est le cas avec la tacite reconduction : le contrat conclu à durée déterminée sera poursuivi, d'un commun accord. Celui qui veut rompre l'habitude devra s'exprimer. La volonté tacite correspond à la volonté probable des deux cocontractants (du moins quand l'un et l'autre peuvent, à égalité, rompre le contrat, ce qui n'est pas toujours le cas).

Mais le silence peut correspondre à une volonté nettement plus douteuse : le législateur favorise alors les intérêts de l'un des contractants. Ce dernier décidera unilatéralement de modifier le contrat en cours, et notamment le prix pratiqué : l'autre sera alors réputé acceptant après un délai relativement bref. Dans ces hypothèses, le consentement mutuel est réputé acquis : une fiction de volonté, chez l'un des contractants suffit. La volonté du cocontractant sera alors orientée : le législateur estime qu'il est souhaitable que le créancier d'un débiteur en faillite renonce à une partie de son dû ; que le client d'une banque (mais non d'un autre prestataire de service) accepte les modifications apportées au contrat de compte bancaire. Le contrat correspondra alors davantage à l'intérêt d'une des parties qu'à celui de l'autre.

Formellement, rien ne distingue une volonté tacite (probable) d'une volonté implicite (douteuse) : une disposition de la loi établit dans les deux cas une exception. La distinction entre volonté tacite et volonté implicite sert uniquement à identifier les choix (politiques) effectués par le législateur.

Section 3^{ème}

Les vices du consentement

Résumé

Le **vice du consentement** affecte une volonté apparente mais donnée par erreur, surprise par dol ou extorquée par la contrainte. Le contractant, parce qu'il ne l'a pas véritablement voulue, pourra obtenir l'annulation de la convention. Le droit du contrat identifie donc les comportements prohibés qu'un contractant doit éviter d'employer s'il veut obtenir de l'autre un consentement valide.

L'erreur générique est une fausse représentation de la réalité (§1^{er}). En droit français, on en distingue deux types, en fonction de la source de l'information fausse.

- En présence d'une *erreur simple*, un contractant s'est trompé. Son erreur sera admise, si, en comparant la prestation effective de l'un avec celle que l'autre pouvait légitimement attendre, il manque à la prestation une qualité substantielle, c-à-d. une qualité explicitement ou tacitement convenue : son erreur est alors (moralement) excusable. Sont en revanche exclues l'erreur sur la valeur (étrangère à la prestation), l'erreur portant sur une qualité inattendue, réputée secondaire, et, plus généralement, l'erreur inexcusable, commise par celui qui a négligé de s'informer ou de spécifier ses attentes.
- En présence d'un *dol*, le cocontractant trompe l'autre par une manœuvre, un mensonge ou un silence. L'exigence de bonne foi imposera de révéler une information désagréable, notamment à charge du contractant professionnel, afin de ne pas tromper l'attente légitime du client profane. L'erreur résultant d'une tromperie est alors admise plus largement que l'erreur simple.

La *contrainte* est une décision de contracter insuffisamment libre.

- Le contractant est victime de violence quand une menace est exercée contre un contractant qui refuse de contracter, quand ce dernier est victime de pressions ou risque d'être exposée à des représailles illicites. Cette menace doit entraîner la crainte, qui est tantôt une émotion (en présence d'une pression), tantôt une anticipation rationnelles des représailles.
- Le contractant est victime d'un chantage quand l'autre menace d'exercer une prérogative légale afin de réaliser une extorsion. Mais il faut un texte spécial pour admettre ce type de contrainte. Il en va ainsi en présence d'un exercice abusif d'une voie de droit ou en présence d'un refus de contracter opposé à un contractant en état de dépendance économique.

En présence d'une décision insuffisamment comprise, quand une information déterminante manquait ou en présence d'une décision insuffisamment libre, la volonté d'un contractant sera considérée comme viciée, et donc annulable. Un aspect déterminant du consentement présente un défaut.

Les vices du consentement renseignent donc sur le comportement correct que chaque contractant doit adopter lors de l'échange des consentements pour obtenir de l'autre un consentement non vicié. Certaines informations désagréables doivent lui être révélées (mais uniquement dans certains domaines), certains comportements brutaux doivent être évités, faute de quoi le contrat sera annulé.

200. Les vices du consentement sont des défauts affectant le consentement donné par un contractant et suffisamment graves pour annuler le contrat apparemment conclu. Après avoir exprimé son consentement, un contractant estime que sa décision doit être tenue pour nulle, en raison de la contrainte qu'il subissait ou de l'erreur qu'il a commise. En droit du contrat, le consentement de l'un sera vicié quand deux critères cumulatifs, psychologique pour le premier et moral pour le second, seront réunis.

Le vice du consentement correspond à une *décision qui n'aurait pas été prise* par le contractant, victime du vice. Selon l'article 1130 al. 1^{er} c. civ.¹, « sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. » S'il n'avait pas été menacé, le contractant ne se serait pas engagé ; s'il avait connu la réalité de la prestation fournie par l'autre (un véhicule dépourvu de freins), il ne l'aurait pas acquis, ou en tout cas pas à ce prix. Le vice du consentement ne sera donc pas établi en présence d'un défaut mineur (une simple erreur de contenance² ...) ou lorsque la victime résiste à la pression injuste qu'elle subit³ : c'est ce que précise l'article 1130 al. 2 c. civ. quand il exige que le vice ait été « déterminant » du consentement. Ce caractère déterminant du consentement est acquis par un critère psychologique : le contractant devra prouver et convaincre le juge⁴ qu'il n'aurait pas pris cette décision.

Le second critère est moral. Selon l'article 1130 al. 2 c. civ. : « Le[ur] *caractère déterminant* s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. » Celui qui se trompe parce qu'il n'a pas mentionné une qualité spéciale qu'il attendait caractérise la circonstance qui conduira à rejeter son erreur psychologiquement grave, mais moralement inexcusable. La cause (morale) de la décision de contracter est alors considérée : il faudra une bonne raison pour invoquer un vice du consentement. Le pourquoi de l'erreur ou de la contrainte relève d'une appréciation morale.

En droit du contrat, le vice du consentement sera donc enserré par un double critère, à la fois psychologique (un vice déterminant du consentement) et moral (ce qui conduit à considérer le

¹ Art. 1130 c. civ. : « L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

« Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. »

² Civ. 3^e, 5 décembre 2012, n°11-24.499 : « La cour d'appel ayant constaté que la différence de surface, par rapport aux stipulations contractuelles, était de 0,70 %, soit une proportion de 1,6 % pour les terrasses couvertes et, pour le porche, de 0,02 m², soit 0,4 %, et souverainement retenu que les écarts, qui s'inscrivaient dans les tolérances admises, n'étaient pas constitutifs d'une erreur ou d'une non-conformité, a pu en déduire que la demande de dommages-intérêts formée par les maîtres de l'ouvrage devait être rejetée. »

³ Soc., 23 janvier 2019, n°17-21.550, Bull. ; JCP Soc. 2019.II.1057, note Grégoire Loiseau ; Bull. Joly travail, février 2019, p. 16, note Julien Icard ; Gaz. Pal. 2019, n°9, p. 30, note Sébastien Mayoux, et n°10, p. 59, note Salira Harir ; Dr. soc. 2019, p. 268, note Jean Mouly : (abstrat) « En l'absence de vice du consentement, l'existence de faits de harcèlement moral n'affecte pas en elle-même la validité de la convention de rupture intervenue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail. »

⁴ La preuve dite morale est une preuve suffisamment convaincante pour le juge (contrairement à la preuve légale, qui impose de tenir pour vrai ce qui est établi par tel type de preuve). Voir, à propos de l'erreur, voir Bigot-Prémeneu, in Fenet, tome 13, p. 223 : « Il faut que le juge puisse être convaincu que la partie ne se serait point obligée si elle n'avait pas été dans cette erreur. »

contexte). Le droit admet alors la conséquence : le contractant victime pourra demander l'annulation du contrat (art. 1131 c. civ.¹).

201. En **droit positif**, les vices du consentement permettent d'identifier ce qui, dans le consentement, est considéré comme essentiel (et donc doit exister) : le contractant doit comprendre (en étant informé) et décider librement (sans contrainte). Or, au regard du contexte qui s'impose à chacun (et notamment de la nécessité de trouver une ressource pour survivre), un consentement n'est jamais ni parfaitement libre, ni parfaitement éclairé. C'est ce qui explique pourquoi, en droit, le critère moral est systématiquement combiné avec le critère psychologique.

Le premier type de vice du consentement porte sur le *défaut de compréhension*. Le contractant ne peut pas comprendre (insanité d'esprit²) ou n'a pas compris (erreur) parce qu'une information déterminante de son consentement lui a manqué.

- Pour éviter l'erreur (vice le plus fréquent, qui sera seul traité en droit du contrat) commise par l'un et sa conséquence (l'annulation du contrat), l'autre devra parfois livrer certaines informations désagréables (de nature à altérer la valeur de sa prestation) ;
- En revanche, d'autres informations (pareillement désagréables à fournir : un prix réclamé notoirement excessif par rapport au prix du marché) resteront tues, car elles ne seront pas admises par le droit comme étant des erreurs.

En droit du contrat, toute erreur n'est pas un vice du consentement.

Le second type de vice du consentement affecte le caractère *libre de la décision* de contracter. Le contractant est victime de contrainte : son cocontractant doit donc éviter d'exercer certaines pressions qualifiées de menaces. Là encore, toute menace n'est pas proscrite : on sait que tout contractant, lors des négociations, peut menacer de les rompre, si l'autre n'accepte pas ses conditions. Le contrat traduira ce rapport de force dans son équation (un prix faible ou élevé) ou dans ses conditions (pas de caution, pas de contrat de location). En droit du contrat, toute contrainte n'est pas un vice du consentement.

Pour éviter que le cocontractant puisse, après l'expression de son consentement et la conclusion du contrat, invoquer un vice à son consentement (et réclamer l'annulation du contrat), certains comportements (trop insistants) seront à éviter et certaines informations (désagréables) devront être données : le cocontractant ne pourra alors invoquer ni la contrainte (§2^{ème}), ni l'erreur (§1^{er}).

¹ Art. 1131 c. civ. : « Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat. »

² Art. 414-1 c. civ. : « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte. » ; art. 1129 c. civ. : « Conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat. »

(202. et 203. réservés)

§1^{er} / L'erreur : l'absence d'une information déterminante

204. L'**erreur** est une fausse représentation de la réalité dont est victime le contractant qui n'a pas compris, parce qu'une information (déterminante de son consentement) lui manquait. Après la conclusion du contrat, l'un des contractants se rend compte que la maison qu'il vient d'acquérir est inhabitable ou que le prix convenu est excessif par rapport au prix du marché. Pour être admise comme vice du consentement (avec sa conséquence : l'annulation du contrat), l'erreur doit toujours reposer sur une bonne raison (c-à-d. sur un critère moral).

En droit du contrat, il faudra systématiquement distinguer entre l'erreur admise (avec sa conséquence : l'annulation du contrat) et l'erreur rejetée (avec sa conséquence : la validité du contrat).

– A priori, on pourrait être tenté d'admettre largement l'erreur, en retenant un critère psychologique : le contractant en erreur estime qu'il a consenti à tel contrat (achat d'un tableau authentique ou d'une voiture fonctionnelle, avec des freins), et non à tel autre contrat (achat d'une copie ou d'un véhicule en panne).

– Mais l'annulation du contrat sera problématique pour le cocontractant : il devra premièrement rendre le prix et récupérer la chose, et, deuxièmement récupérer un actif dévalorisé (le tableau que l'on croyait authentique et désormais copie ...).

En droit du contrat, l'erreur ne sera donc admise que si le contractant victime avait une bonne raison de se tromper : c'est ce qui explique l'emploi d'un double critère, psychologique (une erreur suffisamment grave) et moral (une erreur suffisamment excusable commise par la victime pour imposer l'annulation à l'autre).

En droit du contrat, la *source de l'erreur* exercera d'ailleurs une influence centrale, car elle conduira à distinguer deux types d'erreurs.

– L'erreur simple (a priori commune aux parties) imposera au contractant victime d'établir qu'il avait une bonne raison de se tromper car la prestation de l'autre n'est pas normale. L'un vendait sa voiture en l'état, alors que l'autre croyait acquérir une voiture en état de fonctionner.

- Le dol signifie que le cocontractant a été déloyal, en ne fournissant pas une information qu'il devait livrer à l'autre. Le vendeur savait que sa voiture n'était pas en état de fonctionner, et il a caché cette information. Le contractant victime a été trompé, ce qui conduira à admettre plus largement son erreur et/ou à lui octroyer une indemnisation.

Les deux types d'erreur reconnues en droit français du contrat sont psychologiquement similaires (chacune d'elles est grave : déterminante du consentement), mais leur source (morale) les distingue : l'erreur simple (art. 1132 à 1136 c. civ.) (I) est commise par un contractant qui se trompe ; le dol (art. 1137 à 1139 c. civ.) (II) est commis par un cocontractant qui trompe.

204-1. La doctrine parle d'un troisième type d'erreur, l'**erreur-obstacle**, lorsque l'une des parties consent pas au contrat. Elle ne comprend pas le contrat dans lequel elle s'engage, et confond location et leasing ; elle croit vendre une partie d'un local alors qu'elle le vend en entier¹. Il y aura également absence de consentement quand une signature est falsifiée². Il y a alors obstacle à la rencontre des volontés.

I/ L'erreur simple : le contractant qui se trompe

205. L'**erreur simple** est définie succinctement à l'article 1132 c. civ.³ : « L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant. » Le contractant qui se trompe (de lui-même), sans faire de reproche à l'autre, découvre, après la conclusion du contrat qu'une qualité essentielle est absente. Mais, pour aboutir à l'annulation du contrat, il faudra que l'erreur commise soit moralement excusable. Le système d'ensemble conduit à n'admettre que certaines erreurs.

Les conditions posées par l'article 1132 c. civ. auront pour effet d'*exclure certaines erreurs simples* : n'entraîneront pas l'annulation du contrat celles qui portent sur un aspect secondaire de la prestation ainsi que celles qui sont inexcusables, lorsqu'un contractant ne signale pas ses attentes spéciales ou parce qu'il ne se renseigne pas sur le prix du marché. Bien souvent, celui qui s'est trompé n'a pas parlé quand il le fallait (en exigeant une qualité originale), ou il ne s'est pas correctement renseigné

¹ Civ. 3^e, 21 mai 2008, n°07-10772, Bull. : (abstrat) « Ayant retenu que des omissions et inexactitudes dans l'acte de vente avaient eu des conséquences importantes sur la définition des biens vendus et la consistance de la vente, la cour d'appel a pu en déduire, sans être tenue de procéder à une recherche sur son caractère inexcusable, que l'erreur portant sur l'objet même de la vente, faisait obstacle à la rencontre des consentements et devait entraîner l'annulation de la vente. »

² Civ. 3^e, 25 mai 2022, n°21-12.238, Bull. ; D. 2022, p.1039 (falsification de signature de l'acte portant cession de parts sociales) : « L'absence de consentement constituant, comme le vice du consentement, une cause de nullité inhérente à l'une des parties, le délai de prescription de cinq ans ne court qu'à compter du jour de sa découverte. »

³ Art. 1132 c. civ. : « L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant. »

sur un détail (habituellement tenu pour secondaire) ou bien a signé le contrat sans le lire, ou encore n'a pas correctement négocié (notamment sur le prix).

Les *erreurs simples admises* devront ainsi remplir certaines conditions qui obéissent à une logique d'ensemble. Le contractant se trompe alors même qu'il parle pour signaler une attente singulière (une voiture pour faire pour du rallye), qu'il garde le silence face à une évidence (une voiture avec des freins), en sachant que d'autres silences sont vides de sens (le prix de la voiture qui correspond ou non au prix du marché). Il invoquera une bonne raison quand l'autre lui fournit une voiture de tourisme ou dépourvue de frein.

L'erreur simple décrite à l'article 1132 c. civ. devra répondre à trois conditions cumulatives, qui en réalité se précisent les unes les autres. Il manque à la prestation une qualité essentielle (1), c-à-d. une qualité convenue (2), ce qui permettra de vérifier que l'erreur est excusable (3).

1/ La qualité essentielle : la présence d'un défaut majeur

206. La **qualité essentielle** de la prestation ou du cocontractant, en présence d'un contrat conclu en considération de la personne, signifie qu'un défaut majeur existe. Le contractant en erreur estime qu'il reçoit une prestation anormale (art. 1133 al. 2 c. civ.¹) : la maison achetée est inhabitable ; le salarié recruté ne possède pas les diplômes requis pour exercer telle activité professionnelle. En comparant l'attente de l'un (contractant en erreur) et ce que l'autre fournit, une divergence « essentielle » apparaît : ce concept de « qualité essentielle » conduit à exclure deux types d'erreur simple, largement les plus fréquentes, à savoir l'erreur sur la valeur et l'erreur sur une qualité secondaire.

L'exclusion de l'erreur sur la valeur est induite par les termes de la comparaison employés à l'article 1132 c. civ.² : la seule comparaison autorisée porte sur la prestation elle-même, celle attendue par l'un et celle fournie par l'autre. L'article 1136 c. civ.³ précisera que : « L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. ». En présence d'une erreur sur la valeur, un contractant s'est trompé parce qu'il a mal négocié ou parce qu'il n'a pas vérifié le prix du marché : il regrette d'avoir conclu une mauvaise affaire (en vendant à un prix trop bas⁴ ou en achetant à un prix trop élevé). Tant pis pour lui.

¹ Art. 1133 al. 2 c. civ. : « L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie. »

² Art. 1132 c. civ. : « L'erreur (...) porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant. »

³ Art. 1136 c. civ. : « L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Baldus*, n°98-11.381, Bull. ; D. 2002, p. 928, obs. O. Tournafond ; RTD civ. 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP G 2000.I.272, obs. G. Loiseau ; JCP G 2001.II.10510, note C. Jamin ; Defrénois 2000. 37237, notes P. Delebecque et D.

La solution, inspirée par la théorie libérale et critiquée par la doctrine solidariste¹, signifie que le prix convenu n'inclut aucun sous-entendu sur son caractère équilibré par rapport au prix du marché. Sur ce point, le silence est vide de sens : les contractants mènent la politique contractuelle de leur choix et ils fixent eux-même leur distance contractuelle (et donc aussi leur équation contractuelle).

L'exclusion de l'erreur portant sur une qualité secondaire résulte directement de l'article 1132 c. civ. Lorsque la prestation fournie par l'un est fonctionnelle (une voiture qui roule), l'autre ne peut pas invoquer d'erreur quand la couleur du véhicule ou du tableau de bord ne correspond pas exactement à son attente. Comme le disait Favart, l'un des codificateurs de 1804, « peu importe qu'un cheval soit blanc ou noir ; il faut que le cheval marche et court normalement »². De même, sauf contrat conclu en considération de la personne (art. 1134 c. civ.³), peu importe à qui l'on vend ou l'on achète : l'erreur sur l'identité du cocontractant, dans un contrat courant, est indifférente. Dans la même logique, quand il n'existe qu'un écart minime (inférieur à la décimale pour un taux d'intérêt⁴) entre le taux d'intérêt affiché et celui pratiqué, l'essentiel n'est pas en cause.

L'exigence d'une erreur portant sur la qualité essentielle est donc une première restriction, imposant au contractant qui sollicite l'annulation du contrat d'établir qu'il existe un défaut grave (essentiel), rendant à ses yeux la prestation anormale ou la personne du cocontractant non fiable. Mais comment établir qu'une qualité est essentielle ? Après tout, pour un boucher, peu importe qu'un cheval soit boiteux⁵. La seconde condition précisera ce point : le droit décale la question.

206-1. Tout **défaut majeur**, qui rend le contrat inutile pour l'un des contractants, porte atteinte à la qualité essentielle. Législateur et jurisprudence retiennent une vision extensive de la qualité essentielle de la prestation ou du cocontractant.

Mazeaud (vente de photographies à un prix dérisoire) : « aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur »

¹ Denis Mazeaud, note sous Civ. 3^e, 17 janv. 2007, D. 200, p. 1051 : l'auteur estime que l'exigence de bonne foi (propre au dol : infra) devrait conduire à admettre l'erreur sur la valeur.

² Favart, *Communication officielle au Tribunat*, P.A. Fenet, tome 13, p.314 ; Bigot-Préameneu, *Présentation au corps législatif*, in P.A. Fenet, tome 13, p. 223 : « Pour que l'erreur soit une cause de nullité de la convention, il faut qu'elle tombe, non sur une qualité accidentelle, mais sur la substance même de la chose qui en est l'objet ».

³ Art. 1134 c. civ. : « L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2017, n°15-24.607, Bull. ; D. 2017, somm., p. 293 : (abstrat) « N'entraîne pas la nullité de la stipulation conventionnelle d'intérêts l'erreur qui affecte le taux effectif global lorsque l'écart entre le taux mentionné dans le contrat de crédit et le taux réel est inférieur à la décimale (...) ».

⁵ Civ. 1^{ère}, 20 octobre 2011, n°10-25.980, Bull. ; Gaz. Palais, n°334-335, 30 nov.-1er déc. 2011, p.7 à 10, avis de l'avocat général ; D. 2012, p. 76 à 79, note Françoise Labarthe ; JCP G 2011, n°1350, p. 2406 à 2409, note Yves-Marie Serinet ; Revue Lamy droit civil, 2011, n°4446, p. 12-13, note Alexandre Paulin : (abstrat) « pour rejeter la demande en nullité de la vente d'un meuble d'époque Louis XVI, fondée sur des transformations, au XIXe siècle, de la chose vendue, [la cour d'appel] retient (...) que ce meuble avait été acquis en considération de sa provenance, de la marqueterie Boulle et de l'estampille Charles-Joseph Dufour, qualités artistiques indiscutées, considérées comme substantielles aux yeux des acquéreurs. » L'erreur de datation porte donc sur une qualité secondaire ; la provenance est une qualité essentielle.

La *qualité essentielle de la prestation* est atteinte lorsque la statuette acquise fait l'objet d'une datation incorrecte¹. L'erreur de droit conduira un acquéreur à se tromper sur la possibilité de louer un logement² ou sur la durée du contrat³. Le vendeur d'un tableau présenté comme une copie alors qu'il est authentique invoquera son erreur, tout comme l'acquéreur d'un tableau présenté comme authentique alors qu'il n'est qu'une copie.

La *qualité essentielle du cocontractant* n'est admise qu'en présence d'un contrat conclu en considération de la personne (art. 1134 c. civ.) : les qualités professionnelles du cocontractant qui doit réaliser la prestation sont en cause⁴. Mais l'erreur sur la personne est admise, même lorsque le cocontractant n'est pas en cause : le contrat de cautionnement est conclu entre la caution et le créancier, et le débiteur que la caution garantit est un tiers. La caution pourra néanmoins obtenir l'annulation de son engagement, quand le débiteur professionnel fait l'objet d'une interdiction de gérer (Com., 19 nov. 2003⁵).

2/ La qualité convenue : entrée dans le champ contractuel

207. La qualité convenue précise ce qu'est une qualité essentielle. Selon l'article 1133 c. civ.⁶, « Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues (...). » Le contractant qui invoque son erreur doit établir son attente était légitime parce que convenue, c-à-d. « entrée dans le champ contractuel »⁷. Sera donc illégitime l'attente du contractant qui était inattendue pour l'autre : l'erreur portant sur le mobile est exclue.

L'article 1133 c. civ. pose une condition spécifique, qui n'est pas probatoire.

- Tout contractant qui invoque un vice du consentement doit prouver (par tout moyen : preuve morale) que le moteur principal de son consentement est affecté par le vice. Ainsi, le contractant qui s'est trompé devra prouver la réalité psychologique de son erreur : il s'était

¹ Civ. 1^{ère}, 27 fév. 2007, n°02-13420 (statuette faisant l'objet d'une erreur de datation).

² Civ. 3^e, 3 mai 2018, n°17-11132 et 17-14090, Bull. : « le bien vendu était loué et qu'en se portant acquéreur du logement, la SCI entendait disposer de la pleine propriété du bien comprenant la possibilité de le mettre en location, qu'il s'agissait d'une qualité essentielle de la chose vendue qui était entrée dans le champ contractuel et qui avait été déterminante de son consentement (...) ».

³ Com., 29 avril 2002, n°00-10708, Bull. n°77 : un armateur loue son navire à un locataire, lequel dispose de la faculté unilatérale de résilier le contrat tous les ans ; l'armateur aurait compris que les deux parties pouvaient résilier. L'erreur sur la qualité substantielle est admise : elle porte non pas sur la prestation (navire loué ; loyer perçu), mais sur les conditions du contrat (durée de la location).

⁴ Soc., 3 juill. 1990, n°87-40349 ; Bull. n°329, p. 197 ; RTD. civ., 1991, p. 316, note Jacques Mestre ; D. 1991, p. 507, note Jean Mouly : le salarié recruté à un poste de directeur venait de déposer le bilan d'une société mise en liquidation judiciaire qu'il dirigeait. L'erreur sur la qualité essentielle de la personne est admise, mais elle est qualifiée d'inexcusable (infra).

⁵ Com., 19 nov. 2003, n°01-01.859, Bull. n°172 : « la cour d'appel a retenu l'existence d'une erreur commune aux parties lors de la conclusion du contrat de cautionnement portant sur une qualité substantielle du débiteur principal, à savoir son interdiction d'exercer une activité commerciale, et décidé que le consentement de la caution avait été vicié ».

⁶ Art. 1133 c. civ. : « Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.

« L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.

« L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité. »

⁷ Bigot-Préameneu, in Fenet, tome 13, p. 223 : « L'erreur dans les motifs d'une convention n'est cause de nullité que dans le cas où la vérité de ces motifs peut être regardée comme une condition dont il soit clair que les parties ont voulu faire dépendre leur engagement ».

inscrit à un rallye et c'est la raison pour laquelle il avait acheté une voiture à l'allure sportive. C'est une condition commune à tous les vices du consentement (supra n°200¹).

– L'article 1133 c. civ. pose une condition spécifiquement morale. L'attente d'un contractant n'est légitime que si l'autre pouvait raisonnablement s'y attendre, et tel sera le cas lorsque la qualité attendue était convenue. Le contractant qui se trompe pourra alors établir qu'il pouvait légitimement s'attendre à obtenir une prestation normale.

Pour identifier l'erreur portant sur une qualité essentielle et la distinguer de l'erreur portant sur une qualité secondaire, le droit utilise un critère : la qualité est-elle ou non convenue ?

208. La qualité convenue doit être **entrée dans le champ contractuel**, ce que dit l'article 1133 al. 1^{er} c. civ.² en apportant d'ailleurs une précision : « Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté. » La qualité essentielle est donc soit tacitement convenue, soit explicitement convenue.

La qualité normalement attendue est le plus souvent *tacite*. Le silence observé par les deux contractants est parlant : il signifie que la prestation (chose vendue ou service procuré) présente des qualités normales, courantes³ (ainsi, le véhicule vendu possède des freins). L'attente est donc légitime, et l'erreur découverte par la prestation effective de l'autre.

La *qualité expressément convenue* donne lieu à une clause spéciale du contrat qui précise une exigence ou un risque particulier.

– L'exigence spécifique d'un contractant doit être signalée, afin que l'autre ne soit pas surpris par une attente portant sur un point habituellement tenu pour secondaire ou indifférent (la voiture a appartenu à telle personnalité ; la voiture possède quatre roues motrices ...). Une clause contractuelle sera alors rédigée : le contrat est adapté au besoin spécifique du client. Même en l'absence de clause expresse dans le contrat, l'attente spécifique du client sera convenue quand il l'a signalée à l'autre (lors de l'envoi d'un message, par exemple⁴), afin qu'il en tienne compte ;

¹ Art. 1130 al. 1^{er} c. civ. : « sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. »

² Art. 1133 al. 1^{er} c. civ. : « Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté. (...).

³ Comp. § 119 BGB [Anfechtbarkeit wegen Irrtums] : « (2) Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. » [trad. libre : « Vaut aussi comme erreur celle portant sur les qualités de la personne ou de la chose qui sont considérées couramment comme essentielles »]. Le §119 ab.2 BGB assimile donc qualités courantes et qualités essentielles : la prestation n'est pas normale.

⁴ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2015, n°13-25.489, Bull. ; revue Contrats, conc. consom. 2015, comm. n°252, note Laurent Leveneur : « les termes de la réponse adressée le 30 mars 2010 par Mme Y... au conseil des époux X...témoignaient de la destination sportive de

- Le signalement d'un défaut conduira le vendeur à préciser que l'état général du véhicule n'est pas garanti (absence de contrôle technique) ou que le bien vendu possède un défaut (les freins sont hors d'usage ou très usagés). L'autre sait alors à quoi s'en tenir : il ne pourra pas invoquer d'erreur, car il connaît et assume désormais le risque. La solution figure explicitement à l'article 1133 al. 3 c. civ. : « L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité. »
- Le signalement d'un risque particulier conduira l'un des contractants (l'acquéreur du matériel informatique) à préciser à l'autre qu'il a loué le matériel en question que le contrat d'entretien est « interdépendant ». L'autre comprendra alors que la résiliation de la location du matériel par l'un (client) conduira à rendre caduc le contrat d'entretien conclu entre le client et l'entreprise chargée de la maintenance (art. 1186 c. civ.¹, infra n°706). Le risque d'une rupture du contrat secondaire est alors connu et accepté.

Pour établir que la qualité d'une prestation est convenue (et correspond donc à l'attente légitime du contractant en erreur), le droit français du contrat² applique une règle morale selon laquelle la parole dit (et doit dire) ce qui ne va pas de soi, sachant qu'il existe des silences parlants (signifiant que tout est normal) et que d'autres silences sont vides de sens. Le domaine exact des silences vides de sens et des silences parlants est en principe connu de tous.

l'animal » (cheval impropre à la compétition, donnant lieu à résolution pour vice rédhibitoire) ; Civ. 3^e, 29 juin 2017, n°16-18.087, Bull. ; D. 2017 p.1889 ; revue Ann. loyers, septembre 2017, p. 58, note Bastien Brignon (« l'acquéreur ayant exprimé dans l'acte l'intention d'affecter ce bien à l'habitation », alors que le bâtiment est pollué).

¹ Art. 1186 c. civ. : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.

« Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.

« La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. »

² Il en va de même en droit communautaire, avec la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, art. 2 : il s'agira, avec le défaut de conformité, de comparer ce qui est explicitement et tacitement convenu avec ce qui est exécuté.

Art. 2 : « 1. Le vendeur est tenu de livrer au consommateur un bien conforme au contrat de vente.

2. Le bien de consommation est présumé conforme au contrat :

- a) s'il correspond à la description donnée par le vendeur et possède les qualités du bien que le vendeur a présenté sous forme d'échantillon ou modèle au consommateur ;
- b) s'il est propre à tout usage spécial recherché par le consommateur, que celui-ci a porté à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat et que le vendeur a accepté ;
- c) s'il est propre aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type ;
- d) s'il présente la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage.(...) ».

209. L'exclusion de l'erreur portant sur le mobile signifie que le mobile est réputé indifférent en droit pour des raisons morales. Le mobile correspond à une attente inattendue, non convenue entre les parties.

Ce simple mobile est réputé indifférent en droit : le contractant qui attend une qualité anormale (un matériel médical utilisable par un non-médecin¹) et qui ne la signale pas (en conservant le silence) ne maîtrise pas son expression. C'est là la source effective de son erreur, et il en assumera seul les conséquences. C'est ce qu'affirme l'article 1135 c. civ.² à propos de l'erreur sur la qualité essentielle du cocontractant (quand l'un omet de signaler que le contrat, normalement indifférent à la personne, est conclu en considération de la personne) ou de la qualité de la prestation (quand l'un omet de signaler qu'il attend une qualité originale) : « L'erreur sur un simple motif (...) n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement. » Il n'en ira autrement qu'en présence d'une donation, solution traditionnellement reçue en droit français (art. 1135 al. 2 c. civ.³).

Le droit établit ainsi une équation (morale) entre la qualité inattendue (parce qu'elle n'est pas entrée dans le champ contractuel) et la qualité réputée porter sur une qualité secondaire. L'erreur sur le mobile est moralement inexcusable.

209-1. Exceptionnellement, l'erreur sur le mobile est admise dans le contrat de donation. Selon l'article 1135 al. 2 c. civ. « Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité. » Les mobiles du donateur, qui sont restés inconnus du donataire, seront pris en compte. En cas d'erreur (la donation d'un parent est motivée par le futur mariage d'un de ses enfants), le contrat de donation sera annulable. Ce mobile purement subjectif⁴, absent ou illicite⁵, est pris en compte : le donataire devra restituer.

¹ Com., 11 avril 2012, n°11-15.429, Bull. n°77 ; D. 2012. 1117, obs. Delpech ; D. 2013. 391, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; RTD com. 2012, p. 381, obs. Legeais ; RTD com. 2121, p. 608, obs. Bouloc ; RDC 2012. 1175, obs. Laithier ; RLDC 2012/99, n°4881, note Dupré : (abstrat) « L'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant, à moins qu'une stipulation expresse ne l'ait fait entrer dans le champ contractuel en l'érigeant en condition du contrat. » (infirmière itinérante qui acquiert du matériel utilisable uniquement par un médecin). »

² Art. 1135 c. civ. : « L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement. »

³ Art. 1135 al. 2 c. civ. : « Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 11 février 1986, n°84-15513, Bull. n°25 : (abstrat) est « nulle pour absence de cause une donation-partage acte privé intervenu entre personnes privées, parce que l'application rétroactive de la loi de finances rectificative du 3 août 1981, promulguée postérieurement à l'acte a eu pour conséquence que celui-ci ne se trouvait plus justifié par le mobile qui avait incité les parties à y recourir. »

⁵ La cause d'une donation peut être inconnue de l'autre. Voir : Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, n°96-14.359, Bull. n°285 ; D. 1998, p.563, conc. Sainte-Rose ; D. 1999, p. 237, note Olivier Tournafond ; Gaz. Pal., 6 avril 2000, n°97, p.26, note François Chabas : « un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale même lorsque l'autre partie n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat ».

(210- à 215. : réservés)

3/ L'erreur (moralement) excusable : la cause de l'information manquante

216. L'erreur excusable (art. 1132 c. civ.¹) est une condition morale qui condense les deux conditions précédentes : il s'agit de vérifier que le contractant en erreur maîtrise ses paroles, qu'il parle pour signaler ce qui ne va pas de soi et qu'il conserve le silence en présence d'une évidence. Le jugement moral porté sur la cause de l'information qui a manqué au contractant victime d'erreur (dont parle l'article 1112-1 c. civ.²) conduira donc à distinguer le contractant imprudent (qui devait se tenir informé) et le contractant prudent (qui aurait éventuellement pu être informé par l'autre). L'erreur sera *inexcusable*, si la victime devait s'informer et a omis de le faire, ce qui explique l'ignorance dont elle est victime.

- Le contractant n'a pas été assez curieux, quand il a lu le curriculum vitae du candidat : il n'a pas demandé à l'ancien dirigeant de société ce qu'il était advenu de la société qu'il dirigeait (Soc., 3 juillet 1990³).
- Le vendeur professionnel a omis de vérifier le taux de conversion du franc en euro (Civ. 3^e, 4 juill. 2007⁴), quand la vente est stipulée en euros.
- L'acquéreur du véhicule n'informe pas le vendeur de sa destination spécifique (faire du rallye), ce qui est aussi une erreur sur le mobile.

On notera que la qualité de professionnel conduit les juges à faire preuve de davantage de rigueur⁵.

¹ Art. 1132 c. civ. : « L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, (...) ».

² Art. 1112-1 c. civ. : « 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.

« 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. »

³ Soc., 3 juill. 1990, n°87-40349, Bull. n°329 ; RTD civ., 1991, p. 316, note Jacques Mestre ; D. 1991, p. 507, note Jean Mouly : erreur inexcusable commise par l'employeur informé par « le candidat lui-même qu'il avait été président-directeur général d'une société dont le nom était donné dans le curriculum vitae appuyant cette candidature ». L'employeur se voit reprocher de ne pas s'être « renseigné plus complètement sur le candidat directeur et [e ne pas avoir] procédé à des investigations plus poussées qui auraient permis de découvrir que M. Racy venait de déposer le bilan de cette société aussitôt mise en liquidation de biens ».

⁴ Civ. 3^e, 4 juill. 2007, n°06-15881, Bull. : « il entre dans la compétence d'un marchand de biens, professionnel de la vente, de savoir déterminer et contrôler la conversion d'un prix négocié en francs, en euros ». La conversion avait été effectuée par la secrétaire du notaire.

⁵ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n°223, p. 235 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, 13e éd., LexisNexis, 2014, n°183, p. 136.

À l'inverse, l'erreur sera *excusable*, lorsque les renseignements convenables, que la victime a pris, n'ont pas permis de l'informer correctement : le contractant s'attendait à recevoir une prestation normale, alors que celle qu'il reçoit effectivement ne l'est pas.

- Il a conservé le silence en présence d'une évidence. Il n'y avait aucune raison de se douter que le local était interdit de location au regard de la réglementation¹ (parce que le local était loué avant la vente et que la réglementation interdisant la location de surfaces trop petites avait changé²) ;
- Il a parlé pour signaler un détail précis (le véhicule doit être de telle couleur : qualité expressément convenue), en posant une condition, entrée dans le champ contractuel. Quiconque aurait, dans ces conditions, commis la même erreur.

(217- à 223. : réservés)

Conclusion du I/ L'erreur simple

224. L'erreur simple n'est admise que lorsque celui qui la commet avait effectivement une bonne raison de se tromper. Les trois conditions posées à son admission se combinent : la seconde (qualité convenue) précise la première (qualité essentielle), et la troisième (erreur excusable) sert à vérifier la concordance des deux précédentes.

- La *qualité essentielle* de la prestation est anormale. L'erreur ne porte ni sur la valeur, ni sur une qualité secondaire.
- La qualité de la prestation est convenue (entrée dans le champ contractuel), tacitement ou expressément. L'attente du contractant en erreur est donc légitime.
- L'erreur commise donc excusable. Le contractant a pris les informations convenables, en spécifiant une qualité originale, en conservant le silence sur une qualité normale et communément admise (on acquiert une maison pour y habiter) et en connaissant le domaine des silences vides de sens (erreur sur la valeur).

Les conditions d'admission de l'erreur simple n'établissent pas un système excessivement restrictif. Il y a eu un malentendu : l'un pouvait légitimement s'attendre à recevoir telle prestation, l'autre

¹ Civ. 3^e, 3 mai 2018, n°17-11.132 et 17-14.090, Bull. : « le bien vendu était loué et qu'en se portant acquéreur du logement, la SCI entendait disposer de la pleine propriété du bien comprenant la possibilité de le mettre en location, qu'il s'agissait d'une qualité essentielle de la chose vendue qui était entrée dans le champ contractuel et qui avait été déterminante de son consentement (...) ».

² Arrêt préc. : « un appartement d'une superficie de 13,49 mètres carrés, alors loué à un tiers ; que, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 29 octobre 2010, le service communal d'hygiène et de santé a informé la SCI [acquéreur] qu'à la suite de sa visite des lieux, il avait été constaté que la pièce principale était d'une superficie inférieure à 9 mètres carrés, ce qui était contraire à la réglementation en vigueur, et lui a enjoint de faire cesser sans délai toute occupation de ce local (...) ».

croyait de bonne foi que la prestation effective qu'il fournissait répondait à l'attente de l'un. Dans l'erreur simple, *aucun jugement moral n'est porté sur le cocontractant* : il a pu croire, lui aussi, que le tableau était un original (erreur commune entre les parties) ; il ne s'attendait pas à ce que le local vendu soit considéré comme non louable.

Le constat de l'erreur simple était moralement neutre envers le cocontractant, il s'ensuit que la seule sanction de l'erreur simple résidera dans l'annulation du contrat. Le cocontractant en subira les désagréments (le vendeur devra rendre l'argent et récupérer un local non louable), mais il n'est pas responsable de l'annulation : il ne commet aucune faute, et il n'engage pas sa responsabilité civile.

II/ Le dol : la tromperie commise par le cocontractant

225. Le **dol** (art. 1137 à 1139 c. civ.) est une tromperie commise par le cocontractant, provoquant une erreur chez le contractant victime. Selon l'article 1137 c. civ.¹, « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. (...) ». Le contractant victime s'est trompé parce que l'autre l'a trompé. Cette erreur provoquée donnera lieu à un régime spécialement protecteur pour le contractant victime : son erreur est plus largement admise, elle sera sanctionnée par l'annulation et une indemnisation, quand le cocontractant a été déloyal.

La tromperie commise par le cocontractant sera acquise quand il a livré à l'autre une *information trompeuse*. Il a menti, en affirmant que le véhicule vendu était quasiment neuf ; il n'a pas révélé à la caution que le débiteur serait bientôt mis en faillite.

- Mais le devoir de loyauté n'impose pas au cocontractant de révéler n'importe quelle information désagréable, et notamment celle relative au caractère élevé du prix réclamé. L'article 1137 al. 3 c. civ. l'affirme clairement : « Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation. »
- Il faudra donc préciser le domaine d'application du devoir de loyauté : que doit dire exactement le cocontractant honnête quand il dispose d'une information désagréable ? Cette question sera centrale quand le contractant garde le silence : il est interdit d'induire l'autre en erreur, mais toute information désagréable n'a pas à être révélée.

¹ Art. 1137 c. civ. : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.

« Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.

« Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation. »

L'erreur provoquée par la tromperie donne lieu à un *régime spécifique*, différent de celui de l'erreur simple. En présence d'une erreur simple, le contractant se trompe : bien souvent, il ne s'informe pas correctement. En présence d'une erreur provoquée, le contractant est trompé, lors de la conclusion d'un contrat courant ou lors de la conclusion de contrats conclus avec certains professionnels de confiance :

- dans un contrat courant, le client s'est correctement informé, mais l'autre a menti (en affirmant que le véhicule a peu roulé) ou a trafiqué les papiers d'un véhicule (considéré comme une épave). Le contractant victime maîtrise le consensualisme : il n'aurait pas commis d'erreur simple, mais il est victime d'un escroc.
- certains professionnels sont tenus d'agir loyalement, parce qu'ils effectuent des prestations techniques et que leurs clients n'ont pas la compétence pour poser les bonnes questions. Le conseiller financier informera donc loyalement sur le régime fiscal d'un placement ; le médecin informera loyalement son patient sur la pertinence d'un acte chirurgical (sans égard à sa rémunération).

En droit du contrat, l'erreur provoquée par la malhonnêteté du cocontractant donne lieu à un régime spécifique parce que le contexte n'est plus la maîtrise du consensualisme (avec ses exclusions propres : erreur sur la valeur, sur le mobile notamment). Ici, le contractant victime est trompé : ce contexte spécifique explique le régime applicable (différent de l'erreur simple). La tromperie commise par le cocontractant (1) est une violation de son devoir de loyauté (2), ce qui conduira à admettre largement l'erreur (3).

1/ La tromperie : le contractant malhonnête

226. La **tromperie** décrite à l'article 1137 al. 1^{er} et 2 c. civ.¹ apparaît comme similaire au comportement d'un délinquant, auteur d'une infraction. Le dol est un délit civil, similaire à l'escroquerie. Il sera prouvé (par le contractant victime) par la réunion d'éléments constitutifs. Trois conditions spécifiques sont exigées :

- premièrement, seul le cocontractant (à l'exclusion d'un tiers) peut être l'auteur d'un dol (a) ;

¹ Art. 1137 c. civ. : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. « Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. « Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation. »

- deuxièmement, le dol doit mettre à jour une mauvaise foi, nommée élément intentionnel (b) ;
- troisièmement, enfin, le dol est constitué « par des manœuvres ou des mensonges », c-à-d. un élément matériel (c).

a/ L'auteur du dol : *le cocontractant ou son complice*

227. L'**auteur du dol** est traditionnellement uniquement le cocontractant, ce qui exclut le dol commis par un tiers. Depuis 2016, il est précisé (art. 1138 c. civ.¹) que le dol peut également émaner d'un complice du cocontractant.

Traditionnellement, seul l'un des contractants peut être l'auteur d'un dol. L'exigence apparaît à l'article 1137 c. civ. (al. 1^{er} : « Le dol est le fait *pour un contractant* d'obtenir le consentement de l'autre [...] » ; al. 2 : « [...] la dissimulation intentionnelle *par l'un des contractants* d'une information [...] »). La solution s'explique : la loyauté contractuelle est un devoir qui ne pèse que sur les contractants. Il en ira notamment ainsi (infra) quand un devoir spécial d'information pèse sur le cocontractant, qui devra agir comme un professionnel de confiance (notaire, médecin, conseiller financier). Si le contractant, victime de tromperie, prend ses informations ailleurs, chez un tiers, la déloyauté n'est pas établie.

L'exclusion du dol commis par un tiers est une solution acquise de longue date. Même si le tiers est particulièrement intéressé à la conclusion du contrat (un débiteur cherchant caution) ou si le tiers intervient lors de la conclusion du contrat (notaire²), le dol ne sera pas constitué. Le contractant victime devra chercher un autre fondement (l'erreur simple), pour obtenir une annulation. Mais la preuve à établir sera également différente : il faudra obtenir une contreprestation anormale, notion nettement plus restreinte que la prestation déloyale.

En revanche, l'article 1138 c. civ.³ admet (depuis 2016) que le *complice du cocontractant* déloyal puisse être l'auteur d'un dol.

¹ Art. 1138 c. civ. : « Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant. « Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence. »

² Un notaire tiers, chargé de conseiller les parties, omet de signaler à l'une d'elle un élément essentiel : défaut d'autorisation pour l'exploitation d'un hôtel ; inscription hypothécaire sur un immeuble ...

³ Art. 1138 c. civ. : « Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant. « Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence. »

- Un tiers complice achète à prix d'or des statuettes contrefaites, que le contractant berné achètera auprès de son cocontractant (complice)¹ : une fois la vente effectuée, le complice disparaît².
- Le tiers (représentant, préposé, ...) sera complice même quand le cocontractant n'est pas l'instigateur de la tromperie : l'élément moral n'est pas nécessairement commun au tiers et au contractant³.

b/ L'élément moral : l'intention de tromper

228. L'élément moral du dol sera établi par l'intention de tromper. Le contractant qui invoque le dol commis par son cocontractant devra donc convaincre le juge⁴ que l'information, absente ou erronée, résulte d'un comportement intentionnel. L'information n'est pas simplement erronée : c'est un mensonge. Elle n'est pas simplement absente : c'est une réticence. La preuve spécifique de l'intention doit donc être rapportée.

Pour prouver l'intention, la victime du dol établira que le comportement du contractant déloyal ne s'explique que par sa connaissance exacte de la situation⁵. C'est pour obtenir l'engagement de la caution que le débiteur, incité par le banquier, produira de faux bilans comptables. L'acquéreur demande à plusieurs reprises si des algues sont présentes à proximité du bien à acquérir et obtient des réponses évasives ou mensongères⁶.

¹ Civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n°01-17258, Bull. n°182 ; RTD civ. 2004, p. 503-505, obs. Jacques Mestre et Bertrand Fages (affaire des statuettes) ; Civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, D. 1997, p.500, note Reigné (installation d'un point-vidéo en rase campagne)

² Civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n°01-17258, Bull. n°182 ; RTD civ. 2004, p. 503-505, obs. Jacques Mestre et Bertrand Fages (affaire des statuettes).

³ Civ. 3^e, 5 juillet 2018, n°17-20.121, Bull. ; Gaz. Pal. 2018, n°30, p. 67, note Marine Parmentier, n°31, p. 24, note Dimitri Houtcieff, et n°32, p. 35, note Mustapha Mekki ; RJDA 2018, n°715 ; Ann. loyers, octobre 2018, p. 71, note Bastien Brignon : (abstrat) « Les manœuvres dolosives du représentant du vendeur d'un immeuble, qui n'est pas un tiers au contrat, engagent la responsabilité de celui-ci [même si] rien n'indique qu'il avait connaissance des informations fallacieuses données par son représentant. »

⁴ Preuve morale : Com., 7 juin 2011, n°10-13.622, Bull. ; RLDC, 2011, n°4333, p. 12-13, note Alexandre Paulin ; Contrats, concurrence, consommation, 2011, commentaire n°208, note Laurent Leveneur : « Une demande indemnitaire, exclusivement fondée sur la réticence dolosive reprochée au cédant d'un fonds de commerce, ne peut être accueillie si le cessionnaire n'établit pas le caractère intentionnel du comportement du cédant et le caractère déterminant du dol allégué, lesquels sont souverainement appréciés par les juges du fond »

⁵ Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n°01-11511, Bull. n°114 ; D. 2003, p.2308, obs. V. Avena-Robardet.

⁶ Civ. 3^e, 15 juin 2022, n°21-13.286, Bull. : la venderesse avait apporté des réponses mensongères aux demandes répétées de l'acquéreuse relatives à la présence des algues sargasses, avec la volonté de tromper. »

À l'inverse, l'élément intentionnel ne sera pas établi en présence d'un oubli¹ (même fautif²). Le courtier en assurance, qui confond liste du personnel et liste des bénéficiaires de l'assurance-santé³, mentionne une information fautive, de nature à porter préjudice à l'assureur (en raison d'un risque aggravé : le risque-santé de retraités est nettement plus lourd que celui de salariés). L'assureur-santé, dès lors que le courtier ne commet aucun manquement intentionnel, ne pourra invoquer que l'erreur simple, non le dol.

Le contractant, victime de dol, doit donc prouver la mauvaise foi de son cocontractant.

c/ L'élément matériel du dol : le mensonge et la réticence

229. L'élément matériel du dol consiste à établir le fait (ou les faits) qui établissent, au sens large, la tromperie (en présence d'une manœuvre ou d'un mensonge) mais aussi la non-détromperie, appelée réticence.

Selon l'article 1137 al. 1^{er} c. civ., « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. (...) ».

- La *manœuvre* se traduit par une mise en scène destinée à tromper : produire de faux bilans comptables, afin de faire croire à son banquier que sa situation financière est saine ; ouvrir un compte bancaire afin d'obtenir un chéquier pour créer l'illusion de la solvabilité⁴ ; trafiquer le compteur kilométrique d'un véhicule, afin de faire croire que le véhicule a moins roulé.
- Un simple *mensonge*, même s'il n'est pas appuyé par des manœuvres au sens strict, constitue également un dol⁵. Le contractant victime se renseigne sur le kilométrage du véhicule, et le vendeur ment en prétendant que le véhicule a peu roulé (alors que le compteur

¹ Com., 28 juin 2005, n°03-16794 : « Le manquement à une obligation pré-contractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci ».

² Com., 9 février 2016, n°14-23.210, Bull. ; RGDA 2016, p. 191, note Maud Asselain ; D. 2016, p. 953, note Pauline Pailler ; RD bancaire et financier 2016, comm. 75, note Jamel Djoudi : « Ne constitue pas un dol à l'égard de l'emprunteur le seul manquement de l'établissement de crédit à son devoir de mise en garde. »

³ Civ. 1^{ère}, 19 septembre 2018, n°16-20.164, Bull. ; D. 2018, somm., p. 1863 ; Gaz. Pal. 2018, n°38, p. 18, note Marc Dupré ; RLDC 2018, n°6488, p. 5, note Nathalie Lacoste (le courtier en assurance confond « liste du personnel » et liste des assurés) : « l'ambiguïté de l'article 4 des statuts de la mutuelle quant aux bénéficiaires de ses prestations de santé avait pu générer une méprise chez le courtier, ce dont il résultait que les manœuvres dolosives reprochées à ce dernier n'étaient pas caractérisées, faute d'élément intentionnel [...] ».

⁴ Crim., 1^{er} juin 2011, n°10-83.568 : « Caractérise les manœuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie le stratagème consistant en l'ouverture d'un compte bancaire dans le seul but de se faire délivrer un chéquier destiné à créer l'apparence d'une solvabilité et d'utiliser les chèques ainsi délivrés pour obtenir la remise de marchandises avec le dessein formé, dès l'origine, de ne pas en payer le prix. »

⁵ Civ. 3^e, 6 nov. 1970, n°69-11.665, Bull. n°587 (le simple mensonge, non appuyé d'actes extérieurs, peut constituer un dol).

kilométrique indique le contraire). Le vendeur de l'immeuble affirme que le terrain à vendre est constructible, alors que le plan local d'urbanisme classe la zone en terrain inondable.

Selon l'article 1137 al. 2 c. civ., on trompe également quand on ne détrompe pas : « Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. » La *réticence dolosive* est le silence que garde le contractant sur une information déterminante : il ne précise pas que le véhicule vendu a été considéré comme une épave ou qu'il possède un vice caché¹ ; le vendeur de l'hôtel ne précise pas que l'hôtel est exploité sans autorisation administrative. La réticence dolosive sera donc acquise en présence d'un silence parlant (tacitement entré dans le champ contractuel, dans le cadre de l'erreur simple), et non pas en présence d'un silence neutre, ce que précise l'article 1137 al. 3 c. civ. : « Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation. » Le silence sur le caractère excessif ou dérisoire du prix au regard du marché est vide de sens, dans l'erreur simple, et il le reste dans le cadre du dol. Pour distinguer entre le silence parlant (constitutif de réticence dolosive) et le silence vide de sens (qui ne sera jamais une réticence), il faudra donc savoir quand l'obligation contractuelle de loyauté a été violée.

(230- à 233. : réservés)

2/ La violation du devoir de loyauté contractuelle : le domaine des silences parlants

234. La **violation du devoir de loyauté contractuelle** sera établie lorsque le cocontractant (auteur du dol : supra) a donné une information trompeuse dans le cadre d'un contrat courant ou n'a pas livré une information loyale en présence de certains contrats dans lesquels le contractant doit pouvoir faire spécialement confiance à l'autre. Le devoir de loyauté contractuelle trouve ainsi deux applications qui permettront d'identifier le domaine des silences parlants, les seuls qui seront une réticence dolosive.

La première application de la loyauté contractuelle impose, dans le cadre d'un *contrat courant*, de ne pas mentir au cocontractant. Lorsque ce dernier doit se renseigner (sur le caractère constructible d'un terrain ; sur la destination spécifique du véhicule qu'il acquiert ...), et que l'autre lui fournit une information trompeuse (en prétendant que le terrain n'est pas situé en zone inondable ou que le

¹ Civ. 17 févr. 1874, S. 1874. 1. 248, affaire dite de la jument vicieuse (le vendeur qui connaissait le vice de la jument se tait : l'arrêt attaqué « qualifie enfin de manoeuvres dolosives le fait par Walter d'avoir, dans ces circonstances, dissimulé avec soin à son acheteur l'existence de ce vice, qu'en prononçant, en conséquence, la nullité du marché pour cause de dol, ledit arrêt n'a point violé l'art. 1116 »).

véhicule est adapté aux rallyes ...), le contractant, victime de dol, n'a pas commis d'erreur inexcusable. Il s'est renseigné, mais il a été trompé. L'autre a menti ou a omis de révéler un détail habituellement tenu pour essentiel (la voiture à vendre est juridiquement une épave). Le domaine des silences parlants est ici le même qu'avec l'erreur simple : dans un contrat courant, le vendeur du véhicule qui ne signale pas un vice caché qu'il connaît commet une réticence dolosive, puisque sa prestation est anormale.

La seconde application de la loyauté contractuelle concerne *certaines contrats* dans lesquels le contractant (profane) doit pouvoir faire confiance à certains professionnels qui devront délivrer une information loyale sur la destination d'une prestation technique (risques spécifiques liés à un placement financier ou à un engagement de caution) ou sur l'opportunité d'une opération (conseil du notaire ou du médecin). Le patient doit pouvoir se fier à son médecin ou dentiste, sans avoir à se demander si l'opération chirurgicale projetée est destinée à procurer un revenu maximal au médecin. De même, si un client confie son véhicule pour réparation à un garagiste, le garagiste doit se borner à effectuer des réparations nécessaires ou utiles. Ce devoir (spécial) de loyauté contractuelle conduira alors à modifier la distance contractuelle courante entre les contractants : le client profane devra pouvoir faire confiance au professionnel, lequel devra donc agir en professionnel de confiance. La réticence dolosive sera alors établie quand le professionnel (de confiance) n'informe pas loyalement l'emprunteur sur un risque spécifique ou ne signale pas à la caution que le débiteur est dans une situation actuelle critique.

Ces deux applications du devoir de loyauté contractuelle conduisent ainsi à préciser le *domaine des silences parlants*. C'est l'objet de l'article 1112-1 al. 1^{er} c. civ.¹ : « 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. » Le contractant qui connaît une information désagréable (et déterminante pour l'autre) commettra une réticence dolosive quand il s'abstient de la révéler : il doit parler pour signaler une qualité habituellement tenue pour déterminante (dans le cadre du consensualisme, c-à-d. des contrats courants) ; il doit également parler pour signaler un risque spécifique, lorsque la

¹ Art. 1112-1 c. civ. : « 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. « 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. »

distance contractuelle habituelle entre les contractants est modifiée (contrats reposant sur une confiance spécifique).

235. Le domaine des informations à donner par le cocontractant (normalement ou spécialement loyal) sera précisé par l'alinéa 3 de l'article 1112-1 c. civ.¹ : « Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. » Le lien avec le contenu technique du contrat et la confiance spécifique qui existe envers certains professionnels fixent ainsi le domaine des silences parlants.

Dans le *cadre consensualiste*, les informations techniques portant sur l'objet de la prestation doivent être révélées par celui qui les connaît.

- Le vendeur de l'immeuble de grande hauteur doit donc révéler le montant (exceptionnellement élevé) des charges.
- De même, le vendeur de l'hôtel doit révéler que l'hôtel est exploité sans autorisation (Civ. 3^e, 21 fév. 2001², arrêt qui a visiblement inspiré la rédaction de l'article 1139 c. civ.³).

Il s'agit ici d'une application classique du *consensualisme* (supra, l'erreur simple), en présence de qualités tacitement convenues.

En suivant la logique (consensualiste), l'alinéa 2 de l'article 1112-1 précise simplement que certains silences (et notamment celui sur le caractère équilibré en valeur du contrat) restent neutres (vides de sens) : « Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. » On sait que l'erreur simple sur la valeur est exclue (art. 1136 c. civ.⁴) ; l'article 1112-1 al. 2 c. civ. dit la même chose. Il n'y a pas de réticence dolosive à taire l'excellente affaire réalisée par le contractant professionnel : selon un arrêt Civ. 3^e, 17 janv. 2007, « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du

¹ Art. 1112-1 c. civ. : « 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.

« 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. »

² Civ. 3^e, 21 fév. 2001, n°98-20817, Bull. n°20 ; Defrénois 2001, p. 703, note R. Libchaber ; D. 2001, p. 2702-2705, note Denis Mazeaud ; JCP G 2002.II.10027, p. 348-350, note C. Jamin ; JCP E 2002, p. 809-811, note Patrick Chauvel : (abstrat) « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » ; Civ. 3^e, 11 mai 2005, n°03-17.682, Bull. n°101 (le vendeur d'une pisciculture doit révéler que l'autorisation d'exploitation fait l'objet d'un recours en annulation).

³ Art. 1139 c. civ. : « L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ».

⁴ Art. 1136 c. civ. : « L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. »

bien acquis »¹. Dans les contrats courants, la réticence dolosive sera donc établie quand une information technique portant sur la prestation réalisée par l'un n'est pas donnée. Le domaine des silences parlants sera ici identique dans l'erreur simple et dans le dol (réticence dolosive).

Mais l'*exigence spéciale de loyauté* existe également de manière autonome, au sujet aussi bien du contenu du contrat que de la qualité d'une partie. Le devoir spécial de loyauté contractuelle est alors étranger au consensualisme, ce qui signifie que le domaine de la réticence dolosive sera plus large que celui de l'erreur simple.

- La *qualité d'une partie* imposera à certains professionnels de confiance (médecins, notaires ...) d'informer loyalement leurs clients sur la nécessité de travaux à effectuer, voire même les conseiller sur l'opportunité d'un placement en bourse. Un agent immobilier doit informer ses clients sur les « caractéristiques essentielles, y compris les moins favorables, du placement »². Le devoir de loyauté impose pareillement au banquier d'informer la caution, étrangère au débiteur, sur le fait que l'opération qu'il finance est vouée à l'échec³ ou que le débiteur sera prochainement en cessation des paiements⁴. En revanche, si la caution, par sa position, est parfaitement au courant de cette situation (lorsque le dirigeant engage son patrimoine personnel, pour garantir les dettes de sa société), le devoir (spécial) d'information n'a pas lieu d'être.
- Le lien avec le contenu du contrat imposera au cédant (vendeur) d'une entreprise de révéler que le chiffre d'affaires va prochainement se contracter en raison de la perte de

¹ Civ. 3^e, 17 janv. 2007, n°06-10442, Bull. ; Dalloz 2007, p.1051 à 1054, note Denis Mazeaud ; Dalloz 2007, p.1054 à 1055, note Philippe Stoffel-Munck ; AJDI 2007. 416, obs. S. Bigot de la Touanne ; RTD civ. 2007 p.335, obs. J. Mestre et B. Fages.

² Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, n°12-20.504, Bull. ; JCP N 2013, Act., n°1282, spéc. n°22, note Mustapha Mekki ; Gaz. Pal. 2013, n°335-337, p. 28-29, note Xavier Leducq ; revue Banque et droit, n°152, novembre-décembre 2013, p. 29 à 31, note Anne-Claire Rouaud ; revue Loyers et copropriété, n°12, décembre 2013, commentaire n°329, note Béatrice Vial-Pedroletti ; RLDC, 2013, Act., n°5308, note Gaëlle Le Nestour Drelon. : (abstrat) « L'agent immobilier spécialisé dans l'immobilier de placement est tenu d'informer les investisseurs éventuels sur les caractéristiques essentielles, y compris les moins favorables, du placement qu'il leur propose ainsi que sur les risques qui lui sont associés et peuvent être le corollaire des avantages annoncés. »

³ Com., 23 juin 1998 *Généfim*, Bull. n°208 ; JCP E 1998 p.1831, note Dominique Legeais ; Droit bancaire et de la bourse, 1998-12, n°70, p.193, note Dominique Legeais ; Com., 22 mars 2005, n°03-12922 : « l'investissement immobilier nécessaire à la réalisation de l'hôtel, soit plus de 21 500 000 francs, a été financé intégralement au moyen du crédit-bail litigieux, dont les charges de remboursement représentaient 43 % du chiffre d'affaires HT pour les années d'exploitation 1989 et 1990 et qu'en l'absence d'apport par M. Damis de fonds propres suffisants, le versement des loyers dus à la société Généfim générerait nécessairement un déficit chronique très important, de sorte que l'opération cautionnée n'était économiquement pas viable, la société étant dès l'origine en état de cessation des paiements ».

⁴ Civ. 1^{ère}, 10 mai 1989, n°87-14.294, Bull. n°187 : « manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager » ;

clients (Com., 30 mars 2016¹). L'arrêt rendu par la Civ. 3^e, 21 fév. 2001² (au sujet de l'hôtel exploité sans autorisation : supra) a pu (avec des doutes³) être rattaché à ce devoir spécial d'information.

Le domaine des silences parlants impose donc (impérativement : art. 1112-1 al. 5 c. civ.⁴) au contractant de révéler une information désagréable tantôt au titre du consensualisme (lorsque sa prestation présente un défaut), tantôt au titre du devoir spécial de loyauté. L'erreur provoquée par le dol, et plus précisément par un silence fautif (réticence dolosive), possède ainsi un domaine d'application plus étendu que l'erreur simple.

235-1. En droit des contrats spéciaux⁵ comme en droit de la consommation, le législateur impose un devoir étendu d'information aux professionnels, afin que les consommateurs soient précisément informés sur les *caractéristiques essentielles* des services et produits vendus par un professionnel. L'article 111-1 c. conso. prévoit ainsi que « Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ». Cet article, qui ne prévoit aucune sanction, impose une obligation générale d'information pré-contractuelle dans les relations entre professionnels et consommateurs⁶. Mais les pratiques commerciales trompeuses (art. L 121-2 c. conso.⁷) sont

¹ Com. 30 mars 2016, n°14-11.684, Bull. ; D. 2016 p.1300 : Les vendeur ont « par une hausse massive des prix de vente, donné une image trompeuse des résultats atteints par la société cédée au cours des mois ayant précédé la cession, et qu'ils avaient dissimulé à la société NUMP les informations qu'ils détenaient sur l'effondrement prévisible du chiffre d'affaires réalisé avec au moins deux des principaux clients de l'entreprise »

² Civ. 3^e, 21 fév. 2001, n°98-20817, Bull. n°20 ; Defrénois 2001, p. 703, note Rémy Libchaber ; D. 2001, p. 2702-2705, note Denis Mazeaud ; JCP G 2002.II.10027, p. 348-350, note Christophe Jamin ; JCP E 2002, p. 809-811, note Patrick Chauvel : (abstrat) « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » ; Civ. 3^e, 11 mai 2005, n°03-17.682, Bull. n°101 (le vendeur d'une pisciculture doit révéler que l'autorisation d'exploitation fait l'objet d'un recours en annulation).

³ Le vendeur d'un bien exploité sans autorisation doit révéler cette information, en application du consensualisme. L'acquéreur peut invoquer aussi bien une erreur simple (bien non fonctionnel) qu'une réticence dolosive. L'arrêt Civ. 3^e, 21 février 2021, préc., ne semble pas imposer une obligation spéciale de loyauté à charge du vendeur.

⁴ « Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. » Voir : Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n°01-11.511, Bull. n°114 ; Defrénois, 2003, article 37845, p.1568-1574, note Rémy Libchaber ; JCP G 2003.II.10144, p. 1625-1626, note Richard Desgorges ; D. 2003, p. 2308, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2004, p. 262, note E. Mazuyer ; RTD civ. 2003. 700, obs. J. Mestre et B. Fages : au vu de la situation « catastrophique » du débiteur, la banque avait inséré, dans le contrat de cautionnement, une clause par laquelle "la caution ne fait pas de la situation du cautionné la condition déterminante de son engagement" : ayant omis d'informer la caution sur cette situation, le cautionnement est annulé pour réticence dolosive.

⁵ Depuis 1804, « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'engage » (art. 1602 c. civ.)

⁶ Civ. 1^{ère}, 14 juin 1989, JPC G 1991.II.21632, note Virassamy : « dès lors que le législateur lui-même n'avait pas jugé utile de faire figurer cet avertissement sur le modèle type qu'il avait lui-même rédigé ... aucune réticence dolosive ne pouvait être imputée au contractant ». L'information, légalement obligatoire, empêche de retenir la réticence dolosive, lorsque le cocontractant respecte les prescriptions légales, et omet d'informer un consommateur sur un risque.

Cet arrêt peut prêter à discussion : le formalisme légal n'empêche pas l'information supplémentaire. Prétendant distinguer le bon grain de l'ivraie, le législateur risque de conduire à sombrer dans le ritualisme, dans le légalisme le plus obtus.

⁷ Art. L 121-2 c. conso. : « Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes : 1°Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent ; 2°Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants : a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ; b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ; c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ; (...). »

des délits (sanctionnés par l'art. 132-2 c. conso.¹).

En droit de la vente, si l'acquéreur d'un bien *mentionne expressément* une qualité particulière (garage, local destiné à l'habitation), le vendeur sera tenu de révéler le défaut : il devra la garantie des vices cachés. Il s'opère ainsi un transfert du risque vers le vendeur, tenu de révéler le défaut du bien (pollué)².

En régime général des obligations, le risque d'insolvabilité présente du débiteur (cédé) pèse sur le cessionnaire (propriétaire actuel de la créance) et non plus sur le cédant (vendeur de la créance) (art. 1326 al. 3 c. civ.³) : en application du consensualisme de principe, le cessionnaire (et par analogie, la caution) doit être en mesure d'identifier les différents risques d'impayés, et de poser les conditions expresses pour écarter un silence vide de sens. En l'occurrence, le cédant ne dit rien sur la solvabilité présente ou future du débiteur cédé.

(236. : réservé)

237. Le **devoir de loyauté contractuelle** possède donc un domaine d'application à la fois commun à l'erreur simple et spécifique :

- dans un contrat courant, tout contractant doit révéler le défaut de la prestation qu'il livre.
- certains professionnels de confiance doivent également révéler des informations techniques voire même conseiller leur client, en réalité afin que les clients profanes ne soient pas systématiquement bernés, ce qui risquerait d'être le cas si l'on se contentait d'appliquer le consensualisme.

La conséquence est que l'erreur provoquée par le dol sera plus largement admise que l'erreur simple.

3/ L'admission large de l'erreur provoquée par le dol : l'annulation extensive

238. L'**admission large de l'erreur provoquée par le dol** est une conséquence logique de la distinction en fonction de la source des erreurs. Seule la source distingue l'erreur simple de l'erreur provoquée : le résultat, à savoir la mauvaise représentation de la réalité, est identique. Chacune de ces erreurs est déterminante du consentement. Le régime applicable à l'erreur provoquée (par le dol) conduira, en revanche, à admettre plus

¹ Art. L 132-2 c. conso. : « Les pratiques commerciales trompeuses mentionnées aux articles L. 121-2 à L. 121-4 sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros. Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit. »

² Civ. 3^e, 29 juin 2017, n°16-18.087, Bull. ; D. 2017 p.1889 (« l'acquéreur ayant exprimé dans l'acte l'intention d'affecter ce bien à l'habitation », obligation de révéler la pollution d'un bâtiment et condamnation à payer les frais de dépollution sur le fondement de la garantie des vices cachés due par le vendeur de mauvaise foi).

³ Art. 1326 c. civ. : « Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance.

« Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence du prix qu'il a pu retirer de la cession de sa créance.

« Lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur, cette garantie ne s'entend que de la solvabilité actuelle ; elle peut toutefois s'étendre à la solvabilité à l'échéance, mais à la condition que le cédant l'ait expressément spécifié. »

largement l'erreur commise par le contractant victime. Selon l'article 1139 c. civ.¹, « L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat. ». Le texte (mal rédigé) signifie en réalité que le régime applicable est différent.

Il ne faudra pas interpréter le texte a contrario, en prétendant que l'erreur provoquée serait systématiquement admise en présence d'une erreur sur la valeur (solution rejetée par l'article 1137 al. 3 c. civ.) ou qu'elle ne serait « jamais inexcusable ». Il faudra simplement comprendre que le système consensualiste (qui gouverne le régime de l'erreur simple) ne s'applique pas : l'erreur provoquée obéit à un autre régime.

Il s'ensuit que l'erreur simple et l'erreur provoquée auront souvent un *domaine d'application* présentant des zones communes. Lorsque le cocontractant maquille les papiers d'un véhicule, juridiquement épave, le contractant victime peut invoquer à la fois une erreur provoquée et une erreur simple (puisque la prestation fournie est anormale), puisque les conditions propres posées à ces deux régimes sont remplies. La victime optera en pratique pour le dol, car, outre l'annulation, elle obtiendra une indemnisation² (art. 1240 c. civ.³ : l'auteur d'une faute doit réparer le dommage causé à autrui) ou une réduction de prix, en présence d'un dol incident⁴.

Le régime applicable à l'erreur provoquée conduira donc à admettre l'erreur plus largement, sous réserve de précisions : seront admises l'erreur qui aurait été inexcusable (a), mais uniquement dans le système consensualiste, l'erreur sur la valeur (b), mais uniquement en présence d'une manipulation de cours et l'erreur sur le mobile (c), mais quand le contractant connaît le mobile de l'autre.

a/ L'erreur inexcusable : l'indifférence envers le consensualisme

239. L'**erreur inexcusable** n'est pas, contrairement à ce que semble affirmer l'article 1139 c. civ. (« L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable »), systématiquement admise. L'erreur provoquée devient excusable car le cadre du consensualisme ne s'applique pas.

Ce sera au vendeur professionnel de se renseigner sur le besoin de son client profane : si le client achète des tuiles ornementales (poreuses), alors que les conseils du vendeur lui auraient révélé leur fonction, le client aurait acheté des tuiles normales (étanches). De même, l'acquéreur de l'hôtel, disposant des bilans des trois dernières années d'exploitation, a pu croire que l'autorisation d'exploiter existait : le vendeur commet un dol en le la révélant pas. Face au caractère technique du produit (tuiles) ou du bien (hôtel), l'attente légitime du cocontractant est trompée, lorsque le défaut n'est pas révélé par le vendeur.

L'erreur simple inexcusable (commise par celui qui se trompe) sera admise, dans le cadre du dol, parce que *le débiteur de l'information change*. La plupart du temps, une erreur simple inexcusable (ne pas se renseigner sur

¹ Art. 1139 c. civ. : « L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat. »

² Le contractant dolosif engage sa responsabilité civile. Voir Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, n°12-20.504, Bull.

³ Art. 1240 c. civ. : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n°01-13018 ; D. 2005, p.1462 à 1465, note A. Cathiard (dans une cession de société, le vendeur omet de signaler que la société sera tenue de verser une indemnisation à un tiers) : « manque à son obligation de contracter de bonne foi, sur le fondement de l'article 1382 [devenu 1240] c. civ., le cédant qui omet d'informer son contractant des conséquences probables d'un accident du travail intervenu avant l'opération de cession litigieuse » ; Civ. 3^e, 29 octobre 2015, n°14-17.469 (« faute délictuelle envers les acquéreurs en lien direct avec le préjudice constitué par l'échec de la défiscalisation qui leur était proposée »).

le caractère constructible du terrain) n'est pas un dol¹ : le vendeur, qui sait que son terrain n'est pas constructible et qui ne l'a jamais prétendu, ne pourra jamais se voir reprocher son silence. En revanche, le vendeur d'un terrain construit, qui sait qu'un arrêté préfectoral classe le terrain en zone inondable (ce qui rend le terrain inconstructible et oblige à détruire ce qui a été édifié), commettra un dol, quand il n'en informe pas l'acquéreur.

L'erreur simple inexcusable (imposant au contractant victime de s'informer lui-même) ne permet une annulation du contrat pour dol que si le cocontractant est tenu de révéler une information désagréable, au titre de son devoir spécial de loyauté. On notera toutefois quelques errements dans la jurisprudence².

b/ L'admission de l'erreur provoquée sur la valeur : la manipulation de cours

240. L'admission de l'erreur provoquée sur la valeur n'est pas admise en présence d'une erreur simple, car le silence sur le caractère équilibré d'un contrat est vide de sens. Un contractant ne sera donc pas déloyal quand il ne révèle pas le caractère déséquilibré du contrat : le dol ne sera pas admis non plus, sauf cas marginaux.

Le silence sur le caractère équilibré du contrat est vide de sens, aussi bien dans le système consensualiste que dans le dol : le professionnel n'est jamais tenu de révéler le caractère déséquilibré en valeur du contrat. Le contractant qui commet une telle erreur ne peut invoquer ni l'erreur simple (art. 1136 c. civ.³), ni un manquement du professionnel à son devoir d'information (art. 1112-1 al. 2 c. civ.⁴ ; Civ. 3^e, 17 janv. 2007⁵). Le contractant qui omet de se tenir informé du prix du marché n'a jamais à faire confiance à l'autre. Celui qui négocie mal ne peut reprocher une déloyauté commise par son cocontractant, au titre d'un pseudo-devoir de loyauté, de l'excellente affaire qu'il réalise (ou compte réaliser⁶). Plus généralement (art. 1112-1 al. 2 c. civ.), le risque lié à l'évaluation d'un bien pèse objectivement et subjectivement sur le contractant qui commet l'erreur.

Le silence sur la valeur est neutre.

Pour admettre un dol portant sur la valeur, il faut que le cocontractant déloyal *manipule le prix du marché*⁷ ou la valeur d'un bien grâce à un artifice. Par cette manœuvre (manipulations de cours⁸, silence sur une prochaine

¹ C. Mouly, *Une règle de nature à induire en erreur : « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée »*, Dalloz 2012. 1346

² Civ. 3^e, 20 déc. 1995, n°94-14.887, Bull. n°268 (le fait de taire, à l'occasion d'une vente immobilière, l'existence d'un projet immobilier sur le terrain voisin, de nature à priver le jardin de l'ensoleillement déterminant pour l'acquéreur).

³ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Baldus*. n°98-11.381, Bull. n°131.

⁴ Art. 1112-1 al. 2 c. civ. « Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. »

⁵ Civ. 3^e, 17 janv. 2007, n°06-10.442, Bull. n°5 ; D. 2007, p.1051 à 1054, note Denis Mazeaud ; D. 2007, p.1054 à 1055, note Philippe Stoffel-Munck : « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis ».

⁶ Com., 17 mars 2015, n°13-25.142, Bull. ; JCP E 2015, I, n°1220, note Clément François : (abstrat) « Le prestataire de services d'investissement qui est partie à une opération de couverture à prime nulle contre le risque de fluctuation du cours de matières premières n'est pas tenu de révéler à son cocontractant le profit qu'il compte retirer de cette opération. »

⁷ Com., 4 nov. 2008, n°07-21.312 (l'arrêt, centré sur le pouvoir de sanction de l'autorité des marchés financiers, relève que « les opérations effectuées (...) reposaient sur une méthode ayant pour objet d'entraver l'établissement du prix sur le marché et d'induire autrui en erreur »).

⁸ Manipulation de cours des actions d'une société anonyme, éventuellement orchestrée par une campagne de presse. Voir, art. L 465-2 c. mon. et fin. qui incrimine « le fait, pour toute personne, d'exercer ou de tenter d'exercer, directement ou par personne interposée, une manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché réglementé en induisant autrui en erreur » et « le fait, pour toute personne, de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur (...) ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier ou d'un actif (...), de nature à agir sur les cours. »

baisse de cours¹, altération des éléments servant à fixer le prix²), le cocontractant réussit à créer une apparence fallacieuse sur la valeur. La déloyauté peut également consister à taire une information : le dirigeant de société, cessionnaire des actions, n'informe pas le cédant d'une négociation parallèle et de la possibilité de revendre ces actions à un prix très nettement supérieur³. L'admission de l'erreur provoquée sur la valeur possède un *domaine d'application relativement restreint*.

c/ L'erreur provoquée sur le mobile : la qualité attendue par l'un et connue de l'autre

241. L'erreur provoquée sur le mobile, rejetée dans le système consensualiste, ne sera admise en présence d'un dol que si le cocontractant déloyal réussit à manipuler le mobile de l'autre.

Pour rappel, en présence d'une erreur simple, la distinction entre qualité essentielle (art. 1132 c. civ.) et qualité secondaire ou accidentelle est effectuée grâce au critère de la qualité convenue (entrée tacitement ou expressément dans le champ contractuel). L'erreur sur le mobile est rejetée (art. 1135 c. civ.⁴), parce que la qualité attendue par l'un n'est pas convenue : l'autre n'avait pas à deviner que le matériel médical acquis par l'infirmière ne pouvait pas être utilisé par elle ; ou que l'immeuble acquis est destiné à effectuer un placement financier rentable.

En présence d'un dol, le terrain moral est différent. La déloyauté employée est destinée à obtenir l'engagement, en taisant une information non obligatoire (présence d'amiante avant la loi de 2000, charges très importantes de l'immeuble) mais essentielle, car elle déséquilibre complètement le contrat (travaux de désamiantage à effectuer⁵ ; fausse rentabilité escomptée en raison de la dissimulation du montant des charges dans un immeuble de grande hauteur⁶). La qualité habituellement tenue pour secondaire (erreur sur le mobile), non convenue dans le cadre consensualiste, sera un dol, quand l'autre connaît le mobile de son cocontractant (Civ. 1^{ère}, 22 juin 2004⁷).

¹ Le vendeur des actions (stock-options), dirigeant la société, omet sciemment de révéler un fait (retard de livraison d'avions gros porteurs) qui, une fois connu, conduira à une baisse massive du cours de l'action. Le fait est incriminé (délit d'initié) à l'art. 465-1 c. mon. et fin.

² Com. 30 mars 2016, n°14-11.684, Bull. ; D. 2016 p.1300 ; JCP 2016, éd. G, Act., 494, note Bastien Brignon ; RLDAff. 2016, n°5901 ; Gaz. Pal. 2016, n°19, p. 78, note Jean-Marc Moulin (cession de parts sociales annulée pour dol : les vendeurs ont « par une hausse massive des prix de vente, donné une image trompeuse des résultats atteints par la société cédée au cours des mois ayant précédé la cession, et qu'ils avaient dissimulé à la société NUMP les informations qu'ils détenaient sur l'effondrement prévisible du chiffre d'affaires réalisé avec au moins deux des principaux clients de l'entreprise »).

³ Com. 27 févr. 1996, n°94-11.241, Vilgrain ; Bull. ; D. 1996. 518, note P. Malaurie ; p. 342, obs. J.-C. Hallouin ; ibid. 591, note J. Ghestin ; RTD civ. 1997. 114, obs. J. Mestre ; JCP G 1996. II. 22665, note J. Ghestin ; adde H. Le Nabasque, *Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires. Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com. 1999. 273.

⁴ Art. 1135 c. civ. : « L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement. (...) ».

⁵ Civ. 3^e, 16 mars 2011, n°10-10503 : « Si aucune obligation légale spécifique d'information concernant la présence d'amiante dans l'immeuble ne pesait sur le vendeur avant l'entrée en vigueur de la loi SRU du 13 décembre 2000, celui-ci, tenu à un devoir général de loyauté, ne pouvait dissimuler intentionnellement à son cocontractant un fait dont il avait connaissance et qui aurait empêché l'acquéreur, s'il l'avait connu, de contracter aux conditions prévues ».

⁶ Civ. 3^e, 22 juin 2005, n°04-10415 ; Bull. n°137 p. 126 : « la société Simco avait dissimulé à la société de Saint-Pray la situation exacte de l'immeuble au regard des règles des immeubles de grande hauteur et le montant réel des charges de sécurité qu'elle se devait de communiquer compte tenu de la particularité d'un tel immeuble, la cour d'appel, qui a souverainement retenu que ces éléments étaient déterminants pour l'acquéreur qui devait être mis à même d'apprécier la rentabilité d'une opération et aurait à tout le moins acquis à un prix inférieur s'il avait connu la situation exacte, en a exactement déduit que les réticences dolosives imputables à la société Simco entraînaient la nullité de la vente. ».

⁷ Civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n°01-17258, Bull. n°182 ; RTDCiv. 2004, p. 503-505, obs. Jacques Mestre et Bertrand Fages (affaire des statuettes) ; Civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, n°94-14.800, Bull. n°286 ; RTD civ. 1996 p. 901, n°9, obs. Jacques Mestre ; JCP 1997, I, n°4015,

Conclusion II/ L'erreur provoquée par le dol

242. L'**erreur provoquée par un dol**, déloyauté commise par le cocontractant (ou connue de lui, quand elle émane d'un tiers qui agit pour son compte), impose au contractant de révéler une information désagréable (faute de quoi il commettra une réticence) ou de donner une information qui doit normalement conduire l'autre à refuser de s'engager.

En droit du contrat, le devoir de loyauté pèse spécialement sur certains professionnels de confiance (notaires, médecins, assureurs et banquiers). Le banquier déloyal, qui omet d'informer la caution sur la situation présente désespérée du débiteur ou qui octroie un crédit manifestement inadapté prend un risque : la caution ne paiera pas.

(243- à 248. : réservés)

Conclusion §1^{er}/ L'erreur générique

249. L'**erreur générique** est une fausse représentation de la réalité, consécutive à une information inexacte découverte après la conclusion du contrat. La distinction entre erreur simple et erreur provoquée par une déloyauté permet d'identifier des risques objectifs qu'un contractant devra subir et les risques supplémentaires qu'il devra assumer, au titre de la bonne foi. Concrètement, le contractant qui veut éviter que l'autre puisse invoquer une erreur pour détruire le contrat doit envisager deux paramètres.

Pour éviter qu'une erreur simple soit commise, il suffit de maîtriser le *consensualisme*. Il faut signaler, en parlant, la qualité substantielle spécialement attendue ; quand la qualité essentielle attendue est communément admise (qualité tacite), il suffit de conserver le silence. Chacun est réputé avoir pris les renseignements convenables sur la valeur de sa prestation comparée à celle de l'autre. Dans le système consensualiste, l'erreur sera admise quand la prestation de l'un ou de l'autre est objectivement anormale : ce *caractère objectif du défaut* traduit simplement une qualité couramment admise (critère sociologique). On s'attend en général à ce qu'une prestation soit fonctionnelle (maison habitable) ; chaque chose ou service présente souvent des caractéristiques courantes. L'erreur simple garantit la fonctionnalité courante des prestations.

Pour éviter de commettre un dol, le cocontractant doit révéler une information désagréable, qui affecte le plus souvent la valeur de sa prestation ou la rend difficile à transmettre, ou doit, en tant que professionnel, révéler une information technique au client profane.

obs. Françoise Labarthe ; Dalloz 1997, p.500, note Philippe Reigné (installation d'un point-vidéo en rase campagne)

Les deux vices du consentement établis en droit du contrat ont chacun une fonction propre mais dans un objectif commun. Le contractant a des attentes normales (erreur simple) et il s'attend légitimement à obtenir des informations loyales de la part d'un professionnel de confiance.

§2^{ème}/ **La contrainte** : *une décision de contracter insuffisamment libre*

250. La **contrainte** interdit le choix à celui qui la subit. La décision prise par la victime d'une contrainte n'exprime donc pas sa liberté (de contracter, en l'occurrence), mais son adaptation aux circonstances qui s'imposent à elle. Or, dans la vie, chacun subit des contraintes, à commencer par celle d'assurer sa survie (en contractant avec autrui, afin d'accéder à une ressource vitale). En droit du contrat, la contrainte ne sera reconnue que limitativement, lorsque deux éléments sont réunis : il faut une menace qui génère une crainte.

La *menace* est la condition préalable de la contrainte. Elle consiste par exemple à rendre crédible l'emploi de rétorsions dans l'éventualité où le destinataire du message n'adopterait pas le comportement souhaité par l'auteur des menaces. Si le vendeur potentiel n'accepte pas de signer le contrat de vente à tel prix, l'autre menace de lui tirer une balle dans la tête ... ou de rompre les négociations. Il faudra donc distinguer entre différents types de menaces : certaines menaces sont admises (au titre de la liberté de rompre une négociation : supra n°65 et suiv.), tandis que d'autres sont interdites quand elles instaurent une relation trop hostile entre les contractants. Pour les distinguer, un critère moral sera utilisé.

La *crainte* provoquée par la menace sera, quant à elle, établie par un critère psychologique. Le consentement du contractant victime est « extorqué » quand il juge préférable d'accepter le contrat tel qu'il est plutôt que de subir les rétorsions. La crainte n'est donc pas nécessairement une émotion (que la victime peut, au surplus, éprouver) : l'anticipation des représailles conduit le contractant victime à s'adapter aux circonstances. Celui qui signe le contrat sous la menace d'une arme (ou d'un chantage¹) anticipe la conséquence de son refus. Son consentement sera vicié par la crainte, car sa décision est insuffisamment libre.

En droit français du contrat (art. 1140 à 1143 c. civ.), la contrainte sera établie quand le contractant victime subit une menace (illicite) dans deux cas de figure assez différents :

¹ Art. 312-10 c. pén. : « Le chantage est le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque.

« Le chantage est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

- il y aura violence (I), lorsqu'un contractant est menacé de brutalités dans l'hypothèse où il refuserait de contracter.
- il y aura chantage (II), lorsqu'un contractant est menacé par une prérogative exercée de manière abusive, dans le but d'obtenir un avantage « manifestement excessif » (c-à-d. de réaliser une extorsion).

(251- à 254. : réservés)

I/ La violence : la contrainte par l'emploi de procédés brutaux

255. La **violence** est un procédé d'intimidation qui consiste à contraindre un contractant à accepter un contrat en utilisant la brutalité ou des menaces de brutalités. Selon l'article 1140 c. civ.¹, « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable. » Le contractant est menacé par un « mal considérable » ; il consent par crainte (« sous la pression »). La violence reprend donc les deux traits spécifiques de la contrainte, la menace et la crainte.

La *menace* signifie que le contractant victime sera exposé aux rétorsions s'il maintient son refus. Si le commerçant n'accepte pas l'offre de contrat de "protection" que lui adresse un mafieux, son magasin sera détruit. Si le salarié n'accepte pas la rupture conventionnelle, il sera licencié pour faute lourde, sans indemnité de licenciement. En droit du contrat, il s'agira d'identifier les types de comportements interdits, considérés comme trop brutaux pour aboutir à la conclusion d'un contrat valide : à partir de quel moment la pression exercée devient-elle une violence ?

La *crainte* des rétorsions (c-à-d. l'anticipation des représailles) sera un vice du consentement quand le consentement de la victime est extorqué : la victime, sans la menace, n'aurait pas consenti (ou, en tout cas, pas à ces conditions). Le contractant consent parce que la conclusion du contrat apparaît (provisoirement) comme un moindre mal.

La violence (traditionnelle) reprend donc les deux éléments de la contrainte, mais en les précisant : le comportement violent est menaçant (1) quand une pression illicite est exercée sur la victime, qui consent par crainte (2).

¹ Art. 1140 c. civ. : « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable. »

1/ La menace de violence : *le rapport de force excessivement brutal*

256. La **menace de violence** sera établie quand l'un des contractants (voire les deux¹) est soumis à un rapport de force considéré comme excessivement brutal : lors des négociations, le contractant est soumis à des pressions ou il sera exposé à des rétorsions. La question essentielle, en la matière, sera de fixer un seuil.

En présence d'une *menace de rétorsions*, le contractant victime sera exposé à un fait présenté comme la conséquence de son refus : l'auteur de la menace exercera les rétorsions dans l'hypothèse où le refus de contracter serait maintenu, et ces rétorsions causeront un dommage majeur à la victime (atteinte à la personne ou aux biens) : le terme de violence, employé à l'article 1140 c. civ., correspond donc à une menace, implicitement de commettre un fait illicite. Or, toute menace d'infliger un dommage à autrui n'est pas illicite, même quand elle a pour but d'aboutir à la conclusion d'un contrat.

En soi, le *recours à la menace* (ou aux pressions) n'est pas illégal : c'est un procédé de négociation parmi d'autres. Le destinataire du message est simplement informé du dommage qui lui sera infligé s'il persiste dans son attitude, et, spécialement en droit du contrat, à refuser de contracter. Le fait de tirer la conséquence d'une position (à savoir, les représailles) ne sera illégal que si le fait envisagé l'est aussi. Si le vendeur potentiel n'accepte pas de baisser son prix, l'autre menace de rompre les négociations : le dommage (la perte d'une chance de contracter) est légal. Sous le terme de violence, le législateur vise donc uniquement certains comportements qui sont interdits, parce que les représailles envisagées sont illicites ou parce que le comportement adopté lors de la conclusion du contrat est de nature à impressionner excessivement la victime. La distinction entre rétorsions légales et illégales résulte d'un choix (politique).

En droit positif, la distinction entre rétorsion licite et illicite conduira à identifier le *type de rapport de force* qui peut ou non se nouer entre des contractants, lors de la conclusion d'un contrat : certaines pressions et certaines menaces sont autorisées (a), tandis que le contractant victime de rétorsions interdites pourra obtenir l'annulation du contrat (b).

a/ Les menaces et pressions admises : *l'exercice d'une liberté ou d'un droit*

257. Les **menaces et pressions admises** correspondent à des comportements exprimant des exigences envers un contractant potentiel. Lors de la conclusion d'un contrat, l'un des négociateurs posera ses conditions, en exigeant que le locataire pressenti fournisse une caution solvable ou en

¹ L'auteur de la menace de violence est aussi bien le cocontractant qu'un tiers : « La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers. » (art. 1142 c. civ.).

n'acceptant d'acquérir un bien immobilier qu'à la condition d'obtenir un prêt bancaire. Les clauses contractuelles négociées entre les parties exprimeront les exigences posées par l'un et acceptées, le cas échéant, par l'autre.

Le *rapport de force* noué à cette occasion entre les négociateurs conduira l'un (en position dominante) à imposer certaines de ses exigences (sur le prix, les délais de paiement, la présence d'une caution ...), mais il faudra que l'autre puisse les accepter (en trouvant une caution ou en empruntant). Un contractant en position de faiblesse relative sera donc lui aussi amené à poser des conditions : s'il ne peut pas payer comptant l'immeuble, il devra poser dans le contrat de vente une condition suspensive d'obtention d'un prêt bancaire. Une offre pure et simple d'achat n'est pas envisageable.

Lorsque certaines clauses du contrat donnent lieu à une négociation tendue, parce que les intérêts des contractants sont opposés, l'un pourra avoir recours soit à des menaces (licites), soit à des pressions (elles aussi licites).

258. Les **menaces licites** correspondent à des faits (licites) de rétorsion qui causeront, directement ou indirectement, du dommage à la victime. Le rapport de force noué entre les contractants, avec à la clef les rétorsions de l'autre en cas de refus, peut donc conduire l'un des contractants à :

- envisager de rompre les négociations. La liberté contractuelle inclut celle de refuser de contracter avec telle ou telle personne, sans avoir à justifier de son refus (supra). Si le locataire ne présente pas une caution solvable, le bailleur refusera de conclure le contrat de location ;
- envisager de rompre une relation contractuelle déjà nouée dans l'hypothèse où l'autre n'accepterait pas de modifier le contrat. Si les deux sociétés ne s'entendent pas sur l'augmentation de prix réclamé par le fournisseur pour poursuivre le contrat d'approvisionnement, il sera rompu (Com., 21 février 1995¹).

¹ Com., 21 février 1995, 93-13.302, Bull. n°50 : (abstrat) « le comportement d'une société vendeuse d'un produit ne constitue pas une menace illégitime après avoir relevé, d'une part que la société acheteuse sans en aviser son fournisseur avait entrepris d'en rechercher d'autres, que la société venderesse avait avisé son cocontractant de ce qu'elle ne reprendrait la fabrication du produit qu'après la régularisation par contrat de leurs relations, et qu'il n'est pas démontré que durant cette période elle ait refusé de satisfaire les commandes, d'autre part que la cessation des relations entre les deux sociétés envisagée par la société vendeuse n'était pas pour elle exempte de risques dans la mesure où la fourniture du produit à la société acheteuse, son seul client, représentait une part non négligeable de son chiffre d'affaires. »

– saisir les juridictions compétentes, lorsque l'un estime que l'autre a commis une faute. Selon l'article 1141 c. civ.¹, « La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence [...]. » Si l'auteur d'un délit ne signe pas le *contrat de transaction*² indemnisant la victime d'un délit (et conduisant la victime à renoncer à porter plainte³), le juge sera saisi et rendra une décision condamnant l'auteur de l'infraction à une peine d'emprisonnement et/ou d'amende et à indemniser la victime : l'auteur du délit a le choix. Lors de la rupture conventionnelle conclue entre l'employeur et le salarié, les parties fixeront la durée du préavis et le montant de l'indemnité de licenciement en fonction de leur capacité de négociation, des contraintes que chacun subit dans la vie (besoin d'argent de l'un, menace de recours dilatoires de l'autre) et du motif de la rupture : si le gérant est auteur de manquements susceptibles d'engager sa responsabilité personnelle, il pourra renoncer à toute indemnité de rupture (Civ. 1^{ère}, 4 déc. 1995⁴). Dernier exemple : si l'emprunteur ne rembourse son crédit, la banque menacera de faire saisir ses biens, qui seront vendus aux enchères publiques (conformément au droit de l'exécution forcée), sauf si le débiteur vend un bien de valeur suffisante pour apurer la dette (dation en paiement).

La *menace de ne pas conclure un contrat* est donc (en principe) un procédé licite de négociation, qui permet à chacun de défendre ses intérêts. Les rétorsions envisagées sont licites : l'autre subira un dommage légal consistant à perdre une chance de contracter, à devoir subir une décision du juge ou à voir publiées des informations divulguant un secret de fabrication. L'autre a le choix. L'un et l'autre exercent leur liberté contractuelle, lorsque le contrat a pour objet de limiter l'exercice d'un droit (d'ester en justice ; de construire un mur privant le voisin de soleil ...), d'une liberté (d'expression) et plus généralement de toute prérogative que l'un peut exercer légalement au détriment de l'autre.

259. Les **pressions licites** exercées sur l'un des négociateurs sont des procédés destinés à impressionner l'autre, en le plaçant en position d'infériorité lors d'une négociation. Ces techniques

¹ Art. 1141 c. civ. : « La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence. Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif. »

² Art. 2044 c. civ. : « La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.
« Ce contrat doit être rédigé par écrit. »

³ Art. 2052 c. civ. : « La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 4 déc. 1995, n°84-13466, Bull. n°335 ; JCP E 1996.I.523, n° 2, obs. Mousseron ; RTD civ. 1996, p. 391, obs. Jacques Mestre : révocation d'un agent d'assurance et renoncement de ce dernier à une indemnité de rupture ; la compagnie d'assurance menaçait de saisir les tribunaux.

ont pour but de créer un rapport de force favorable à l'un des négociateurs, directement ou indirectement. Il est donc permis de :

- fatiguer le négociateur adverse, en le convoquant tôt le matin, et en le laissant attendre dans un couloir pendant des heures. L'entretien aura lieu lorsque la fatigue et la faim auront produits leurs effets ;
- humilier le négociateur adverse, en lui adressant des reproches sur sa tenue ou son hygiène ou sur la qualité des produits ou service qu'il cherche à vendre. L'acquéreur cherche à faire croire qu'il n'est pas suffisamment intéressé, afin de faire baisser le prix ;
- impressionner le négociateur adverse, en créant un contexte tendu par l'emploi combiné de cris et de pleurs ou en répondant ostensiblement (au téléphone) à des offres émanant de concurrents.

Tous ces procédés sont licites, en tout cas dans le milieu professionnel : un négociateur professionnel sait qu'il peut être exposé à ces pratiques, et il n'est jamais obligé de les subir. Il peut quitter les lieux quand il juge que le retard est trop important, que des propos déplacés sont tenus ou que le ton général d'une discussion est inapproprié. En revanche, ce type de comportement pourra être considéré comme menaçant quand il est employé envers une personne impressionnable, qui n'a pas à s'attendre à l'utilisation de telles techniques (salarié, client ...).

260. Lors de la conclusion d'un contrat, les contractants peuvent donc recourir à la menace (de rétorsions licites) ainsi qu'aux pressions. Ces deux techniques de négociation, destinées à créer à **rapport de force** défavorable à l'un des contractants, ont un statut un peu différent : la menace de rétorsion illicite est objectivement interdite (quelle que soit la qualité de la victime : professionnelle, consommateur ...), alors que les pressions autorisées tiennent compte de la qualité du cocontractant victime (qui pourra être surpris par certains procédés trop violents).

Lorsque le contrat est conclu, ce rapport de force noué entre les contractants se manifestera dans les clauses du contrat, et notamment celles relatives au contenu de l'équation contractuelle, dans un contrat synallagmatique (le prix), unilatéral (le montant suffisant que la caution s'engage à verser) ou d'association (lorsqu'il s'agit d'estimer la valeur comparée des apports en nature réalisés par chaque associé).

La liberté contractuelle admet donc que les négociations peuvent se dérouler dans un contexte tendu et en recourant à des menaces : la distance contractuelle qui sera nouée entre les contractants montrera qu'ils peuvent être des adversaires, mais l'un ne doit pas être la proie de l'autre.

b/ Les comportements interdits : les pressions excessives et les menaces de représailles illicites

261. Les **comportements interdits et qualifiés de violents** excèdent le seuil de l'acceptable, car les méthodes employées montrent que le contractant victime est considéré comme une proie. Ces comportements violents cherchent soit à intimider une victime en exerçant sur elle des pressions excessives, soit à la menacer de représailles illicites.

Les *pressions illicites* sont des stratagèmes employés afin de placer le contractant victime en position d'infériorité, en lui adressant des reproches ou en cherchant à l'affaiblir psychologiquement. La victime sera surprise par des cris ou des insinuations diffamatoires ; ou bien, elle sera durablement affaiblie par le harcèlement, destiné à briser sa capacité de résistance. Aucune menace de représailles n'est alors utilisée, mais le contexte présidant à la conclusion du contrat est particulièrement malsain :

- La pression psychologique utilisée lors de la conclusion d'un contrat ponctuel consistera à faire croire à la victime de l'extrême gravité des faits qui lui sont reprochés, en réalité afin qu'elle renonce à tous ses droits. La salariée, accusée d'erreurs de caisse (faits réels ou imaginaires), est convoquée dans le bureau de l'employeur et se voit enjoindre de signer immédiatement sa lettre de démission (Soc., 13 nov. 1986¹) : la salariée renonce alors à ses droits sociaux, alors que son manquement n'est pas légalement une faute lourde.
- Une pression psychologique constante exercée sur la victime de harcèlement conduira cette dernière à être psychologiquement brisée et à ne plus être en état de préserver ses intérêts. Le salarié, victime de harcèlement sexuel² (Soc., 30 nov. 2004³) ou moral⁴ (Soc., 30 janvier 2013⁵) préférera renoncer à ses droits sociaux plutôt que de continuer à subir des pressions. Lors de la séparation d'un couple, la femme en instance de divorce consentira une

¹ Soc., 13 nov. 1986, n° 84-41.013, Bull. n°520 : l'arrêt relève que la « situation était intimidante et comportait un élément émotionnel de nature à mettre l'employée en position d'infériorité et que ces conditions de précipitation n'avait pas été l'expression sereine d'une libre volonté. »

² Art. 222-33 c. pén. [harcèlement sexuel] : « I. - Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. »

³ Soc., 30 nov. 2004, n°03-41.757, Bull. n°303 ; Dr. Soc. 2005, p.321, obs. B. Gauriau ; RDC 2005, p. 378, obs. Christophe Radé (annulation de la transaction signée par une étudiante en BTS, victime de harcèlement sexuel par son employeur).

⁴ Art. 222-33-2 c. pén. [harcèlement moral] : « Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. »

⁵ Soc., 30 janvier 2013, n°11-22.332, Bull. n°24 ; JCP Soc. 2013, n°1112, p.33 à 35, note Céline Leborgne-Ingelaere : la rupture conventionnelle du contrat de travail est annulée pour violence morale, en raison de la fragilité du salarié, contraint d'accepter la rupture pour mettre fin à une situation de travail insupportable du fait du harcèlement.

donation afin que cessent les pressions constantes exercées par le mari (Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003¹).

Les pressions psychologiques sont le plus souvent exercées lorsque l'un cherche à exploiter les relations personnelles de confiance qui l'unissaient à la victime : le cadre professionnel ou conjugal² est fréquemment en cause. On remarque également que ces pressions peuvent coexister avec l'erreur (lorsque le salarié croit devoir démissionner) ou non (en présence d'une victime de harcèlement).

Les *menaces de représailles* correspondent au « mal considérable » que la victime subira si elle ne s'engage pas dans le contrat. La notion de « mal considérable » signifie, premièrement, qu'un fait illicite (un « mal ») sera commis et, deuxièmement, que la rétorsion causera un dommage « considérable » :

- Premièrement, le fait illicite (pénalement incriminé³ ou non) est une atteinte à la personne ou aux biens, du contractant victime ou de ses proches. Si la victime ne plie pas, elle sera exposée au dénigrement (atteinte au crédit d'une personne) ; sa réputation d'avocat sera flétrie par la révélation des motifs de son licenciement pour faute (Soc., 23 mai 2013⁴) ; le navire de l'armateur continuera d'être occupé illégalement par les grévistes (Soc., 8 nov. 1984⁵) etc ...
- Deuxièmement, le contractant victime subira un *dommage majeur* (un mal « considérable »), si les représailles sont mises à exécution. L'occupation et le blocage du navire causera à l'armateur une perte d'exploitation, et éventuellement aussi celle des marchandises transportées (Soc., 8 nov. 1984, préc.). La réputation de l'avocat en début de carrière risque d'être durablement ternie, ce qui entraînera une perte de revenus (Soc., 23 mai 2013, préc.).

¹ Civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, n°00-18.369, inédit : l'arrêt mentionne qu'« un médecin atteste avoir vu la femme “terrorisée” au sujet de documents qu'elle devait signer (...) », ce qui conduit à caractériser « les fortes pressions d'ordre psychologiques » exercées par le mari sur son épouse.

² Civ. 3^e, 4 mai 2016, n°15-12.454, inédit ; D. 2017. 375, note M. Mekki ; AJDI 2016. 539 ; LPA 19 oct. 2016, note S. Lequette (séparation entre concubins : homme, au comportement manipulateur, exerçant des pressions sur sa concubine ayant des troubles mentaux).

³ Art. 312-12-1 c. pén. : « Le fait, en réunion et de manière agressive, ou sous la menace d'un animal dangereux, de solliciter, sur la voie publique, la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien est puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende. »

⁴ Soc., 23 mai 2013, n°12-13.865, Bull. n°128 ; D. 2013. 1355, obs. B. Ines ; D. 2013, p.1768, P. Flores, S. Mariette, F. Ducloz, E. Wurtz, C. Sommé et A. Contamine ; D. 2014. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT civ. 2013, p.480, obs. G. Auzero : « l'employeur avait menacé la salariée de voir ternir la poursuite de son parcours professionnel en raison des erreurs et manquements de sa part justifiant un licenciement et l'avait incitée, par une pression, à choisir la voie de la rupture conventionnelle ». L'employeur invoquait pourtant de nombreux manquements (difficulté rédactionnelle, absence de notes prises lors des rendez-vous, nombre très limité de dossiers traités ...).

⁵ Soc., 8 nov. 1984, n° 82-14.816, Bull. n° 423 ; RTD civ. 1985, p. 368, obs. J. Mestre (militants syndicaux immobilisant un navire lors d'une grève « ayant donné lieu à des agissements illicites »).

En présence d'une pression (contexte violent) ou de menaces de représailles illicites, l'auteur de la violence crée un *rapport de force injuste (menaçant) destiné à placer la victime en position d'infériorité*. Pour établir la violence, il faut donc prouver que l'auteur de la menace adopte un comportement illicite : il cherche à négocier en créant une situation malsaine (par des tensions, du harcèlement ...) ou il menace de commettre un fait illicite. Mais, en soi, la création ou l'exploitation d'un rapport de force n'est pas interdite : un négociateur peut chercher à placer l'autre sur la défensive, en lui adressant des reproches ou en dénigrant la qualité de sa prestation. On retrouve donc la question des comportements autorisés et interdits.

(262 et 263. : réservés)

264. En droit français, le **rapport de force** noué lors d'une négociation ne sera qualifié de violent envers le contractant victime que dans deux cas de figure : soit l'auteur de la violence exerce une « pression » (dans un contexte malsain), soit il recourt à des menaces de rétorsions illicites. Ce sont des procédés excessivement brutaux.

La *pression* ne devient un procédé illicite de négociation que si le contexte est considéré comme trop malsain :

- En deçà de ce seuil, les négociations tendues sont licites : le fait, pour un distributeur (grande surface) d'imposer au fournisseur d'attendre pendant des heures, de négocier à trois contre un, en adressant des reproches réitérés sur le prix trop élevé et la qualité insuffisante de la prestation font partie des techniques admises de négociation. Il n'est pas interdit de chercher à fatiguer, humilier ou déstabiliser, dans une certaine mesure du moins.
- Au-delà de ce seuil, il y aura pression quand le salarié se voit adresser des reproches sur ses prétendues erreurs de caisse, est reçu par trois personnes et se voit "proposer" de rédiger une lettre de démission avec renonciation à l'indemnité de licenciement.

Le contexte malsain de négociation n'est pas objectif : il tient compte de ce à quoi peut ou non s'attendre la victime. Le fournisseur, professionnel de la négociation, n'est pas dans la situation d'un salarié, surpris par la virulence d'une attaque.

Les *menaces de rétorsions illicites* seront des violences, lorsque le dommage majeur auquel le contractant victime serait exposé est causé par un fait illicite. L'auteur de la menace n'exerce donc pas une prérogative par laquelle il peut légalement causer du dommage à la victime, si elle refuse le

contrat (ester en justice, construire un mur privant de vue un voisin ...). La différence entre chantage et contrepartie à un contrat (de transaction, ...) n'est pas objective : une menace devient injuste quand la rétorsion devient un détournement d'une prérogative.

Deux types de comportement sont donc considérés comme violents en droit français. En présence d'une pression, le salarié n'est pas traité comme un professionnel, alors qu'en présence d'une menace (de mort), il n'existe aucune différence entre un salarié et un professionnel.

2/ La crainte (généralisant le consentement) : le vice de contrainte

265. La **crainte généralisant le consentement** du contractant victime est la conséquence de la menace : son consentement est vicié car considéré comme insuffisamment libre (puisqu'il n'aurait pas accepté, et en tout cas, pas à ces conditions). Le vice de contrainte affecte le consentement, mais de deux manières différentes selon que l'on est en présence d'une pression ou d'une menace de représailles (illicites).

La *pression* exercée par l'un atteint son but quand la victime est intimidée par la crainte, c-à-d. par une émotion. Si les pratiques de harcèlement ou si la mise en scène (avec convocation au bureau du directeur, flanqué de la drh et consorts) ne conduisent pas faire impression sur la victime (éventuellement parce que la victime a anticipé cette technique de négociation), la victime échappera à l'émotion, et son consentement ne sera pas vicié (Soc., 23 janvier 2019¹). L'émotion est nécessaire en présence d'une pression.

En présence d'une *menace de représailles*, le vice de contrainte sera établi par la preuve de la consistance des représailles (illicites) envisagées par l'auteur de la menace, sans avoir à démontrer une émotion de la victime. La crainte est une anticipation rationnelle des rétorsions (et c'est ainsi qu'elle est analysée en philosophie politique² : « céder à la force est un acte de nécessité, non de volonté » disait Jean-Jacques³). L'émotion est superflue en présence d'une menace de représailles.

¹ Soc., 23 janvier 2019, n°17-21.550, Bull. ; JCP Soc. 2019.II.1057, note Grégoire Loiseau ; Bull. Joly travail, février 2019, p. 16, note Julien Icard ; Gaz. Pal. 2019, n°9, p. 30, note Sébastien Mayoux, et n°10, p. 59, note Salira Harir ; Dr. soc. 2019, p. 268, note Jean Mouly : (abstrat) « En l'absence de vice du consentement, l'existence de faits de harcèlement moral n'affecte pas en elle-même la validité de la convention de rupture intervenue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail. »

² Thomas Hobbes (1588-1679), *Léviathan*, (1651), trad. Tricaud, Sirey, 1990, p. 212 : « Ce n'est pas le succès des armes qui donne le droit d'exercer sa domination sur le vaincu, mais la convention passée par celui-ci. Et il n'est pas obligé parce que subjugué, c'est-à-dire vaincu, capturé ou mis en fuite, mais par le seul fait qu'il se rend et fait sa soumission au vainqueur » ; et de conclure, p. 222 : « *la crainte et la liberté sont compatibles* ». Selon Hobbes, la crainte n'est pas une émotion, mais l'anticipation des conséquences d'un refus ; le droit exprime simplement ce rapport de force (de sorte que le droit changera lui aussi quand le rapport de force se modifiera).

³ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Seuil, coll. Points, p.174 : « La force est une puissance physique ; je ne vois point de quelle moralité peut résulter de ses effets. *Céder à la force est un acte de nécessité, non de volonté* ; c'est tout au plus un acte de prudence. En quel sens pourra-ce être un devoir ? [...] Qu'est-ce qu'un droit qui dépérit quand la force cesse ? S'il faut obéir par force, on n'a pas besoin d'obéir par devoir, et s'il l'on n'est plus forcé d'obéir, on n'y est plus obligé. On voit donc que ce mot de droit n'ajoute rien à la force ; il ne signifie ici rien du tout. » Et de conclure : « Convenons donc que force ne fait pas droit, et qu'on n'est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes. » Selon Rousseau, le contrat est un acte juridique : il sera annulable pour cause de

La crainte générant le consentement (contraint) de la victime obéit donc à deux définitions différentes, en fonction du type de menaces exercées sur la victime : la crainte est une émotion en présence d'une pression ; c'est une anticipation rationnelle en présence d'une menace de représailles.

265-1. La **preuve de la crainte** éprouvée par le contractant victime sera différente selon qu'il s'agit d'établir une émotion ou le caractère illicite d'une rétorsion.

En présence d'une pression, l'*émotion de la victime* est appréciée in concreto. La victime ne doit pas se laisser impressionner trop facilement : il en sera notamment ainsi quand la victime, en raison de sa compétence professionnelle (un négociateur), de sa formation ou de son expérience, ne subit pas une relation asymétrique. À l'inverse, lorsque la victime établit qu'elle était spécifiquement en position d'infériorité (psychologique), en raison de son statut (salarié face à l'employeur), de son inexpérience (liée à la l'âge) ou de sa vulnérabilité (liée à la maladie), l'émotion qu'elle éprouvera sera justifiée¹. Si le passant ne donne pas volontairement une pièce, le groupe de punks lâchera les chiens (délict de remise de fonds sous la contrainte : art. 312-12-1 c. pén.²) ; mais si le passant est armé, il y aura dissuasion mutuelle.

(266 - à 274. réservés)

274. La **violence** sera donc établie quand un contractant est victime d'un comportement menaçant : soit il subit une pression de nature à générer un sentiment de crainte ; soit il subit des menaces de représailles illicites. Dans les deux cas, il sera contraint d'accepter un contrat qu'il aurait autrement refusé : le contrat est alors annulable pour vice de violence.

À l'inverse, la violence ne sera pas caractérisée en cas de menace de représailles licites ou en présence d'une négociation tendue. Le seuil de l'inacceptable n'est pas atteint : une négociation tendue au cours de laquelle un négociateur fait attendre l'autre dans un couloir pendant trois heures afin de lui faire sentir sa dépendance : si l'autre accepte d'être traité ainsi, c'est son problème (et sa liberté, qu'il exerce au regard des circonstances qui s'imposent à lui) ; de même, la menace d'exercer une prérogative (liberté de ne pas conclure ; droit d'ester en justice) est en soi une rétorsion licite, du moins en principe.

violence.

¹ Avant la réforme de 2016, l'ancien article 1112 al. 2 c. civ. faisait état de cette émotion éprouvée par la victime, appréciée in concreto (c-à-d. en fonction de son seuil émotionnel de résistance).

Anc. art. 1112 c. civ. (1804) : « Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

« On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes. »

² Art. 312-12-1 c. pén. : « Le fait, en réunion et de manière agressive, ou sous la menace d'un animal dangereux, de solliciter, sur la voie publique, la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien est puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende. »

II/ Le chantage : la menace d'exercer une prérogative de manière abusive

275. Le **chantage**¹ (en droit du contrat²) est le fait de menacer une victime d'exercer une prérogative légale (de nature à lui causer du tort), afin de la contraindre à accepter une extorsion réalisée par le contrat. Si le salarié n'accepte pas la rupture conventionnelle sans indemnité, l'employeur révélera à qui veut l'entendre les fautes qui ont motivé le licenciement ; si le fournisseur n'accepte pas de livrer ses produits à tel prix à la centrale d'achat de la grande surface, le contrat d'approvisionnement sera immédiatement rompu (et le fournisseur perdra 50% de son chiffre d'affaires). Le chantage permet alors à son auteur de réaliser une prédation par le contrat : la menace (condition commune à toutes les contraintes) sera réalisée par un abus et la crainte éprouvée par la victime sera le dommage auquel elle peut être légalement exposée.

La *menace* exercée par l'auteur du chantage est spécifique : c'est un abus de droit. L'auteur du chantage peut exercer une prérogative légale (s'exprimer publiquement ; agir en justice) et son exercice est de nature à causer légalement un dommage à la victime (sa réputation sera ternie ; elle sera tenue de verser une indemnisation ; elle devra se déclarer en faillite). Cette situation de force dont bénéficie l'auteur du chantage le conduira à exercer de manière abusive sa prérogative : il veut obtenir, par le contrat, un « avantage manifestement excessif » (c-à-d. une extorsion). Si la victime veut échapper au dommage qu'elle peut légalement subir, elle devra payer chèrement le silence de l'auteur de la menace (qui s'oblige par contrat à ne rien révéler) ; si elle veut éviter la perte d'un client essentiel, elle devra travailler sans profit, voire à perte.

La *crainte* causée par le chantage conduira la victime à subir le rapport de force et à devoir accepter le contrat en se soumettant aux conditions imposées par l'auteur du chantage. Cette crainte causée par le chantage possède un aspect singulier : la victime est, en effet, légalement exposée à subir un dommage ou une perte. C'est ce qui la place en position de faiblesse envers le cocontractant cupide. Il faudra déterminer si le vice du consentement de la victime est une émotion ou une anticipation rationnelle d'un dommage.

¹ Dans le langage courant, le chantage consiste à brandir une menace de rétorsion afin d'obtenir un avantage de la part d'une personne qui autrement le refuserait. En

² Le délit de chantage, prévu en droit pénal depuis la loi du 13 mai 1863, obéit à un régime propre. La menace de révélations vise des faits réels, imaginaires ou diffamatoires (dont la révélation est interdite : ainsi celles portant sur la vie privée). Le délit est classé parmi les atteintes aux biens, et plus précisément parmi les extorsions (incluant également le vol, l'escroquerie ou l'abus de confiance).

Art. 312-10 c. pén. : « Le chantage est le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque. Le chantage est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. »

Art. 312-11 c. pén. : « Lorsque l'auteur du chantage a mis sa menace à exécution, la peine est portée à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende. »

Depuis 2016, en droit du contrat, le législateur français a pris la décision d'*interdire certaines prédatons réalisées par le chantage*, en considérant que le consentement de la victime est extorqué par contrainte. Lorsqu'un texte spécial le prévoit, le contractant victime de chantage subit une menace abusive (1), qui le contraint à accepter par crainte d'être exposé à un dommage légal (2).

1/ La menace abusive : l'obtention d'un avantage "manifestement excessif"

276. La **menace abusive** causée par le chantage sera établie en droit du contrat par la combinaison de deux éléments conjoints : premièrement, l'auteur de la menace commet un abus de droit dans l'exercice d'une prérogative ; deuxièmement, cet abus consiste à se montrer cupide, en obtenant (par contrat) un « avantage manifestement excessif », le terme étant employé en présence d'une menace d'exercer une voie de droit (art. 1141 c. civ.¹) et en présence d'une contrainte économique (art. 1143 c. civ.²).

Le chantage contractuel se développe dans un contexte propre combinant deux conditions préalables neutres :

- Premièrement, la liberté contractuelle reconnue aux parties leur permet de *limiter l'exercice d'une prérogative légale par contrat*. La victime d'une infraction peut conclure avec son auteur un contrat de transaction (par lequel la victime renonce à porter plainte, mais obtient une indemnisation : l'auteur de l'infraction échappe aux sanctions pénales et à l'atteinte à sa réputation). Un contrat peut pareillement avoir pour objet de limiter la liberté d'expression d'une personne, qui connaît une information sensible (secrète ou compromettante) : le salarié sera tenu à une clause de confidentialité envers son employeur. La clause de non-concurrence imposera au vendeur du fonds de commerce de ne pas se réinstaller dans un certain périmètre ; la clause de non construction interdira au propriétaire du fond, de ne pas édifier un bâtiment ou un mur (privant le voisin de vue ou de soleil).
- Deuxièmement, lorsque l'un limite sa liberté par contrat, il obtient en contrepartie un *avantage* : le salarié tenu à une clause de non-concurrence doit obtenir une contrepartie, à savoir le paiement du différentiel de salaire entre ce qu'il aurait pu obtenir en exerçant sa compétence professionnelle et la perte de salaire à laquelle il s'expose par la clause de non-concurrence. Le montant de l'avantage obtenu par l'un et consenti par l'autre dépend de la

¹ Art. 1141 c. civ. : « La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence. Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif. »

² Art. 1143 c. civ., « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. »

capacité de négociation de chacun, et notamment du rapport de force : l'auteur d'une infraction pourra être amené à verser une indemnisation équivalente, supérieure ou inférieure à celle que la victime aurait probablement obtenue en justice.

En droit du contrat, le chantage sera constitué quand la prérogative (droit de construire un mur ; liberté de s'exprimer publiquement ; droit d'agir en justice) dont dispose légalement son auteur est exercée afin d'obtenir un « avantage manifestement excessif ». L'exercice de la prérogative devient alors abusif : c'est une extorsion. Mais ce chantage n'est légalement admis que dans deux cas limitatifs : en présence d'une action abusive en justice (a) et en présence d'une contrainte économique (b).

276-1. Face à la conclusion d'un contrat et à **la menace de ne pas le conclure**, avec la conséquence qui s'y attache (action en justice, révélation d'une information sensible ...), la distinction entre menace licite et menace abusive est le produit d'un choix (politique), ce qui explique pourquoi les deux cas légalement prévus sont limitatifs.

Objectivement, le *caractère « manifestement excessif »* d'un avantage obtenu dans le cadre d'un contrat de transaction ne dépend pas du montant du dommage subi par la victime. Une victime pourra réclamer un multiple des profits réalisés par l'auteur d'une publication portant atteinte à la vie privée, dans le but de rendre excessivement onéreux à son auteur l'exercice d'une activité nuisible : la victime « morale » ne sera pas considérée comme cupide, même quand le montant du dommage qu'elle subit effectivement serait d'un montant bien inférieur à celui qu'elle réclame. À l'inverse, une victime sera considérée comme auteur d'un chantage quand elle a l'intention de profiter de l'infraction pour s'enrichir « excessivement » aux dépens de son auteur : même si le montant obtenu est inférieur à celui qu'aurait obtenu une victime « morale ». Le seuil au-delà duquel l'avantage devient « manifestement excessif » sera apprécié par les juges.

Le cadre légal actuellement prévu en droit du contrat semble limité aux deux hypothèses prévues (voie de droit et contrainte économique). Si le propriétaire du fond réclame un avantage « manifestement excessif » aux yeux qui voisin qui veut éviter la construction d'un immeuble le privant de soleil, il n'y aura pas chantage. L'abus de faiblesse aurait pu être prévu, notamment en présence de contractants âgés : il ne l'est pas en droit français.

a/ La menace abusive d'exercer une voie de droit

277. La **menace abusive d'exercer une voie de droit** (c-à-d. une action en justice) concerne notamment les contrats de transaction. On sait (supra n°258) que ces contrats conclus sous la menace d'exercer une action en justice sont en principe valablement conclus, puisque l'article 1141 c. civ.¹ (reprenant la jurisprudence²) affirme que « la menace d'une voie de droit ne constitue pas

¹ Art. 1141 c. civ. : « La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence. Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif. »

² Civ. 3^e, 17 janv. 1984, Bull. n°13 ; RTD civ. 1985. 367, obs. J. Mestre ; Defrénois 1985, art. 33481, n°11, obs. J.-L. Aubert : « la menace d'emploi d'une voie de droit ne constitue une violence au sens des articles 1111 et suivants [anciens] du code civil que s'il y a

une violence ». Mais l'article 1141 c. civ. poursuit : « il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif. » Le détournement de droit et le chantage proprement dit sont donc les deux cas dans lesquels la menace de représailles devient abusive.

L'obtention d'un « *avantage manifestement excessif* » transforme le contrat de transaction (et plus généralement le contrat ayant pour objet de limiter l'exercice d'une voie de droit¹) en instrument de prédation. Une association menace de contester le permis de construire et d'exercer des recours multiples (alors qu'il n'existe aucun moyen sérieux), sauf si le constructeur verse une indemnité importante de transaction (Civ. 1^{ère}, 4 février 2015²). Le créancier, banque impayée, menace de saisir l'ensemble des biens de l'entreprise, sauf si le débiteur consent une dation en paiement³ par laquelle le créancier devient propriétaire d'un immeuble dont la valeur excède manifestement le montant de la dette impayée.

La « *voie de droit détournée de son but* » consiste à obtenir un avantage étranger à l'objet normal d'un contrat de transaction. La victime d'un accident de la circulation (dont le maire est l'auteur) obtient un permis de construire : le contrat de transaction est alors « détourné de son but » (à savoir indemniser la victime).

La menace d'exercer une voie de droit devient donc abusive quand elle sert de prétexte pour obtenir un avantage (illicite ou excessif). On remarquera que les juges voient d'un mauvais œil les contrats ayant pour but de limiter l'accès au juge : la crainte de la publicité donnée aux décisions de justice (infra) ne doit pas conduire le contractant à tout accepter.

b/ La menace abusive de ne pas conclure : la condition de dépendance couplée à celle de l'extorsion

278. La **menace abusive de ne pas conclure le contrat**, appelée également contrainte économique, est définie par l'article 1143 c. civ. : « Il y a également violence lorsqu'une partie,

abus de cette voie de droit, soit en la détournant de son but, soit en en usant pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif ».

¹ Crim., 12 mars 1985, n°84-90787, Bull. n°110 : « si la menace de recourir aux voies légales pour obtenir le paiement d'une dette ne tombe pas sous le coup [du délit de chantage], il en est différemment lorsque la menace de révéler une irrégularité susceptible d'entraîner des poursuites d'ordre fiscal ou disciplinaire tend à obtenir l'exécution d'une convention entachée de nullité » (avocat connaissance la nullité du contrat dont il menaçait de demander l'exécution forcée).

² Civ. 1^{ère}, 4 févr. 2015, n°14-10.920, inédit ; D. 2016. 566, obs. M. Mekki ; RTD civ. 2015. 371 obs. H. Barbier ; RDC 2015. 445, obs. E. Savaux ; JCP 2015. 808, obs. G. Loiseau : une société menace de contester les permis de construire délivrés (ce qui conduirait à des retards de chantier importants) et conclut avec le constructeur un contrat de transaction pour un montant important ; le juge annule la transaction, en constatant que les chances de succès de la contestation des permis de construire étaient "dénudées de toute chance de succès". Voir aussi : Civ. 1^{ère}, 17 juill. 1967, D. 1967.509

³ La dation en paiement est un contrat ayant pour objet de supprimer une ancienne obligation (la dette impayée) par une nouvelle obligation qui la remplace (la vente de l'immeuble). En régime général des obligations, il s'agit d'une novation.

abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. » Le cas typique est celui du fournisseur qui a pour seul client un distributeur (grande surface) ou une coopérative : sa dépendance économique est telle qu'il ne pourra qu'accepter le tarif réclamé par son client, qui le menacera de rompre le contrat en cas de refus. On sait que la menace de ne pas conclure un contrat est un procédé licite de négociation (supra n°257) ; mais cette menace deviendra abusive, selon l'article 1143 c. civ., lorsque deux conditions sont remplies : le contractant « en état de dépendance » doit être victime d'une extorsion (définie comme l'obtention d'un « avantage manifestement excessif »).

L'« état de dépendance » du contractant victime signifie qu'il existe une asymétrie de départ entre le besoin de contrat de l'un et l'opportunité d'une bonne affaire pour l'autre.

– La dépendance de l'un envers l'autre sera caractérisée quand un fournisseur (de denrées agricoles, notamment) qui n'a quasiment qu'un seul client (coopérative laitière, grande surface ...) ou lorsque l'entreprise cliente ne peut recourir qu'à un seul procédé technique pour produire (Com., 12 février 2013¹). En présence d'un navire en détresse, lorsqu'il n'existe qu'un seul sauveteur potentiel à proximité, le prix du sauvetage exigé par celui qui monnaie son intervention ne pourra qu'être accepté par la victime en détresse².

– À l'inverse, en présence de deux contractants en position symétrique (éprouvant un besoin similaire de la prestation de l'autre), aucun abus de dépendance ne peut être établi. Le client d'une banque mécontent de l'augmentation du tarif de location d'un coffre-fort n'est pas dépendant de sa banque (Civ. 1^{ère}, 18 février 2004³) : l'un comme l'autre a la possibilité de rompre le contrat conclu et de conclure avec un tiers. Le fournisseur qui traite avec un gros client (représentant 20% du chiffre d'affaires) n'est pas en position de dépendance (Com., 27 mai 2015⁴).

¹ Com., 12 février 2013, n°12-13.603 : « L'état de dépendance économique se définit comme l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise. »

² Req., 27 avril 1887, S. 1887.1.372 ; D. 1888.1.263.

³ Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n°01-00475, Bull. n°190, p.157 (à propos d'une location de coffre-fort) : « d'une part, (...) la banque était libre de fixer le prix qu'elle entendait pratiquer, (...) d'autre part, (...) Mme X..., qui bénéficiait d'un préavis d'un mois pour résilier son contrat, avait été tenue informée du changement de politique de la banque plus de six mois avant l'échéance, disposant ainsi du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence, de sorte qu'il n'était pas démontré en quoi elle avait été contrainte de se soumettre aux conditions de la BNP en renouvelant un contrat qu'elle restait libre de ne pas poursuivre ». Voir aussi : Civ. 1^{ère}, 18 février 2015, n°13-28.278.

⁴ Com., 27 mai 2015, n°14-11.387, Bull. ; D. 2015, somm., p. 1204 : (abstrat) « Une soumission, au sens de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, à un déséquilibre significatif peut être déduite du fait que les fournisseurs ne disposaient pas du pouvoir réel de négocier les clauses litigieuses et qu'ils ne pouvaient pas prendre le risque d'être déréférencés par un opérateur qui détenait 16,9 % des parts du marché de la distribution. »

La seconde condition est l'obtention d'un « *avantage manifestement excessif* », ce qui conduit à établir l'abus de l'état de dépendance. L'exploitation abusive de la dépendance sera caractérisée quand le contrat synallagmatique conduit l'assureur à verser à l'assuré (garagiste ayant subi un sinistre) une indemnisation trop faible par rapport à l'étendue du sinistre subi par l'assuré (Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000¹).

Lorsque ces deux conditions sont réunies, le contractant victime peut prétendre subir une contrainte économique. À l'inverse, si l'une d'elles manque, le vice du consentement ne sera pas établi : le contrat est déséquilibré, en réalité parce que l'un (prétendument dépendant) a mal négocié² ; si le contrat n'est pas déséquilibré, aucune extorsion n'a eu lieu³.

278-1. L'abus de la menace de ne pas conclure le contrat a donné lieu à **débat** entre l'autonomie de la volonté et le solidarisme car les conditions posées à cet abus renseignent sur la fonction du contrat et la consistance de la liberté contractuelle dont dispose chaque contractant potentiel.

Selon l'*autonomie de la volonté*, la menace de ne pas conclure un contrat ne devient abusive qu'en présence d'une intention de nuire (cas différent de celui dans lequel l'un profite d'une situation de domination sur l'autre).

Dans un contrat synallagmatique, chacun mène la politique de son choix face à l'autre : si l'un estime conforme à son intérêt de mener envers l'autre une politique de prédation (travail à perte), l'autre devra estimer que sa situation provisoirement défavorable lui impose de chercher à diversifier ses débouchés ; si c'est impossible, il devra tirer en conséquence, en se retirant du marché (et, éventuellement, en se plaçant sous le régime de la faillite). Le client, qui n'est pas responsable de la dépendance de son fournisseur, pourra donc profiter de sa position asymétrique pour réclamer le prix de livraison qu'il estime conforme à son intérêt. Celui qui n'a pas le choix doit assumer sa situation⁴ : son consentement n'est pas vicié. La question de fond à laquelle renvoie la contrainte économique est celle du caractère équilibré du contrat. Or, le code civil ne pose pas l'équilibre comme une condition de validité en droit du contrat (infra, le contenu du contrat), parce que ce n'est pas la fonction du contrat.

¹ Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n°98-15242 ; Bull. n°169 ; D. 2000, p. 879, note J.-P. Chazal ; Dr. & patr. 2000, n°86, p.100, obs. P. Chauvel ; JCP G 2001, II, n°10461, note G. Loiseau ; RTD civ. 2000, p. 827, obs. J. Mestre et B. Fages : « *la contrainte économique se rattache à la violence* ».

² Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n°00-12.932, Bull. n°108 ; RTD civ. 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; D. 2002, p.1860, note J.-P. Chazal ; D. 2002, p.1860, note J.-P. Gridel ; Dalloz 2002, p.2844, obs. D. Mazeaud ; G. Loiseau, *L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique*, Dr. & patr. 2002, n°107, p. 26 : selon l'arrêt, la violence économique suppose « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne ».

³ Com., 18 déc. 2007, n°04-16.069 : « (...) pour retenir la validité d'une clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de fourniture d'électricité, (...) d'une part, que la circonstance qu'Electricité de France (EDF) bénéficie d'un monopole légal pour la distribution d'électricité ne suffit pas à caractériser l'existence d'un abus et, d'autre part, que la société invoquant la nullité de cette clause ne rapporte pas la preuve de l'existence d'un tel abus ».

⁴ Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n°00-12.932, Bull. n°108 ; D. 2002. 1860, note J.-P. Gridel ; D. 2002. 1862, note J.-P. Chazal ; D. 2002. Somm. 2844, obs. D. Mazeaud ; JCP 2002. I. 184, obs. G. Virassamy ; RTD civ. 2002. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2003. 86, obs. A. Françon ; Defrénois 2002, art. 37607, n°65, obs. E. Savaux ; CCC 2002. Comm. n°121, obs. L. Leveneur ; CCE 2002, n°80, obs. C. Caron, et 2002, n°89, obs. P. Stoffel-Munck ; Gaz. Pal. 2003. 444, note J. Rovinski (absence de violence en cas de seule dépendance économique inhérente au statut du salariat).

Selon l'*école solidariste*, l'abus de la liberté contractuelle sera établi quand l'un des contractants commet une faute : il en sera ainsi en présence d'un refus illicite de contracter (supra) ou en présence d'un contrat trop déséquilibré. Le législateur peut donc orienter la liberté contractuelle (droit-fonction) en interdisant à un contractant d'exercer sa domination sur son cocontractant dépendant et d'obtenir de lui un « avantage manifestement excessif ». La liberté contractuelle est simplement une liberté économique : le législateur pourra donc imposer des normes sanitaires ou interdire les pratiques restrictives de concurrence. Historiquement, on note que la contrainte économique est apparue en droit de la concurrence (droit économique ayant pour but d'interdire les positions dominantes sur un marché), aux articles L 420-2 c. com.¹ et L 442-6 I 2°/ b/ c. com.².

La contrainte économique occupe donc une place stratégique (en droit du contrat), car la menace du refus de contracter renseigne sur la consistance de la liberté contractuelle. Soit c'est une liberté individuelle (exercée sauf abus, à savoir intention de nuire), soit c'est une liberté économique (contrôlée, en présence d'un déséquilibre). Telle qu'elle apparaît à l'article 1143 c. civ.³, la contrainte économique valide, dans ce domaine, la thèse solidariste.

279. La **menace abusive** qui caractérise le chantage au contrat sera donc établie en présence d'une prérogative exercée dans le but d'extorquer une ressource par le contrat. Si la victime ne consent pas, sa réputation sera ternie par la publicité donnée à la plainte au pénal ; l'entreprise dépendante devra se déclarer en faillite.

La menace exercée par l'auteur du chantage n'atteindra son but que si la victime s'avère craintive, face à un dommage qu'elle peut légalement subir.

2/ La crainte résultant du chantage : la crainte d'un dommage légal

280. La **crainte** résultant du chantage possède un aspect spécifique, dans la mesure où la menace consiste à exercer (abusivement) une prérogative légale. Le contractant, victime de chantage, sait donc qu'il est légalement exposé à subir un dommage (causé par l'exercice licite de la prérogative dont l'autre dispose) : il sait que le contrat conclu à durée déterminée peut ne pas être renouvelé ; il sait qu'il a commis une faute et qu'il risque d'être condamné en justice. Dans cette situation, la

¹ Art. 420-2 al.1^{er} c. com. : « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. »

² Art. L 442-6 c. com. : « I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...)

« 2° (...) b) D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées. (...)

« 4° D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ; »

³ Art. 1143 c. civ., « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. »

crainte résultant du chantage sera pourtant un vice du consentement quand la victime éprouve une émotion excessive ou même quand elle anticipe rationnellement les rétorsions.

La crainte résultant du chantage correspond fréquemment à une *émotion excessive* éprouvée par la victime. Certes, le contractant a commis une faute (éventuellement une infraction pénale) ou il est l'auteur d'un manquement (inexécution contractuelle) : il est donc exposé à devoir réparer un dommage, voire également à subir une sanction. Mais sa crainte du déshonneur ou de la rupture d'un contrat essentiel (conduisant à la faillite) le conduit à sur-réagir, en acceptant l'extorsion réalisée par le contrat. La pression que subit la victime donne lieu à un sentiment excessif de crainte qui vicie son consentement.

La crainte peut également correspondre à l'*anticipation rationnelle des représailles* à exercer par l'auteur du chantage. La publicité donnée à l'action en justice ternira durablement la réputation de l'entreprise : la perte de chiffre d'affaires la conduirait à la faillite, au même titre que la perte d'un très gros client dont l'entreprise est dépendante. La personne qui se noie anticipe rationnellement les conséquences d'un refus du sauveteur potentiel.

Le vice de contrainte, en présence d'un chantage, présente donc les mêmes caractères que ceux présents dans la violence : la crainte est une émotion (face à une pression) ou l'anticipation rationnelle d'un dommage. C'est le cas avec la crainte d'une voie de droit (a) ; la contrainte économique présente marginalement quelques spécificités (b).

a/ La crainte de l'exercice d'une voie de droit

281. La **crainte de l'exercice d'une voie de droit** ne sera un vice du consentement que si le contractant est victime d'une extorsion. Toute personne poursuivie en justice est exposée à la crainte, à éprouver une émotion ou à anticiper rationnellement la décision de condamnation ou de ses effets pécuniaires :

- Une *décision de justice* reconnaissant une faute (pénale ou professionnelle) voire un manquement (contractuel) est de nature à créer une crainte, puisque l'identité de l'auteur de la faute sera connue. La publicité donnée à une décision de justice est de nature à porter atteinte à la réputation ou à l'honneur. Le faible niveau juridique de l'avocate sera révélé par la publication des motifs du licenciement (Soc., 23 mai 2013¹) : une telle révélation publique serait à la fois humiliante et de nature à priver l'avocate de clientèle (ce qui est une anticipation rationnelle) ;
- Les *effets pécuniaires d'une décision de justice* peuvent conduire la victime à craindre le montant de l'indemnisation qu'elle devra verser à la victime ou à craindre les effets de la saisie d'un bien (indispensable à l'exercice de son activité professionnelle et la conduisant à bref délai à la faillite ...). Là encore, l'émotion et l'anticipation rationnelle peuvent coexister.

¹ Soc., 23 mai 2013, n°12-13.865, Bull. n°128 (préc.).

La crainte de la victime face à l'exercice d'une voie de droit ne sera un *vice du consentement* qu'en présence d'une extorsion réalisée par le contrat. Les juges compareront donc les effets « normaux » de leur décision (en l'absence de contrat) à ceux « manifestement excessifs » résultant du contrat : dès lors qu'il existe une divergence majeure, les juges invitent le contractant, auteur d'un manquement et victime de chantage, à dénoncer devant eux le contrat.

b/ La crainte de la non conclusion du contrat : la perte d'une ressource vitale

282. La crainte de la non conclusion du contrat consiste à anticiper la perte de la ressource (vitale pour le contractant victime de contrainte économique) que représente la prestation de son cocontractant, dans l'hypothèse où ce dernier mettrait à exécution sa menace de ne pas contracter.

En tant que *vice du consentement*, la contrainte économique possède un trait spécifique : le contractant victime a besoin du contrat, mais il en conteste un aspect, à savoir l'extorsion. C'est ce qu'il faut comprendre par « l'engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte » (art. 1143 c. civ.¹).

La sanction de la contrainte économique, qui n'est pas précisée par l'article 1143 c. civ., conduira à rééquilibrer le contrat, et non pas à l'annuler. L'indemnisation octroyée au contractant victime lui permettra d'obtenir le bénéfice d'un contrat normal : l'indemnité fournit un complètement de prix (quand le prix imposé par le cocontractant a été abusivement bas) ou permet d'obtenir l'équivalent d'un délai raisonnable de préavis (lorsque l'avantage manifestement excessif consiste en une durée trop brève de préavis : Com., 20 mai 2014²).

(283- à 288. : réservés)

Conclusion du §2ème/ La contrainte : la décision insuffisamment libre

289. La **contrainte** est un vice du consentement qui conduit à identifier les comportements illicites que certains seraient tentés d'employer pour obtenir le bénéfice d'un contrat. On peut distinguer trois types de comportements trop menaçants :

- les pressions exercées sur le contractant victime sont des violences quand le contexte qui conduit à la conclusion du contrat est destiné à créer une émotion (cris, harcèlement, ...).
- les menaces de représailles illicites consistent à causer illégalement un dommage majeur (un « mal considérable ») au contractant qui refuse (légitimement) de contracter.

¹ Art. 1143 c. civ., « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. »

² Com., 20 mai 2014, n°13-16.398, Bull. ; revue Contrats, concurrence, consommation, n°7, juillet 2014, commentaire n°158, p. 21 à 25, note Nicolas Mathey ; JCP E 2014, Etudes et commentaires, n°1381, p. 34 à 37 ; RLDC 2014, Actu., n°5489, p. 16-17, note Cécile Le Gallou : « En cas de rupture d'une relation commerciale établie, le préavis suffisant s'apprécie en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances, notamment de l'état de dépendance économique de l'entreprise évincée, au moment de la notification de la rupture, et, en cas d'insuffisance du préavis, le préjudice en résultant est évalué en fonction de la durée du préavis jugée nécessaire. »

- la menace d'exercer une faculté (refuser de contracter ou exercer une voie de droit) devient abusive quand elle permet d'obtenir un « avantage manifestement excessif ». Le contrat devient un instrument de prédation (des ressources de la victime), mais des conditions spécifiques sont imposées : le refus de contracter n'est abusif qu'en présence d'un contractant victime dépendant ; l'exercice d'une voie de droit est abusif quand la menace devient un chantage.

Ces comportements sont interdits : celui qui veut obtenir le bénéfice d'un contrat valide évitera de les adopter, car le contractant victime pourra invoquer le vice de contrainte et obtenir l'annulation du contrat ou de la clause abusive (au sens non technique du terme : contrepartie d'une valeur trop basse ou trop élevée).

(290- à 296. : réservés)

Conclusion de la section 3^{ème}

Les vices du consentement

297. Les **vices du consentement** ont pour fonction de fixer un seuil de civilité en-deçà duquel le contrat ne sera pas valablement conclu, faute de volonté suffisamment libre ou éclairée. Le cocontractant, pour éviter l'invalidation du contrat, devra donc livrer certaines informations désagréables et éviter des comportements considérés comme violents.

Un contractant pourra invoquer une erreur quand une information déterminante lui manquait.

- Celui qui se trompe établira que la prestation est anormale, au regard de ce qu'il a exprimé explicitement (parce que la parole était nécessaire) et tacitement (parce que le silence avait un sens convenu), tout en connaissant le domaine des silences neutres (prix). L'annulation pour erreur simple est admise quand il apparaît qu'il y eu effectivement un malentendu important.
- Le cocontractant qui trompe l'autre en lui mentant ou en taisant une information essentielle qu'il devait livrer est malhonnête. Il subira l'annulation du contrat dans des cas plus larges, et il devra verser une indemnisation.

Un contractant sera victime de contrainte quand sa décision n'est pas suffisamment libre :

- La violence (traditionnelle) sera établie quand le contractant est victime d'une pression illicite ou d'une menace de représailles illicites.
- Le chantage est assimilé à une violence quand le contractant est victime d'un exercice abusif d'une prérogative parce qu'il subit une extorsion. Deux cas sont prévus : l'exercice abusif d'une voie de droit ou l'abus de ne pas conclure un contrat avec un contractant dépendant.

Dans tous ces cas (erreur ou contrainte) le contractant victime pourra faire juger que son consentement n'est pas correctement exprimé. On remarque qu'en droit français, toutes les erreurs et toutes les contraintes ne sont pas admises comme vice du consentement : il faut respecter un critère moral. Plus spécialement, l'équation contractuelle n'est pas contrôlée en principe : l'erreur sur la valeur n'est pas admise, mais la contrainte économique crée toutefois une première exception, bien qu'il faille des circonstances singulières pour critiquer l'équation contractuelle, c-à-d. le contenu du contrat.

<p>Conclusion du chapitre 1^{er}</p> <p>Le consentement mutuel au contrat</p>

298. Le **consentement mutuel au contrat** est acquis, en principe, en présence d'une décision de contracter librement exprimée par les deux contractants. Le principe de la liberté de contracter gouverne à la fois l'existence, l'expression et les vices du consentement, mais il existe des exceptions.

Le principe de la liberté de contracter est appliqué pour établir la décision prise par chaque contractant. La liberté de conclure un contrat ou de rompre les négociations montre que chaque contractant reste maître de ses intérêts et de ses engagements. Le même principe gouverne l'expression de sa volonté : il faut une décision explicite, afin de s'assurer de la volonté certaine de chacun. Aucun contractant ne sera tenu au-delà de sa volonté et toute modification d'un contrat en cours doit être mutuellement convenue. La protection de la liberté du consentement est assurée par les vices du consentement : en présence d'un malentendu (erreur) ou d'une contrainte (violence ou chantage), le consentement exprimé ne vaut rien.

L'ensemble de ces solutions montrent que le principe du droit français du contrat repose sur l'exigence d'un véritable consentement mutuel des contractants : le consentement n'est pas valablement obtenu à la suite d'une ruse ; il n'est pas obtenu à la suite d'une décision unilatérale d'un contractant décidant de modifier le contrat en cours ; il n'existe pas quand l'offre a été retirée (même de manière illicite, pendant son délai de maintien). Le contrat n'engage à rien de plus que ce qui a été clairement, explicitement et librement convenu.

Le contrat de droit français, soumis à ces principes, correspond à la théorie libérale. La liberté de contracter permet à chacun de mener la politique contractuelle (et individuelle) de son choix, adaptée à ses besoins particuliers. Le contrat ne remplit aucune fonction sociale.

299. **En présence d'exceptions**, le législateur affirmera que le consentement mutuel des contractants est acquis, même quand ce n'est pas effectivement ou complètement le cas. Le législateur mène alors sa propre politique du contrat, et cherche à orienter les décisions des contractants.

L'existence du consentement sera légalement acquise, quand une promesse unilatérale de contracter est réputée maintenue, même si elle a été rétractée avant l'acceptation du bénéficiaire. La rencontre des volontés est réputée avoir eu lieu. L'expression du consentement est également réputée acquise par le silence du cocontractant, quand un contractant décide unilatéralement de modifier le contrat : le client est réputé acceptant deux mois après l'envoi par le banquier des nouveaux tarifs. Dans ces deux cas, le consentement d'un des contractants est alors réputé acquis en droit, même quand sa décision n'a pas été prise en fait. Ces exceptions s'inspirent d'une logique solidariste : la décision de l'un est considérée comme socialement souhaitable.

Plus ponctuellement, les circonstances entourant l'expression du consentement mutuel seront prises en compte. La temporisation a pour but de faire échapper le consommateur à la pression du vendeur professionnel. Le contractant abusera de son droit de ne pas conclure le contrat quand son chantage lui permet d'obtenir une contrepartie manifestement excessive. Ces exceptions s'inspirent du solidarisme.

En l'état actuel du droit du contrat, le consentement mutuel des contractants est gouverné en principe par la théorie libérale. L'influence solidariste reste relativement marginale. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, il en ira probablement de même avec le contenu du contrat.

Chapitre 2nd

Le contenu du contrat

400. Le **contenu du contrat** a pour objet de préciser les prestations auxquelles les parties s'engagent l'une envers l'autre. Outre leur consentement et leur capacité (supra chap. 1^{er}), les contractants s'engagent à se verser une prestation dotée d'un « contenu licite et certain » (troisième condition posée à l'article 1128 c. civ.¹).

La prestation aura un *contenu certain* quand elle porte sur un objet suffisamment précis. Cet objet, librement déterminé par les parties, permet d'identifier les prestations (tangibles²) que l'un devra exécuter au profit de l'autre (art 1126 c. civ.³), en fixant une équation contractuelle précise ($x_A = y_€$, dans un contrat synallagmatique ; $y_€$ pour A, dans un contrat unilatéral, de donation ou de cautionnement ; $x_A + y_€ + z_C =$ masse commune dans un contrat d'association, de société ou de mariage).

Le *contenu licite* du contrat signifie que chacune des prestations respecte l'ordre public. Selon l'article 1162 c. civ.⁴, « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but (...) ». L'ordre public conduira ainsi à interdire certaines prestations contractuelles, lorsqu'un professionnel cherche à organiser son manque de professionnalisme par une clause (abusive) ou en présence d'un but frauduleux (acquérir une maison est objectivement légal, mais le contrat devient illicite quand le but de l'acquéreur consiste à blanchir de l'argent sale ou à acheter une maison pour y entreposer des marchandises volées). Le contenu licite du contrat consistera donc à contrôler la fonction du contrat.

Le contenu du contrat, qui fait l'objet des articles 1162 à 1171 c. civ., conduit ainsi à dissocier deux aspects. Le contenu certain du contrat impose de préciser l'objet de chaque prestation (section 1^{ère}). Son contenu licite conduira à examiner la fonction du contrat (section 2^{ème}).

(401- à 404. : réservés)

¹ Art. 1128 c. civ. : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

« 1° Le consentement des parties ;

« 2° Leur capacité de contracter ;

« 3° Un contenu licite et certain. »

² L'objet de la prestation doit exister. Voir : Com., 26 mai 2009, n°08-12.691, Bull. n°71 : nullité pour défaut d'objet de la cession de parts sociales d'une société disparue (à la suite d'une fusion) ; Com., 18 décembre 2012, n°11-27.745, Bull. n°230 : absence de donation sur des dividendes « lesquels n'ont pas d'existence juridique avant la constatation de l'existence de sommes distribuables par l'organe social compétent et la détermination de la part attribuée à chaque associé. »

³ Section 3 « De l'objet et de la matière des contrats », art. 1126 c. civ. : « Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire. »

⁴ Art. 1162 c. civ. : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but (...) »

Section 1^{ère} / Le contenu certain du contrat :

la prestation suffisamment déterminée

Résumé :

Le **contenu certain du contrat** signifie que l'objet de chaque prestation doit être déterminé avec suffisamment de précision. Les clauses qui ne vont pas de soi seront fixées de manière expresse ; les contractants conserveront le silence en présence d'une évidence, certaines obligations étant donc tacitement convenues.

Le *contenu explicite* de chaque prestation contractuelle (art. 1163 c. civ.) permet d'identifier les *clauses essentielles* du contrat. Une équation contractuelle explicite est le plus souvent nécessaire : un acheteur doit avoir ce qu'il achète et à quel prix. Le prix, notamment, doit en principe être explicitement convenu ; mais il existe des exceptions. Le prix est parfois fixé unilatéralement par l'un des contractants (le créancier du prix), sauf pour le juge à sanctionner le prix excessif : il en va ainsi en présence de certains contrats-cadre, organisant une distribution exclusive (art. 1164 c. civ.) ou lors de certains contrats de service (art. 1165 c. civ.).

Les *attentes contractuelles spéciales* doivent également être explicitement convenues. La condition permet d'adapter la prestation aux besoins spécifiques du créancier. Une clause explicite pourra aussi identifier un risque spécifique. Exceptionnellement, le contractant professionnel, débiteur de la prestation, devra toutefois s'informer spécialement des besoins de son contractant profane, voire même le conseiller.

Le contenu explicite du contrat impose ainsi à chacun spécifier ce qui ne va pas de soi ; la liberté contractuelle n'est pas orientée (principe libéral) Mais des exceptions, inspirées par le solidarisme, conduisent à orienter cette liberté contractuelle : le prix normal, synonyme d'équilibré, est ponctuellement imposé ; le professionnel doit parfois s'informer des attentes de son cocontractant et agir en partenaire.

Le **contenu tacite du contrat** sera fixé par des dispositions, le plus souvent supplétives de volonté, parfois plus impératives. Ces obligations sous-entendues sont intégrées à la prestation principale, ou bien sont des obligations dérivées.

Les *silences intégrés à la prestation principale* ont pour fonction de préciser des détails d'exécution, lorsque les parties ne disent rien sur la qualité de la prestation ou sa durée. Ces attentes contractuelles, considérées comme courantes, vont de soi : ces clauses sous-entendues sont supplétives de volonté.

- Le silence sur la qualité de la prestation signifie que la qualité attendue sera normale ; désormais, elle varie en fonction du prix.

- Le silence sur la durée du contrat à exécution successive signifie qu'il est conclu à durée indéterminée, et librement révocable par l'une d'elle.

Les *obligations dérivant de l'obligation principale* relèvent de l'exécution loyale. Ainsi, le vendeur d'un bien doit le conserver, le temps que son acquéreur vienne en prendre possession. Un contractant loyal ne cherche pas à limiter son obligation à ce qui est littéralement exprimé.

Une prestation est donc suffisamment précise quand sont exprimés, de manière explicite, les détails essentiels et les attentes particulières. Les attentes courantes, correspondant aux détails d'exécution, sont sous-entendues.

405. Le **contenu certain du contrat** signifie que l'objet de chaque prestation doit être désigné avec suffisamment de précision, afin que l'un (contractant débiteur) sache quoi exécuter au profit de l'autre (son créancier). En droit français du contrat, les clauses qui ne vont pas de soi seront fixées de manière expresse ; les contractants conserveront le silence en présence d'obligations évidentes, tacitement convenues. La question de fond consiste donc à savoir ce qui doit être explicite (car n'allant pas de soi), ce qui est tacite (silence parlant : sur la qualité de la prestation) et ce qui est vide de sens (silence neutre : sur le caractère équilibré du contrat, par exemple).

Les *dispositions explicites* du contrat sont nécessaires pour identifier les clauses essentielles du contrat (type de contrat, vente ou location, objet vendu, prix). Éventuellement, le contractant qui nourrit une attente contractuelle spéciale (acheter à condition d'obtenir un prêt, obtenir une prestation de haute qualité) devra exprimer ses conditions. Tous les détails qui ne vont pas de soi figurent dans des dispositions explicites.

À l'inverse, les détails qui vont de soi sont des évidences, qui seront acquises tacitement. En droit français, le domaine de ces silences parlants est relativement vaste : les *dispositions tacites*, supplétives de volonté, préciseront des détails secondaires d'application, la durée du contrat, la qualité de la prestation. Elles pourront même à inclure certaines obligations dérivées (conserver le bien vendu, le temps que l'acquéreur vienne en prendre possession : art. 1194 c. civ.¹).

En droit français, un négociateur compétent dit ce qui ne va pas de soi (le prix, en principe ; l'attente contractuelle spécifique sur la qualité, par exemple) et garde le silence sur ce qui est évident (ou est réputé l'être en droit). L'acquéreur ne dira donc rien sur l'obligation secondaire de conserver la chose vendue. Si le vendeur veut échapper à cette obligation, c'est à lui d'y penser (clause spéciale explicite). Il est donc important pour les contractants de maîtriser le consensualisme, puisque le contenu certain (et convenu) du contrat résulte de dispositions explicites (§1^{er}) combinées à des dispositions tacites (§2^{ème}).

§1^{er}/ La détermination explicite de la prestation

406. La **détermination explicite de la prestation** (art. 1163 et suiv.) impose aux contractants d'identifier avec suffisamment de précision leur attente contractuelle, par deux types de clauses qui ne vont pas de soi : il y a les clauses essentielles, ainsi que les attentes contractuelles spéciales.

¹ Art. 1194 c. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

Les *clauses essentielles* préciseront le type de contrat (vente, louage), l'objet sur lequel il porte (tel appartement¹, tel terrain² ...) et son prix. On sait (supra, existence du consentement) qu'un contrat définitif n'est conclu qu'en présence d'un accord sur l'essentiel, lorsque l'équation est suffisamment précise. En droit du contrat, l'article 1163 c. civ.³ se borne à exiger que la prestation soit suffisamment déterminable, ce qui est l'occasion de rappeler l'étendue de la liberté contractuelle.

Cette liberté contractuelle permettra également aux contractants de préciser leurs *attentes contractuelles spéciales*. Techniquement, une condition, posée par l'un et acceptée par l'autre, conduira à différer l'exécution de l'obligation (l'emprunteur dispose d'un délai de paiement), à préciser la durée du contrat à exécution successive (un contrat de travail à durée déterminée) ou à exiger une qualité particulière : on sait que celui qui omet de spécifier une attente spéciale commet une erreur inexcusable, sur un mobile (non entré dans le champ contractuel : supra). Lorsque le contenu du contrat est tacitement fixé, souvent par une disposition supplétive de volonté, la loi règle un détail d'application (qui n'a normalement pas vocation à déterminer le consentement).

Les dispositions explicites du contrat portent donc sur deux types de clauses : il y a les clauses essentielles (I), et les clauses portant sur les attentes contractuelles spéciales (II).

406-1. L'article 1163 al.1^{er} c. civ.⁴ précise que les **choses futures**, dépourvues actuellement d'existence, peuvent être l'objet de convention. Il est possible de vendre une récolte à venir ou un produit à fabriquer. Pouvant également porter sur une masse de biens, la convention ayant pour objet une chose future butte néanmoins sur un obstacle que le droit contemporain des successions a remanié. Les *pactes sur succession future* (vendre les biens figurant dans l'actif successoral à venir) étaient traditionnellement prohibés, pour différentes raisons (afin que le futur de *cujus* demeure libre de modifier ses dispositions testamentaires et de conserver la libre disposition de ses biens). Depuis la loi du 23 juin 2006, les choses ont changé : la question, propre au droit des successions, porte sur la réserve (quote-part de biens que certains héritiers doivent recevoir).

¹ Civ. 3^e, 11 février 2009, n°07-20.237, Bull. n°37 : la promesse de vente d'un appartement ne fait mention « ni de la consistance des parties communes ni de la quote-part de ces parties communes attachée à la propriété de l'appartement vendu » : il manquait « un élément essentiel de la convention ». En conséquence : « en l'absence de détermination suffisante de l'objet de la vente, celle-ci n'est pas parfaite. ».

² Civ. 1^{ère}, 19 déc. 2013, n°12-26.459, Bull. n°253 : (abstrat) « Le mandat confié à un agent immobilier en vue de vendre un terrain constructible à détacher d'une parcelle en partie construite ne contenait aucune référence cadastrale ni plan annexé, (...) il mentionnait une certaine superficie à détacher d'une parcelle sans qu'on sache exactement où ni sur quelle partie de la parcelle il devait être pris, et ne donnait aucune précision sur les conditions de desserte de ce terrain (...) un tel mandat devait être annulé, comme dépourvu d'objet certain (...) ».

³ Art. 1163 c. civ. : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.

« Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.

« La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire. »

⁴ Art. 1163 al. 1^{er} c. civ. : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. »

La jurisprudence se prononce régulièrement sur l'objet absent : une autorisation d'exploiter donnée à titre personnel par l'administration ne peut faire l'objet d'une cession¹.

I/ Les clauses essentielles : l'exigence d'une clause explicite

407. Les **clauses essentielles du contrat**, librement fixées par les parties, auront un contenu suffisamment précis quand chaque contractant sait ce qu'il doit faire, objectivement, sans qu'un nouvel accord ne soit nécessaire. Une clause explicite est donc nécessaire.

Premièrement, la prestation *objectivement identifiable* est quelconque, et exprime l'étendue de la liberté contractuelle des parties. Elles peuvent donc échanger des « prestations présentes ou futures » (art. 1163 al. 1^{er} c. civ.²) ; il suffit qu'elles soient possibles. Ces caractères sont évidents, ils ne sera pas nécessaire de détailler cet aspect de la question.

Deuxièmement, chaque prestation sera *suffisamment déterminable* quand elle peut être exécutée « sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire » (art. 1163 al. 3 c. civ.³). L'accord sur l'essentiel est donc acquis. Or, précisément, cet aspect a donné lieu à des difficultés au sujet d'un détail a priori essentiel, à savoir le prix. Il arrive que des accords sans prix objectif ni chiffrable soient conclus. Cette matière problématique donne lieu à l'application d'un principe, exceptionnellement écarté :

- Le principe libéral fixé à l'article 1163 c. civ. impose aux parties de convenir explicitement d'un prix (1),
- exceptionnellement, la théorie solidarite a exercé une influence : un contractant peut parfois fixer unilatéralement le prix (2).

(408. : réservé)

1/ Le prix explicitement convenu : le principe libéral

409. Le **prix explicitement convenu** signifie que le contrat définitif n'est conclu que lorsque le prix, détail essentiel, est objectivement fixé. Le principe libéral repose sur deux postulats :

¹ Civ. 3^e, 4 mai 1983, n° 79-16575, Bull. n° 103 : (abstrat) « La convention relative à la cession d'un agrément administratif d'exploitation d'une auto-école est dépourvue d'objet, quelle qu'en soit la qualification donnée par l'une des parties, dès lors que le nombre d'établissements d'enseignement de la conduite automobile n'est limité par aucune disposition légale et que cet agrément est délivré à titre personnel à tous ceux qui remplissent les conditions prescrites par l'arrêté du 10 mars 1970. Dès lors, l'obligation de payer mise à la charge de l'acquéreur en contrepartie se trouve nulle faute de cause. » Arrêt antérieur au revirement de jurisprudence sur la cause.

² Art. 1163 al. 1^{er} c. civ. « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. ».

³ Art. 1163 al. 3 c. civ. : « La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire. »

premièrement, la liberté contractuelle n'est pas orientée ; deuxièmement, les parties doivent spécifier le prix, détail qui ne va pas de soi (principe consensualiste).

Le *principe libéral* pose que la liberté contractuelle n'est pas orientée, ni même guidée. En conséquence :

- un contrat de vente sans prix est une équation contractuelle imprécise (tout comme un vague projet de contrat : supra n°67, rupture des négociations). Le juge français se refuse à admettre que les parties auraient convenu d'un prix normal ou de marché.
- Le prix est un élément essentiel, qui doit faire l'objet d'un accord explicite (de part et d'autre). Ce n'est pas un détail qui irait de soi, car chaque partie mène la politique contractuelle de son choix : le prix de marché est un prix comme un autre, et rien ne permet d'affirmer que l'un et l'autre auraient ce prix en tête.

En principe (libéral), le silence sur le prix est un manque essentiel. L'absence de prestation identifiée (peindre un mur ou le ravalier), le défaut d'identification du bien à vendre ou l'absence de prix convenu¹ possèdent le même statut que l'absence de prix chiffré (ou chiffrable) : la prestation n'est pas suffisamment déterminable (art. 1163 al. 2 c. civ.²).

410. L'exigence d'un prix objectivement chiffrable, sans nouvel accord des parties, obéit à même logique : le prix doit être convenu explicitement, éventuellement en se référant à un indice.

Le prix chiffrable, par référence à un indice, est prévisible et objectif : il peut être identifié par un critère objectif³ (coût de la construction pour fixer la révision du montant du loyer ; cours du baril de brut ...⁴, prix fixé par un arbitre). L'indice de référence peut également être le prix du marché à la date de livraison : une vente conclue au prix du marché est donc valable.

La référence à un indice peut donner lieu à une difficulté ponctuelle, lorsque l'indice disparaît.

L'article 1167 c. civ.⁵ traite de cette hypothèse, réglée conformément à la probable commune

¹ Civ. 1^{ère}, 20 février 2019, n° 17-27.129, Bull. ; JCP G 2019, chron. 287, spéc. n° 24, note Romain Boffa : (abstrat) « Encourt la nullité la convention de mandataire sportif qui ne prévoit pas la rémunération de l'avocat de manière déterminée ou déterminable. »

² Art. 1163 al. 2 : « Celle-ci [la prestation] doit être possible et déterminée ou déterminable. »

³ Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, n°93-17.099, Bull. n°243 ; D. 1995, p.560, note Bernard Beigner : les cassettes vidéo proposées par un fournisseur à un distributeur donnaient lieu à un prix de location déterminé en fonction de la catégorie de films (policier, comique, dramatique).

⁴ Com., 28 mars 2018, n°16-26.210, Bull. ; JCP G 2018, Act., 419 ; Defrénois 2018, n° 15, p. 6 ; Resp. civ. et assur. 2018, Focus 12, note Laurent Bloch ; RLDAff. 2018, n° 6445 : (abstrat) « Un contrat de prêt stipulant que, dans l'hypothèse où le cours de l'euro en franc suisse serait inférieur à un certain cours pivot, les intérêts seraient calculés par application d'un taux variable composé de l'addition d'un taux fixe et d'un pourcentage de la variation de la parité entre ces deux monnaies n'incorpore pas un contrat de vente d'option puisque le taux de ces intérêts, bien qu'il n'ait pas été fixé au moment de la signature du contrat, résulte d'un mode de calcul précisément défini, fixant définitivement les engagements des parties dès la conclusion de leur convention, sans qu'une nouvelle manifestation de volonté de leur part ne soit requise. »

⁵ Art. 1167 c. civ. : « Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus. »

intention des parties : l'indice qui disparaît sera remplacé par celui qui s'en rapproche le plus, sauf pour les parties à écarter cette disposition supplétive de volonté par une clause spéciale (infra II/). La disparition formelle de l'indice n'est donc pas un obstacle formel au chiffrage.

En droit français du contrat, le prix explicitement convenu doit donc être chiffré ou objectivement chiffrable, par référence à un indice objectif.

410-1. En **droit des contrats spéciaux**, l'exigence d'un prix (explicitement) convenu apparaît de manière récurrente. Dans le contrat spécial de vente, l'article 1591 c. civ.¹ impose un prix chiffrable : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ». Dans le contrat de louage, le montant du loyer doit être fixé (art. 1710 c. civ.²).

Ponctuellement toutefois, le droit français autorise *le juge à fixer un juste prix*, à défaut d'accord entre les parties. Le prix des parts sociales d'une société sera estimé par un expert, lorsque les associés ne peuvent s'accorder, ni sur le prix proprement dit, ni sur les modalités d'évaluation de la valeur des parts sociales (art. 1843-4 c. civ.). En Allemagne, en Suisse³ ou en Grande-Bretagne (ainsi que selon les principes de droit européen des contrats⁴), il est admis en droit de la vente que le juge fixera lui-même le *prix normal*, en cas de silence des parties, en se fondant sur le prix du marché⁵.

(411- à 414. : réservés)

415. En somme, l'exigence d'un **prix explicitement convenu** entre les parties signifie que la thèse libérale est consacrée. Le prix est un détail essentiel au même titre que l'identification du bien vendu ou loué ; il doit être explicitement convenu car il ne va pas de soi. Le silence sur le prix est en principe vide de sens, sauf exception.

2/ Le prix unilatéralement fixé par le cocontractant : les exceptions solidaristes

¹ Art. 1591 c. civ. : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties. » L'art. 1583 fixe le même principe : « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. » Voir Portalis, *Présentation au corps législatif du contrat de vente*, in Fenet, tome 14, p.114 : « Nous avons dit qu'il est de l'essence du contrat de vente que les parties soient d'accord sur la chose et sur le prix ; mais comment cet accord pourrait-il exister s'il n'était intervenu sur une chose déterminée et un prix certain ? ».

² Art. 1709 c. civ. : « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». Art. 1710 : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

³ Art. 212 c. (suisse) des obligations : « 1 Si l'acheteur a fait une commande ferme, mais sans indication de prix, la vente est présumée conclue au cours moyen du jour et du lieu de l'exécution. »

⁴ Principes de droit européen des contrats : art. 6:104 [Détermination du prix] : « Lorsque le contrat ne fixe pas le prix ou la façon de le déterminer, les parties sont censées être convenues d'un prix raisonnable. ».

⁵ Jacques Ghestin, *La formation du contrat*, n°709, p.691 et les références citées en droit anglais, américain et allemand.

416. Le prix unilatéralement fixé par le contractant contrevient à deux principes de base du droit du contrat.

- Premièrement, si le contrat tire sa légitimité de la commune volonté des parties, comment expliquer que l'un puisse dicter à l'autre sa volonté ? Traditionnellement, en droit français du contrat, la prohibition de l'obligation potestative¹ interdisait de soumettre l'un des contractants à l'arbitraire de l'autre.
- Deuxièmement, le prix fixé par l'un des contractants n'est pas chiffré (ou chiffrable), donc indéterminable, lors de la conclusion du contrat.

Le principe de la *nullité de l'obligation potestative*, prévue de 1804 à 2016, interdisait à un contractant de chercher à soumettre l'autre à son arbitraire, en exigeant un prix à sa guise. Conclu entre égaux, le contrat français traditionnel imposait le consentement mutuel² : un prix fixé unilatéralement était donc perçu comme un prix arbitraire (potestatif en droit³) ou indéterminé. La nullité de l'obligation potestative était d'ailleurs dotée d'un domaine d'application général : un contractant ne peut dicter à l'autre ni un détail essentiel, ni un détail plus secondaire (délai de livraison), ni une condition qui dépende de la seule volonté de l'un. Ce qui n'était pas convenu n'était pas contractuel.

La jurisprudence française, avant 2016, avait toutefois été confrontée à une difficulté d'application, avec *certaines contrats de distribution* conclus entre un fournisseur (marque ou fabricant) et ses distributeurs. Les juges français finirent par reconnaître la validité du tarif-fournisseur, c-à-d. d'un prix unilatéralement fixé par le fournisseur. Mais ce prix était contrôlé par le juge : en cas d'abus, le distributeur pouvait obtenir une révision, c-à-d. un rééquilibrage du contrat. Ce faisant, la jurisprudence prenait une orientation dirigiste, et même solidariste.

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont validé cette jurisprudence, et l'ont même étendue à un autre cas. L'article 1164 c. civ.⁴ valide le tarif-fournisseur conclu dans une convention-

¹ L'obligation potestative est fixée à la discrétion d'un seul. Selon l'art. 1304-2 al. 1^{er} c. civ. (disposition prévue en régime général des obligations), « Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. »

² Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (1762), Seuil, p. 178 : « Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs. Il n'y a nul dédommagement possible pour quiconque renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme ; et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté à sa volonté. Enfin c'est une convention vaine et contradictoire de stipuler d'une part une autorité absolue et de l'autre une obéissance sans bornes. N'est-il pas clair qu'on n'est engagé à rien envers celui dont on a le droit de tout exiger, et cette seule condition, sans équivalent, sans échange, n'entraîne-t-elle pas la nullité de l'acte ? »

³ Com., 22 février 1967, n°65-10.544, Bull. n°87 : « Les juges, qui relèvent qu'une convention, portant promesse de concession de la licence d'exploitation exclusive d'un brevet d'invention, ne fixe pas le prix de cette concession et ne contient aucun élément permettant d'en déterminer l'importance, les bases de calcul et les modalités, peuvent décider que l'obligation de faire, ainsi mise à la charge du promettant, est purement potestative puisque, pour s'y soustraire, il lui suffit de manifester des exigences excessives. »

⁴ Art. 1164 c. civ. : « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

« En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. »

cadre (a) ; l'article 1165 c. civ.¹ permet également au prestataire de service de fixer unilatéralement son prix (b), si le contrat de service n'a pas été conclu au forfait. Dans ces deux cas, le juge révisera le prix en cas d'abus.

a/ Le tarif-fournisseur : les contrats-cadre de distribution en droit du contrat

417. Le **tarif-fournisseur** (ou prix catalogue) permet au fournisseur de fixer unilatéralement le prix de livraison des marchandises facturées à son distributeur : ce prix contractuel, prévu dans la convention-cadre conclue entre le fournisseur et le distributeur, est légal. L'un (le vendeur : créancier du prix) fixe unilatéralement le prix dont le distributeur devra s'acquitter. Mais le juge disposera du pouvoir de sanctionner les prix abusifs.

Contrairement à ce que suggère l'article 1164 al. 1^{er} c. civ. (« Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. »), ce tarif-fournisseur fixé unilatéralement n'est prévu que dans *certaines contrats de distribution*, lorsque la marque (ou le fabricant) cherche à contrôler son réseau de distribution : le domaine de l'exception est restreint à la distribution exclusive (ou assimilée).

La marque, en position de puissance, est en mesure de dicter la marge que son distributeur réalisera, en contrôlant le prix d'achat (approvisionnement au tarif-fournisseur) et le prix de revente (tarif-clientèle), peut être tentée d'abuser de la situation. L'article 1164 al. 2 c. civ. prévoit alors une *sanction* : « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. »

Le domaine du tarif-fournisseur (c-à-d. du prix unilatéralement fixé par l'un et que l'autre doit accepter) est donc restreint à la distribution exclusive, si le juge constate qu'un prix abusif a été pratiqué.

418. Le **domaine du tarif-fournisseur** est en réalité borné à des hypothèses relativement restreintes, de sorte que l'on peut être étonné du fait qu'une telle hypothèse figure en droit (général) du contrat, et non pas dans le code de commerce, dans les dispositions consacrées à la distribution exclusive. En effet, le prix unilatéralement fixé par le fournisseur signifie que le distributeur doit accepter sans discuter ce prix : or, ce cas de figure ne correspond qu'à une modalité particulière (de

¹ Art. 1165 c. civ. : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts. »

niche, même) de distribution. Le contexte économique préalable doit être compris, avant d'examiner l'économie des conventions-cadre et l'objectif du tarif-fournisseur.

Économiquement, le point de départ est donc la politique commerciale que mène un fournisseur (marque ou enseigne) envers ses clients. Soit le fournisseur écoule des produits standardisés, soumis principalement ou exclusivement à la concurrence par les prix les plus bas. Soit il cherche à écouler ses produits selon une modalité spécifique : une *marque de produits haut de gamme* (produits technologiques, de luxe ou spécifiques comme le bio) s'adressera à des clients fortunés (personnes physique ou entreprises), au moyen d'un réseau de distribution différent (distribution sélective).

419. Économiquement, une marque haut de gamme peut envisager différents contrats, c-à-d. différentes équations contractuelles (plus ou moins coûteuses), pour organiser la vente de ses produits.

La marque peut développer son réseau en faisant appel à des salariés (opérant sur différents sites). Qui paye commande : l'employeur donnera des directives précises à des salariés qui ne disposent d'aucune indépendance. Le *contrat de travail* (avec statut protecteur pour le salarié) fixe le salaire : la distribution est entièrement intégrée, et même internalisée (et relativement coûteuse : salaire direct et indirect, incluant les cotisations sociales).

La marque peut développer son réseau à moindres frais en faisant appel à un commerçant indépendant, en concluant un *contrat de distribution*. Ce commerçant (qui exploite sous différentes formes : entreprise individuelle, sarl ...) sera plus ou moins libre face à la marque en fonction du type de contrat conclu. Normalement, le commerçant est un distributeur multi-marques : il offre à ses propres clients différents produits de différentes marques et de différentes gammes, afin de capter la clientèle présente sur le marché. Ce contrat de distribution (non intégrée) est réputé conclu entre égaux : le prix de livraison sera fixé d'un commun accord, et signalera que le rapport de force penche plutôt vers le fabricant (dont les produits sont uniques) ou plutôt vers le distributeur (supermarché face à une multitude de fabricants similaires). Ici, la marque ne contrôle ni le prix de livraison, ni le prix de vente à la clientèle, ni la politique commerciale du distributeur, qui pourra donc vendre des produits discount ou sur internet, à côté de produits de marque de gamme plus haute. Aucun prix unilatéral n'est fixé ici.

La marque, afin d'éviter la concurrence (par les prix) avec le standard de gamme, peut choisir d'écouler ses produits dans un *réseau spécifique*, spécialement axé sur un type de clientèle. Cette montée en gamme conduira à sélectionner des distributeurs, avec des degrés divers d'exigence :

- le *distributeur agréé* demeure indépendant (prix convenu), le label signalant simplement la compétence professionnelle du professionnel (installateur de chauffe-eau, boulanger employant telle farine bio ...) ;
- la *distribution sélective* signifie que la marque contrôle davantage son réseau de distribution¹, en contrôlant les mises en rayon et en refusant de vendre à des discounters. La marque peut prévoir (par écrit ou par oral) qu'un tarif-clientèle « conseillé » sera pratiqué : ici, le distributeur multi-marque écoule des produits de marques concurrentes, mais il se positionne sur du haut de gamme. Le prix est là encore convenu entre deux égaux, distributeur sélectif et marque ;
- la *distribution exclusive* conduit la marque à fixer précisément les modalités de sa politique commerciale : le distributeur exclusif est intégré au réseau de distribution (contrat de concession, de franchise). Le pompiste de marque n'écoule donc que les produits de la marque : en contrepartie de l'approvisionnement exclusif, le distributeur bénéficie d'une exclusivité géographique (pas de concurrents dans un certain périmètre) et de la garantie que la marque ne vend pas à un discounter ou n'écoule pas par ailleurs ses produits sur internet à prix cassé.

En *droit des contrats spéciaux*, ces contrats de distribution conclus entre fournisseur et distributeurs sont variés, notamment sur la fixation du prix de livraison des marchandises, car la marque effectue un choix dans sa politique commerciale. Un distributeur indépendant ou agréé achète à un prix négocié avec le fournisseur et il dispose de la liberté de fixer son tarif-clientèle, tandis que le concessionnaire d'une marque achète au tarif-fournisseur et revend à un tarif-clientèle qu'il ne maîtrise pas. Selon que la distribution est intégrée ou non, le prix sera soit explicitement convenu, soit unilatéralement dicté par le fournisseur : ce détail est déterminant dans la marge que l'un et l'autre peuvent espérer réaliser.

Le contexte de l'article 1164 c. civ., qui parle de convention-cadre (définie à l'article 1111 c. civ.²) et de tarif-fournisseur, est celui qui résulte de la distribution intégrée (franchise, concession, distribution exclusive) : la perte d'indépendance du distributeur le rapproche du salarié, puisque sa marge (équivalente au salaire) est fixée par la marque, qui fixe unilatéralement à la fois le prix d'achat (tarif-fournisseur) et souvent le prix de revente (prix-clientèle)³. La dépendance du

¹ Sur la compatibilité du réseau de distribution sélective avec le droit communautaire de la concurrence (règlement CE 2790/99 du 22 décembre 1999) : Com., 16 mai 2018, n°16-18.174, Bull. ; D. 2018 p.1068

² Art. 1111 c. civ. : « 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. »

³ Le prix-clientèle peut parfois être présenté comme un prix conseillé (ce qui suggère une indépendance relative du distributeur multi-marque) ou ne pas être convenu avec la marque (le distributeur le fixant donc unilatéralement, ce qui suggère là encore qu'il

distributeur exclusif face à son fournisseur peut conduire ce dernier à exploiter la situation à son profit (en « ubérisant » la situation) : au lieu de faire appel à des salariés (contrat de travail), la marque peut être tentée d'abaisser le coût du travail en recourant à un contractant indépendant, en l'occurrence le distributeur exclusif.

Si le distributeur a dû réaliser des investissements à rembourser sur le long terme (construction de cuves pour les pompistes, installation de réfrigérateurs pour la mise en rayon des produits distribués par un franchisé de telle marque de supermarché ...), et que le revenu de son travail est fixé à la guise du fournisseur, ce dernier dispose d'un moyen pour exploiter (abusivement) à son profit la dépendance économique du distributeur (question déjà envisagée dans le cadre de la violence économique : supra).

420. Juridiquement, le contrat de distribution exclusive (concession, franchise, distribution exclusive) débute par la conclusion d'une convention-cadre¹ (conclue sur la longue durée : il s'agit d'amortir les investissements requis, comme la construction de cuves pour les pompistes). Cette convention-cadre contient trois clauses essentielles :

- premièrement, la clause d'approvisionnement exclusif interdit au distributeur d'écouler des produits autres que ceux de la marque ;
- deuxièmement, la clause de tarif-fournisseur signifie que le prix de livraison des marchandises sera unilatéralement fixé par le fournisseur ;
- troisièmement, la marque exercera des contrôles sur le distributeur, pour vérifier que la présentation des produits est homogène et de qualité et que le distributeur respecte le prix-clientèle "conseillé" ou fixé par la marque.

L'économie générale du contrat-cadre organise donc la dépendance du distributeur exclusif face à la marque : le premier escompte une clientèle haut de gamme, la seconde un contrôle de son réseau. Puis les contrats d'exécution seront conclus ponctuellement pour déterminer la quantité de marchandises à livrer (essence, boissons ...).

Lors de l'exécution, le distributeur exclusif peut alors être confronté à un *revenu décevant*.

- Le revenu insuffisant peut résulter d'une clientèle simplement moins nombreuse que prévue : c'est le risque lié au commerce, et le distributeur le subit.

dispose d'une certaine indépendance) : toutefois, cette indépendance du distributeur sera formelle, lorsque la clientèle est sensible aux prix.

¹ Art. 1111 c. civ. : « 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. »

– Le revenu insuffisant peut également résulter d'une réduction de la marge laissée par la marque : la marque accroît son profit en augmentant son tarif-fournisseur, sans changer le prix final (prix-clientèle).

Pour connaître la cause exacte du revenu insuffisant (aux yeux du distributeur), le législateur impose au fournisseur de justifier son tarif-fournisseur (« à charge pour elle [partie fixant unilatéralement le prix] d'en motiver le montant en cas de contestation » : art. 1164 al. 1^{er} c. civ.¹). Le distributeur bénéficie d'une présomption de prix abusif, quand il prouve que son revenu est insuffisant ; mais le fournisseur pourra prouver qu'il pratique le même prix envers tous ses distributeurs, et renverser la présomption simple.

420-1. Avant 2016, la validité du tarif-fournisseur combinée à la clause d'approvisionnement exclusif donna lieu à un vaste débat doctrinal² et à une jurisprudence qui finit par se fixer vers le milieu des années 1990.

La difficulté théorique consistait à identifier la *fonction du contrat*. Si le contrat était un acte de prévision, le tarif-fournisseur devait être fixé par un critère objectif : un prix unilatéral étant un prix arbitraire (potestatif)³, le contrat-cadre était nul. Si le contrat devait être un acte d'équilibre, et permettre à chaque contractant de disposer de moyens corrects pour assurer sa subsistance, la question essentielle était celle du prix équilibré (et non pas celle du prix déterminable) : le tarif-fournisseur était valide, mais contrôlé par le juge.

La jurisprudence connut une évolution mouvementée. À partir des années 1970⁴, la jurisprudence annula systématiquement toutes les conventions-cadre et tous les contrats d'exécution en se fondant soit sur l'obligation potestative⁵ (anc. art. 1174 c. civ.⁶), soit sur l'indétermination du prix⁷ (anc. art. 1129 c. civ.⁸) (quel que fût le prix, normal ou abusif, pratiqué par le fournisseur). *Unilatéral* signifiait *arbitraire*. Tout prix qui n'était pas déterminable objectivement, en fonction d'éléments étrangers au seul fournisseur⁹, rendait nuls la convention-cadre et tous les contrats d'exécution.

¹ Art. 1164 al. 1^{er} c. civ. : « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. »

² Laurent Aynès, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?*, D. 1993, p. 2251 ; J. Ghestin, *Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix*, D. 1993, p. 21.

³ Jacques Ghestin, *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, D. 1973, p.293.

⁴ Avant 1971, la jurisprudence validait le tarif-fournisseur. Voir : Com., 29 janv. 1968, D. 1968, p.341.

⁵ Com., 27 avr. 1971, JCP G 1972.II.16975, note Boré, D. 1972, p. 354 ; Com., 12 février 1974, D. 1974, note J. Ghestin ; Com., 19 nov. 1996, n°94-14.530, Bull. n°275 ; D. 1997.609, note A. Zelcevic-Duhamel (litige portant sur le mode de répartition des cassettes en fonction de leur genre, de leur notoriété, de leur date de sortie):« (...) la répartition des films entre les séries " n'obéit à aucune logique et laisse ainsi à la société DPM la définition discrétionnaire de l'objet de la convention, en lui permettant de répartir, à sa guise, entre les séries, les films donnés en location, à des rémunérations différentes " ».

⁶ Anc. art. 1174 c. civ. (1804) : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. »

⁷ Com., 11 oct. 1978, J.C.P. 1979. II. 19034, note Loussouarn, D. 1979, p. 135, note Houin.

⁸ Anc. art. 1129 c. civ. : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. « La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. »

⁹ Au début, la jurisprudence a annulé l'ensemble en se fondant sur l'art. 1591 c. civ. (le prix déterminé de la vente) ; puis elle a visé l'anc. art. 1129 c. civ., plus général, car la convention-cadre ne se limitait pas à des opérations de vente (convention complexe).

L'annulation de l'ensemble de ces conventions, parfois longtemps après la conclusion de la convention-cadre, donnait lieu à des difficultés¹⁰, notamment pour évaluer des restitutions à opérer (les cuves, l'essence livrée, les prêts consentis...) dans un contexte marqué par l'inflation monétaire. Dans les années 1980, la jurisprudence chercha à cantonner son exigence d'un prix fixé par un critère objectif, en employant un critère peu opérant¹¹. Finalement, dans le milieu des années 1990, l'A.P., 1^{er} déc. 1995¹² revira et consacra la théorie solidariste. L'origine historique de l'article 1164 c. civ. trouve sa source dans cette jurisprudence.

421. L'article 1164 al. 1^{er} c. civ.⁴ précise donc que le tarif-fournisseur, prévu par la convention-cadre (implicitement : de distribution exclusive) et fixé unilatéralement par « l'une des parties » (en réalité, le fournisseur), est valide.

Le *domaine d'application* de ce texte est, au final, relativement restreint. Le contrat de distribution conclu entre un distributeur indépendant (quelconque, agréé et sélectif) et un fournisseur est soumis au principe selon lequel le prix doit être expressément convenu entre les parties contractantes : le prix est négocié lors de chaque commande effectuée par le distributeur. Le tarif-fournisseur (fixé unilatéralement) ne concerne que la distribution exclusive : ce contrat spécifique, conclu entre deux professionnels, aurait pu figurer dans le code de commerce (application aux relations entre professionnels), et non dans le code civil. Il est probable que la doctrine juridique a sur-estimé ce cas de figure (cas intermédiaire entre le salariat et la distribution indépendante), et cru déceler une évolution solidariste préfigurant l'avenir. Il convient de demeurer prudent : la révision judiciaire du tarif-fournisseur n'aura lieu que si un abus est caractérisé, et le manque de clientèle n'a pas forcément cette cause.

422. La **sanction d'un prix unilatéral abusif** est traitée à l'alinéa second de l'article 1164 c. civ. : « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. ». L'exécution de mauvaise foi par le fournisseur entraîne la révision judiciaire, sanction majeure, et éventuellement la résolution (à savoir la rupture du contrat de distribution exclusive).

¹⁰ L'annulation du contrat-cadre interdisait au franchisé d'être indemnisé du gain manqué (perte de rémunération).

¹¹ La jurisprudence a distingué les conventions-cadre ayant pour objet une obligation de donner (vente), dans lesquelles le prix devait être objectivement déterminable (comprendre : sans que le vendeur puisse influencer d'une manière quelconque sur sa détermination) ; et les conventions-cadre ayant pour objet une obligation de faire ou de ne pas faire, dans lesquelles le prix n'avait pas à être déterminable. Mais, en pratique, la distinction entre obligation de donner et obligation de faire était impossible à mettre en œuvre, puisque chaque convention-cadre contenait ces deux types d'obligation. Voir : Com., 22 janv. 1991, Bull. n°335 ; JCP G 1991. II. 21751, note Jéol ; Leveneur, J.C.P. 1991, éd. E, no 201 ; Malaurie, D. 1991, p. 501

¹² A.P., 1^{er} déc. 1995, n°91-19.653 ; D. 1996.13 ; JCP G 1996.II.22565 : « la clause d'un contrat de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation »

⁴ Art. 1164 al. 1^{er} c. civ. : « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. ».

La *résolution du contrat* (infra n°916 et suiv.) sera une suite fréquente du conflit entre la marque et son distributeur. La résolution du contrat (implicitement : aux torts du fournisseur) est destinée à rompre les relations pour l'avenir (résiliation) et même rétroactivement, pour le passé. En réalité, il s'agit de sanctionner la mauvaise foi du fournisseur, auteur d'une déloyauté contractuelle interdisant la poursuite d'une relation personnelle (fondée sur la confiance). En soi, la résolution prévue à l'article 1164 c. civ. n'est pas une sanction spécifique : elle signale simplement que la confiance est rompue.

Lorsque la dépendance économique du distributeur a conduit la marque à pratiquer un prix abusif, en augmentant son profit à mesure qu'elle réduit la marge du distributeur, le distributeur obtiendra « des dommages-intérêts », en réalité une indemnisation calculée sur le préjudice subi. Techniquement, l'article 1164 c. civ. reconnaît au juge le pouvoir de contrôler le prix abusif, et de *réviser* les prix (unilatéralement) facturés au distributeur.

423. La **révision judiciaire du prix** de livraison a pour objet de restaurer la marge du distributeur (exclusif), mais uniquement en cas d'abus commis par le fournisseur dans la fixation de son tarif de livraison.

La première condition exigée consiste à établir *l'abus dans le montant du tarif-fournisseur*. L'abus consiste, pour le fournisseur, à profiter de sa position dominante pour réduire (excessivement) la marge de son distributeur (exclusif), tout en maintenant un prix-clientèle stable.

- On sait que la marque subit une présomption d'excès : pour renverser la présomption, elle doit prouver que le montant de son tarif-fournisseur est justifié, par le montant des commandes ou par le coût de chaque livraison.
- À l'inverse, lorsque les revenus insuffisants du distributeur trouvent leur cause dans une clientèle trop faible, la marque n'en est pas responsable : ce risque lié au commerce sera subi par le distributeur. Le constat du dommage subi par le distributeur (revenu insuffisant) ne suffit pas : il faut un tarif-fournisseur abusif, excessivement élevé.

La seconde condition impose d'identifier le *dommage subi par le distributeur*. Le montant excessif du tarif-fournisseur signifie que le distributeur exclusif aurait dû bénéficier d'une marge supérieure : le juge fixera, pour chaque livraison, le différentiel de prix que le fournisseur devra verser. La marge entre le tarif-fournisseur (excessivement élevé) et le prix-clientèle (fixé également par le fournisseur) sera alors restaurée.

La révision judiciaire signifie donc que l'équilibre principal de chaque contrat de livraison sera modifié par le juge. Les « dommages et intérêts » conduiront à octroyer un complément de marge (dommage), avec intérêts (soit environ 5% par an). Le juge estimera donc le juste prix de livraison : l'exécution de bonne foi induit que les contractants ont implicitement convenu d'un prix normal de livraison.

(424. : réservé)

b/ Les contrats de service conclus sans forfait : un contrôle judiciaire a posteriori

425. Les **contrats de service** conclus entre un professionnel (réparateur, serrurier, plombier, garagiste) et un client ont donné lieu à un contentieux nourri à partir du moment où la liberté des prix a été ouverte. Avant 1986, en effet, les prix étaient contrôlés : les garagistes, plombiers et serruriers fixaient le tarif de leur intervention (parfois urgente) en fonction d'un barème légal. En 1986, l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 a libéralisé les prix¹ : divers professionnels ont réclamé des prix parfois prohibitifs, contestés par certains clients. Face à la multiplication des litiges, la jurisprudence a pris position.

L'article 1165 c. civ. fixe une nouvelle orientation : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts. » À défaut de contrat conclu au forfait, le prix sera fixé unilatéralement par le professionnel ; mais ce prix pourra faire l'objet d'un rééquilibrage (comme en présence d'un tarif-fournisseur excessif, supra).

426. Le **prix unilatéralement fixé par le prestataire de service** possède un domaine d'application délimité par le contrat de service conclu au forfait. En réalité, ce n'est pas la seule limite. Le professionnel devra toutefois être en mesure de justifier de son prix : en cas de contestation, c-à-d. après exécution mais avant la saisine du juge, les parties sont réputées avoir admis le principe d'un prix implicitement normal.

Le domaine d'application de l'article 1165 c. civ. est limité (explicitement) aux *contrats de service conclus sans forfait*. Le forfait signifie que le prix est explicitement convenu et déterminé lors de la conclusion du contrat : un devis (rédigé par le professionnel) est accepté par le client, et le prix du

¹ Art. 1^{er} ordonnance n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 : « L'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 est abrogée. Les prix des biens, produits et services relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. »

service ne sera pas modifiable. En l'absence de forfait, le contrat de service sera donc valablement conclu, dès que l'accord de principe des parties est acquis¹.

L'article 1165 c. civ. ne s'applique pas non plus aux contrats de service, exigeant un prix déterminé lors de la conclusion de ces contrats (bien que l'article 1165 c. civ. vise en général « les contrats de prestation de service »). Le contrat (spécial) de location, qui est un contrat de service, impose de fixer un prix expressément convenu (art. 1710 c. civ.²). La clause de non-concurrence doit également avoir une contrepartie chiffrée : le domaine de l'article 1165 c. civ. est général, sauf texte contraire issu du droit des contrats spéciaux.

La prestation de service réalisée sans forfait conduit à la situation suivante : il n'y a pas de prix contractuel explicitement convenu. Le prestataire peut alors *fixer unilatéralement* son prix, après l'exécution du service, mais en respectant une condition : « le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation ». La contestation par le client signifie que le prestataire de service doit « en motiver le montant », en apportant différents justificatifs.

427. L'abus dans la fixation du prix est sanctionné par le rééquilibrage du contrat. L'article 1165 c. civ. suggère que le professionnel qui motive le montant peut fixer unilatéralement un prix que le client doit payer³, le temps que le juge tranche la contestation.

Pendant la durée de la « contestation », le professionnel (qui motive son prix) est confronté à un client récalcitrant. Techniquement, le professionnel ne dispose d'aucun titre exécutoire : il risque de devoir attendre la décision du juge pour obtenir paiement.

Le jugement tranchera le litige, en constatant ou non l'abus du professionnel. Si le professionnel gagne (prix justifié), le client est condamné aux frais et dépens ; à l'inverse, si le client avait proposé de verser un prix raisonnable, le professionnel réclamant un prix abusif sera condamné aux frais et dépens. L'absence d'exécution par le client, le temps de la procédure, est un risque à calculer.

¹ Civ. 2^e, 14 juin 2018, n°17-19.709, Bull. : (abstrat) « Le défaut de signature d'une convention ne prive pas l'avocat du droit de percevoir pour ses diligences, dès lors que celles-ci sont établies, des honoraires, qui sont alors fixés en tenant compte, selon les usages, de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci. Doit en conséquence être censurée l'ordonnance du premier président d'une cour d'appel qui décide qu'à défaut de convention, l'avocat ne peut réclamer aucun honoraire à son client. »

² Art. 1709 c. civ. : « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». Art. 1710 : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

³ Gwendoline Lardeux, *Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil*, D. 2016 p.1659 et suiv. : « Le pouvoir de fixation du prix par le juge n'est donc plus prévu, au profit d'une action en indemnisation, calquée sur celle admise pour les contrats-cadre à l'article précédent. » ; Françoise Labarthe, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du code civil*, JCP G 2016.I.642.

Tel qu'il est rédigé, l'article 1165 c. civ. impose au client de payer le prix fixé unilatéralement par le professionnel (créancier) ; si l'abus est établi, le client obtient une somme destinée à rééquilibrer le contrat. On remarquera que la libération des prix par l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 n'a pas fini de nourrir le contentieux : le contrôle des prix a été exercé par le gouvernement (décret) puis, après une période de flottement lié à l'adoption de l'ordonnance de 1986, a été transféré aux juges. Ce contrôle lourd suppose toutefois de saisir la justice (éventuellement en exposant des frais d'avocats : eux aussi des professionnels du service), et d'attendre un certain délai avant d'obtenir une première décision.

428. L'ordonnance du 10 février 2016 montre un développement de l'**unilatéralisme**¹, tendance également perceptible dans les principes de droit européen des contrats². Un contractant peut parfois imposer sa volonté à l'autre, en fixant unilatéralement un prix qui n'a pas été mutuellement convenu. Ce prix unilatéral sera juridiquement un prix contractuel.

Cette tendance est également en oeuvre avec l'*expression du consentement* : le principe d'une volonté explicite de chacun conduit à interdire tout engagement au-delà de la volonté de l'un et de l'autre, mais l'exception d'une volonté exprimée par le silence (implicite) permettra à l'un des contractants d'imposer sa volonté à l'autre.

Conclusion I/ Les clauses essentielles : l'exigence d'une clause explicite

429. L'exigence d'une prestation ayant un **objet suffisamment déterminé** (art. 1163 c. civ.) correspond d'abord à une condition de bon sens : une clause explicite est nécessaire pour que chaque contractant sache exactement quelle prestation fournir (donner, faire, ne pas faire). Le prix, qui correspond à la contrepartie de la prestation caractéristique, obéit au même principe : il doit être expressément convenu, mais il existe deux exceptions.

Exceptionnellement, le prix peut être unilatéralement fixé par le créancier dans un contrat de service ou par le fournisseur dans le contrat de distribution exclusive. Un prix excessif sera sanctionné par des dommages-intérêts (produit l'effet d'un rééquilibrage judiciaire), solution qui cadre avec la théorie solidariste : le juge contrôlera l'équilibre du contrat, implicitement convenu entre les contractants.

II/ Les attentes contractuelles spéciales

¹ Voir not. : Anne Etienney-de Sainte Marie, *La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats*, D. 2017.1312 ; P. Dupichot, J.-D. Bretzner et M. Thomas, *User des prérogatives contractuelles*, JCP E 2016. 1375 ; I. Najjar, *La potestativité*. Notes de lecture, RTD civ. 2012. 601..

² Principes de droit européen des contrats : art. 6:105 [Détermination unilatérale par une partie] : « Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé unilatéralement par l'une des parties et que la détermination de celle-ci est manifestement déraisonnable, un prix ou un autre élément raisonnable lui est substitué, nonobstant toute stipulation contraire. »

430. Les **attentes contractuelles spéciales** doivent être exprimées de manière explicite. On sait que celui qui conserve le silence sur une attente contractuelle originale commet une erreur inexcusable, sur un mobile qui n'est pas entré dans le champ contractuel : son erreur n'est pas admise, et elle ne le sera pas davantage sur le fondement du contenu certain du contrat. C'est du moins le principe, flanqué d'exceptions.

Le *principe consensualiste* impose d'exprimer (explicitement) la condition (spéciale) posée à son engagement. Tel acquéreur a besoin de financer son achat par un prêt : il pose une condition à son engagement, à savoir que la vente n'aura lieu que si le prêt est obtenu. La condition explicite signale une attente contractuelle spéciale. Qu'elle porte sur un aspect déterminant du consentement ou sur un aspect plus secondaire du contrat, c'est au contractant (celui qui a une attente contractuelle spéciale) de s'exprimer.

Mais il n'en va pas toujours ainsi. Dans certains domaines spécifiques, certains professionnels doivent se renseigner sur les besoins de leur client (profane), et parfois même les conseiller. La distance contractuelle entre un professionnel et son client est alors modifiée : le droit exige, exceptionnellement, qu'une *loyauté contractuelle* s'établisse. Cette garantie de fiabilité professionnelle est rassurante pour les clients, ce qui peut favoriser le commerce.

Le principe consensualiste impose donc logiquement de poser une condition explicite en présence d'une attente contractuelle spéciale (1) ; exceptionnellement, la loyauté contractuelle (2) imposera au professionnel de s'informer sur les besoins réels de son client.

1/ La condition explicite : l'attente contractuelle spéciale

431. La **condition explicite** posée par l'un des contractants, et acceptée par l'autre, correspond à une exigence spéciale, que l'un doit signaler à l'autre dans le cadre du consensualisme.

La condition, entrée dans le champ contractuel, évite l'erreur inexcusable : le vendeur signalera un défaut de la chose vendue ; l'acquéreur, la qualité spéciale qu'il attend (une voiture, pour faire du rallye). La condition prend la forme d'une clause, rédigée par l'un. Si l'autre l'accepte, il signera le contrat.

Le principe (consensualiste) impose donc à celui qui achète un ordinateur de révéler au vendeur qu'il a un besoin spécifique¹ ou que l'ordinateur sera placé dans un local spécifique, humide ou chaud. Le devoir de s'informer soi-même signifie que l'autre considère légitimement que chacun est

¹ Civ. 1^{ère}, 26 novembre 1981, n°79-15401, Bull. n°354 : (abstrat) « [...] il incombait à l'utilisateur spécialiste en la matière, de s'inquiéter de la nature de l'eau à traiter et de consulter le fournisseur sur ce point. »

conscient de sa propre situation et de ses propres besoins¹. *Emptor debet esse curiosus* (adage du droit anglais : l'acheteur doit être curieux).

Or, ce cadre consensualiste fonctionne mal quand l'un, le client, est incompetent et donc incapable de poser les questions pertinentes à l'autre, professionnel.

2/ L'exception : le devoir de loyauté entre cocontractants

432. Par exception (au consensualisme), le droit du contrat imposera à l'un des contractants de s'informer des besoins de l'autre. Selon l'article 1112-1 al. 1er c. civ., « 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. » Le professionnel devra se comporter de manière loyale (faute de quoi il commettra un dol).

Cette loyauté est un devoir impératif : aucune clause contractuelle contraire n'est autorisée. Selon l'article 1112-1 al. 5 c. civ. : « Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. ». Le patient fera confiance à son médecin, pour connaître les risques et les bénéfices d'une intervention chirurgicale ; le notaire doit conseiller son client sur la portée de l'opération immobilière envisagée. Le manquement du professionnel à ses obligations d'information et de conseil sera sanctionné par l'annulation ou l'indemnisation.

a/ Les devoirs d'information ou de conseil : le contractant profane face au professionnel

433. Les devoirs d'information et de conseil '**information sur le caractère adapté de la prestation aux besoins du cocontractant** est destiné au client profane. Le professionnel doit s'informer sur ses besoins. En revanche, lorsque le client est averti (en raison de ses compétences), aucune obligation d'information n'existe à charge du professionnel².

Quand elle s'impose, l'obligation d'information prend un contenu varié :

- le professionnel doit s'informer de l'*attente de son client* et donc du caractère adapté de sa prestation ou de son produit face au besoin du client.

¹ Civ. 1^{ère}, 11 juin 1980, Bull. n°186 ; RTD civ. 1984.734, obs. J. Huet ; Civ. 1^{ère}, 26 nov. 1981, Bull. n°354 (l'acquéreur d'une machine de traitement des eaux ne se renseigne pas sur la nature des eaux à traiter).

² Com., 4 janvier 2023, n° 15-20.117, Bull. ; D. 2023 p.4 : « M. [M], salarié de la société Royale normande, avait une expérience de cinq ans au sein de cette entreprise, qu'il y exerçait les fonctions de responsable commercial. (...) Dès lors que le caractère averti de l'emprunteur, personne morale, s'apprécie en la personne de son représentant légal, (...) M. [M] n'ait pas auparavant exercé ses compétences dans une société holding, il était toutefois à même de mesurer, par les compétences acquises dans la société Royale normande, le risque d'endettement né de l'octroi du prêt souscrit par la société Alliance et gourmandise, dont il était le gérant, et qui dépendait des résultats de l'entreprise cible. (...) la banque n'était pas tenue d'un devoir de mise en garde à son égard »

- Dans un magasin de bricolage, le vendeur devra faire parler le client, pour savoir quel type de peinture ou de revêtement est adapté. Le vendeur professionnel de matériaux devra attirer l'attention du client sur les précautions à prendre pour l'usage du produit (en signalant au client que les tuiles sont purement ornementales et poreuses¹), etc² ...
- Une « entreprise d'entretien de l'ascenseur doit informer son client sur les réparations qui s'imposent »³. Un garagiste⁴ devra déconseiller des réparations trop onéreuses ;
- Un prêteur devra informer l'emprunteur sur le caractère « adapté à ses besoins et à sa situation financière » du crédit projeté (art. 312-14 c. conso.⁵) ; lors de la conclusion d'un contrat d'assurance-vie, l'assureur doit « s'assurer de l'adéquation des produits proposés avec la situation personnelle et les attentes de son client » (Civ. 2^e, 8 décembre 2016⁶) etc⁷.
- Le professionnel doit informer le client sur l'*existence d'un risque*, que le client doit calculer. C'est l'obligation de mise en garde.
 - Ainsi, la banque devra mettre en garde la caution, personne physique non avertie, sur le fait que l'opération du débiteur est vouée à l'échec⁸ : le créancier (la

¹ Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1985, n°84-10875, Bull. n°211 : (abstrat) « Il appartient au vendeur professionnel de matériau acquis par un acheteur profane de le conseiller et de le renseigner, et, notamment, d'attirer son attention sur les inconvénients inhérents à la qualité du matériau choisi par le client, ainsi que sur les précautions à prendre pour sa mise en œuvre, compte tenu de l'usage auquel ce matériau est destiné. »

² Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, Bull. n°339 ; Contrats, conc. consom. 1998 n°40, note Laurent Leveneur ; JCP G 1998.I.129, n°9, obs. Françoise Labarthe (orgue placé dans un local trop chaud et humide : violation de l'obligation d'information du professionnel) ; Civ. 1^{ère}, 11 décembre 2019, n°18-24.381, Bull. : (abstrat) « L'agent immobilier, tenu de vérifier la solvabilité de l'acquéreur qu'il présente au vendeur, doit, au besoin, conseiller à ce dernier de prendre des garanties ou le mettre en garde contre le risque d'insolvabilité de l'acquéreur. »

³ Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2e éd., 2005, n°750

⁴ Com., 12 mai 1966, Bull. n°243 :

⁵ Art. L 312-14 c. conso. : « Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière, notamment à partir des informations contenues dans la fiche mentionnée à l'article L. 312-12. Il attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement. Ces informations sont données, le cas échéant, sur la base des préférences exprimées par l'emprunteur. Lorsque le crédit est proposé sur un lieu de vente, le prêteur veille à ce que l'emprunteur reçoive ces explications de manière complète et appropriée sur le lieu même de la vente, dans des conditions garantissant la confidentialité des échanges.

⁶ Civ. 2^e, 8 décembre 2016, n° 14-29.729, Bull. : l'assureur engage sa responsabilité civile en cas de manquement « à son obligation de s'assurer de l'adéquation des produits proposés avec la situation personnelle et les attentes de son client ». Aussi : Civ. 1^{ère}, 13 décembre 2012, n°11-27.631, Bull. ; D. 2013, p. 6 : (abstrat) « En application de l'article [1232-1] du code civil, l'assureur est tenu d'éclairer l'assuré sur l'adéquation des risques couverts par les stipulations du contrat d'assurance, fussent-elles claires et précises, à sa situation personnelle. »

⁷ Civ. 3^e, 15 avril 2021, n°19-25.748 (n° 361 FS-P), Bull. ; D. 2021 p.799 : parquet inadapté aux lieux accueillant du public, d'où sa dégradation rapide : le professionnel engage sa responsabilité pour avoir « manqué à son devoir d'information et de conseil sur le parquet choisi au regard de l'usage auquel il était destiné ».

⁸ Civ. 1^{ère}, 10 mai 1989, n° 87-14.294, Bull. n°187 ; D. 1990. 385, obs. L. Aynès.

banque) devra donc délivrer une information désagréable, même lorsque l'engagement de la caution est adapté à sa situation financière¹.

- De même, le prêteur devra mettre en garde l'emprunteur sur l'existence d'un risque de change², d'un endettement excessif³ (etc...⁴).
- Le professionnel doit délivrer une *information technique* au client. Lors d'une vente d'immeuble, le vendeur devra remettre des diagnostics (sur l'absence d'amiante et de termites, diagnostic électrique et énergétique) tout comme les documents informatifs (communication des procès-verbaux des assemblées générales des trois années précédents la vente de l'immeuble en copropriété ; notes de renseignement sur les risques d'inondation : Civ. 1^{ère}, 14 février 2018⁵).

L'obligation spéciale d'information est en revanche hors de cause quand il s'agit, pour le client, de *comparer le prix de produits comparables*. Tel est le sens de l'article 1112-1 al. 2 c. civ. : « Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. » Sur la question des prix, le client doit donc se renseigner. On sait également qu'il ne pourra pas invoquer d'erreur sur la valeur (art. 1136 c. civ.⁶). Le silence sur la valeur est neutre : aucune information ne sera délivrée sur ce point par le professionnel.

434. Le **devoir de conseil** impose un degré supérieur de confiance à certains professionnels. Ils devront renseigner le client sur l'opportunité de la conclusion du contrat et sur la portée des clauses

¹ Com., 15 novembre 2017, n°16-16.790, Bull. ; D. 2017, p. 2573, note C. Albiges ; Bull. Joly 2018. 34, note C. Juillet ; JCP E 2018. 1010, note D. Legeais : (abstrat) « La banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie lorsque, au jour de son engagement, celui-ci n'est pas adapté aux capacités financières de la caution ou il existe un risque de l'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur. Après avoir constaté que Mme L. n'était pas une caution avertie et retenu que l'opération était vouée à l'échec dès son lancement, une cour d'appel en a, à bon droit, déduit que la banque était tenue à l'égard de Mme L. à un devoir de mise en garde lors de la souscription de son engagement, peu important que celui-ci fût adapté à ses propres capacités financières. »

² Lorsque l'emprunt est indexé sur une monnaie étrangère (franc suisse) et que l'emprunteur ne peut pas effectuer un remboursement immédiat pour solder la situation au plus vite (opération à terme)

³ Com., 9 février 2016, n°14-23210, Bull. n°881, Bulletin d'information 2016, n°844 ; Com. 1^{er} juill. 2020, n°18-21.739, inédit, RDI 2021. 80, obs. J. Bruttin ; LPA 2021, n° 157, p. 18, obs. J. Lasserre Capdeville (violation du devoir de mise en garde de la banque qui prête sur vingt ans sans mettre en garde son client de 56 ans sur la baisse de ses revenus liée à sa retraite).

⁴ Civ. 1^{ère}, 25 mai 2022, n°21-10.635, Bull. ; D. 2022 p.1036 : le client, emprunteur non averti, doit être informé que le remboursement des échéances du prêt n'absorbe qu'une partie des intérêts, de sorte que son endettement continue de s'accroître : lorsque « la différence calculée entre le montant de l'échéance et ces intérêts s'ajoute au capital restant dû, le prêteur est tenu à une obligation d'information et l'intermédiaire en crédit à un devoir de mise en garde sur le risque d'amortissement négatif qui en résulte. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 14 février 2018, n° 16-27.263, Bull. ; D. 2018 p.416 ; Defrénois 2018, n° 10, p. 8 ; JCP 2018, éd. G, Act., 272, note Julien Dubarry ; JCP 2018, éd. N, n° 12, édito, note Philippe Pierre : « La note de renseignements d'urbanisme ne dispense pas le notaire de son obligation de s'informer sur l'existence d'un arrêté préfectoral publié, relatif à un plan de prévention des risques d'inondation. »

⁶ Art. 1136 c. civ. : « L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. »

qu'il contient et de rechercher l'opération la plus favorable à ses intérêts ("optimisation" fiscale, successorale ...).

Les professionnels concernés sont les médecins, les notaires¹, mais également les conseillers financiers (notamment sur le régime fiscal des placements financiers²) ou les agents immobiliers³.

b/ La sanction de la violation du devoir d'information ou de conseil

435. La **sanction du devoir d'information** conduit à rattacher ce devoir de mise en garde aussi bien au contenu du contrat (art. 1112-1 al. 3 c. civ.⁴) qu'au consentement éclairé (art. 1112-1 al. 6 c. civ.⁵). La sanction du défaut de mise en garde dépend de la gravité de l'information manquante : le cocontractant mal informé peut obtenir une indemnisation, voire même l'annulation.

Le cocontractant mal informé ou mal conseillé peut obtenir l'allocation de *dommages-intérêts*. Il en ira ainsi, lorsque l'emprunteur n'a pas été correctement informé du risque de change pesant sur lui (si la somme empruntée était indexée sur une monnaie étrangère et que l'emprunt ne pouvait pas être soldé immédiatement) : le montant de l'indemnisation se compensera (totalement ou partiellement) avec le montant du crédit restant dû⁶, voire même le dépassera. L'indemnisation est également encourue, comme en présence d'un dol incident (c-à-d. portant sur un aspect secondaire de la prestation), lorsque l'information manquante se borne à altérer la valeur de la prestation fournie.

L'*annulation* est également encourue, lorsque l'information déterminante conduit à vicier le consentement du client (art. 1130 et suiv. c. civ., visé par l'art. 1112-1 al. 6 c. civ.). En présence d'une information déterminante et manquante, l'annulation intégrale du contrat se conçoit logiquement. Mais le droit des contrats spéciaux pratique également l'annulation partielle. Ainsi, lorsque le consommateur n'est pas correctement informé par la mention du taeg (taux annuel

¹ Civ. 1^{ère}, 20 décembre 2017, n°16-13073, Bull. : « Le notaire est tenu d'informer et d'éclairer les parties, de manière complète et circonstanciée, sur la portée et les effets, notamment quant aux incidences fiscales, de l'acte auquel il prête son concours » (manquement du notaire envers le vendeur, assujetti à la TVA et devant remplir ses déclarations CA3, à la suite d'une information incomplète délivrée par le notaire sur la fiscalité des mutations en cause).

² Civ. 2^e, 8 décembre 2016, n°14-29729, Bull., préc. : l'assureur est tenu d'un devoir d'information (supra) et d'un devoir de conseil.

³ Civ. 1^{ère}, 11 décembre 2019, n° 18-24.381, Bull. ; D. 2019 p. 2408 : (lors d'une vente immobilière, l'acquéreur de 25 ans, cariste, déclare ne pas avoir besoin d'un emprunt ; il s'avère être insolvable) « l'agent immobilier n'avait pas justifié avoir conseillé aux vendeurs de prendre des garanties ou les avoir mis en garde contre le risque d'insolvabilité de l'acquéreur qu'il leur avait présenté »

⁴ Art. 1112-1 al. 3 c. civ. : « Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

⁵ Art. 1112-1 al. 6 c. civ. : « 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. »

⁶ Tribunal d'instance d'Aubervilliers, 23 janvier 2018, n°11-16-000216, D. 2018 p.413, obs. Ghislain Poissonnier : 8.000€ de dommages-intérêts à compenser avec les 21 .000€ de capital restant dû.

effectif global), le prêteur subira la déchéance de son droit aux intérêts (art. 341-1 c. conso.¹, sanctionnant l'irrespect de la mention du taeg imposé à l'art. 312-12 c. conso.²). La déchéance est une annulation partielle de la clause relative aux intérêts.

(436- à 448. : réservés).

449. En résumé, les **clauses contractuelles explicites** ont pour objet de fixer l'équation contractuelle des parties et de fixer les conditions spéciales à respecter. Ce cadre consensualiste permet de fixer un contenu certain au contrat : ce résultat correspond en principe à la thèse libérale, mais il existe des exceptions inspirées par le solidarisme.

Premièrement, les *clauses essentielles* du contrat fixent un contenu suffisamment déterminable. L'équation contractuelle identifie le type de contrat spécial (louer ou vendre), l'identité du bien (tel immeuble vendu, telle voiture louée) et le prix. Deuxièmement, les clauses suivantes identifient les attentes contractuelles spéciales convenues, à savoir les conditions posées par l'un et acceptées par l'autre. Il s'agit d'éviter tout malentendu, car, en cette matière, le silence est parlant : la condition exprime ce qui ne va pas de soi, à savoir une condition suspensive (gel du contrat) ou résolutoire (une exigence particulière). Le fonctionnement du consensualisme consiste donc à n'écrire que les clauses essentielles et celles qui écartent le sens couramment donné au silence. On dit ce qui ne va pas de soi : sociologiquement, il est donc acquis que le prix (détail essentiel) ne va pas de soi. La liberté contractuelle n'est pas orientée, ce qui correspond ici à la thèse libérale.

Exceptionnellement, la loyauté contractuelle sera imposée.

- Le prix fixé unilatéralement par l'un (fournisseur dans un contrat de distribution exclusive ; certains contrats de service) doit être loyal.
- Le contractant professionnel doit s'informer sur les besoins de son client profane, voire même de le conseiller.

¹ Art. L 341-1 c. conso. : « Le prêteur qui accorde un crédit sans communiquer à l'emprunteur les informations précontractuelles dans les conditions fixées par l'article L. 312-12 ou, pour les opérations de découvert en compte, à l'article L. 312-85 est déchu du droit aux intérêts. »

² Art. L 312-12 c. conso. : « Préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur, sous forme d'une fiche d'informations, sur support papier ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement.

« La liste et le contenu des informations devant figurer dans la fiche d'informations à fournir pour chaque offre de crédit ainsi que les conditions de sa présentation sont fixés par décret en Conseil d'Etat.

« Cette fiche comporte, en caractères lisibles, la mention indiquée à l'article L. 312-5. [...] ».

La fonction du contrat sera dirigée. Le contrat doit répondre à l'attente légitime d'un client en position d'infériorité (client d'un prestataire de service, d'un professionnel de l'assurance ou de l'immobilier, distributeur exclusif d'une marque de luxe).

§2^{ème}/ La détermination implicite de la prestation :

le domaine des silences parlants

450. La **détermination implicite de la prestation** signifie que le silence observé par les contractants possède un contenu spécifique à la fois sur la prestation elle-même (sa qualité, sa durée), mais également sur ses suites induites (imposant au vendeur d'un bien de le conserver, le temps que l'acquéreur vienne en prendre livraison).

Pour écarter l'application d'une disposition supplétive de volonté, une clause spéciale s'impose (supra). Les contractants écarteront la tacite reconduction du contrat de bail, prévue par l'article 1738 c. civ.¹ ; en cas de retard dans l'exécution, les contractants pourront écarter la réparation légale par une clause pénale (forfait de réparation) ou par une clause limitative de responsabilité (établissant un plafond de réparation). Le silence des contractants implique qu'ils adhèrent à ce qui se fait couramment : les dispositions supplétives de volonté sont des clauses intégrées au contenu du contrat, et qui sont censées correspondre aux attentes contractuelles courantes des contractants.

- Si le banquier ne sait pas qu'il doit mettre en garde la caution, non avertie, sur les risques liés à un taux de change, il violera son obligation de mise en garde (valablement formée par le silence), et, auteur d'une inexécution contractuelle, devra indemniser son cocontractant victime, à hauteur du préjudice subi.
- Lors d'une vente, si personne ne parle des frais de livraison, l'acquéreur de la marchandise sait qu'il les prend à sa charge (obligation quérable : art. 1342-6 c. civ.²), et que le versement d'une somme d'argent est portable (art. 1343-4 c. civ.³ : le débiteur verse le prix du timbre). Un contractant ne s'attend pas à être informé par l'autre de ce qui est évident.

¹ Art. 1738 c. civ. « si à l'expiration du bail, le locataire reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail ». Supra, l'expression de la volonté.

² Art. 1342-6 c. civ. : « A défaut d'une autre désignation par la loi, le contrat ou le juge, le paiement doit être fait au domicile du débiteur. » Le débiteur, vendeur qui doit délivrer la chose, s'acquitte de son obligation à son domicile : c'est donc au créancier, acquéreur, de venir chercher sa chose. Les frais de port sont ainsi à la charge de l'acquéreur.

³ Art. 1343-4 c. civ. : « A défaut d'une autre désignation par la loi, le contrat ou le juge, le lieu du paiement de l'obligation de somme d'argent est le domicile du créancier. » L'acquéreur, débiteur du prix, verse la somme d'argent au domicile du créancier, à savoir le vendeur. L'acquéreur paye le timbre, et plus généralement les frais d'envoi.

Il existe également des obligations sous-entendues, qui dérivent d'une obligation contractuelle convenue. En droit français, l'exécution loyale se distingue d'une exécution strictement littérale, habituellement tenue pour insuffisante. Comme le rappelle l'article 1194 c. civ.¹, l'obligation exprimée (par la parole explicite) induit des sous-entendus, obligations inexprimées qui standardisent à la fois le contenu de chaque prestation (vente, avec obligation de conserver la marchandise) et le comportement de chaque contractant. Un contractant adoptant un comportement déloyal (ne pas tenir sa promesse d'hypothèque conventionnelle, supposant un acte notarié) sait qu'il sera exposé à la déchéance du terme (toutes les échéances du prêt devront être immédiatement remboursées) (art. 1305-4 c. civ.²).

Les silences parlants précisent donc le contenu (implicite) de chaque prestation contractuelle : l'attente contractuelle légitime du cocontractant porte sur tous les aspects secondaires du contrat (qualité de la prestation, durée du contrat, frais de port ...) et inclut des obligations secondaires, qui dérivent des obligations expressément convenues. Les dispositions supplétives de volonté, qui signalent qu'un silence est parlant, portent ainsi sur les aspects secondaires de la prestation (I), et même sur des obligations secondaires (II).

(451- à 454. : réservés)

I/ Les aspects secondaires de la prestation (principale) : les clauses tacitement convenues

455. Les **aspects secondaires de la prestation** contractuelle sont tacitement convenus, lorsque les contractants gardent le silence sur des attentes contractuelles courantes. Les applications prévues en droit du contrat conduiront à standardiser la prestation, qu'il s'agisse de sa qualité (1) ou, dans un contrat à exécution successive, de sa durée (2) ou de sa révision pour cause d'imprévision (3).

1/ La qualité tacite de la prestation : « l'attente légitime des parties » en fonction du prix

456. La **qualité tacite de la prestation** signifie que chaque contractant peut nourrir une certaine attente juridique face à la qualité du produit vendu ou du service rendu, lorsque, comme c'est le cas la plupart du temps, les parties ne précisent pas la qualité (faible, moyenne ou haute). En droit français du contrat (sachant que le marché unique, dans l'Union européenne, renouvelle la question

¹ Art. 1194 c. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

² Art. 1305-4 c. civ. : « Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation. »

de ce standard), le niveau général de qualité des biens et produits mis sur le marché en France est devenu délicat à cerner. Selon l'article 1166 c. civ. « Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie. » Le texte affirme que le silence est doté d'un sens supplétif de volonté ; différents critères, notamment le prix, servent à identifier la qualité légitimement attendue.

« Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée », donc dans le silence du contrat, une *norme supplétive de volonté* est établie. Cela signifie que le vendeur ne peut pas donner une chose de la plus mauvaise qualité, ni l'acheteur en réclamer une de la meilleure qualité : le silence sur la qualité n'est pas vide de sens, il est parlant. Conformément au principe consensualiste, si l'une des parties (acquéreur notamment) veut une qualité spécifique, elle doit le préciser (supra, attente contractuelle spéciale ; erreur sur le mobile ou inexcusable). On sait néanmoins qu'un vendeur professionnel confronté à un acheteur profane doit s'informer du besoin de son client (supra, exception au consensualisme).

Le contenu de cette norme supplétive de volonté, traditionnelle en droit, a évolué. Jusqu'en 2016, la qualité moyenne était tacitement convenue (anc. art. 1246 c. civ.¹), ce qui a pu conduire à positionner le système productif français sur le moyen de gamme. Désormais, les critères de l'article 1166 c. civ.² reflètent la plus grande diversité des biens et service mis sur le marché. La qualité légitimement attendue est fixée « en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie. »

- En France, un contractant peut s'attendre à ce que la qualité d'un ascenseur soit excellente, et garantisse les passagers contre le risque de chute. Il est également d'usage qu'un contractant s'attende à ce que les aliments destinés à la consommation humaine soient sains.
- En présence de produits plus courants (outils, chaises, ustensiles de cuisine, ainsi que les aliments), la qualité dépend du prix (« montant de la contrepartie »), en principe explicitement convenu.

¹ Anc. art. 1246 c. civ. (1804) : « Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce ; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise. » Appliquant la même idée : art. 1022 c. civ. (: « Lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure qualité, et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise. »).

² Art. 1166 c. civ. : « Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie. »

- Un prix faible correspond au bas de gamme : les vis se tordront au premier choc, la semelle de la chaussure se décollera après quelques mois voire quelques semaines ; l'appareil électroménager aura une durée faible et peu de fonctionnalités, mais il sera conforme aux minima exigés par la réglementation applicable (sanitaire, pour les aliments ; de sécurité, pour les produits mis sur le marché ...).
- À l'inverse, le prix élevé indique que le bien ou le service est haut de gamme, et doit donc être de qualité supérieure.

En droit français du contrat, le *critère du prix* est souvent le premier critère pour juger de la qualité d'une prestation. Le « made in France » ne correspond donc pas à une qualité prévisible : le système économique français produit des biens et services de qualité très hétérogène, allant du discount (bas de gamme) au haut de gamme (luxe), en passant par le moyen de gamme. L'attente contractuelle légitime du cocontractant (client, créancier) suppose, au préalable, de comparer les prix de biens et services diversifiés (c-à-d. de qualités différentes). La qualité tacitement convenue (attente légitime du consommateur) a donc évolué : pour l'essentiel, le prix, explicitement convenu, nourrit l'attente contractuelle légitime du consommateur.

456-1. Le choix d'imposer un **standard à la qualité de la prestation** est destiné à sécuriser le marché (en luttant contre destinée à lutter contre la fraude et la falsification des produits mis sur le marché, pratiques de nature à altérer la confiance dans le commerce) et à standardiser les prestations (abrogation des droits locaux en 1804). Cette exigence juridique est une question relevant à la fois du consentement (tacite ou exprimé) et de ses vices, du contenu certain du contrat et du droit de la responsabilité civile.

Si le silence sur la qualité de la prestation était vide de sens (le vendeur écoule valablement sa mauvaise marchandise), l'acquéreur devrait spécifier le niveau de qualité par une clause (essentielle). Si le silence est doté d'un sens supplétif de volonté, le vendeur est tenu de révéler la mauvaise qualité ou le défaut : l'acheteur est alors victime d'une erreur ou d'un dol. Dans le cadre des vices du consentement, l'attente contractuelle tacitement entrée dans le champ contractuel (et donc convenue) a un objet limité : il s'agit de savoir si la prestation est *fonctionnelle*. Le consensualisme permet donc d'établir un premier critère sur la qualité : le bien vendu fonctionne. À défaut, le contractant engagera sa responsabilité contractuelle.

Le droit de la responsabilité civile, applicable en cas d'inexécution, précisera également que la prestation contractuelle n'est *pas dangereuse* : c'est un second critère de qualité, qui garantit que la prestation ne porte pas atteinte ni à la personne (blessure), ni aux biens (incendie, destruction ...). Les juges français, à compter de la fin des années 1970 ont accru notablement l'exigence de qualité, en imposant aux fabricants professionnels une responsabilité illimitée (comprendre : ils doivent réparer intégralement le dommage subi par les victimes), ce qui revenait à imposer la mise sur le marché de produits de haute qualité. Le droit communautaire de la

responsabilité (responsabilité du fait des produits défectueux¹) est revenu sur cette exigence, en parlant de « sécurité légitime » attendue.

La qualité légitimement attendue par le cocontractant est fixée par plusieurs critères à combiner : si la prestation n'est pas fonctionnelle, il y a vice du consentement ou inexécution contractuelle ; si la prestation est dangereuse, il y aura accident dommageable. Pour connaître plus précisément le niveau de qualité de la prestation, il faut se référer au contenu du contrat.

(457- à 459. : réservés)

2/ La durée du contrat à exécution successive et sa rupture : une liberté contractuelle restreinte

460. La **durée du contrat à exécution successive et sa rupture** donnent lieu à un mélange de dispositions supplétives de volonté et de dispositions impératives. Dans ce type de contrat, les parties établissent une relation à long terme, ou du moins durable : le législateur contemporain perçoit parfois certains de ces contrats comme créant une rente de situation, ce qui explique la volonté de rendre ces contrats plus précaires, en facilitant la rupture ; parfois, à l'inverse, il s'agit de sécuriser la position d'un contractant. La liberté contractuelle des parties sera encadrée et dirigée. Les dispositions impératives (a) organisent un cadre auquel les contractants doivent se conformer. Les règles supplétives de volonté (b) permettront aux parties d'employer leur liberté contractuelle des parties, pour écarter ou préciser le sens d'un silence parlant.

a/ Les dispositions impératives : le contrat précaire librement révocable

461. Les **dispositions impératives** relatives à la durée et la rupture du contrat (à exécution successive) fixent un cadre destiné à permettre la rupture de contrats à exécution successive. La liberté (contractuelle) de rompre est impérative et organisée par la loi : la loi rend précaires les contrats conclus sans durée fixe (sauf lorsque le législateur entend, à l'inverse, sécuriser l'accès à la ressource d'un contractant).

Premièrement, le contrat (à exécution successive) conclu sans durée déterminée est *conclu à durée indéterminée*. Le silence sur la durée de l'engagement pouvait avoir deux sens :

- soit l'engagement serait ferme et définitif (comme le mariage, ou le contrat de mariage organisant le régime matrimonial des conjoints), de sorte que celui qui voudrait rompre

¹ En droit des produits défectueux, le concept d'attente légitime est également employé. Art. 6 direct. 85/374/CEE du 25 juillet 1985 : « 1. Un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances (...) ». Art. 1245-3 al. 1^{er} c. civ. : « Un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. » Voir, *Droit de la responsabilité civile*, n°805 et suiv.

(ou modifier le contenu du contrat) devrait obtenir l'accord de l'autre. À défaut, le contrat serait poursuivi. Cette solution est impérativement écartée par la loi : l'article 1210 al. 1^{er} c. civ.¹ *prohibe les engagements perpétuels* au motif que ces contrats réalisent une atteinte trop importante à la liberté individuelle². Les contractants qui ne fixent pas une durée précise (éventuellement dans une limite légale maximale³) ne peuvent pas prétendre être engagés pour la vie : la loi pose que le silence sur la durée ne peut pas signifier un engagement perpétuel.

- Soit l'engagement est précaire (comme dans le pacs), de sorte que le contrat est librement révocable. Celui qui veut rompre (unilatéralement) pourra résilier son engagement (c-à-d. le rompre pour l'avenir) : c'est la solution adoptée par l'article 1211 c. civ.⁴, qui précise que « chaque partie peut y mettre fin à tout moment ». Ce droit unilatéral de résilier est reconnu à chacun des contractants. La loi impose cette liberté de rompre au profit de chaque contractant : aucune clause contractuelle contraire n'est admise.

La loi affirme donc qu'un contrat conclu sans durée est conclu à durée indéterminée et elle précise immédiatement ce qu'est une durée indéterminée : c'est un *contrat précaire, librement révocable*. Ces deux dispositions prévues en droit du contrat (contrat à durée indéterminée, unilatéralement révocable⁵) organisent donc la durée des contrats à exécution successive, à savoir des contrats qui créent des habitudes contractuelles (éventuellement des rentes de situation ou le souhait d'obtenir une clientèle captive).

462. Deuxièmement, la loi impérative, par des **dispositions exceptionnelles**, impose parfois la précarité, alors même que les contractants ont conclu leur contrat à durée déterminée. Il s'agit de permettre à l'un des contractants, probablement confronté à un imprévu, de dénouer un contrat qui

¹ Art. 1210 c. civ. : « Les engagements perpétuels sont prohibés.

« Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée. »

² On remarquera néanmoins que, outre le contrat de mariage (modifiable uniquement par contrat homologué par le juge), certaines décisions de gestion du patrimoine sont lourdes de conséquences : une fiducie-gestion conclue pour 99 ans engagera son auteur pour toute la durée de sa vie, comme une vente pure et simple le ferait.

³ Le contrat de société ou de fiducie est conclu pour une durée maximale de 99 ans. Le contrat d'hypothèque pour une durée maximale de 50 ans etc...

⁴ Art. 1211 c. civ. : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. »

⁵ Com. 8 févr. 2017, n°14-28.232, Bull. ; D. 2017. 678, note A. Etienney-de Sainte Marie ; AJ Contrat 2017. 222, obs. G. Cattalano-Cloarec ; D. 2017. 336, obs. K. Disdier-Mikus et N. Larrieu ; RTD civ. 2017. 389, obs. H. Barbier (contrat ne comportant aucun terme et par lequel M. Christian Lacroix autorisait une société à déposer de nouvelles marques sans son autorisation) : « le contrat à exécution successive dans lequel aucun terme n'est prévu n'est pas nul, mais constitue une convention à durée indéterminée que chaque partie peut résilier unilatéralement, à condition de respecter un juste préavis ».

ne lui convient plus (et sans respecter la durée prévue, ce qui désactive la force obligatoire du contrat sur ce point). En droit du contrat, l'article 1193 c. civ. (infra) fait référence à ce droit, reconnu à une seule partie, de *rompre unilatéralement un contrat pourtant conclu à durée déterminée*. Selon l'article 1193 c. civ. : « Les contrats ne peuvent être (...) révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. »

Le principe est que la clause relative à la durée (déterminée) est soumise à la force obligatoire du contrat. La révision du contrat doit donc être mutuellement convenue (infra).

Exceptionnellement, une disposition expresse de la loi désactive la force obligatoire de la clause fixant une durée déterminée au contrat, en autorisant une partie à rompre unilatéralement un contrat¹.

– Par exemple, le locataire peut donner congé au bailleur, même avant la fin du bail (normalement fixé à 3 ans) : cette faculté légale de résiliation est unilatérale (elle n'est accordée qu'au locataire, et non au bailleur), la loi faisant varier la durée du préavis selon la cause de la rupture² (trois mois normalement, un mois en cas de mutation).

– De son côté, le bailleur peut également rompre avant terme le contrat de bail, pour une cause spécifiée³, à savoir la décision de vendre ou de reprendre le logement loué (en respectant un délai de préavis de six mois).

Le contrat de bail est normalement conclu pour trois ans : mais le locataire peut résilier à tout moment, et le bailleur pour cause spécifiée. Ces « causes que la loi autorise » sont des dispositions exceptionnelles : la durée convenue ne sera pas respectée.

463. Troisièmement, d'autres dispositions légales impératives imposent parfois au contractant, auteur de la rupture, d'exposer les **motifs de la rupture**, quitte parfois à limiter les motifs de rupture. Il s'agit alors pour le législateur de sécuriser le contrat, en limitant (ou exposant⁴) ses causes de rupture.

¹ La loi peut même permettre une révocation d'un contrat, pour simple convenance. Un cas typique fut celui des donations entre époux, qui étaient « toujours révocables » (anc. art. 1096 c. civ.). La loi n°2004-439 du 26 mai 2004 a limité la libre révocabilité aux biens à venir : « *La donation de biens à venir entre époux pendant le mariage sera toujours révocable* ».

² Art. 15 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 al.2 : « Le délai de préavis applicable au congé est de trois mois lorsqu'il émane du locataire et de six mois lorsqu'il émane du bailleur. Toutefois, en cas (loi n°2002-73 du 17 janv. 2002) « d'obtention d'un premier emploi, » de mutation, (loi n°94-624 du 21 juill. 1994) « de perte d'emploi ou de nouvel emploi consécutif à une perte d'emploi », le locataire peut donner congé au bailleur avec un délai de préavis d'un mois. (...) »

³ Art. 15 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 al.1^{er} : « Lorsque le bailleur donne congé à son locataire, ce congé doit être justifié soit par sa décision de reprendre ou de vendre le logement, soit par un motif légitime et sérieux, notamment l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant. (...) ».

⁴ Application légale en présence d'une demande en partage d'une indivision conventionnelle, qui peut être faite « à tout moment, pourvu que ce ne soit pas de mauvaise foi ou à contretemps » (art. 1873-3 c. civ.). La décision Cons. Constit., 9 nov. 1999, n°996419 DC (loi sur le pacs) précise également que le législateur peut imposer « en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection d'une des parties, [de] préciser les causes d'une telle résiliation »

En principe, ce contrôle des causes (légitimes) de rupture n'est pas admis. L'article 1211 c. civ. ne fait pas mention des motifs de rupture. En droit du contrat, *aucun motif de rupture n'a à être mentionné*. La liberté contractuelle des parties conduira simplement à notifier à l'autre sa volonté de rompre. L'article 1212 al. 2 c. civ.¹ affirme également que « nul ne peut exiger le renouvellement du contrat » : aucun contractant engagé dans un contrat précaire n'a le droit d'obtenir le renouvellement du contrat.

Ponctuellement, des dispositions impératives imposent de justifier d'une cause réelle et sérieuse pour résilier. On sait que le contrat de travail conclu à durée indéterminée peut être rompu par l'employeur pour une cause réelle et sérieuse (art. L 1232-6 c. trav.²) : l'absence de motif valable rend le licenciement abusif³ (voire même nul en cas de harcèlement moral⁴, de discrimination⁵ ou d'atteinte à un droit fondamental⁶).

464. La loi **encadre donc la durée du contrat**, par des dispositions impératives qui peuvent sembler contradictoires. En réalité, il existe différentes strates de législations, et des objectifs effectivement contradictoires : la rupture du contrat est une question épineuse, car l'un des contractants risque de perdre une ressource (vitale) ou de profiter indument d'une rente de situation. Le débat en la matière est idéologiquement connoté.

En principe, le droit du contrat opte pour la thèse libérale. Le contrat conclu à durée indéterminée est (impérativement) un contrat précaire, unilatéralement révocable. Aucune clause contraire n'est

¹ Art. 1212 c. civ. : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme. « Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat. »

² Art. L 1232-6 c. trav. : « Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception./ Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur. »

³ L'indemnisation versée au salarié en cas de licenciement abusif est néanmoins désormais plafonné (art. L 1235-3 c. trav.), depuis l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

⁴ Art. L122-49 (inséré par loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002) : « Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. / Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, (...) pour avoir subi, ou refusé de subir, les agissements définis à l'alinéa précédent ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés. / Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit. » Voir : Soc., 11 oct. 2006, n°04-48314, Bull. n°301.

⁵ Code du travail, Section 7 : Discriminations, art. L122-45 : « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération (...) / Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit. ». Voir : Soc. , 5 janvier 2013, n°11-15.646, Bull. n°8 ; Revue de jurisprudence sociale, 2013, n°202, p. 176-177 (mise à la retraite précipitée d'un salarié par l'employeur, dans le but d'échapper à l'application d'une loi nouvelle) : « l'employeur avait manqué à l'obligation d'exécuter loyalement le contrat de travail et (...) la mise à la retraite constituait une discrimination fondée sur l'âge et, dès lors, un licenciement nul. »

⁶ Soc., 13 mars 2001, n°99-45.735, Bull. n° 87 (nullité du licenciement sans texte prévoyant la mesure en cas d'atteinte à droit fondamental) ; Soc., 6 février 2013, n°11-11.740, Bull. ; Soc., 25 novembre 2015, n°14-20.527, Bull. ; JCP 2015, éd. S, Act., n° 487 : la nullité du licenciement « ouvre droit au profit de l'intéressé au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration ».

admise. En principe, aucun motif de rupture n'a à être exprimé : le cocontractant n'a aucun droit au renouvellement du contrat. Toutes les dispositions centrées sur la durée du contrat illustrent la thèse libérale.

Exceptionnellement, des législations spéciales adoptent des solutions inspirées par le solidarisme, afin de protéger le contractant qui tire du contrat une ressource (vitale) : le bailleur et l'employeur doivent invoquer un juste motif de rupture. Il s'agit de protéger certaines catégories vulnérables de la population (le locataire et le salarié).

La durée du contrat et ses conditions de rupture montre que cette question est un enjeu de société, puisque le contrat permet à l'un des contractants d'obtenir une ressource vitale, ce que l'autre perçoit comme l'exploitation d'une rente de situation.

464-1. La rupture du contrat donne lieu à un débat. Celui qui rompt doit-il invoquer des motifs de rupture, et doit-il respecter un délai raisonnable (lorsque la convention ne fixe pas de délai de préavis) ?

La vision minimaliste de la bonne foi est exposée par la *théorie de l'autonomie de la volonté* : dans le silence de la convention, aucun contrôle n'a à être exercé sur les motifs de la rupture¹ (que le contractant qui rompt n'a pas à dévoiler). Le délai de préavis se résumera le plus souvent à l'information du cocontractant. Celui qui s'engage dans un contrat conclu à durée indéterminée (contrat de travail type CPE, contrat première embauche²) doit savoir que le contrat est précaire. La liberté contractuelle des parties n'est donc pas dirigée.

À l'inverse, la *théorie solidariste* se montre plus dirigiste et prône non seulement le respect d'un délai raisonnable de préavis, mais également des motifs sérieux de rupture. Un salarié ayant conclu un contrat nouvelle embauche ne peut pas être licencié, sans que l'employeur s'explique sur ce congédiement ; de même, le bailleur qui entend donner congé au locataire doit agir pour un juste motif, une reprise du logement, une vente ... La cause de la rupture est contrôlée, et la rupture illicite est sanctionnée par la nullité de la rupture elle-même : le contrat étant donc maintenu.

b/ Les dispositions supplétives de volonté : une liberté contractuelle encadrée

465. Les **dispositions supplétives de volonté** centrées sur la durée du contrat et sa rupture permettent aux parties, dans le respect du cadre légal impératif, d'organiser leur liberté contractuelle, soit en gardant le silence, soit en adoptant une clause explicite. Le contrat à exécution

¹ Ainsi, l'art. 9 al.4 de la loi n°86-1290 du 23 déc. 1986, abrogé par la loi n°89-462 du 6 juill. 1989 instaurait-il un droit de non-renouvellement au profit du bailleur, lequel n'avait pas à justifier son refus de renouveler le contrat de bail (conclu à durée déterminée).

² Loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, créant le contrat première embauche (CPE), art. 8 II : « (...) Ce contrat peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, pendant les deux premières années courant à compter de la date de sa conclusion, dans les conditions suivantes : 1° La rupture est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ; 2° Lorsque l'employeur est à l'initiative de la rupture et sauf faute grave ou force majeure, la présentation de la lettre recommandée fait courir, dès lors que le salarié est présent depuis au moins un mois dans l'entreprise, un préavis. La durée de celui-ci est fixée à deux semaines, dans le cas d'un contrat conclu depuis moins de six mois à la date de la présentation de la lettre recommandée, et à un mois dans le cas d'un contrat conclu depuis au moins six mois ; (...) »

successive (contrat de travail, de fourniture d'énergie, d'abonnement à un journal ...) conclu sans durée déterminée contient trois dispositions supplétives de volonté, l'une sur la durée indéterminée ; l'autre sur la durée du préavis et la dernière sur le renouvellement du contrat.

Le silence des parties sur la durée du contrat signifiant que le contrat est conclu à durée indéterminée, les parties peuvent écarter cette disposition supplétive, en concluant un contrat à durée déterminée. Comme toute clause contractuelle valablement convenue, la *clause fixant la durée déterminée* doit être respectée. La solution est explicitement prévue par l'article 1212 c. civ. : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme. » Seul un accord mutuel des parties permet de réviser la clause fixant la durée du contrat (comme toute autre clause¹) : ce que la commune volonté crée, seule la commune volonté peut le détruire (ou le modifier, sauf exception²). En l'absence d'accord mutuel des parties pour modifier le contrat conclu à durée déterminée, aucun contractant ne pourra donc rompre unilatéralement.

Lorsque le contrat (à exécution successive) est conclu à durée indéterminée, la *durée du préavis* donne lieu à une disposition supplétive de volonté. Selon l'article 1211 c. civ.³, chaque contractant doit respecter un *délai raisonnable de préavis*, afin de permettre à l'autre de trouver une solution de remplacement⁴. Ce délai est fréquemment de trois mois. Cette disposition supplétive de volonté peut être remplacée par une clause expresse : le délai de préavis sera d'une semaine (contrat très précaire) ou de six mois (contrat plus durable), ou encore de trois mois (durée courante, le chiffre étant destiné à éviter tout litige). Au cours du préavis le contrat doit être exécuté normalement : le contractant qui réduit ses commandes dès l'annonce de sa rupture commet une faute, et engage sa responsabilité contractuelle (Com., 7 oct. 2014⁵).

Si les contractants décident de poursuivre leur relation contractuelle au-delà du terme initialement prévu (contrat à durée déterminée), le contrat poursuivi devient un contrat à durée indéterminée. Le *renouvellement du contrat*, innovation de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, concerne deux cas de figure, la tacite reconduction et la prorogation :

¹ Ou la clause relative à l'objet, modifiée par un avenant remplaçant la sous-location d'une pièce par une celle d'une autre : Civ. 1^{ère}, 24 avril 2013, n°11-26.597.

² L'article 1195 c. civ. permet une révision judiciaire pour cause d'imprévision : en cas de désaccord des parties, le juge optera souvent pour une rupture anticipée. *Infra*

³ Art. 1211 c. civ. : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. »

⁴ Com., 8 avril 1986, Bull. n°275, p.232 : « si, en l'absence de toute convention contraire, le concédant était en droit de mettre fin au contrat de concession conclu sans limitation de durée, c'est à la condition que l'exercice de ce droit ne soit pas abusif (...) » ; le concédant « avait mis fin brutalement au contrat l'unissant à la société en l'avisant quelques jours avant la présentation de la collection d'été 1981 que cette collection ne lui serait pas confiée ». D'où une condamnation à des dommages et intérêts.

⁵ Com., 7 octobre 2014, n°13-21.086, Bull. ; D. 2014,p.2329 à 2332, note Frédéric Buy : (abstrat) « Commet une faute envers son cocontractant la partie qui, après avoir notifié la résiliation du contrat, diminue sensiblement ses commandes au cours du préavis, sans motif valable ».

- La *tacite reconduction* signifie que le contrat initial, conclu à durée déterminée, se poursuit à l'identique, mais à durée indéterminée. Antérieurement, le renouvellement du contrat par tacite reconduction s'appliquait à toutes les clauses du contrat, y compris celle relative à la durée. Désormais, ce n'est plus le cas : selon l'article 1214 al. 2 c. civ.¹, la tacite reconduction transforme les contrats renouvelés en contrats précaires. Ainsi, le contrat de bail (conclu pour trois ans) ou tout autre contrat conclu à durée déterminée avec tacite reconduction (contrat de téléphonie, de fourniture d'énergie ...) deviennent précaires, ce qui accroît donc la concurrence. Une clause du contrat peut néanmoins prévoir que le contrat tacitement reconduit sera lui aussi reconduit pour une durée déterminée.
- La *prorogation de contrat* signifie que le contrat, conclu à durée déterminée et dépourvu de clause de tacite reconduction, continue d'être exécuté après la date de rupture.
 - Il faut que les deux parties exécutent : « les contractants continuent d'en exécuter les obligations ». Si une seule exécute, la prorogation ne peut pas avoir lieu.
 - L'exécution volontaire des parties aura alors un sens, fixé à l'article 1215 c. civ.² : il y aura tacite reconduction, ce qui signifie que le contrat devient précaire (durée indéterminée).

Cette solution a été imaginée par la jurisprudence (Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005³) : la prorogation d'un contrat de travail conclu à durée déterminée transforme ce dernier en contrat conclu à durée indéterminée (Soc., 13 déc. 2007⁴), les autres clauses du contrat étant purement et simplement reconduites⁵.

466. Les dispositions supplétives de volonté donnent donc un sens au silence des parties, sauf à elles à convenir d'une clause explicite et dérogatoire, exprimant leur liberté contractuelle. Les contractants sont engagés à durée indéterminée, sauf s'ils décident de s'engager à durée déterminée.

¹ Art. 1214 c. civ. : « Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties. « Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. »

² Art. 1215 c. civ. : « Lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat. »

³ Jurisprudence constante : Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, n°02-21366, D. 2006, p.587 à 592, note Mustapha Mekki : « La tacite reconduction d'un contrat de durée déterminée, dont le terme extinctif a produit effet, donne naissance à un nouveau contrat, de durée indéterminée, et dont les autres éléments ne sont pas nécessairement identiques ».

⁴ Soc., 13 déc. 2007, n°06-44004 : « Lorsque le contrat à durée déterminée devient, du seul fait de la poursuite de la relation contractuelle après l'échéance de son terme, un contrat à durée indéterminée, les règles propres à la rupture d'un tel contrat s'appliquent de plein droit ».

⁵ Sur le respect de la clause fixant la procédure de résiliation : Com., 11 avril 2012, n°10-20.505, Bull.

Ils respecteront un délai raisonnable de préavis, sauf à préciser ce délai par une clause explicite. Si la relation contractuelle est poursuivie au-delà du terme initialement convenu, le contrat tacitement reconduit est conclu à durée indéterminée, sauf clause contraire prévoyant que la tacite reconduction vaut également pour la clause relative à la durée. Toutes ces dispositions supplétives de volonté s'inscrivent dans la logique consensualiste : on tait ce qui va de soi, on exprime ce qui est inattendu.

Les parties ont la possibilité d'organiser durablement leur relation contractuelle (contrat à exécution successive), en fixant une durée déterminée : pendant cette durée, le contrat procure à l'un une ressource durable. Les parties peuvent convenir des modalités de rupture : éventuellement, le délai du préavis sera suffisamment long pour permettre à celui qui tire sa ressource du contrat de trouver une solution de remplacement.

Mais ces dispositions supplétives de volonté sont étroitement encadrées : si les parties ne s'entendent pas expressément sur la durée de leur relation contractuelle, l'autre doit savoir que la relation est précaire, et qu'à l'issue de la durée prévue (et convenue), le contrat devient impérativement précaire.

467. En résumé, la **durée du contrat et ses conditions de rupture** donnent lieu, en droit du contrat, à un droit impératif inspiré par le libéralisme. Le contrat, librement consenti (supra, la volonté), dont le contenu est librement convenu (liberté contractuelle) donne lieu à une série de dispositions impératives, destinées à interdire la création durable d'un droit à la ressource pour l'un des contractants.

Le contrat conclu à durée indéterminée est donc impérativement précaire, révocable sans avoir à donner de motif, et sans droit au renouvellement pour le contractant. Les innovations de l'ordonnance de 2016 ont pour but d'instaurer davantage de concurrence dans les contrats à exécution successive (art. 1111-1 al. 2 c. civ.), car ces contrats sont ceux qui créent une habitude contractuelle, et donc une rigidité potentielle. En économie, on sait que le montant des salaires est un facteur de rigidité (perçu comme un facteur d'inflation) : il est difficile de négocier un salaire à la baisse. En précarisant tous les contrats à exécution successive (c-à-d. les contrats qui procurent une ressource durable à l'un des contractants), le législateur cherche à détruire les habitudes contractuelles. C'est la thèse libérale : davantage de concurrence, moins de dirigisme contractuel.

En droit du contrat, les thèses solidaristes n'exercent aucune influence sur la durée du contrat à exécution successive et ses conditions de rupture. C'est exact, à une exception près, en cas d'imprévision.

(468. et 469. : réservés)

3/ La révision du contrat pour cause d'imprévision : le risque de la durée déterminée

470. La révision du contrat pour cause d'imprévision permet à un contractant, engagé dans un contrat à exécution successive à durée déterminée, de demander à l'autre une renégociation, lorsqu'un événement imprévu rend pour lui l'exécution du contrat excessivement onéreuse. Selon l'article 1195 c. civ.¹, « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. » La paralysie des transports rend une livraison excessivement onéreuse. La dévaluation subite de l'euro par rapport au franc suisse conduit à un doublement du capital à rembourser par l'emprunteur. Cette cause de révision du contrat porte sur un domaine d'application limité et impose une procédure de renégociation.

Ce domaine de l'éventuelle révision du contrat pour cause d'imprévision est modeste :

- premièrement, il n'est question que des contrats à exécution successive conclus à durée déterminée. On sait, en effet, que le contrat à exécution successive conclu à durée indéterminée est précaire : si l'un des contractants subit une imprévision, il peut rompre le contrat, en respectant le délai de préavis (supra). Le risque envisagé par l'article 1195 c. civ. est donc cantonné au cas où les parties ont voulu s'engager durablement, et où l'une d'elle subit une imprévision.
- deuxièmement, l'imprévision est un événement peu fréquent. Ce n'est pas une force majeure (art. 1218 c. civ.²) qui empêche un contractant d'exécuter (infra, inexécution du

¹ Art. 1195 c. civ. : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

« En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

² Art. 1218 c. civ. : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

« Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »

contrat). L'imprévision est un événement extérieur aux parties, dont la survenance est imprévue, et rendant l'exécution excessivement onéreuse pour l'un des contractants. Par exemple, un contrat est conclu, portant sur la livraison de 50 tonnes de blé, pendant 5 ans, à 350€ la tonne ; la troisième année, la survenance d'une imprévision (guerre, dévaluation ...) conduit le vendeur à demander une révision à l'acquéreur, afin d'obtenir une réduction du tonnage à livrer (10 tonnes, en raison d'une maladie exceptionnelle ou d'une guerre ayant désorganisé la production de blé) ou bien l'acquéreur à demander une révision du prix (150\$ la tonne, en raison d'une dévaluation massive du cours de l'€ par rapport au \$).

En droit du contrat, l'article 1195 c. civ. établit une procédure, supplétive de volonté, normalement fondée sur une révision mutuellement convenue, et, à défaut, sur une révision judiciaire imposée au contractant qui refuse. Cette procédure relativement lourde et complexe montre les hésitations (ou les réticences) du législateur français, face au risque que présente la clause fixant une durée déterminée, lorsque le contexte change radicalement.

470-1. En droit français, la révision pour cause d'imprévision est traditionnellement perçue comme une **atteinte à la force obligatoire des conventions** (d'où la place curieuse de l'article 1195 c. civ., sous-section consacrée à la force obligatoire).

Dans l'optique des *codificateurs de 1804*, l'imprévision, techniquement distincte de la force majeure, apparaît ponctuellement, en droit des contrats spéciaux, parfois pour admettre la révision pour cause d'imprévision¹, parfois pour la rejeter (le contrat d'entreprise conclu au forfait exclut l'imprévision : art. 1793 c. civ.²), solution de principe. En droit des contrats spéciaux, le législateur a ponctuellement permis au gratifié de demander une révision judiciaire de la charge grevant la donation : l'article 900-2 c. civ.³ pose des conditions toutefois restrictives. Il faut ainsi, 1° que l'exécution de la charge soit devenue pour le gratifié extrêmement difficile ou sérieusement dommageable (le gratifié ne dispose pas des moyens pour exécuter la charge) ; et 2° que cette exécution difficile résulte d'un changement de circonstances économiques. Une disposition ponctuelle prévue en droit successoral (art. 786 c. civ.⁴) permet également à l'héritier (ayant accepté purement et simplement)

¹ Ainsi, dans le prêt à usage (prêt gratuit d'une chose qui ne se détruit pas par l'usage, comme le prêt d'une charrue : art. 1875 c. civ.), l'article 1888 prévoit que « Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu » (solution conforme à la force obligatoire des conventions, rendant donc le contrat intangible). Néanmoins, l'article 1889 prévoit que si le prêteur a un besoin pressant et imprévu de sa chose, il peut la reprendre sur autorisation judiciaire : l'imprévision est donc admise ponctuellement. Art. 1889 c. civ. : « Néanmoins, si, pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre ».

² Art. 1793 c. civ. : « Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire. »

³ Art. 900-2 c. civ. (loi du 4 juill. 1984) : « Tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus, lorsque par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable ».

⁴ Art. 786 c. civ. : « L'héritier acceptant purement et simplement ne peut plus renoncer à la succession ni l'accepter à concurrence de l'actif net.

d'échapper au paiement d'une dette imprévue : il sera déchargé (totalement ou partiellement), à certaines conditions¹.

Au cours du xx^e siècle, le législateur a maintenu le principe de l'intangibilité des conventions. L'accroissement de la masse monétaire fut une mesure votée par le parlement, qui conduisait mécaniquement à dévaluer les paiements monétaires (et à réduire la dette étatique). Les lois du 21 janv. 1918 et du 22 avril 1949 accordèrent simplement au contractant, engagé dans un contrat à exécution successive à durée déterminée, de bénéficier d'une faculté de résiliation. Le cocontractant était placé devant une alternative : soit il acceptait une révision amiable du contrat, soit le contrat prenait fin avant terme (mesure prévue dans l'art. 1195 c. civ. : infra n°474).

La *jurisprudence française* s'est divisée au début du xx^e siècle. Le juge judiciaire s'est montré hostile à la prise en compte de l'imprévision, contrairement au juge administratif, probablement soucieux de préserver les conditions de survie des fournisseurs de l'état (lors de périodes troublées). Dans son arrêt de principe, Civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*², le contrat fut présenté³ comme intangible, et aucune circonstance même imprévue (notamment l'inflation⁴) n'en permettait la révision. La jurisprudence administrative, pour sa part, adopta la thèse inverse : lors de la première guerre mondiale, le quintuplement du prix du charbon (dû à l'occupation des puits de charbon du nord de la France par l'armée allemande) conduisit le conseil d'état, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*⁵, à consacrer la révision pour cause d'imprévision. Techniquement, l'état assumait le risque de l'imprévision : il devait donc payer plus cher pour une prestation, quel que fût l'état de ses finances. Depuis l'adoption de l'euro, l'état français a renoncé à sa souveraineté monétaire : le juge administratif maintiendra-t-il sa position ? Toujours est-il que la cour de cassation, de manière inattendue, a modifié sa jurisprudence en 2004. L'arrêt Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004⁶ a servi de base à la rédaction de l'article 1195 c. civ., mais l'article contient des précisions et des conditions pour admettre l'imprévision.

« Toutefois, il peut demander à être déchargé en tout ou partie de son obligation à une dette successorale qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque l'acquiescement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel.

« L'héritier doit introduire l'action dans les cinq mois du jour où il a eu connaissance de l'existence et de l'importance de la dette. »

¹ Civ. 1^{ère}, 4 janvier 2017, n° 16-12.293, Bull. ; Gaz. Pal. 2017, n° 7, p. 22, note Stéphane Piédelièvre.

² Civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, D. 1876.1.193 ; S. 1876.1.161 : un contrat de fourniture d'eau dans un canal avait été conclu plusieurs siècles antérieurement ; la cour d'appel avait relevé la redevance, par équité. Cassation : l'article [1103] est « un texte général et absolu [...] Il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties ».

³ L'arrêt *Canal de Craponne* était toutefois spécifique à plus d'un titre : ce contrat de fourniture d'eau était attaché à la propriété (contrat réel) de sorte que ni l'un (propriétaire client), ni l'autre (prestataire de service) ne pouvait rompre ce contrat à exécution successive conclu à durée indéterminée et à prix fixe. Cet engagement perpétuel (prohibé : art. 1210 c. civ., supra) ne prenait pas en compte l'inflation.

⁴ Civ., 6 juin 1921, *Bécou contre Saint-Pé*, D. 1921.1.73 (bail à cheptel, obligeant le fermier à restituer au bailleur cinq vaches, en nature ou en valeur : le quintuplement des prix a permis au fermier de se libérer en payant le prix d'une vache, à l'expiration du bail) ; Com., 18 janv. 1950, D. 1950, p.227 (rendu au visa de l'art. [1103] c. civ., l'arrêt affirme que « le juge ne saurait faire état de hausses des prix, même homologuées, pour soustraire l'un des contractants à l'exécution des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés »).

⁵ CE, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux* : après avoir rappelé le principe de la force obligatoire du contrat (« en principe le contrat de concession règle de façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives des parties »), le conseil d'état admit une dérogation, lorsque « par la suite du concours de circonstances exceptionnelles, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée [...] la compagnie est fondée à réclamer une indemnité ».

⁶ Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, Bull. n°86 ; RTD civ. 2004, p. 290-291, obs. J. Mestre et B. Fage ; D. 2004, p.1754-1758, note Denis Mazeaud : « la résiliation unilatérale du contrat par l'exploitant n'était pas fondée sur un refus injustifié de la commune et du concédant de prendre en compte une modification imprévue de circonstances économiques et de renégocier le contrat mais par le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, il n'avait pas su apprécier ».

471. Le rejet de principe de la révision pour cause d'imprévision, imposé à l'un des contractants par le juge, s'explique par l'influence de la thèse libérale, mais également par des **motifs économiques**. Celui qui profite de l'imprévision n'a pas nécessairement les moyens de supporter le coût d'une révision.

Économiquement, la demande de révision de l'un (qui subit l'imprévision) ne signifie pas nécessairement que l'autre (qui profite d'une bonne affaire) serait en mesure de payer ou de *supporter le coût de la révision*. Si l'acquéreur subit une réduction du tonnage qui lui est livré ou s'il subit une augmentation de prix, rien ne d'affirmer qu'il dispose par ailleurs d'une augmentation de ressources pour faire face à cet imprévu. Ainsi, lorsque les puits de charbon du nord de la France furent occupés par l'armée allemande, entre 1914 et 1918, le quintuplement du prix du charbon ne se traduit pas, pour les consommateurs de charbon, par un quintuplement de leurs revenus. La question est donc de savoir qui doit subir le risque lié à l'imprévision, et donc son coût.

La question de fond que traite l'article 1195 c. civ. consiste donc à savoir *qui doit supporter la charge* (le « risque » dit l'article 1195) liée à la survenance d'une imprévision, qui rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat pour l'une des parties. C'est une question économique.

472. Selon l'article 1195 c. civ., la partie contractante victime d'imprévision « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. »

L'article 1195 al. 1^{er} pose deux *conditions* pour admettre l'imprévision (définie conformément à l'opinion courante) :

- Premièrement, le risque de l'imprévision n'a pas été « accepté » par le débiteur. Dans le silence de la convention, la révision pour cause d'imprévision est admise. La clause supplétive de volonté peut donc être explicitement écartée : dans un contrat à exécution successive, conclu à durée déterminée et à prix fixe, les contractants conviendront d'une clause quelconque, excluant toute révision pour cause d'imprévision ou toute révision du prix (« l'un devra livrer à l'autre 100.000 tonnes de cuivre à 2.000€ la tonne pendant 10 ans, indépendamment de l'évolution du prix du cuivre sur le marché ou de toute autre circonstance »).
- Deuxièmement, la révision pour cause d'imprévision est, en principe, *mutuellement convenue* : les deux parties sont implicitement convenues de renégocier (de bonne foi : art.

1104 c. civ.). Le contractant qui profitera de l'imprévision et qui refusera de renégocier commettra une faute dans l'exécution de bonne foi du contrat. Mais le texte précise que le débiteur qui prétend être ruiné par l'imprévision « continue à exécuter ses obligations ». À ce stade, le principe de la révision mutuellement convenue demeure. Mais tout dépend de la sanction.

L'article 1195 al. 2 traite de la *sanction* à appliquer en cas de blocage, « en cas de refus ou d'échec de la renégociation ». La sanction est le point stratégique : si le débiteur peut obtenir une révision judiciaire, le contractant est menacé et sera incité à conclure un accord éventuellement peu intéressant ; si la révision judiciaire n'est pas admise, le cocontractant défendra ses intérêts et constatera l'échec de la renégociation. Selon l'article 1195 al. 2 . civ., « les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. » Le texte oscille entre la révision mutuellement convenue (« convenir de la résolution » « demander d'un commun accord au juge ») et la sanction ultime, à savoir que le juge peut imposer la révision aux parties (le juge peut « réviser le contrat » « aux conditions qu'il fixe »).

473. La **révision judiciaire** pour cause d'imprévision est donc admise, au terme d'une procédure complexe.

A priori, si le désaccord des parties est important, le juge sera tenté de rendre caduque la clause relative à la durée (résiliation), en organisant la rupture¹. On sait que le domaine d'application de l'imprévision est cantonné aux contrats à exécution successive, conclus pour une durée déterminée. Le contrat à exécution successive devenu à durée indéterminée (suite à la révision judiciaire) devient impérativement précaire. Il sera donc résilié.

474-1. L'article 1195 c. civ. suggère que la révision judiciaire du contrat pour cause d'imprévision est le seul cas légalement prévu, en droit du contrat. La réalité juridique est plus complexe, car la voie de la négociation préalable ne s'imposera pas nécessairement, même en cas d'imprévision : le juge peut interpréter une clause du contrat (Soc., 11 juin 1942²), en n'admettant son application qu'« en temps normal ». Celui qui se prévaut (littéralement) d'une clause attributive de juridiction, manque à l'exécution de bonne foi, rendant ipso facto l'interprétation nécessaire. L'arrêt de 1942 est un ancêtre de la clause abusive (infra).

¹ C'était d'ailleurs la solution que le législateur avait adoptée en 1918 et en 1949 (lois du 21 janv. 1918 et du 22 avril 1949) : la résiliation du contrat, avec une éventuelle indemnité de rupture, ne permettait pas au juge de rééquilibrer le contrat, ni pour le passé, ni pour l'avenir.

² Soc., 11 juin 1942, *Soc. française du pneu Englebert c. Blanchard*. D. A. 1943. J. 14, note Jacques Flour

II/ Les suites sous-entendues de la prestation principale : les prestations accessoires

475. Les **suites sous-entendues de la prestation principale** dérivent de la prestation principale. Elles sont imposées au titre de l'exécution de bonne foi. Un contractant loyal ne borne pas sa prestation à ce qui a été littéralement convenu : il s'engage également à des obligations secondaires. L'installateur d'une cheminée (obligation principale) doit vérifier qu'elle fonctionne correctement (obligatoire accessoire, dérivée). L'article l'article 1194 c. civ.¹ prévoit ainsi que « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. » Ces suites sous-entendues sont de deux sortes.

Les premières sont supplétives de volonté, et sont des applications du *principe consensualiste*. Dans le silence (parlant) du contrat, le vendeur conservera la marchandise le temps que l'acquéreur vienne en prendre livraison, sauf à convenir explicitement que la conservation ne sera pas assurée.

Les secondes ont un statut plus impératif, mais il faudra en préciser les bornes. L'*obligation contractuelle de sécurité*, inventée par les juges, impose au contractant, auteur d'une inexécution, de réparer le dommage corporel ou matériel subi par son cocontractant lors de l'exécution du contrat. Le passager, blessé lors de l'exécution du contrat de transport, sera indemnisé : on conçoit mal que le transporteur puisse ne rembourser que le prix du billet, lorsque son passager s'est lourdement blessé lors du transport.

Les suites sous-entendues de l'obligation principale sont prévues à titre général (art. 1194 c. civ.) (1), au titre de l'exécution de bonne foi. L'obligation contractuelle de sécurité sera traitée à part (2).

475-1. En droit français, la **place des obligations secondaires** (dérivées du contrat) donne lieu à des solutions illogiques, produit de l'histoire et de querelles idéologiques.

En 1804, les suites sous-entendues figuraient curieusement à l'ancien article 1135 . civ. : après avoir affirmé la force obligatoire des conventions (anc. art. 1134 al. 1er c. civ. 1804), les codificateurs de l'époque précisèrent ce qu'il fallait entendre par *exécution loyale*. Un contractant loyal exécutait (de bonne foi : anc. art. 1134 al. 3 c. civ.) ce qui avait été explicitement convenu, sans être excessivement parcimonieux, en se bornant sa prestation à ce qui avait été littéralement convenu. C'est la raison pour laquelle l'exécution loyale incluait des sous-entendus (anc. art. 1135 c. civ.), et les articles suiv. (art. 1136 et suiv.) précisaient l'étendue légale des obligations pesant sur le vendeur, tenu de conserver le bien etc. L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 reprend cette structure : ce qu'elle nomme « Force obligatoire » (sous-section 1ère, art. 1193 à 1195 c. civ.) traite de l'exécution loyale, question pourtant sans lien avec la force obligatoire proprement dite. Les

¹ Art. 1194 c. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. » Anc. art. 1135 c. civ. : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

rédacteurs de l'ordonnance affirment qu'il existe des suites sous-entendues (art. 1194 c. civ.), ainsi qu'une obligation de renégociation, lorsqu'un contractant subit une imprévision (art. 1195 c. civ.). Le lien qui existe entre les suites sous-entendues (art. 1194) et la révision pour cause d'imprévision (art. 1195 c. civ.) est un produit de la controverse, qui eut lieu à la fin du XIX^e siècle, sur le contrat intangible ou flexible (supra).

1/ Les suites tacitement sous-entendues : au titre de la bonne foi (art. 1194 c. civ.)

476. Les **suites tacitement sous-entendues** sont des prestations secondaires ou accessoires, attachées à la prestation principale. Ce lien avec l'obligation exprimée précise ce qu'est une exécution loyale (de bonne foi).

L'article 1194 c. civ.¹ est centré sur une notion récurrente (infra, interprétation ; supra, erreur, lorsque la prestation n'est pas fonctionnelle), l'exécution loyale. Le contractant loyal ne réalise pas le strict minimum littéral. Un vendeur loyal ne se borne pas à transmettre la propriété de la chose (obligation littéralement exprimée), il la conserve le temps que son acquéreur vienne en prendre livraison. L'article 1197 c. civ.² prévoit donc que « L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable. ». Le silence emporte des sous-entendus tacites, à la suite de l'obligation principale (explicitement convenue) : « toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

En droit français du contrat, ces sous-entendus possèdent une certaine *extension*. Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les dispositions supplétives se bornent à préciser les suites de l'obligation de donner (art. 1196 à 1198 c. civ.). Mais l'article 1194 s'applique à toutes les obligations contractuelles, y compris de service. En application de cette idée, le juge peut :

- imposer au réparateur d'un insert de vérifier que la cheminée fonctionne correctement (Civ. 3^e, 7 nov. 2012³) : c'est une suite de son intervention.
- De même, le vendeur d'une machine complexe doit effectuer sa mise en service⁴, etc.⁵.

¹ Art. 1194 c. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. » Anc. art. 1135 c. civ. : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

² Art. 1197 c. civ. ; anc. art. 1136 c. civ. : « L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier. »

³ Civ. 3^e, 7 nov. 2012, n°11-20.532, Bull. n°162 : « L'entrepreneur chargé du remplacement d'un insert est tenu de s'assurer du bon fonctionnement de l'ensemble de l'installation »

⁴ Com., 10 février 2015, n°13-24.501, Bull. ; D. 2015, somm., p. 432 ; RJDA 2015, n° 254 : « L'obligation de délivrance de machines complexes n'est pleinement exécutée qu'une fois réalisée la mise au point effective de la chose vendue. »

⁵ De même : Civ. 3^e, 24 octobre 2012, n°11-18.164 : « Sauf stipulation expresse contraire dans les formes prescrites, le prix convenu dans le contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plan inclut le coût des fondations nécessaires à l'implantation de l'ouvrage ».

- Il est également sous-entendu que l'architecte qui effectue le projet de construction sera également tenu de vérifier le sol¹.
- Sauf clause explicite, l'assureur est ainsi tenu de couvrir l'assuré contre tous les risques de sinistre survenant lors de l'exercice de son activité professionnelle (Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2018²).

L'inclusion de ces suites tacites possède un impact économique : la pose d'un carrelage implique que le sol soit égalisé, et ce travail (implicite) est inclus dans le contrat³.

Dans la logique du consensualisme, ces sous-entendus tacites possèdent un caractère supplétif de volonté. Le contractant signalera, par une clause spéciale, acceptée par l'autre, une limite, exclusion etc ... : pour bénéficier d'une réduction du montant de la prime d'assurance à raison de son activité professionnelle, l'entrepreneur précisera qu'il n'utilise que tel ou tel procédé : tout autre procédé n'est donc pas couvert par l'assureur⁴.

Ces suites secondaires, qui dérivent de la prestation principale, sont le plus souvent, mais pas toujours supplétives de volonté.

- Lorsque la disposition est supplétive de volonté, la liberté contractuelle reconnue aux parties leur permet de convenir, d'une clause (expresse et) contraire. Le vendeur précise qu'il ne conservera pas la chose vendue (ou la conservera pendant une durée limitée), l'assureur précisera qu'il ne couvre pas certains sinistres.
- Mais certaines suites dérivées ne sont pas supplétives de volonté : il serait curieux qu'un plombier puisse valablement convenir qu'il ne vérifiera pas sa réparation, ou qu'une clause contractuelle puisse porter atteinte à l'attente contractuelle légitime du cocontractant (infra, contenu licite).

476-1. La jurisprudence a massivement utilisé l'article 1194 c. civ., pour insérer des obligations diversifiées, **rattachées plus ou moins fictivement** à l'obligation contractuelle principale, seule exprimée. Le devoir d'information, notamment, a permis de renforcer (impérativement) la protection du client profane, parfois même d'un tiers (sous-traitant).

¹ Civ. 3^e, 21 novembre 2019, n° 16-23.509, Bull. : « L'architecte, auteur du projet architectural et chargé d'établir les documents du permis de construire, a pour mission de proposer un projet réalisable, qui tienne compte des contraintes du sol. »

² Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2018, n° 16-23.730, Bull. ; RLDC 2018, n° 6528, p. 5, note Nathalie Lacoste ; RGDA 2019, p. 31, note Luc Mayaux : le contrat d'assurance souscrit par l'agent immobilier couvre « à défaut de conditions particulières limitant la garantie ou de clauses d'exclusion [...] la responsabilité de l'assuré dans la délivrance de conseils à l'occasion d'une vente immobilière, notamment au titre de conseils en investissement ou en défiscalisation. »

³ Civ. 3^e, 18 avril 2019, n° 18-18.801, Bull. ; RD imm. 2019, p. 339, note Charles-Edouard Bucher : (abstrat) « En cas de marché à forfait, les travaux supplémentaires relèvent du forfait s'ils sont nécessaires à la réalisation de l'ouvrage. »

⁴ Civ. 3^e, 8 novembre 2018, n° 17-24.488, Bull. ; JCP 2018, éd. G, Act., 1233 ; Gaz. Pal. 2018, n° 43, p. 66, note Pascal Dessuet ; RGDA 2018, p. 561, note Jean-Pierre Karila : « L'activité « étanchéité sur supports horizontaux ou inclinés exclusivement par procédé Paralon », déclarée par un entrepreneur à son assureur, n'inclut pas la mise en oeuvre d'un autre procédé d'étanchéité. »

Le *devoir d'information* pesant sur le professionnel envers l'acquéreur profane a été parfois fondée sur une suite de l'obligation exprimée¹ (supra n°435 et suiv.), parfois aussi sur l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat (anc. art. 1134 al. 3, devenu art. 1104 c. civ.).

Parfois, ce devoir d'information a pour fonction spécifique de protéger un tiers : ainsi, l'entrepreneur chargé de surveiller les travaux effectués au profit du client est tenu d'informer ce dernier de la présence d'un *sous-traitant*². Dûment informé, le maître d'ouvrage (client) devra alors payer directement le sous-traitant, en cas de défaillance de l'entrepreneur.

(477- à 479. : réservés)

2/ L'obligation contractuelle de sécurité : une spécificité française complexe

480. L'**obligation contractuelle de sécurité** oblige le contractant, auteur d'une inexécution, à réparer le dommage subi par le contractant victime, lorsqu'il subit une atteinte corporelle (blessure lors de l'exécution du contrat) ou matérielle (destruction de ses biens par l'incendie, lorsque la télévision vendue s'avère dangereuse). Cette obligation contractuelle de sécurité est une spécificité française : ce n'est pas une prestation que réalise le cocontractant (contrairement à ce que prévoit l'article 1194 c. civ.) ; c'est une obligation de réparer le dommage subi par le contractant victime, lorsque ce dernier est blessé lors de l'exécution du contrat³. La jurisprudence parle alors d'obligation contractuelle de sécurité, au titre des suites que la loi donne à l'obligation contractuelle (art. 1194 c. civ.). Le passager du train ou la cliente qui fait du kart, cheveux au vent⁴, seront indemnisés, lorsque le cocontractant n'a pas pris les mesures adéquates pour éviter la survenance de l'accident.

480-1. Le rattachement effectué par les juges entre une prestation contractuelle et l'indemnisation d'une atteinte aux personnes et aux biens a été critiqué. La doctrine parle alors de **forçage du contrat pour** désigner une politique jurisprudentielle consistant à imposer des obligations purement et simplement imaginaires, rattachées d'autorité à la volonté (fictive) des parties.

Effectivement, l'obligation contractuelle de sécurité n'est pas une prestation accessoire que le contractant loyal doit réaliser : une prestation est un service ou un bien qui est transféré d'un patrimoine (débitur, donc

¹ Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1985, n°84-10875, Bull. n°211 (arrêt rendu au visa de l'anc. art. 1135, devenu art. 1194 c. civ.) : « Il appartient au vendeur professionnel de matériau acquis par un acheteur profane de le conseiller et de le renseigner, et, notamment, d'attirer son attention sur les inconvénients inhérents à la qualité du matériau choisi par le client, ainsi que sur les précautions à prendre pour sa mise en œuvre, compte tenu de l'usage auquel ce matériau est destiné. » ; Civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, n°95-19466, Bull. n°339

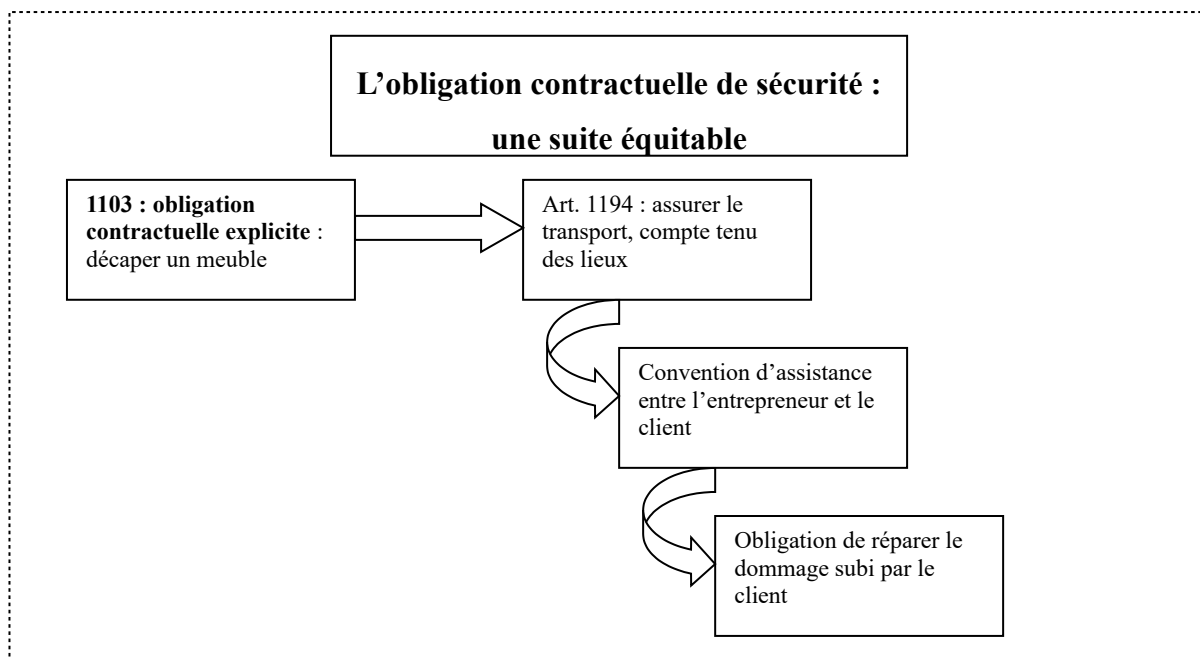
² Civ. 3^e, 10 décembre 2014, n°13-24.892, Bull. : « Le maître d'œuvre chargé d'une mission de surveillance des travaux a pour obligation d'informer le maître de l'ouvrage de la présence d'un sous-traitant et de lui conseiller de se le faire présenter, et, le cas échéant, de l'agréer et de définir les modalités de règlement de ses situations. »

³ En droit français, il est distingué selon la qualité des victimes, soit tiers, soit contractantes, depuis Civ., 21 nov. 1911, DP 1913.1.249 à 253, note Louis Sarrut ; Sirey 1912.1.73, note C. Lyon-Caen. Voir : *Droit de la responsabilité civile*, n°300 et suiv.

⁴ Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1999, n°97-21690 ; Bull. p.215.

appauvri) à un autre (créancier, donc enrichi). L'obligation contractuelle de sécurité n'est pas une prestation : c'est une obligation d'indemniser, identique à celle qui figure aux articles 1240 et suiv. c. civ.

Le forçage du contrat a été effectué par les juges pour éviter que le contractant, victime d'un accident lors de l'exécution du contrat, reste sans indemnisation. L'imagination fertile des juges peut les conduire à enchaîner des *cascades de suites implicites*. Ainsi, selon l'arrêt rendu par Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1997¹, il découle de l'obligation explicite du contrat (décaper un meuble) un contrat accessoire, dont la violation aboutit à l'obligation contractuelle de sécurité.



(481- à 498. : réservés)

¹ Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1997, n°95-17.880, Bull. n°243 : « D'une part, compte tenu de la configuration des lieux, l'entrepreneur, chargé par un client de décaper un meuble, avait souscrit *l'obligation, accessoire* au contrat d'entreprise, d'assurer le transport du meuble à l'extérieur de l'immeuble abritant son atelier, et d'autre part, qu'au cours de ce transport une *convention d'assistance* était intervenue entre l'entrepreneur et le client ; cette convention d'assistance emportait nécessairement pour l'assisté *l'obligation de réparer* les conséquences des dommages corporels subis par le client auquel il avait fait appel ».

Conclusion de la section 1^{ère}

Le contenu certain du contrat

499. En somme, le **contenu certain** du contrat signifie que la prestation sera fixée de manière suffisamment précise. Il faut en convenir explicitement, pour fixer les clauses essentielles (les grandes lignes du contrat), ainsi que les attentes contractuelles spéciales que le client (créancier) nourrit. Le silence parlant des contractants est, en droit français, doté d'un domaine relativement vaste. Techniquement, le contrat français est sous influence consensualiste et libérale.

L'influence consensualiste conduit à régler la parole et les silences. L'obligation exprimée précisera, de manière objective et avec suffisamment de précision, l'équation contractuelle convenue (explicitement) entre les contractants. L'attente contractuelle spécialement précisée par le client se comprend dans la logique consensualiste : la parole dit ce qui ne va pas de soi. Les silences parlants, dotés d'un sens tacite, portent sur les détails courants d'exécution (qualité convenue tacitement, tacite reconduction) ou des obligations dérivées (conserver la marchandise vendue, vérifier le fonctionnement de la machine). En droit français, les contractants n'ont pas à établir des contrats bavards, puisque les silences sont gardés en présence d'une évidence, et parce que le contractant loyal ne limite pas sa prestation à son sens littéral. Ce consensualisme de principe s'inscrit sans difficulté dans une logique libérale : la liberté contractuelle demeure peu orientée, et souvent une clause (explicite) contraire demeure possible.

Des exceptions à cette logique consensualiste existent : elles s'expliquent par l'*influence solidariste*. La distance contractuelle est alors (exceptionnellement) modifiée : le contrat implique une certaine confiance, et aucune clause contraire n'est admise. Le prix fixé unilatéralement par l'un doit correspondre au prix normal, l'obligation d'informer voire de conseiller signifie que le contractant professionnel (médecin, notaire) doit agir en partenaire, non en adversaire. La liberté contractuelle correspond alors à une fonction : la prestation contractuelle est davantage standardisée (pour éviter la trop faible qualité) ; le contrat devient plus informatif, donc plus long (ou bavard).

Le contenu du contrat illustre ce qu'est, en substance, la *liberté contractuelle* : en principe, les parties fixent de manière suffisamment précise leur prestation (afin que chacun puisse exécuter sans avoir besoin de préciser quoi que ce soit) et leur équation contractuelle. Les détails d'exécution sont fréquemment traités par des dispositions supplétives de volonté : a priori, une attente contractuelle est normale. Exceptionnellement, la liberté contractuelle sera restreinte : le contrat doit respecter une fonction, ce qui signifie que le contenu du contrat doit être licite.

Section 2^{ème} / Le contenu licite du contrat : la fonction du contrat

Résumé

Le **contenu licite du contrat** limite la liberté contractuelle des contractants par deux types de disposition. Les premières sont ponctuelles et centrées sur le caractère équilibré du contrat synallagmatique ; les secondes, lorsque l'un des contractants est animé d'une intention mauvaise, sont centrées sur le but illicite.

L'*équilibre contractuel* consiste à s'assurer que le cocontractant obtient une contrepartie suffisante ou normale. En cas de déséquilibre principal, lorsque la valeur des prestations est comparée à celle de la contreprestation, deux sanctions sont ponctuellement admises. La première est la révision judiciaire : le juge modifie le prix initialement convenu, en cas de lésion (art. 1168 c. civ.) ou de prix abusif unilatéralement fixé (supra). La seconde sanction est l'annulation intégrale du contrat, lorsqu'un contractant n'obtient qu'une contrepartie dérisoire (art. 1169 c. civ.).

Le *déséquilibre secondaire* résulte d'une clause précise, qui sera seule annulée, le contrat, revu et corrigé de son élément nocif, étant maintenu pour le surplus. La prestation doit pouvoir remplir sa fonction essentielle (art. 1170 c. civ.) et aucune clause contractuelle ne doit la remettre en cause. Il s'agit d'interdire au professionnel de manquer de professionnalisme. En outre, l'attente légitime d'un contractant ne sera pas trompée par la présence d'une clause abusive (art. 1171 c. civ.). Cette clause accessoire, insérée dans un contrat d'adhésion, tendrait à procurer au professionnel un avantage excessif : une fois la clause annulée, le contrat redevient normal.

Le contrôle judiciaire portant sur le caractère équilibré du contrat impose ainsi aux contractants de ne pas utiliser leur liberté contractuelle pour réaliser des prestations anormales, de nature à altérer la confiance publique dans le sérieux des prestations. La contrepartie dérisoire ou manquant de professionnalisme est illicite, tout comme celle qui permet d'obtenir un avantage excessif.

Le *but du contrat* (art. 1162 c. civ.) permet de contrôler la raison d'être de chacune des obligations contractuelles, ainsi que leur caractère licite.

L'*existence d'un but* (ancienne cause) permet désormais de s'assurer que la prestation est fonctionnelle et que chaque contractant s'est engagé pour une raison tangible. L'ordonnance ayant validé les principales extensions jurisprudentielles (supra), le contrôle judiciaire sur l'existence du but a désormais vocation à jouer un rôle marginal (dans le contrat unilatéral, comme le contrat de cautionnement).

Le *but illicite* permet de détecter une fraude commise par un contractant. Distinct de l'objet objectivement illicite (vente de choses hors commerce), le but illicite est établi quand un contractant poursuit un objectif illicite, contraire à l'ordre public de direction comme de protection, et ce même quand son cocontractant l'ignorait. Le contrat sera alors annulé. La liberté contractuelle est encadrée : elle doit correspondre à une fonction que le juge contrôle désormais de manière plus intense.

Le contenu du contrat est ainsi illicite quand le cocontractant n'obtient pas une prestation normale ou quand il poursuit un objectif illégal, même en respectant objectivement la législation. L'intensification du contrôle judiciaire sur le contenu de la liberté contractuelle transforme la liberté contractuelle en droit-fonction (suivant une logique commune à la volonté : supra, refus abusif).

500. Le **contenu licite** du contrat permet de s'assurer que le contrat respecte l'ordre public, conformément à ce qu'affirme l'article 6 c. civ. : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » L'ordre public englobe la liberté contractuelle : la politique contractuelle que mène chaque contractant envers l'autre (refuser telle ou telle clause, pour tel ou tel motif ; exiger telle ou telle sûreté, en raison de la méfiance que l'autre inspire) sera donc contrainte par le droit du contrat.

Les écoles de pensées ont une vision divergente de la *liberté* contractuelle.

- L'autonomie de la volonté n'admet qu'un contrôle limité à quelque abus (actes intentionnellement commis au détriment de l'autre) : la liberté contractuelle est une liberté effective, qui permet à chaque contractant de mener la politique contractuelle de son choix (tout comme il traitera avec le cocontractant de son choix : supra, consentement).
- L'école solidariste, en revanche, estime que la liberté contractuelle est un droit-fonction, ce qui justifie un contrôle approfondi sur le contenu du contrat : chaque contractant devra justifier du but qu'il poursuit, et ce but sera illicite quand il obtient une contrepartie exagérée (solution que l'on retrouve au stade du consentement : le choix du contractant ne doit pas être discriminatoire).

En droit positif, l'ordre public s'est beaucoup développé, en droit du contrat et également en droit des contrats spéciaux, solution qui ne surprendra pas. On sait en effet que la volonté de contracter est beaucoup plus contrôlée qu'auparavant (refus abusifs, contrôle des motifs ..., discriminations), car le contrat est le moyen d'accéder à une ressource vitale. On sait également que les vices du consentements permettent de sanctionner une déloyauté contractuelle (dol), lorsque l'attente légitime d'un contractant profane est trompée et que la violence économique tend à lutter contre le déséquilibre du contrat, lorsque l'un exploite abusivement la dépendance de l'autre. On retrouvera une logique similaire face au contenu illicite du contrat : le contrat conclu par des personnes privées doit remplir des objectifs jugés souhaitables.

501. La **politique légale de contrôle** du contenu (licite) du contrat signale que le législateur (au sens large) entend encadrer la liberté contractuelle, afin qu'elle soit compatible avec certains objectifs sociaux, qui sont d'ailleurs déjà apparus au stade du consentement. Le contenu illicite du contrat conduira à contrôler la liberté contractuelle en suivant, plus ou moins, ces deux grands axes. Premièrement, il s'agira de s'assurer que le contrat synallagmatique remplisse sa fonction d'échange : le contrat devra être *suffisamment équilibré*. Il s'agit ici de garantir l'accès à la

ressource, en exigeant que le contractant en position de puissance livre une contrepartie suffisante ou équilibrée. L'un ne peut pas réclamer une contrepartie trop élevée (taux d'intérêt usuraire) ou réaliser une trop bonne affaire (salaire minimum), en réalité parce que certaines catégories de contractants ne sont pas en mesure de protéger efficacement leurs intérêts. Au fond, il s'agira alors de (plus ou moins) standardiser le contenu du contrat (synallagmatique).

Deuxièmement, il s'agira de *contrôler le but poursuivi* par les contractants. La liberté contractuelle sera encadrée, lorsque le juge annule le contrat ayant un but illicite (blanchiment d'argent sale effectué par le biais d'une acquisition immobilière) ou ayant un objet illicite (vendre une chose hors commerce, comme une marchandise contrefaite). La liberté contractuelle devra donc respecter l'ordre public, à savoir un environnement juridique impératif imposant de tracer les transactions financières (dans un but de contrôle fiscal), de protéger la propriété intellectuelle ou industrielle etc ...

En droit contemporain du contrat, on note une intensification de ce contrôle, qui s'est développé progressivement tout au long du xx^e siècle. Le contrôle du contenu du contrat s'effectue selon deux grands axes : le cocontractant doit parfois recevoir une contrepartie normale (suffisante), le contrôle portant alors sur le caractère équilibré du contrat (§1^{er}) ; le contractant doit également utiliser sa liberté contractuelle dans un but légitime, ce qui correspond au but licite du contrat (§2^{ème}).

(502- à 504. : réservés)

§1^{er}/ Le caractère équilibré du contrat synallagmatique :

un contrat normalisé par le juge

505. Le **caractère équilibré du contrat synallagmatique** consiste à s'assurer que la prestation fournie par l'un possède une contrepartie normale ou suffisante de la part de l'autre. Cette exigence d'équilibre n'a rien de naturel, notamment au regard de la liberté contractuelle. Idéologiquement, le contrôle de l'équilibre contractuel (ce qui revient à contrôler les prix) n'est pas neutre.

Si les parties fixent librement leur équation contractuelle, leur contrat (qu'il traduise un rapport de force, une capacité de négociation ou un rapport d'amitié) traduira un certain équilibre, à un certain moment et au regard de certaines circonstances. Le courant de l'*autonomie de la volonté*

(conformément à ce qu'affirmait Fouillée « qui dit contractuel, dit juste »¹) refusera tout contrôle sur le contenu équilibré du contrat. En conséquence, chacun doit savoir négocier et préserver ses intérêts : on sait que l'erreur sur la valeur est exclue.

Le contrôle sur le caractère déséquilibré du contrat suppose d'admettre une dose de *solidarisme contractuel*, transformant la liberté contractuelle en droit-fonction. Pour justifier le contrôle judiciaire sur la fonction d'échange du contrat synallagmatique, différents arguments peuvent être avancés :

- Le contrat est l'instrument par lequel chacun assure ses conditions de survie ; lorsque certaines catégories sociales (salariés, emprunteurs ... fournisseurs envers les distributeurs) subissent un rapport de force désavantageux, le contrôle de l'équilibre entre prestation principale et contrepartie principale permettra (c'est du moins le but recherché) à la partie en position de faiblesse de préserver ses conditions de survie. Un taux minimal (smic horaire) ou maximal (usure) est imposé, afin d'empêcher un contractant en position dominante d'obtenir des avantages excessifs.
- Le contrôle pourra également porter sur des aspects plus secondaires du contrat, lorsqu'une clause accessoire du contrat est de nature à tromper la confiance du cocontractant (notamment du consommateur). Il s'agira alors de standardiser le contenu du contrat, en interdisant les prestations de trop mauvaise qualité ou, ce qui revient au même, les clauses prévoyant qu'un professionnel pourra ne rien réparer ou presque en cas d'inexécution, ou qu'il pourrait réaliser une prestation trop approximative ou vide de tout contenu. On notera que le problème résulte ici non pas du silence (supra, section sur le contenu certain), mais de la présence de clauses rendant la prestation anormale.

L'intensification du contrôle judiciaire sur l'équilibre contractuel s'explique par la conjonction de deux aspects. Le contrôle de l'équilibre principal (I) signifie qu'une catégorie de contractants éprouve des difficultés pour préserver ses intérêts fondamentaux : les exceptions sont ici ponctuelles. En revanche, le déséquilibre secondaire (II), causé par une clause spéciale du contrat, donne lieu à un contrôle plus général : il s'agit de maintenir la confiance dans la loyauté des transactions.

505-1. Face au **contrat déséquilibré**, la politique (économique et juridique) à mener incite à la circonspection. Pendant les périodes inflationnalistes (correspondant fréquemment à des périodes de guerre, de

¹ Alfred Fouillée, *L'idée moderne du droit en Allemagne, en Angleterre et en France*, Hachette, 1878, cité par Amandine Cayol, RLDC 2018, n°160, *Le contrat d'adhésion : un contrat spécial ?*.

famine ou de tension), les économistes défendent des positions divergentes face au contrôle des prix¹. Pour les juristes (de droit privé), la question de l'équilibre du contrat signifie qu'il existe une modification dans le rapport de force entre des catégories (ou classes) sociales, lorsque certaines sont incapables de défendre correctement leurs intérêts. Dans un cas (contrôle des prix) comme dans l'autre (sanction du déséquilibre), on ne sait jamais si la mesure prise atténue ou renforce le phénomène, sans parler des dysfonctionnements de l'autorité sociale en charge de la question.

Dès 1776, Adam Smith remarquait que le droit anglais de son époque interdisait la coalition aux ouvriers (grève) mais autorisait celle des patrons (lock-out), ce qui avait un impact significatif sur le montant des salaires que les ouvriers pouvaient obtenir². Pour sa part, Portalis, grand inspirateur du code civil de 1804, pointait les dangers de la protection et le risque d'une « *longue et honteuse minorité* »³ en présence de lois protectrices. Joseph Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, notait, dès le début du xx^e siècle, le développement d'entreprises géantes (rendant caduc le primat de la liberté de la concurrence) et la nécessité de la lutte contre les clauses abusives (imposant donc un certain dirigisme). Visiblement, la plupart des économistes et juristes présentés comme libéraux ont une vision assez peu orthodoxe de la croyance en la main invisible du marché.

I/ Le déséquilibre principal du contrat synallagmatique : le contrôle ponctuel du juge

506. Le déséquilibre principal du contrat synallagmatique signifie que l'un des contractants s'engage à verser une prestation dont la valeur diffère (notamment) de celle de la contre-prestation que l'autre lui fournira.

L'équation $xZ = yE$ (propre au contrat synallagmatique) sera déséquilibrée, si l'on admet qu'une *valeur serve de référence commune* aux deux prestations : la valeur de l'immeuble vendu sera estimée par rapport au prix du marché et ce prix sera comparé avec le prix convenu entre les contractants. En revanche, si la valeur n'est pas quantifiable, comme la qualité d'une amitié ou d'une relation nouée pour le long terme, l'équation contractuelle ne pourra pas être déséquilibrée : la vente conclue à prix d'ami (ou au tarif fixé par la maison-mère, afin d'optimiser fiscalement les bénéfices générées par sa filiale) ou à prix d'ennemi dépend davantage de la relation personnelle (la

¹ Voir Kenneth Galbraith, *La monnaie*. L'auteur (keynésien) signale que l'émission de monnaie en temps de guerre correspond à une nécessité, et que le contrôle des prix, même partiel, peut conduire à limiter l'inflation.

² Adam Smith (1723 -1790), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1776), trad. G. Garnier, GF Flammarion, 1991, livre I, chap. VIII, p.137 : « C'est par la convention qui se fait habituellement entre ces deux personnes, dont l'intérêt n'est pas le même, que se détermine le taux commun des salaires. Les ouvriers désirent gagner le plus possible ; les maîtres donner le moins possible. (...) Il n'est pas difficile de prévoir lequel des deux partis, dans toutes les circonstances ordinaires, doit avoir l'avantage dans le débat et imposer forcément à l'autre toutes ses conditions. Les maîtres, étant en moindre nombre, peuvent se concerter plus aisément ; et de plus la loi les autorise à se concerter entre eux, tandis qu'elle l'interdit aux ouvriers. »

³ Portalis, *Discours préliminaire au projet de Code civil*, in Fenet, tome V, p. p.514 : « On gouverne mal quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre des informations convenables et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité ; et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition. »

distance généalogique entre les contractants, selon la terminologie des anthropologues¹) que du standard de marché. Pour affirmer qu'un contrat synallagmatique est déséquilibré, il faut présupposer que la relation personnelle est standardisée, que le contrat courant consiste à échanger des valeurs patrimoniales (prestation) et que la valeur de référence (prix du marché) pour estimer chaque prestation serve de référence commune aux contractants. À ces conditions, l'un réalisera une bonne ou mauvaise affaire, ou aura acheté au prix du marché (ce qui ne signifie pas un juste prix ou prix équitable).

Face au défaut d'équivalence des prestations principales, le principe du droit positif français du contrat est de *refuser de le prendre en compte objectivement*. Le défaut d'équivalence (\neq) n'est donc pas un grief qu'un contractant pourrait invoquer seul : regretter d'avoir acheté trop cher ne fonde aucune action juridique pour obtenir l'annulation (ou le rééquilibrage : une réduction de prix). En revanche, combiné avec un autre grief, le défaut d'équivalence peut éventuellement permettre de fonder une action en justice² : l'exploitation abusive par l'un de la dépendance de l'autre sera qualifiée de violence économique (art. 1143 c. civ.³) et permettra de critiquer le prix convenu (prix abusivement élevé réclamé par le sauveteur ; prix abusivement bas imposé par le distributeur). De même, le prix unilatéralement fixé par le créancier (cocontractant, fournisseur), en présence d'un tarif-fournisseur (art. 1164 c. civ.⁴) convenu dans le cadre d'un contrat de distribution exclusive ou en présence d'un contrat de service conclu sans forfait préalable (art. 1165 c. civ.⁵) sera sanctionné si ce prix se révèle abusif. À défaut d'autre grief permettant d'établir un abus (une bonne raison expliquant pourquoi le prix est si déséquilibré), il n'y a donc pas de prix déséquilibré en droit français : il y a simplement un contractant qui a mal négocié.

Le principe du droit français est donc que le contrat synallagmatique possède un contenu librement fixé par les parties. Les parties peuvent librement convenir d'une vente au prix du marché (critère

¹ Marshall Sahlins, *Âge de pierre, âge d'abondance* (Stone age economics, 1972), L'économie des sociétés primitives, trad. Tina Jolas, préf. de Pierre Clastres, NRF, p. 246 à 250.

² D'autres droits européens prévoient leurs propres griefs, ainsi le droit suisse, en cas d'exploitation abusive par l'un de l'état de nécessité ou de l'inexpérience de l'autre. Art. 21 code des obligations (suisse) : « 1 En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. (...) »

³ Art. 1143 c. civ. : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. »

⁴ Art. 1164 c. civ. : « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

« En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. »

⁵ Art. 1165 c. civ. : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts. »

explicite et objectif) ou à prix d'ami : l'équilibre (issu du prix du marché) n'est pas convenu (entré dans le champ contractuel).

507. L'équilibre des prestations du contrat synallagmatique (largement le plus fréquent¹) ne figure donc pas, en principe, parmi les conditions de validité du contrat : *en droit français, un contrat déséquilibré n'est pas un contrat injuste* et c'est ce que commence par affirmer l'article 1168 c. civ.² : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. » Le principe connaît donc des exceptions.

Ce principe d'indifférence envers l'équilibre contractuel signifie que le contrat sera valablement conclu par la rencontre d'une offre et d'une acceptation (loi de l'offre et de la demande, pour reprendre le vocabulaire économique). En droit, les applications de ce principe apparaissent de manière récurrente : l'erreur sur la valeur est exclue, explicitement à l'article 1136 c. civ.³, chacun devant donc se renseigner sur la valeur de sa prestation et celle de la contre-prestation (art. 1112-1 al. 2 c. civ.⁴). La prestation sera suffisamment déterminée, au sens de l'article 1163 c. civ.⁵, par la fixation d'un prix, et la loi ne pose aucune autre condition. La position du code civil français (conforme à celle adoptée par les autres droits civils européens) signifie que la liberté contractuelle est dotée d'un véritable contenu (liberté matérielle) et donc qu'elle n'est pas un droit-fonction. L'équilibre n'est pas un critère : les contractants fixent l'équation contractuelle de leur choix et le prix convenu correspondra ou non au prix du marché. Le prix accepté par l'un peut se justifier au regard des efforts déployés par l'autre ou par la volonté de préserver une relation amicale (prix d'ami). La liberté contractuelle régit pareillement le contenu du contrat et la volonté : le libéralisme économique (et, en droit, l'autonomie de la volonté) en déduit que les prix sont libres, et ne doivent être contrôlés, ni par la loi, ni par le juge.

¹ Dans le contrat unilatéral, comme le cautionnement (la caution garantissant le créancier que la prestation due par tel débiteur sera versée), il pourra être question de disproportion, le point de comparaison se fixant entre les ressources de la caution et le montant de la dette garantie.

² Art. 1168 c. civ. : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. »

³ Art. 1136 c. civ. : « L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. »

⁴ Art. 1112-1 c. civ. : « 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. (...) »

⁵ Art. 1163 c. civ. : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.

« Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. (...) »

Le dirigisme économique, à l'inverse, justifiera le contrôle des prix, en affirmant que la liberté contractuelle est un *droit-fonction* (courant solidariste, en droit). Le juge contrôle la volonté individuelle, qui est socialisée (il existe des refus abusifs : supra) et le contenu du contrat synallagmatique. Le contrat synallagmatique suppose un échange effectif (fonction du contrat), ce qui signifie que le contractant (en position de faiblesse) ne doit ni subir une charge excessive, ni obtenir un gain trop faible. Un salaire abusivement bas (inférieur au smic, et plus généralement un revenu excessivement bas¹ ou élevé², comme un parachute doré) ou un intérêt excessivement élevé (usuraire) sera rééquilibré par le juge.

Ce principe d'une liberté contractuelle non contrôlée par le juge connaît toutefois des exceptions, ponctuelles et étroites. Les cas de lésion doivent être légalement prévus, par un texte spécial (étranger au droit général du contrat). La contrepartie illusoire ou dérisoire (art. 1169 c. civ.) (2) est en revanche prévue en droit général du contrat.

(508. et 509. : réservés)

1/ La lésion : des cas spéciaux légalement prévus

510. La **lésion** est la dénomination juridique du « défaut d'équivalence des prestations » dont parle l'article 1168 c. civ.³. En droit général du contrat, c-à-d. en principe, le contrat lésionnaire est valide : il faudra se référer à quelques cas spéciaux (« à moins que la loi n'en dispose autrement ») pour qu'une sanction (qui ne réside pas toujours dans l'annulation, contrairement à ce que le texte laisse entendre) soit prévue.

a/ Les conditions de la lésion : le taux de l'excès

511. Les **conditions de la lésion** sont restrictives. Le texte spécial instaurant la lésion fixe un taux au-delà duquel la lésion est prise en compte.

Le *texte spécial* identifie précisément le contractant protégé :

¹ Pour une contrepartie excessivement faible à la clause de non concurrence, Soc., 15 nov. 2006, n°04-46721, Bull. n°341 : « une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie ». En l'espèce, la contrepartie financière « ne s'élevait qu'à l'équivalent de 2,4 mois de salaire pour une durée d'exécution de la clause de non-concurrence de 24 mois ».

² En cas de parachute doré, Com., 6 nov. 2012, n°11-20.582, Bull. n°202 ; D. 2012, p.2655, note Alain Lienhard ; revue Droit des sociétés, n° 2, février 2013, comm. n°26, p. 31 à 33, note Dorothee Gallois-Cochet : (abstrat) « Est nulle, comme portant atteinte à la libre révocabilité du gérant d'une société à responsabilité limitée, la stipulation allouant à ce dernier, en cas de révocation, une indemnité qui, par son montant, est de nature à dissuader les associés de prononcer celle-ci ».

³ Art. 1168 c. civ. : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. » Voir : anc. art. 1118 c. civ. (1804).

- professionnel en procédure collective (art. L 632-1 c. com.⁴) ;
- mineur (art. 1149 al. 1^{er} c. civ.²) ou le majeur dont les facultés mentales sont altérées (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice ou mandat de protection future³) ;
- l’acquéreur d’engrais (loi du 8 juillet 1907 sur la vente d’engrais) ;
- l’héritier, lors d’un partage de succession.
- Dans la vente d’immeuble⁴, seul est jugé digne de protection le vendeur d’immeuble (art. 1674 c. civ.⁵), et non l’acquéreur (art. 1683 c. civ.⁶). On peut se demander si la protection du vendeur d’immeuble (qui vend à prix trop faible) ne s’explique pas par des motifs motifs fiscaux (puisque les droits de mutations sont assis sur le prix), motif qui n’est pas présent, lorsque l’acquéreur d’immeuble paye trop cher.

D’autres textes poursuivent une finalité proche de la lésion, mais en prévoyant un *taux maximal ou minimal*.

- Ainsi, dans le prêt à intérêt, l’usure sera le taux maximal qu’un prêteur pourra exiger d’un emprunteur (dans les cas spéciaux prévus par les art. L 313-5 et suiv. c. mon. et fin.⁷ : prêt immobilier ou à la consommation, découvert bancaire ...).
- De même, le smic (salaire minimal de croissance) fixera le taux minimal du salaire horaire⁸.

Extérieures au droit civil du contrat, ces dispositions ont un impact macro-économique majeur : le contrat de travail est la ressource majeure des adultes, et l’emprunt réalise une affectation substantielle des ressources de l’emprunteur au profit du prêteur.

⁴ En droit des procédures collectives, « tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur [professionnel] excèdent notablement celles de l’autre partie » (art. 632-1 c. com.) est nul, lorsque ce contrat est intervenu depuis la date de cessation des paiements.

² Art. 1149 al. 1^{er} c. civ. : « Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. Toutefois, la nullité n’est pas encourue lorsque la lésion résulte d’un événement imprévisible. » Voir : anc. art. 1305 c. civ. (1804).

³ Art. 435 c. civ. : « La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l’exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l’article 437 / Les actes qu’elle a passés et les engagements qu’elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d’excès alors même qu’ils pourraient être annulés en vertu de l’article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l’utilité ou l’inutilité de l’opération, l’importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté. » Art. 488 c. civ. (mandat de protection future).

⁴ La vente, et non l’échange : art. 1706 c. civ. : « La rescision pour cause de lésion n’a pas lieu dans le contrat d’échange. »

⁵ Art. 1674 c. civ. : « Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d’un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu’il aurait déclaré donner la plus-value. »

⁶ Art. 1683 c. civ. : « La rescision pour lésion n’a pas lieu en faveur de l’acheteur. »

⁷ Paragraphe 3 : Taux de l’usure, art. L 313-5 c. mon. et fin. : « La définition du taux de l’usure est fixée par les articles L. 314-6 à L. 314-9 du code de la consommation, ci-après reproduit (...) ». Art. L 313-5-1 c. mon. et fin. : « Pour les découverts en compte, constitue un prêt usuraire à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale (...) tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est accordé, de plus du tiers, le taux effectif moyen (...) ».

⁸ Art. L 3231-7 c. trav. : « Le taux du salaire minimum de croissance est fixé par voie réglementaire à l’issue d’une procédure déterminée par décret. »

La gravité du déséquilibre est le plus souvent exigée : en la matière, tout dépend du degré de protection que le législateur veut accorder.

- Parfois, un déséquilibre simple est admis pour constituer la lésion : il en va ainsi avec le mineur (art. 1149 c. civ.¹) ou avec le majeur protégé. La règle s'explique par la considération morale : le majeur exploite la faiblesse du mineur ; mais ce n'est là qu'un mobile (la lésion est objective).
- Entre majeurs², le déséquilibre doit atteindre une certaine importance : significatif (art. 442-6 c. com.³), plus de 60% (7/12^e) dans la vente d'immeuble⁴, plus du quart dans la vente d'engrais ou le partage de succession⁵, plus du tiers dans l'usure⁶.

Des conditions procédurales draconiennes sont parfois fixées. L'acquéreur d'engrais doit agir dans les quarante jours de la livraison⁷ ; le vendeur d'immeuble (lors d'une vente de gré à gré⁸) doit agir dans le délai préfix de deux ans (art. 1676 al. 1^{er} c. civ.⁹).

b/ La sanction de la lésion : nullité ou rééquilibrage

512. La **sanction de la lésion** (traditionnellement appelée rescision¹⁰, ancien terme synonyme

¹ Art. 1149 c. civ. : « Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. Toutefois, la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible.

² Art. 1313 c. civ. : « Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le présent code ».

³ Art. L 442-6 c. com. : « I.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; (...) »

⁴ La lésion est supérieure aux 7/12^e : l'immeuble est vendu à moins de 41% de sa valeur. Il semble que ce chiffrage trouve sa source dans le droit romain du Bas Empire et réponde à un motif fiscal : lorsqu'un petit propriétaire vendait sa terre en devenant client d'un patron (*latifundium*), le fisc romain perdait une ressource car le *potens* (homme fort) ne payait pas l'impôt. Voir : Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, 1972, 4e éd., Puf, spéc. p.562 à 565.

⁵ Le partage (de biens successoraux, par exemple), qui se réalise à l'amiable, donc conventionnellement, entre les copartageants, est aussi susceptible de rescision pour cause de lésion. Mais il faut que la lésion soit de *plus du quart* (art. 889 c. civ.), l'action en rescision se prescrivant par deux ans à compter du partage, depuis la loi du 23 juin 2006. Voir : Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2006, n°05-11465.

⁶ Art. L. 314-6 c. conso. [prêt immobilier et à la consommation] : « Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des opérations de même nature comportant des risques analogues (...) » ; art. L 313-5-1 c. mon. et fin. : « Pour les découverts en compte, constitue un prêt usuraire à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale (...) tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est accordé, de plus du tiers, le taux effectif moyen (...) ».

⁷ L'acquéreur (agriculteur) doit agir dans les 40 jours à compter de la livraison d'engrais (art. 2 loi du 8 juill. 1907)

⁸ La vente aux enchères publiques est irréfablement présumée correspondre au juste prix. Art. 1684 c. civ. : « Elle n'a pas lieu en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice [vente aux enchères publiques] ».

⁹ Art. 1676 c. civ. : « La demande n'est plus recevable après l'expiration de deux années, à compter du jour de la vente./ Ce délai court contre les femmes mariées et contre les absents, les majeurs en tutelle et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu./ Ce délai court aussi et n'est pas suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte du rachat. »

¹⁰ La terminologie du code civil de 1804 – nullité, rescision – résulte de l'histoire. Au xviii^e siècle, l'action en nullité sanctionnait la violation du droit national (ordonnances royales et coutumes, ne reconnaissant pas le droit romain) et était qualifiée de nullité « de

d'annulation, ce qui ne correspondait toutefois toujours pas à la réalité) est diversifiée. Le juge (voire le contractant¹) prononcera la nullité si contrat lésionnaire était inutile au contractant protégé (mineur² ou majeur protégé : art. 435 c. civ.³) ou bien rééquilibrera le contrat lésionnaire mais utile (solution prévue par le régime des restitutions dues au mineur : art. 1352-4 c. civ.⁴). Le rééquilibrage est la seule sanction prévue quand l'utilité du contrat est acquise (vente d'engrais, taux d'intérêt usuraire réduit⁵), ce qui correspond au cas le plus fréquent. Le *prix normal* sera alors imposé par le juge.

(513. et 514. : réservés)

2/ La contrepartie dérisoire : l'annulation intégrale du contrat

515. La **contrepartie dérisoire** obtenue par le cocontractant est devenue un grief permettant d'attaquer le contrat synallagmatique⁶. Selon l'article 1169 c. civ. : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. » Il s'agit donc de s'assurer de l'intérêt du contractant qui s'engage. Si la contrepartie est illusoire (parce que le service prétendu ne sert à rien) ou dérisoire⁷ (90% de lésion, ce qui signale que le contrat est lourdement déséquilibré), le contractant s'est engagé dans une opération inutile. Il pourra alors obtenir l'annulation, quand il verse un prix dérisoire ou quand il subit un prix abusivement bas imposé par son cocontractant en position de force.

droit », prescrite par trente ans ; l'action en rescision, prescrite par cinq ans, était issue du droit romain, en présence d'un vice du consentement ou d'une lésion, et concernait un contrat valable au regard du droit français. Le plaideur invoquant la rescision (*restitutio in integrum*) devait donc obtenir une « lettre de rescision » du Parlement territorialement compétent. L'action en rescision était perçue comme une mesure d'équité, lorsque le droit national proprement dit ne voyait, dans le contrat, aucun motif légal d'annulation. D'autres explications ont cours : concernant les délais, celui de trente ans en vigueur dans les pays de coutume, celui de cinq ans dans les pays de droit écrit (inspirés du droit romain) ; concernant la juridiction compétente, Parlement en présence d'une nullité, administration en présence d'une rescision.

¹ Ainsi, l'acquéreur de l'immeuble, qui profite de la lésion, dispose d'une *option* (art. 1681 c. civ.), entre annuler l'opération ou racheter la lésion (en versant un complément de prix, déduction faite de 10% du juste prix).

² Art. 1149 c. civ. : « Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. (...) ».

³ Art. 435 al. 2 c. civ. : « Les actes qu'elle [la personne placée sous sauvegarde de justice] a passés et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté. »

⁴ Art. 1352-4 c. civ. : « Les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé. »

⁵ En présence d'un taux usuraire, l'intérêt est réductible. Art. L 313-5-2 c. mon. et fin. : « Lorsqu'un prêt conventionnel est usuraire, les perceptions excessives au regard des articles L. 313-4 et L. 313-5-1 sont imputées de plein droit sur les intérêts normaux et subsidiairement sur le capital de la créance.

« Si la créance est éteinte en capital et intérêts, les sommes indûment perçues doivent être restituées avec intérêts légaux du jour où elles auront été payées. »

⁶ Le texte parle de « contrat à titre onéreux » : la catégorie inclut, outre les contrats synallagmatiques, certains contrat unilatéraux (une caution professionnelle, qui accepte de s'engager moyennant finance ; le prêt à intérêt).

⁷ « Dérisoire » a pour synonyme insignifiant, minime, ridicule.

L'annulation d'un contrat pour *vileté du prix* est issu d'une jurisprudence classique (et discrète). Le prix vil correspond à un prix dérisoire, le plus souvent inférieur à 10% de la valeur du bien au prix du marché¹. L'action en nullité (soumise à prescription quinquennale² depuis la loi du 17 juin 2008, art. 2224 c. civ.³), distincte de l'action en rescision pour lésion, est justifiée par l'absence de prix sérieux⁴ : les juges invoquaient l'article 1591 c. civ.⁵ ou l'absence de cause⁶. Désormais, le cas doit être rattaché à l'article 1169 c. civ. : il est toutefois peu fréquent de trouver un vendeur qui vende à un prix aussi faible.

La contrepartie dérisoire sert également à contrôler les *prix abusivement bas imposés au contractant en position de faiblesse relative*, la jurisprudence suivant en cela une orientation solidariste. Ainsi, en présence d'une clause de non-concurrence, conclue entre un salarié et son employeur, une contrepartie (financière) doit être versée par l'employeur : « Une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence (...) équivaut à une absence de contrepartie » (Soc., 15 nov. 2006⁷). La contrepartie ridicule justifie une action en nullité, soumise à un régime (prétorien) original, à savoir l'annulation conditionnelle : si le salarié ne respecte pas (n'exécute pas) la clause viciée, la nullité est prononcée ; si le salarié respecte la clause, un rééquilibrage du contrat, par l'allocation de dommages-intérêts (cause « nécessairement » un dommage), est imposé par le juge. Cette jurisprudence (solidariste) de la chambre sociale ne semble pas avoir convaincu la première chambre civile (Civ. 1^{ère}, 31 mai 2007⁸).

¹ Req., 3 mai 1922, Sirey 1922.1.310 (vente d'un fonds de commerce à un prix inférieur à son revenu annuel) ; Com., 25 avril 1967, Bull. n°168 (cession de parts sociales à un prix inférieur à leur revenu annuel) ; Civ. 3^e, 21 septembre 2011, n°10-21.900, Bull. ; Gaz. Pal., n° 303-307, 30 octobre-3 novembre 2011, p. 18-19, note Dimitri Houtcieff ; revue Loyers et copropriété, n° 11, novembre 2011, comm. n° 285, p. 15, note Béatrice Vial-Pedroletti ; RLDC, 2011, Actu. n° 4403, p. 12-13, note Alexandre Paulin ; D. 2011, p. 2711 à 2715, note Denis Mazeaud ; JCP G 2011, n° 1276, p. 2283 à 2285, note Jacques Ghestin (loyer d'un grand complexe hôtelier inférieur à 800€ par an).

² Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, Bull. ; D. 2016. 704 : « l'action en nullité d'actes de cession de parts sociales conclus pour un prix indéterminé ou vil, qui ne tend qu'à la protection des intérêts privés des cédants, relève du régime des actions en nullité relative, et est donc soumise au délai de prescription de cinq ans de l'article 1304 du code ci ». Avant 2008, la jurisprudence retenait une nullité absolue : Com., 23 oct. 2007, n°06-13.979 : « la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue, soumise à la prescription trentenaire de droit commun. ».

³ Art. 2224 c. civ. : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

⁴ Civ. 3^e, 18 juillet 2001, Bull. n°101 ; Defrénois 2001, art. 37441, p. 1421-1425, note Eric Savaux.

⁵ Art. 1591 c. civ. : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties. »

⁶ Vente consentie sans prix sérieux, nulle pour absence de cause : Civ. 1^{ère}, 29 septembre 2004, n°03-10.766, Bull. n° 216.

⁷ Soc., 15 nov. 2006, n°04-46721, Bull. n°341 : en l'espèce, la contrepartie financière de la clause de non-concurrence « ne s'élevait qu'à l'équivalent de 2,4 mois de salaire pour une durée d'exécution de la clause de non-concurrence de 24 mois ». Selon la cour, « une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie ». Contra : Com., 4 déc. 2007, n°06-15137 : « Le législateur n'a pas entendu que l'obligation de non-concurrence soit indemnisée lorsque la clause qui la stipule est conforme aux dispositions de l'article L. 134-14 du code de commerce. » (à savoir : clause limitée dans le temps et dans l'espace). En Allemagne, la loi impose un montant au moins égal à la moitié du salaire, dû pendant toute la durée d'exécution de la clause (§74 HGB). Voir : Patrick Remy, *La clause de non-concurrence*, rev. droit du travail 2007, p. 679. Adde : Soc., 15 octobre 2014, n°13-11.524, Bull. ; JCP Soc. 2014, n° 386, p. 11, note Nicolas Léger ; Revue de jurisprudence sociale, 2014, décision n°825, p. 717 (absence de contrepartie en cas de clause de discrétion).

⁸ Civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, n°05-21316, Bull. n°211 ; D. 2007, p.2574 à 2578, note Jacques Ghestin : « dans un contrat synallagmatique, la fausseté partielle de la cause ne peut entraîner la réduction de l'obligation ».

Certains textes spéciaux protègent davantage le contractant en position de faiblesse, en n'exigeant plus une contrepartie dérisoire, mais en se contentant d'un « déséquilibre significatif ». Ainsi, dans les rapports entre distributeurs (centrales d'achat des supermarchés) et leurs fournisseurs, l'article L 442-6 c. com.¹ affirme qu'est interdit le fait de « soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un *déséquilibre significatif* dans les droits et obligations des parties ». Sur le fondement de ce texte, la jurisprudence (Com., 25 janvier 2017²) examine spécifiquement la justification des ristournes ou rabais exigés par un distributeur³ : l'absence de contrepartie justifie alors la restitution de la ristourne par la centrale d'achat du supermarché.

515-1. Historiquement, l'absence de contrepartie est issue d'une certaine perception de l'absence de cause. Certaines dispositions législatives font application de la notion de *cause fictive, réputée* être le moteur principal du consentement, afin d'imposer un rééquilibrage du contrat. Ainsi, la loi n°96-1107 du 18 décembre 1996 "améliorant la protection des acquéreurs de lots de copropriété" (dite "loi Carrez") modifiant l'article 46 de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 "fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis" impose au vendeur de mentionner la superficie de la partie privative du lot vendu. Selon le texte, « si la superficie [de la partie privative] est inférieure de plus d'un vingtième à celle exprimée dans l'acte, le vendeur, à la demande de l'acquéreur, supporte une *diminution du prix proportionnelle à la moindre mesure* ». Le législateur considère que la restitution est fondée sur un prix auquel le vendeur n'avait pas droit, comme si le moteur exclusif du contrat reposait sur le mesurage du lot. Or, une telle cause n'a rien de nécessaire : le prix peut s'expliquer par l'ensoleillement ou la situation de l'appartement, le mesurage n'étant alors effectué que pour se conformer aux exigences légales. Pourtant, la cause légalement imposée permet à l'acquéreur d'obtenir (automatiquement) une réduction de prix⁴. Le vendeur ne peut alors agir que contre le mesureur, pour obtenir réparation de la perte de chance d'une vente à même prix⁵.

516. La sanction de la contrepartie dérisoire est l'annulation intégrale du contrat. Implicitement, le texte n'admet qu'un déséquilibre principal total. Mais certaines annulations peuvent conduire à

¹ Art. L 442-6 c. com. : « I.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; »

² Com. 25 janvier 2017 n° 15-23.547, Bull. ; D. 2017 p.481 ; Frédéric Buy, *La Cour de cassation autorise un contrôle judiciaire du prix en application de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce*, D. 2017 p.481. En l'espèce, le groupement d'achat des centres Leclerc a dû restituer 61 millions € perçus au titre d'une ristourne de fin d'année dépourvue de justification.

³ Com., 3 mars 2015, n°13-27.525, Bull. ; D. 2015, somm., p. 620 ; D. 2015, chron., p. 997, note Sylvie Tréard ; D. 2015, p.1021, note Frédéric Buy ; JCP 2015, éd. E, I, n° 1207, note Sophie Le Gac-Pech ; RJDA 2015, n° 393 : (abstrat) « L'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie. Une cour d'appel satisfait aux exigences de ce texte en retenant l'existence d'un déséquilibre significatif résultant de certaines stipulations contractuelles, au terme d'une appréciation concrète et globale du contrat. »

⁴ Civ. 3°, 26 novembre 2015, n°14-14.778 et 14-28.394 (l'acquéreur ne peut réclamer qu'une réduction de prix, et rien d'autre).

⁵ Civ. 3°, 28 janvier 2015, n°13-27.397, Bull. ; Dalloz 2015, somm., p. 320, note N. Le Rudulier ; JCP G 2015, chron. 306, spéc. n° 10, note Paul Grosser : (abstrat) « le vendeur peut se prévaloir, à l'encontre du mesureur ayant réalisé un mesurage erroné, d'une perte de chance de vendre son bien au même prix pour une surface moindre. »

un résultat similaire à celui produit par une révision, ce qui conduit à poser la question du domaine de l'article 1169 c. civ.

Il peut arriver que le déséquilibre ne soit que partiel : celui qui signe une reconnaissance de dette d'un montant de 120€, alors qu'il ne doit en réalité que 80€, ne devra s'acquitter que de sa dette réelle (80€), et non pas de sa dette formelle¹. L'annulation (totale) de la reconnaissance de dette produira un résultat proche de la révision : le juge constatera que la dette réelle doit être réduite à son montant véritable. Lorsque la clause de non-concurrence est d'un montant dérisoire, l'annulation de la clause de non-concurrence libère entièrement le salarié (lorsque la clause n'a pas été exécutée par lui) ; en revanche, lorsque la clause a été exécutée, le salarié sera indemnisé du service rendu, et le résultat concret est celui d'une révision du montant (par le biais de l'indemnisation) (Soc., 15 nov. 2006²).

Ce résultat, à savoir une réduction du montant excessif est couramment pratiqué dans la loi. Le taux d'intérêt usuraire est réductible, tout comme le cautionnement pour un montant excédant la dette véritable du débiteur (art. 2290 al. 3 c. civ.³). De même, lorsque les contractants prévoient une clause pénale (indemnisation au forfait en présence d'une inexécution), son montant devra être réduit à proportion de l'exécution partielle procurée à l'autre (art. 1231-5 al. 3 c. civ.⁴) : la clause pénale n'est due en entier qu'en présence d'une inexécution complète ; à défaut, il y aurait enrichissement injustifié. Le respect de la proportion, telle qu'elle a été convenue entre les parties, s'impose logiquement : si le loyer a été partiellement payé par le locataire, la caution ne sera poursuivie que pour la fraction manquante. Mais on peut quitter cette logique, en affirmant que la réduction, et non pas l'annulation intégrale, pourrait sanctionner une contrepartie partiellement absente.

Le *domaine* de la contrepartie illusoire ou dérisoire est, en l'état actuel de la jurisprudence, cantonné à l'absence de contrepartie tangible. Le contractant doit être lésé à près de 90%, probablement à la suite d'une tromperie commise par l'autre. En revanche, en présence d'un déséquilibre même significatif, la voie de l'annulation intégrale n'est pas admise. Il est probable que

¹ Civ. 1^{ère}, 3 juillet 2013, n°12-16853, Bull. n°145 (reconnaissance de dette imaginaire : en conséquence de l'absence de remise des fonds prétendument prêtés, « la reconnaissance de dette doit être annulée en application de l'article 1131 du code civil »).

² Soc., 15 nov. 2006, n°04-46721, préc.

³ Art. 2290 c. civ. : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.

« Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.

« Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale. »

⁴ Art. 1231-5 al. 3 c. civ. : « Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. »

la sanction prévue (annulation totale, et non révision) par la loi ait précisément pour fonction d'interdire au juge français d'exercer un contrôle général sur les prix.

(517- à 523. : réservés).

524. En droit français, le **contrat déséquilibré** n'est pas, en principe, un contrat vicié. La comparaison entre la valeur de la prestation principale de l'un et celle de l'autre ne justifie une annulation ou un rééquilibrage que dans des cas ponctuels, certes devenus un peu plus fréquents aujourd'hui. Il serait toutefois excessif d'y voir une évolution nette vers le solidarisme, sauf sur la question du taux minimal des salaires.

Lésion et contrepartie dérisoire se bornent à sanctionner un déséquilibre lourd. La lésion proprement dite demeure spéciale : pour l'essentiel, il faut éviter de réaliser une trop bonne affaire en présence d'un mineur ou d'un professionnel en procédure collective, ou de payer un immeuble moins de 40% de sa valeur. La contrepartie dérisoire impose également d'éviter de payer 10% de la valeur d'un bien (actions de société, fonds de commerce, immeuble) ou d'un service (clause de non-concurrence). Des contrats aussi lourdement déséquilibrés demeurent peu fréquents.

Le contrôle de l'équilibre du contrat peut prendre un autre aspect, à savoir le *contrôle des prix* en fixant un prix minimal ou maximal. La fixation du taux de l'usure encadre le profit des prêteurs. Le salaire minimal (smic) limite la pression baissière sur les salaires. Ce dirigisme économique, qui n'a d'ailleurs rien de nouveau, exerce une influence macro-économique majeure. On notera, mais il s'agit alors de droits spéciaux (droit commercial, notamment), une tendance solidariste face aux prix abusivement bas imposés par les centrales d'achat : prévue dans le code de commerce, la mesure signale que certains professionnels (fournisseurs indépendants) éprouvent des difficultés à résister à une pression baissière.

Dans l'ensemble, le droit civil français du contrat contrôle relativement peu l'adéquation entre la valeur du bien ou service et le prix payé. Le contenu de l'équation contractuelle est une application de la liberté contractuelle. Sur la question du prix, le principe libéral gouverne le droit français ; la question se pose en termes différents avec la prestation.

II/ Le déséquilibre secondaire créé par une clause du contrat : la clause réputée non écrite

525. Le **déséquilibre secondaire** résulte d'une clause spéciale du contrat destinée à modifier l'obligation d'un contractant sur un point a priori accessoire. Le prix est fixé, mais une clause précise que des frais de mise à disposition seront facturés après deux mois ; la chose vendue est

clairement désignée, mais une clause précise que le délai de livraison est indicatif, de sorte que le client devra attendre six ou neuf mois.

L'idée d'un contrôle sur le contenu de la clause n'est pas évident à admettre, car il faut prendre position sur la fonction de la liberté contractuelle :

- l'école solidariste justifie le contrôle sur chaque clause du contrat au motif que la confiance légitime du cocontractant ne doit pas être trompée et que la fonction du contrat synallagmatique est d'assurer un échange équilibré. La liberté contractuelle est un droit-fonction à caractère économique.
- Selon l'école libérale, les clauses particulières convenues entre les contractants permettent d'adapter le contrat à leurs besoins¹, ce qui correspond à une simple application de la liberté contractuelle : une clause du contrat d'assurance-dommage pourra donc prévoir que l'assuré ne sera pas indemnisé de ses dommages en cas de conduite en état alcoolique (Civ. 2^e, 8 juillet 2021²).

Si le contrôle est admis et exercé, le contractant (non professionnel) pourra s'attendre à obtenir une contrepartie loyale et fiable, en interdisant tout ce qui altère la confiance et la loyauté mutuelles dans les transactions. Le contrat sera revu et corrigé, et purgé de son élément nocif. Techniquement, la *clause réputée non écrite* permet alors de rééquilibrer le contrat : le contenu du contrat correspondra alors à l'attente légitime du cocontractant. Le prix convenu sera le prix clairement affiché (et non le prix modifié par une clause déloyale), le délai de livraison sera normal.

Le droit français du contrat prévoit deux types de clauses. La première est négociée, mais de telle manière que le contractant (souvent un professionnel) cherche à éluder ses obligations essentielles (1). La seconde n'est pas négociée, mais noyée dans les conditions générales : ce sera, techniquement, une clause abusive (2).

1/ Le manquement à une obligation essentielle : l'absence de professionnalisme

526. Le manquement à une obligation essentielle est un grief prévu à l'article 1170 c. civ. : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

La disposition a pour fonction de lutter contre les clauses ayant pour but de restreindre

¹ Le salarié accepte la clause de mobilité que son employeur estime conforme à son intérêt, dès lors que la clause précise sa zone géographique d'application.

² Civ. 2^e, 8 juillet 2021, n° 19-25.552, Bull. : (abstrat) « les clauses litigieuses du contrat souscrit par Mme P. excluent de la garantie du conducteur et de la garantie des dommages subis par le véhicule assuré les sinistres survenus lorsque le conducteur se trouvait sous l'empire d'un état alcoolique. Ces clauses, en ce qu'elles délimitent le risque assuré et l'engagement de l'assureur, définissent l'objet principal du contrat. Rédigées de façon claire et compréhensible, elles échappent en conséquence à l'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles [...] ».

(abusivement) les obligations d'un contractant (souvent professionnel) : l'assureur délimite si bien son obligation de garantie que l'assuré n'est pas couvert en cas de sinistre ; le transporteur de colis prévoit une clause grâce à laquelle il ne remboursera quasiment rien si le transport n'est pas réalisé. Le client croit obtenir une prestation de qualité (moyenne, si le prix est moyen ; professionnelle, si le débiteur se présente comme sérieux), mais une clause contredit cette exigence de fiabilité.

L'*obligation essentielle* du débiteur correspond à la prestation principale et caractéristique du débiteur (contractant). La clause possède un domaine centré sur le secteur de spécialité du professionnel : le professionnel du transport insère une clause limitative ou exonératoire de responsabilité, précisément en cas de manquement à l'obligation de transporter.

Cette clause contractuelle est spéciale, puisqu'elle a pour fonction d'écarter le sens d'un silence supplétif de volonté. Le client s'attend à ce que le professionnel agisse avec professionnalisme. Or, précisément, le professionnel veut écarter ce sens supplétif : la clause précisera donc que le client ne doit surtout pas s'attendre à un service de qualité professionnelle. La qualité originale que le professionnel prétend fournir, c'est le très bas de gamme : une lecture attentive de la clause devrait conduire le client à comprendre qu'il ne doit surtout pas s'attendre à ce que son colis arrive à destination, quand il fait appel à un professionnel du transport rapide ; ou qu'il ne doit pas s'attendre à être assuré en cas de sinistre, quand il souscrit un contrat d'assurance.

527. La **clause privant de substance l'obligation essentielle** du débiteur trouve son origine dans la jurisprudence *Chronopost* (Com., 22 oct. 1996). Il s'agit de sanctionner l'absence de professionnalisme du débiteur qui agit dans son secteur de compétence : la clause permet au transporteur de ne pas transporter ou à l'assureur de ne pas assurer.

L'arrêt Com., 22 oct. 1996 *Chronopost*¹, arrêt précurseur condamne le professionnel du transport qui avait inséré une clause limitative de responsabilité. Chronopost limitait sa responsabilité à raison de son manque de rapidité (en remboursant uniquement le prix payé pour le transport – le prix du timbre –, et rien de plus) : or, le colis arrivé en retard avait fait perdre au client la possibilité de souscrire à un appel d'offre. Le client payait pour une *livraison normale*, c-à-d rapide, conforme

¹ Com., 22 oct. 1996, n°93-18632, Bull. n°261 JCP G 1997,1, n° 4002, note M. Fabre-Magnan ; Dr. et patrimoine, janv. 1997, n° 1552, p. 63, obs. P. Chauvel ; Gaz. Pal. 1997, 2, Jur. p. 519, note R. Martin ; D. 1997, p. 147, note C. Larroumet ; D. 1997, p. 121, note A. Sériaux, et Somm., p. 175, obs. P. Delebecque ; Contrats, conc., consom. févr. 1997, p. 9, note L. Leveneur ; JCP éd. E 1997, n° 924, note K. Adom ; Petites affiches, 18 juin 1997, n° 73, p. 30, 1^{ère} esp., note D. R. Martin ; RTD civ. 1997, p. 419, obs. J. Mestre ; Defrénois 1997, art. 36516, n° 20, p. 333, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1997, p. 419, obs. Jacques Mestre ; JCP G 1997, I, n° 4025, obs. G. Viney, n° 17 ; adde RTD civ. 1998, p. 213, note N. Molfessis ; JCP G 1998, I, 152, chron. J.-P. Chazal : (abstrat) « Doit être réputée non écrite la clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de transport fixant l'indemnisation du retard au montant du prix du transport, dès lors que le transporteur, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, qui s'était engagé à livrer le pli de l'expéditeur dans un délai déterminé, avait, en ne livrant pas dans ce délai, manqué à cette obligation essentielle dont la clause contredit la portée ».

à la publicité qu'effectuait Chronopost auprès du public ; or, grâce à la clause limitative de responsabilité, Chronopost, professionnel du transport, ne s'engageait à rien de sérieux. Pour lui, peu importait d'exécuter ou non le contrat : il remboursait tout au plus le prix du timbre. En parlant de « manquement à son obligation essentielle »¹, les juges de la chambre commerciale, sensibles à la très faible qualité professionnelle du service rendu par Chronopost, ont ainsi imposé de maintenir un certain niveau de qualité dans les prestations entre professionnels. L'arrêt était discrètement *contra legem* : le législateur, en 1990, avait instauré au profit de La Poste un régime légal de responsabilité² étrangement comparable à celui, contractuel, dont Chronopost prétendait bénéficier en cas d'inexécution. La jurisprudence s'est maintenue avec Com. 29 juin 2010 *Faurecia*³, « Seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ».

La jurisprudence invalide également les *clauses de réclamation faite* figurant dans les contrat d'assurance liant les assureurs à leurs clients professionnels (mais validées par le législateur⁴ : la jurisprudence, là encore, était *contra legem*). Selon Civ. 1^{ère}, 28 sept. 2004⁵, les « clauses de réclamation faite », permettant à un assureur de ne pas couvrir un sinistre survenu pendant le contrat, lorsque la victime demandait réparation après l'échéance du contrat, privaient de cause l'engagement de l'assuré⁶. Il en va de même quand une clause excluant la garantie possède un

¹ Com., 22 oct. 1996, *Chronopost*, préc. : « (...) spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite (...).

² Art. L 8 code des postes et télécommunications (loi n°90-568 du 2 juillet 1990) : « La perte, la détérioration, la spoliation des objets recommandés donnent droit, sauf le cas de force majeure, soit au profit de l'expéditeur, soit, à défaut ou sur la demande de celui-ci, au profit du destinataire, à une indemnité dont le montant est fixé par décret. » Voir : Civ. 1^{ère}, 18 février 2009, n°08-12.855 : (abstrat) « Répare l'entier préjudice subi l'indemnisation forfaitaire prévue par la réglementation en cas de perte, détérioration ou spoliation, des objets recommandés confiés à La Poste »

³ Com. 29 juin 2010, *Faurecia*, n°09-11.841, Bull. n°115 ; D. 2010. 1832, note D. Mazeaud ; D. 2011. 35, obs. O. Gout, et 472, obs. B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2010. 555, obs. B. Fages.

⁴ Clauses « réclamation de la victime » validées par la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 à l'art. L 124-5 c. assu.

Art. L 124-5 c. ass. : « La garantie est, selon le choix des parties, déclenchée soit par le fait dommageable, soit par la réclamation. Toutefois, lorsqu'elle couvre la responsabilité des personnes physiques en dehors de leur activité professionnelle, la garantie est déclenchée par le fait dommageable. Un décret en Conseil d'Etat peut également imposer l'un de ces modes de déclenchement pour d'autres garanties.

« Le contrat doit, selon les cas, reproduire le texte du troisième ou du quatrième alinéa du présent article.

« La garantie déclenchée par le fait dommageable couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres, dès lors que le fait dommageable survient entre la prise d'effet initiale de la garantie et sa date de résiliation ou d'expiration, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre.

« La garantie déclenchée par la réclamation couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres, dès lors que le fait dommageable est antérieur à la date de résiliation ou d'expiration de la garantie, et que la première réclamation est adressée à l'assuré ou à son assureur entre la prise d'effet initiale de la garantie et l'expiration d'un délai subséquent à sa date de résiliation ou d'expiration mentionné par le contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs des sinistres. (...) ».

⁵ Civ. 1^{ère}, 28 sept. 2004, n°01-11474, Bull. n°212 ; D. 2003.1699, note E. Severin ; RTD civ 2003 p.738, obs. J. Rochfled.

⁶ Civ. 3^e, 26 novembre 2015, n°14-25.761, Bull. ; RGDA 2015, p. 569, note Pascal Dessuet ; Gaz. Pal. 2016, n° 1, p. 35, note Dimitri Houtcieff, et n° 3, p. 28, note Nathalie Blanc ; RD imm. 2016, p. 42, note Jean Roussel : (abstrat) « Toute clause (...) ayant pour effet de réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est génératrice d'une obligation sans cause et doit être réputée non écrite. »

domaine tellement général qu'elle autoriserait l'assureur à ne quasiment jamais verser l'indemnité en cas de sinistre¹.

La clause privant de substance l'obligation essentielle est ainsi de nature à *altérer la confiance légitime du cocontractant*, qui doit pouvoir croire que son paiement a une contrepartie. Le contrôle judiciaire autorisé dans le cadre de l'article 1170 c. civ. a pour fonction de garantir le cocontractant (créancier : client) que la prestation de l'autre est normale (consistante, de qualité standard). Il y a donc un minimum en-deçà duquel la prestation ne peut pas descendre : un transporteur qui ne fait rien pour transporter, un assureur qui fait tout pour ne pas indemniser², un constructeur qui croit pouvoir livrer une habitation inhabitable ... manquent de professionnalisme. La clause minore excessivement la charge de l'exécution pour le débiteur (notamment professionnel).

528. Cette clause illicite sera « **réputée non écrite** ». C'est une nullité partielle : seule la clause est sans valeur, le contrat est maintenu pour le reste. Légalement, la clause est secondaire (ou accessoire). En réalité, ce résultat ne va pas de soi, ce qui explique pourquoi le législateur utilise la fiction (« réputée non écrite ») : même si la clause est déterminante du consentement (et donc principale), seule la clause nocive sera privée d'effet. Réputée non écrite, cette clause est rayée.

La technique de la clause « réputée non écrite » a pour fonction de rendre le contrat normal, conforme à l'attente légitime du client (créancier, cocontractant) : le contrat, purgé de son élément nocif, est revu et corrigé. Le contrat redevient alors normal : le silence (puisque la clause est réputée non écrite) signifie que tout est normal.

528-1. La clause réputée non écrite illustre la variété des **sanctions** applicables à l'auteur d'une *déloyauté contractuelle*. Le dol commis par le contractant qui crée une illusion contractuelle (destinée à tromper le client) peut être assimilé à la clause privant de substance l'obligation essentielle : mais la clause de l'article 1170 c. civ. sera légalement accessoire (ou secondaire), et interdira d'annuler intégralement le contrat (ce à quoi aboutit le dol principal) ou de prévoir une réduction de prix (ce que permet le constat d'un dol incident).

La contrepartie « illusoire ou dérisoire » est également sanctionnée dans le cadre de l'article 1169 c. civ., mais la sanction de ce dernier texte est différente : l'annulation du contrat est intégrale. Dans l'article 1170 c. civ., la clause réputée non écrite signifie que l'on peut choisir de déséquilibrer le contrat : la clause de réclamation

¹ Civ. 3^e, 26 novembre 2014, n° 13-22.505, D. 2014, p. 2463 : l'assureur de la société ayant fourni des ardoises non conformes se prévaut de la clause « selon laquelle sont exclus de la garantie les "dommages résultant du retard ou de l'inexécution de l'engagement pris par l'assuré en matière de livraison de produits ou de réalisation de travaux" ». Rejet du pourvoi de l'assureur : la clause « particulièrement vague devait être interprétée de façon stricte, la cour d'appel, qui a pu en déduire qu'elle ne pouvait s'appliquer à la livraison de produit de mauvaise qualité, *sauf à vider de sa substance le contrat d'assurance*, a légalement justifié sa décision de ce chef »

² Civ. 3^e, 14 déc. 2017, n°16-18.188, Bull. : clause d'exclusion de garantie qui vide de sa substance le contrat d'assurance.

faite, même si elle a pour contrepartie une minoration du montant de la prime d'assurance, sera seule affectée. Le client bénéficiera du low cost, mais avec une véritable prestation.

(529- à 534. : réservés)

2/ Les clauses abusives : le déséquilibre accessoire du contrat

535. Les clauses abusives sont des stipulations contractuelles, le plus souvent incluses dans les conditions générales de vente d'un professionnel, qui portent sur un aspect secondaire du contrat (clause limitative de responsabilité¹ ou entravant l'action en justice² ; clause permettant au professionnel de décider unilatéralement ...). Ces clauses, sanctionnées en droit de la consommation (art. L 212-1 c. conso.³), figurent désormais à l'article 1171 c. civ.⁴, donc en droit du contrat : lorsqu'une clause contredit l'attente légitime du cocontractant et déséquilibre ainsi le contrat, la clause sera réputée non écrite.

La clause abusive *déséquilibre* le contrat sur un aspect secondaire ou accessoire (et non pas principal, comme dans la lésion ou la contrepartie dérisoire). Lorsqu'il s'engage, le consommateur et désormais tout contractant sait ce qu'il achète et à quel prix (clauses principales) ; mais une clause, fréquemment noyée parmi d'autres au sein de conditions générales (écrites au verso en petit caractères ou acceptées par un clic⁵), vient préciser que le délai de livraison est indicatif à six mois près, ou que l'inexécution du professionnel, tarifée par une clause limitative de responsabilité, lui permet de ne rien rembourser ou presque⁶. La clause abusive est une stipulation contractuelle accessoire qui tend à procurer au professionnel un avantage excessif.

¹ Civ. 1^{ère}, 11 décembre 2019, n°18-21.164, Bull. ; JCP G 2020, 162, note Charlotte Dubois ; D. 2019, p. 2405 (clause limitant à 152 € par meuble le montant de la réparation allouée au client en cas de manquement du déménageur) : (abstrat) « La clause ayant pour objet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement du professionnel à l'une de ses obligations est présumée abusive de manière irréfragable. »

² Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2020, n°18-19.241 (clause abusive consistant à imposer un consommateur une procédure complexe d'arbitrage).

³ Art. L 212-1 c. conso. : « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

(...)

« L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. (...) »

⁴ Art. 1171 c. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

⁵ Cjue, 3e ch., 21 mai 2015, n° C-322/14, D. 2015, p.1279 (admettant la technique d'acceptation par « clic » des conditions générales d'un contrat de vente contenant une clause attributive de juridiction).

⁶ Ou bien encore, la clause attributive de compétence juridictionnelle impose au consommateur de saisir des juridictions lointaines et coûteuses. Voir, à propos de l'article 15 des conditions générales de Facebook (juridictions californiennes) : CA Paris, pôle 2, ch. 2, 12 février 2016, n° 15/08624, D. 2016 p.422.

Toutefois, pour admettre cet excès, il faut au préalable préciser le *contenu de la liberté contractuelle* et prendre parti dans le débat sur la fonction du contrat, acte de prévision pour l'autonomie de la volonté, acte d'équilibre pour le solidarisme.

- Selon l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle permet à chacun de défendre son intérêt, et chacun doit savoir refuser une équation contractuelle qu'il juge inappropriée ou déséquilibrée. Si un contractant signe un contrat, sans prendre garde au contenu de toutes les clauses (figurant dans l'écrit pré-rédigé par le professionnel : contrat d'adhésion), il commet une imprudence (et sauf vice du consentement, le contrat sera valable). Le juge n'a pas pour mission de contrôler le contenu du contrat : une clause contractuelle, négociée ou figurant dans un contrat d'adhésion, exprime la volonté contractuelle des parties. Le juge ne sanctionnera tout au plus qu'un abus, supposant d'établir une intention malveillante du contractant : la liberté contractuelle est consistante, et seul un abus de droit sera sanctionné.
- Selon le courant solidariste, la liberté contractuelle est un droit-fonction : chacun peut légitimement s'attendre à ce qu'un contrat soit normal quand il s'engage. La lecture (intentionnellement) fastidieuse des clauses figurant dans les conditions générales d'un professionnel peut ainsi traduire une mauvaise foi, car la détection de l'avantage excessif suppose souvent une compétence juridique particulière. Quel consommateur pourrait-il comprendre que la clause attributive de compétence juridictionnelle en cas de litige est destinée à imposer au consommateur des frais de déplacement, des frais d'avocat et de suivre une procédure différente de celle de droit commun pour saisir valablement la juridiction en question ? En trompant l'attente légitime du consommateur, le cocontractant qui s'engage dans un contrat rédigé par l'autre doit pouvoir s'attendre à ce que son contenu soit normal et équilibré ; et si tel n'est pas le cas, le contrat sera normalisé, rééquilibré par le juge. Ce résultat est conforme à ce qu'enseigne la théorie solidariste : la liberté contractuelle est un droit-fonction, le contrat synallagmatique n'est justifié que si il réalise un échange effectif. Il existe une conséquence technique à cette position : l'abus de la liberté contractuelle sera constaté objectivement, sans aucune recherche d'intention malveillante de la part du contractant.

En droit positif¹, le législateur (français, comme européen) a dû prendre position : en validant dans l'ensemble les thèses solidaristes, la loi garantit la loyauté des échanges (en ne donnant aucun effet

¹ La législation sur les clauses abusives est commune aux droit civils occidentaux. Aux Etats-Unis, dès 1962, l'équivalent des clauses abusives est légalisé dans l'Uniform Commercial Code, consacrant la jurisprudence de Common Law. En Europe, la Suède (1971), Le Royaume-Uni (1973 et 1977), le Danemark (1974) et l'Allemagne (1976) ont adopté des législations relatives aux clauses abusives.

aux clauses de nature à altérer la confiance publique dans le commerce), mais avec une contrepartie : le contenu du contrat sera standardisé (normalisé, équilibré). Le respect de l'attente légitime du cocontractant sera assuré par une autorité, chargée de contrôler les clauses, abusives ou légitimes, convenues entre les parties.

536. Le **législateur français** a commencé par adopter une vision prudente, voire même réservée, face aux clauses abusives, qui peuvent apparaître comme le cheval de Troie pour une liberté contractuelle conforme aux principes du libéralisme économique. L'ordonnance du 10 février 2016 a fini par balayer ces réserves : les clauses abusives figurent désormais dans le code civil, ce qui signifie qu'un contrat conclu entre professionnels est soumis à l'article 1171 c. civ. Selon ce texte, « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. » L'aliéna suivant précise que : « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

Les craintes du législateur français l'avait conduit à poser deux obstacles, pour limiter les atteintes à la liberté contractuelle. Le premier a disparu : l'article 1171 c. civ. ne parle plus des autorités compétentes chargées d'identifier ces clauses abusives (a). Le second relatif au contenu de ces clauses abusives (b) est maintenu, et apparaît à l'alinéa second : seul un déséquilibre significatif mais accessoire sera sanctionné.

a/ La détermination de la clause abusive : l'étendue du contrôle judiciaire

537. La **détermination de la clause abusive**, en droit du contrat (art. 1171 c. civ.¹) mais aussi en droit de la consommation, a pour fonction d'identifier l'autorité compétente, chargée de faire respecter la réglementation. Deux autorités distinctes sont en charge de cette question:

- le pouvoir exécutif (gouvernement), qui édicte des règlements ;
- le juge judiciaire qui peut déclarer des clauses abusives.

537-1. Apparemment neutre, la question de **l'autorité chargée d'identifier** les clauses abusives a conduit à un conflit entre les pouvoirs législatif et exécutif d'une part, et le pouvoir judiciaire d'autre part.

En 1978, le législateur (loi n°78-23 du 10 janv. 1978) avait confié au seul gouvernement le soin d'identifier les clauses abusives : il s'agissait d'exclure les juges de tout pouvoir en la matière. Techniquement, le *pouvoir*

¹ Art. 1171 c. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

réglementaire devait respecter une procédure lourde (décret pris en conseil d'état après avis de la commission des clauses abusives) : le juge judiciaire devait se borner à constater que la clause était abusive en comparant la liste légale (décrivant la clause abusive) et le contrat déféré devant lui. La méfiance du législateur français face aux juges s'expliquait par l'orientation solidariste de la jurisprudence.

Or, face à la carence du gouvernement (en 1991, un seul décret avait été adopté et il fut partiellement annulé par le conseil d'état), la cour de cassation (Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991¹) a affirmé son pouvoir (dépourvu de base légale) d'identifier et surtout de sanctionner effectivement les clauses abusives : par ce « *coup d'État* » (Jean Carbonnier²), tout juge saisi d'un litige pourra déclarer une clause abusive, sans se référer à la liste légale. Implicitement validée par la loi du 1^{er} février 1995, cette intrusion du pouvoir judiciaire est désormais légale³ : ce sont les clauses *déclarées abusives* (par le juge).

538. Dans le code de la consommation, le **pouvoir réglementaire** dispose du pouvoir d'identifier des clauses abusives en établissant une liste publiée par décret (pris en Conseil d'État, après avis de la commission des clauses abusives). Deux catégories de clauses sont distinguées : celles qui sont réputées abusives et celles qui sont présumées abusives.

Les clauses *réputées* abusives (système initial⁴) figurent sur la « liste noire » (art. L. 212-1 al. 4 c. conso.⁵) : le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation, il lui suffit de comparer la clause du contrat avec celle figurant dans la liste figurant désormais à l'article R 212-1 c. conso.⁶. Ainsi,

¹ Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, n°89-20999, Bull. n°153 ; D. 1991, p.449 note J. Ghestin ; Defrénois 1991, p.1268, obs. J.-L. Aubert.

² Jean Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, tome IV, 1992, Puf, Thémis, n°83, p.168.

³ En annexe de l'art. 212-1, il existe une liste de clauses pouvant être regardées comme abusive, cette liste étant purement indicative : c'est donc implicitement affirmer que le juge peut déclarer une clause abusive.

⁴ Le décret du 24 mars 1978 visait trois clauses abusives, dont l'une a été annulée par le C.E., 3 déc. 1980, JCP G 1981.II.19502, concl. Hagelsteen : les deux restantes figurent désormais aux art. R. 212-1 3° (modification unilatérale des caractéristiques du bien ou service) et R 212-1 6° c. conso. (réduction ou suppression du droit à réparation).

⁵ Art. L 212-1 c. conso. : « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. / (...) / (...) /

« Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission des clauses abusives, détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa. »

⁶ Art. R 212-1 c. conso. (décret n°2016-884 du 29 juin 2016) : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions des premier et quatrième alinéas de l'article L. 212-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

1° Constater l'adhésion du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ; 2° Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ; 3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre ; 4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ; 5° Contraindre le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ; 6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ; 7° Interdire au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ; 8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur ; 9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat ; 10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long

seront systématiquement abusives la clause réduisant le droit à réparation du client (consommateur) lorsque le déménageur a manqué à ses obligations¹ ou celle par laquelle un professionnel se réserve le « droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre » (art. R 212-1 3° c. conso.).

Les clauses *présumées* abusives figurent sur la « liste grise » (art. L 212-1 al. 5 c. conso.²) : le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation, lorsque la clause du contrat figure également sur la liste (art. R 212-2 c. conso.³). Pour renverser la présomption, le professionnel doit prouver que, contrairement aux apparences, la clause contractuelle est légitime, parce qu'elle ne crée pas un déséquilibre significatif. Seront donc *présumées* abusives,

- les clauses ayant pour objet d'entraver l'action en justice : en imposant au consommateur de plaider dans un lieu éloigné de son domicile (clause attributive de juridiction) ; de saisir au préalable une commission de conciliation (Civ. 3^e, 19 janvier 2022⁴) ou de respecter une procédure complexe d'arbitrage⁵ ;

pour le consommateur que pour le professionnel ; 11° Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel ; 12° Imposer au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat. »

¹ Civ. 1^{ère}, 11 décembre 2019, n°18-21.164, Bull. ; JCP G 2020, 162, note Charlotte Dubois ; D. 2019, p. 2405 (clause limitant à 152 € par meuble le montant de la réparation allouée au client en cas de manquement du déménageur) : (abstrat) « La clause ayant pour objet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement du professionnel à l'une de ses obligations est présumée abusive de manière irréfragable. »

² Art. L 212-1 al. 5 c. conso. : « Un décret [en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission des clauses abusives] (...) détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse. »

³ Art. R 212-2 c. conso. : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions des premier et cinquième alinéas de l'article L. 212-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

1° Prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;

2° Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 214-1, si c'est le professionnel qui renonce ;

3° Imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ;

4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;

5° Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du consommateur ;

6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 212-1 ;

7° Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise ;

8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le consommateur que pour le professionnel ;

9° Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ;

10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges. »

⁴ Civ. 3^e, 19 janvier 2022, n°21-11.095, Bull. ; D. 2022, p.928 : (clause imposant au consommateur de saisir une commission de conciliation avant toute saisie des tribunaux).

⁵ Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2020, n°18-19.241 (clause abusive consistant à imposer un consommateur une procédure complexe d'arbitrage).

- les clauses ayant pour objet de limiter l'indemnisation due quand le professionnel du déménagement cause un dégât aux meubles transportés (Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019¹).

539. Le **pouvoir judiciaire** s'étant également déclaré compétent pour identifier les clauses *déclarées* abusives (Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, préc.), le juge, saisi d'un litige portant sur l'exécution d'un contrat (et d'un grief portant le caractère abusif d'une clause), exerce désormais le contrôle intensif sur le contenu du contrat, au regard de l'attente légitime d'un contractant (ou de l'exigence de bonne foi contractuelle).

La jurisprudence, active dans ce domaine, exerce désormais *plusieurs types de contrôle*.

- Certaines clauses octroient un pouvoir excessif au contractant (clause assimilant la prise de possession à la réception de l'immeuble à construire² ; clause permettant à l'établissement d'enseignement de conserver l'intégralité de la somme, même si l'étudiant invoque un juste motif de rupture³ etc ...) et à l'inverse des clauses légitimes (clause qui majore le délai de livraison d'un bâtiment en cas d'intempéries⁴, de grève ou de dépôt de bilan d'un sous-traitant⁵ ; clause qui ne prévoit pas explicitement que l'emprunteur défaillant peut présenter un acquéreur afin de solder la dette⁶).
- D'autres clauses sont rédigées de façon ambiguë (clause dont la rédaction laisse croire au consommateur qu'il perdrait toute garantie, quand son véhicule est réparé par des pièces non d'origine⁷).

¹ Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n°18-21.164, Bull. ; D. 2019, p. 2405 (clause limitant à 152 € par meuble le montant de la réparation allouée au client en cas de manquement du déménageur).

² Civ. 3^e, 6 mai 2015, n°13-24.947, Bull. ; JCP 2015, éd. G, 722, note Yves-Marie Serinet ; RD imm. 2015, p. 355, note Fanny Garcia ; revue Procédures 2015, comm. 215, note Yves Strickler ; JCP 2015, éd. E, II, 1357, note Sophie Le Gac-Pech : clause abusive assimilant à la réception d'un immeuble à construire la prise de possession.

³ Civ. 1^{ère}, 13 décembre 2012, n° 11-27.766, Bull. ; JCP E 2013, n°1054, p. 34 à 37, note Nicolas Le Bail-Dupont ("La clause abusive et l'établissement d'enseignement privé") ; JCP G 2013, Actualités, n°6, p. 10-11, note Stéphane Prieur ; JCP G 2013, n°140, p. 245 à 247, note Gilles Paisant.

⁴ Civ. 3^e, 23 mai 2019, n° 18-14.212, Bull. ; JCP N 2019, Act., 536, note Vivien Zalewski-Sicard ; Ann. loyers, juillet-août 2019, p. 108, note Bastien Brignon ; Contrats, conc. consom. 2019, comm. 131, note Sabine Bernheim-Desvoux : (abstrat) « La clause d'un contrat de vente en l'état futur d'achèvement, conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur, qui stipule qu'en cas de cause légitime de suspension du délai de livraison du bien vendu, justifiée par le vendeur à l'acquéreur par une lettre du maître d'oeuvre, la livraison du bien vendu sera retardée d'un temps égal au double de celui effectivement enregistré en raison de leur répercussion sur l'organisation générale du chantier n'a ni pour objet ni pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat et, partant, n'est pas abusive.

⁵ Civ. 3^e, 24 octobre 2012, n°11-17.800, Bull. : un tel délai « n'a ni pour objet ni pour effet de créer, au détriment des acquéreurs non professionnels, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat et, partant, n'est pas abusive. »

⁶ Cour de cassation 28 novembre 2016, avis n°16-70.009, Bull. ; D. 2016, p.2516 : est abusive « la clause, telle qu'interprétée par le juge, ne prévoyant pas, en cas de revente par le prêteur du bien financé grevé d'une réserve de propriété, la possibilité pour l'emprunteur de présenter lui-même un acheteur faisant une offre. » Une revente amiable par l'acquéreur-emprunteur permet de trouver un acquéreur standard, et donc de vendre au prix du marché.

⁷ Civ. 1^{ère}, 20 mars 2013, n°12-14.432 : la clause « a pour effet de laisser croire au consommateur que l'utilisation de pièces non d'origine emporte en toute hypothèse exclusion de la garantie conventionnelle ». L'arrêt précurseur est Civ. 1^{ère}, 19 juin 2001, Bull. n°181.

- D'autres clauses encore font peser un risque excessif sur un contractant (risque de change pesant exclusivement sur l'emprunteur¹). La jurisprudence contemporaine exerce un contrôle intensif sur l'économie précise de chaque contrat.

Techniquement, le juge français se réfère à deux textes.

- En droit du contrat, l'article 1171 c. civ. s'applique à tout contractant, mais il faut être en présence d'un contrat d'adhésion (art. 1110 c. civ.²): la victime n'a pas négocié les clauses en question, qui figuraient dans les conditions générales du rédacteur du contrat. Une clause négociée ne peut pas être abusive en droit du contrat (solution identique à celle résultant de l'art. 3.1 direct. n° 93/13/CEE, du 5 avril 1993³).
- En droit spécial de la consommation, le contrat conclu entre un consommateur et un professionnel est soumis à l'article L 212-1 c. conso. : en pratique, le juge judiciaire s'inspire des recommandations effectuées par la commission des clauses abusives.

539-1. La législation catégorielle, inapplicable au contrat conclu entre consommateurs ou entre professionnels, prévue dans le code de la consommation suppose de distinguer entre le consommateur (ou non-professionnel) et le professionnel (art. liminaire c. conso.⁴ ; art. L. 212-1 c. conso.⁵).

¹ Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n°16-13.050, Bull. ; D. 2017, somm., p. 758 ; JCP 2017, éd. G, Act., 413, et II, 532, note Thierry Bonneau, le JCP 2017, éd. E, Act., n° 265, et chron. 1246, spéc. n° 8, note Albert Salgueiro, et le JCP 2017, éd. N, Act., n° 461, et II, n° 1158, note Stéphane Piédelièvre. En l'espèce, l'emprunt indexé sur le franc suisse avait doublé le montant restant à rembourser ; Civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n°17-11.337, Bull. ; D. 2018, somm., p. 1069 ; Defrénois 2018, n° 23, p. 7 ; JCP 2018, éd. E, chron. 1418, spéc. n° 4, note Romain Loir (cassation pour manque de base légale de l'arrêt admettant l'emprunt indexé sur le franc suisse : « toute dépréciation de l'euro par rapport au franc suisse avait pour conséquence d'augmenter le montant du capital restant dû et, ainsi, la durée d'amortissement du prêt d'un délai maximum de cinq ans »)

² Art. 1110 al. 2 c. civ. : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. »

³ Art. 3-1 direct. n°93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. » Voir : François Chénéde, *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme*, D. 2015 p. 1226 (proposant de limiter le domaine des clauses abusives aux contrats d'adhésion).

⁴ Art. liminaire c. conso. : « Pour l'application du présent code, on entend par :

- consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ;

- non-professionnel : toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ;

- professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel. »

⁵ Art. L 212-1 c. conso. : « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. » ; art. L 212-2 c. conso. : « Les dispositions de l'article L. 212-1 sont également applicables aux contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels. »

Un *consommateur* est la personne (physique selon la Cjue¹) qui conclut un contrat pour ses besoins personnels : le médecin qui achète une télévision. Un non-professionnel (notion spécifique au droit français) est la personne (physique ou morale²) qui contracte en dehors de sa sphère de compétence traditionnelle : il en ira ainsi pour le médecin qui acquiert un véhicule pour ses déplacements professionnels, mais il existe des décisions en sens contraire le médecin qui acquiert un véhicule professionnel³ a pu être qualifié de professionnel.

Le *professionnel*, en revanche, agit dans sa sphère de compétence⁴. La jurisprudence⁵ retient le critère de lien avec l'activité professionnelle (même si le professionnel n'est pas dans sa sphère de compétence) : ainsi, est professionnel le contrat de crédit-bail souscrit par un professionnel pour financer un matériel professionnel sera un contrat conclu entre professionnels.

La distinction entre consommateur, non-professionnel et professionnel est uniquement applicable en droit de la consommation.

540. L'autorité judiciaire contrôle donc désormais massivement le contenu des clauses d'un contrat, en distinguant celles qui sont conformes à la loyauté contractuelle (à la bonne foi, à l'attente légitime du contractant) et celles qui sont abusives (trompeuses, ambiguës, excessives).

Cet abus sera constaté objectivement, au regard de l'économie générale du contrat, sans que la mauvaise foi du professionnel ne soit spécifiquement établie (même si l'article 3 de la directive du 5 avril 1993⁶ fait référence à la bonne foi, ce que suggère le terme même de clause « abusive »). Il suffit d'être en présence d'un déséquilibre entre les droits et obligations des parties, mais en précisant que ce déséquilibre est significatif et accessoire.

b/ Le contenu des clauses abusives : un déséquilibre significatif mais accessoire

541. Le **contenu des clauses abusives** est encadré par la loi, qui fixe deux conditions cumulatives. La loi ne dresse pas une liste détaillée de tous les abus (charge réservée en 1978 au pouvoir réglementaire), comme elle le fait dans la lésion, mais fixe deux lignes directrices. Le déséquilibre est significatif et accessoire, en présence d'un contrat d'adhésion.

¹ Selon la Cjue, 22 nov. 2001, C-541/99 et C542/99 : « la notion de consommateur (...) doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques ».

² Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n°02-13.285, Bull. n° 135 : « la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives ».

³ Civ. 2^e, 18 mars 2003, n°03-10.327, Dalloz 2004, aff., p. 1018 à 1019, obs. C. Rondey.

⁴ J. Calais-Auloy et Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz 9e éd., 2015, § 3 : « Le professionnel est la personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit aux fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou autre. C'est le caractère habituel et organisé de son activité qui fait la force du professionnel : il est, dans l'exercice de cette activité, plus informé et plus compétent que le consommateur ».

⁵ Civ. 1^{ère}, 26 novembre 2002, n° 00-17.610, Bull. n° 290 ; Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2015, n°14-17.051, Bull. n° 184.

⁶ Direct. n°93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, art. 3 : est abusive la clause qui « en dépit de l'exigence de bonne foi (...) crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

Selon l'article 1171 al. 1^{er} c. civ.¹ et l'article L 212-1 al. 1^{er} c. conso.², la clause abusive a « pour objet ou pour effet de créer un *déséquilibre significatif* entre les droits et les obligations des parties au contrat ». Ce déséquilibre significatif³ (et non pas modeste ou quelconque) résulte de la comparaison objective entre la prestation de l'un et la contre-prestation de l'autre : il doit avoir une certaine ampleur, que la loi cependant ne détermine pas. Ce constat suffit : il est inutile de caractériser la mauvaise foi du professionnel ou l'abus de puissance qu'il chercherait à imposer.

Le déséquilibre doit porter sur une *clause accessoire* (art. 1171 al. 2 c. civ.⁴ et L 212-1 al. 3 c. conso.⁵). Normalement, le consommateur sait, en principe, ce qu'il achète (objet⁶) et à quel prix ; le législateur refuse tout contrôle judiciaire sur le prix ou toute autre clause essentielle (à savoir une clause spécialement négociée entre les parties). La clause essentielle ne peut pas être qualifiée de clause abusive⁷, sous réserve d'une précision.

En droit du contrat, une troisième condition est posée par l'article 1171 c. civ.⁸. La clause abusive n'est admise que « dans un *contrat d'adhésion* [...] » : si la clause est négociée (sachant que la clause obscure sera interprétée « contre » le rédacteur : infra), les parties fixent librement les clauses essentielles de leur équation contractuelle. Si le professionnel a besoin d'une clause anormale, il devra transformer son statut : il faut qu'elle devienne une clause essentielle. Pour cela, il faudra que la clause soit négociée (interdiction du contrat-type) et que le consommateur comprenne clairement

¹ Art. 1171 al. 1^{er} c. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. »

² Art. L 212-1 al. 1^{er} c. conso. : « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. »

³ Dans les relations entre professionnels, des textes spéciaux existent également (et sanctionnent un déséquilibre principal). Voir, art. L 442-6 c. com. : « I.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; »

⁴ Art. 1171 c. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

⁵ Art. L 212-1 al. 3 c. conso. : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. »

⁶ Ainsi, pour « la clause relative à la garantie de l'incapacité temporaire totale de travail qui, claire et compréhensible, définit l'objet principal du contrat » (Civ. 1^{ère}, 13 décembre 2012, n°11-27.631. ; Dalloz, 2013, p. 6).

⁷ Ainsi, la clause d'indexation du prêt qualifiée d'essentielle ne sera jamais une clause abusive, sauf si elle est rédigée de manière obscure : Cjue, 2^e ch., 20 sept. 2017, n° C-186/16, D. 2017 p.2401 ; Civ. 1^{ère}, 3 mai 2018, n°17-13.593, Bull. ; D. 2018, somm., p. 1004, et p. 1355, note Denis Mazeaud ; JCP G 2018.II.671, note Jérôme Lasserre Capdeville ; Contrats, conc. consom. 2018, comm. 142, note Sabine Bernheim-Desvaux ; JCP E 2018, chron. 1418, spéc. n° 4, note Romain Loir ; Banque et droit, juillet-août 2018, p. 12, note Sophie Gjidara-Decaix : « [...] La clause d'un prêt libellé en francs suisses et remboursable en euros, qui prévoit la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels, après paiement des charges annexes du crédit, définit l'objet principal du contrat. »

⁸ Art. 1171 c. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

que le professionnel n'assume pas tel ou tel risque (ce qui est une application du consensualisme de principe).

541-1. La transformation d'une clause accessoire en clause principale s'effectue, en réalité, conformément au consensualisme de principe. En droit de la consommation, il s'agit de s'assurer que le consommateur a compris, ce à quoi correspond l'exigence d'un caractère clair et compréhensible d'une clause. En droit du contrat, pour qu'une clause habituellement tenue pour secondaire devienne essentielle, il faut que les parties en conviennent clairement. Dans les deux cas, on applique le même principe : à défaut de précision contraire (claire ou négociée), le contractant (consommateur, client) peut légitimement croire recevoir une prestation normale.

Selon l'article L 212-1 al. 3 c. conso.¹ (mais la précision n'est pas reprise à l'article 1171 c. civ.), toute clause contractuelle qui n'est pas « rédigée de façon claire et compréhensible »² peut devenir abusive. Sera ainsi une clause abusive le prix réel camouflé par un prix d'annonce (apparent) moindre ou la clause du contrat d'assurance prévoyant des exclusions complexes de garantie. Il s'agit uniquement d'imposer un prix *lisible*, clair et compréhensible : le contrôle ne porte pas sur l'adéquation du prix au service ou au bien vendu. De même, l'exigence de clarté conduit uniquement à faire en sorte que le consommateur comprenne l'objet (même complexe) de la clause d'indexation de son prêt sur le franc suisse³. L'objectif n'est donc pas de standardiser les prestations ou de porter atteinte à la liberté contractuelle : il suffit de s'entendre clairement sur les clauses essentielles.

En *droit de la consommation*, l'objet d'une clause devient principal dès lors que le consommateur est clairement informé. Le professionnel l'informe loyalement d'une caractéristique essentielle : le consommateur comprend alors que la carte prépayée de téléphone aura une durée de validité limitée dans le temps⁴ ; l'assuré comprend clairement que son assurance-dommage contient une exclusion de garantie en cas de conduite en état

¹ Art. L 212-1 al. 3 c. conso. : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. »

² Art. 4-2 de la directive n°93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 : « pour autant que ces clauses [relatives au prix du service ou du produit] soient rédigées de façon claire et compréhensible ». La loi du 1^{er} février 1995 avait omis de transposer cette précision. La menace d'un recours en manquement a conduit le législateur français à adopter l'ordonnance du 23 août 2001 qui transpose la précision « pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible ».

³ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2018, n°17-13.593, préc. : « Est légalement justifiée la décision qui, pour retenir le caractère clair et compréhensible d'une telle clause [indexation du prêt sur le franc suisse], relève qu'elle figure dans une offre préalable qui précise que le prêt contracté est libellé en francs suisses, que l'amortissement du prêt se fait par la conversion des échéances fixes payées en euros, qu'une telle conversion s'opère selon un taux de change qui est susceptible d'évoluer à la hausse ou à la baisse et que cette évolution peut entraîner l'allongement ou la réduction de la durée d'amortissement du prêt et, le cas échéant, modifier la charge totale de remboursement. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n° 14-13.194, Bull. ; RLDC, n° 5928, note Mélanie Jaoul : (abstrat) « Ne relève pas de l'article L. [212-1] du code de la consommation la clause limitant la durée de validité du crédit de consommation et de la ligne dédiée d'une carte prépayée commercialisée par un opérateur de téléphonie mobile, dès lors qu'une telle clause participe de la définition de l'objet principal du contrat. » ; Civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n°14-13.193, Bull. ; RLDC, n° 5928, note Mélanie Jaoul : (abstrat) « Répondent aux exigences légales les clauses des conditions générales d'utilisation d'un opérateur de téléphonie mobile qui renvoient à la documentation commerciale établie par cet opérateur, dès lors que celle-ci est clairement identifiable par le consommateur (...) ».

alcoolique¹. Conformément à l'article L 111-1 c. conso.², le consommateur est alors en mesure de connaître les « caractéristiques essentielles » du bien ou du service fourni par le professionnel. Dans une logique similaire, le professionnel qui organise une loterie devient clairement indiquer que le gain contient un aléa sur la délivrance du lot (Mixte, 6 septembre 2002³). L'information claire et loyale sur la qualité permet au consommateur de ne pas être trompé⁴ : son attente légitime est-elle pour autant respectée ?

Au final, une clause habituellement tenue comme secondaire ne sera écartée que si le consommateur est clairement informé et que si le contractant a pu réellement négocier : alors, cette clause devient essentielle (c-à-d. principale). L'emploi de ces deux critères se combine : un consommateur, clairement informé d'une clause négociable, ne pourra pas prétendre subir une clause abusive. Le domaine d'application de la clause abusive n'est donc pas aussi général qu'on pourrait le croire à première vue : le juge français ne dispose pas du pouvoir d'écarter toute clause qu'il jugerait accessoire et excessive.

542. L'évolution contemporaine de la législation relative aux clauses abusives montre une **extension du contrôle**. Les clauses abusives permettent de remplir plusieurs grandes fonctions : imposer la clarté de l'information, interdire les prestations de mauvaise qualité et plus généralement ne pas altérer la confiance légitime du contractant.

La clause abusive permet de *contrôler l'équilibre du contrat*. Le locataire (même d'un local meublé, non soumis à la loi de 1989 sur les baux d'habitation) peut s'attendre à ce qu'il ne doive payer au bailleur que les charges récupérables. La clause modifiant la répartition légale entre charges récupérables et non récupérables sera déclarée abusive⁵.

Le *caractère lisible et compréhensible* des clauses contractuelles impose également au professionnel de mettre le consommateur à même de comprendre le contrat, sans être surpris par des exclusions, diverses et variées, ou plus généralement par des clauses remettant en cause l'économie

¹ Civ. 2^e, 8 juillet 2021, n°19-25.552 (n° 705 FS-B) (n'est pas abusive la clause excluant la garantie de l'assurance-dommage en cas de conduite en état alcoolique).

² Art. L 111-1 c. conso. : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : 1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, (...); 2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 112-1 à L. 112-4 ; (...) ».

³ Mixte, 6 septembre 2002, n°98-22.981 : « les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers ; (...) l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer »

⁴ Cjue, 3e ch., 23 avril 2015, n°C-96/14, à propos d'une clause du contrat d'assurance souscrit par un emprunteur : la clause affecte un élément essentiel du contrat d'assurance, et l'économie générale de la convention doit être clairement exprimée.

⁵ Civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° 14-25523, Bull. n° 841 : (abstrat) « La clause d'un bail portant sur un logement meublé constituant la résidence principale du preneur qui prévoit que le locataire doit rembourser au bailleur toutes les charges, quelle qu'en soit la nature, y compris les frais d'entretien ou de réparation des parties communes, afférentes tant aux biens loués qu'à l'immeuble dans lequel ils se trouvent aux seules exceptions de l'assurance de l'immeuble et des honoraires de gestion de l'immeuble et des biens loués est abusive en ce qu'elle fait peser sur le locataire la quasi-totalité des dépenses incombant normalement au bailleur qui en est ainsi dispensé sans contrepartie ».

de la convention¹. L'exigence provient aussi bien de la législation communautaire² que française³. La clause ambiguë est devenue une clause abusive.

La clause abusive permet enfin d'*interdire des prestations de mauvaise qualité*. Lorsqu'un professionnel cherche à éluder ses obligations (par une clause limitative de responsabilité, notamment), en se permettant de réaliser des prestations de mauvaise qualité (livraison tardive pour un transporteur : Com., 22 oct. 1996, *Chronopost*⁴ infra), la clause déclarée abusive fixe un standard minimal de qualité professionnelle. La fonction de l'article 1171 c. civ. rejoint celle de l'article 1170 c. civ.⁵ : la clause abusive est aussi une technique de contrôle de la qualité des prestations. Il s'agit d'imposer une qualité minimale.

En droit du contrat, la législation sur les clauses abusives permet donc de *standardiser les prestations contractuelles* : le cocontractant peut s'attendre légitimement à recevoir une prestation de qualité convenable, sans avoir à lire le détail des conditions générales de son cocontractant, puisque la clause ambiguë est anormale.

542-1. Des **clauses abusives spéciales** dotées d'un domaine d'application très limité font l'objet de dispositions ponctuelles, en droit des contrats spéciaux (baux d'habitation) ou en droit général du contrat (clause pénale).

Ces clauses réputées non écrites tendent à identifier des abus ponctuels, le plus souvent commis par des contractants en *situation de puissance* et tentés d'en profiter. Le cocontractant n'est alors pas en situation de refuser la clause : tel locataire (loi n°89-462 du 6 juillet 1989) se voit imposer une amende par le bailleur en cas de violation du règlement de copropriété (art. 4 i), ou se voit interdire de rechercher la responsabilité du bailleur (art. 4 m). La liste légale désigne toute une série d'abus de pouvoir qu'un bailleur serait tenté de

¹ Sur le risque de taux de change d'un prêt libellé en francs suisse et remboursable en € : Civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n°17-11.337, D. 2018 p.1069

² Cjue, 3e ch., 23-04-2015, n° C-96/14 (à propos d'une clause du contrat d'assurance, relative à la prise en charge des échéances dues par l'emprunteur en cas d'invalidité : il faut notamment que « ladite clause est rédigée de manière claire et compréhensible, c'est-à-dire qu'elle est non seulement intelligible pour le consommateur sur un plan grammatical, mais également que le contrat expose de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme auquel se réfère la clause concernée ainsi que la relation entre ce mécanisme et celui prescrit par d'autres clauses, de sorte que ce consommateur soit mis en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui. »

³ Art. L111-1 c. conso. : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : 1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ; 2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 112-1 à L. 112-4 ; (...) »

⁴ Com., 22 oct. 1996, *Chronopost*, n° 93-18632, Bull. n° 261 ; D. 1997, p.147, note Christian Larroumet ; D. 1997, p.121, note Alain Sériaux ; Contrats, conc., consom. févr. 1997, p. 9, note Laurent Leveneur ; RTD civ. 1997, p. 419, obs. Jacques Mestre ; Defrénois 1997, art. 36516, n°20, p.333, obs. Denis Mazeaud ; JCP 1997, I, n° 4025, obs. Geneviève Viney, n° 17; adde RTD civ. 1998, p. 213, note Nicolas Molfessis ; JCP 1998, p.152, J.-P. Chazal : (abstrat) « Doit être réputée non écrite la clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de transport fixant l'indemnisation du retard au montant du prix du transport, dès lors que le transporteur, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, qui s'était engagé à livrer le pli de l'expéditeur dans un délai déterminé, avait, en ne livrant pas dans ce délai, manqué à cette obligation essentielle dont la clause contredit la portée ».

⁵ Art. 1170 c. civ. : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

commettre : réputées non écrites, ces clauses sont, au sens non technique du terme, des clauses abusives. Elles relèvent du droit des contrats spéciaux.

En droit général du contrat, l'article 1231-5 c. civ.¹, la *clause pénale* est un forfait de responsabilité, dû en présence d'une inexécution du débiteur (ce dernier doit telle somme par jour de retard ; ou telle somme en cas d'exécution défectueuse du contrat). Conformément à la force obligatoire des conventions, la clause pénale est due (al.1^{er}), mais le législateur a imposé une certaine mesure, en présence d'une clause manifestement excessive ou dérisoire : (al.2) « Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est *manifestement excessive ou dérisoire* ». Cette clause spéciale est *accessoire*, car elle produit un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Elle est également excessive (car procurant un enrichissement injuste) ou dérisoire (car permettant au débiteur de ne pas avoir à exécuter le contrat). Mais la sanction diffère de la clause pénale au sens stricte : le juge, autorisé par le législateur, rétablit l'équilibre, même d'office (à défaut de demande de la partie débitrice). Techniquement, la clause pénale manifestement excessive n'est pas réputée non écrite : elle est rééquilibrée.

La clause pénale manifestement excessive peut ainsi faire l'objet de deux sanctions différentes. En tant que clause abusive au sens strict (art. 1171 c. civ.), elle peut être réputée non écrite ; en tant que clause spéciale, elle peut être réduite (ou accrue) par le juge.

c/ La sanction de la clause abusive : réputée non écrite

543. La **sanction de la clause abusive** donne lieu à l'application d'une fiction. La clause abusive sera *réputée non écrite* : seule la clause est annulée, le contrat demeurant valable pour le surplus. Ainsi, face à une clause illisible relative au prix, seul le prix visible sera pris en compte ; face à une clause abusive relative au délai de livraison, le délai normal de livraison sera appliqué. Le consommateur croit s'engager dans un contrat normal ; le contrat, avec ses conditions générales, le sera effectivement.

La sanction de la clause abusive consacre ainsi la position solidariste, car le rééquilibrage sera imposé au contractant professionnel. Le caractère éventuellement déterminant du consentement de la clause, pour le professionnel, ne se posera pas. Peu importe qu'il cherche à établir qu'il n'aurait pas conclu, s'il avait su que seul le prix apparent serait dû par le consommateur : la clause réputée non écrite signifie que le contrat est purgé de son élément nocif, et maintenu pour le surplus. Le contrat est rééquilibré en nature.

¹ Art. 1231-5 c. civ. : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

« Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

« Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite. (...) ».

L'économie générale de la législation sur les clauses abusives montre une orientation solidariste, qui a connu une extension. Dans le code de la consommation, elle est cantonnée dans son domaine aux relations entre consommateur et professionnel. Désormais, elle est également applicable en droit général du contrat (art. 1171 c. civ.). Il existe d'ailleurs des clauses plus ponctuelles, qui figure depuis longtemps en droit général du contrat et qui peuvent être assimilées aux clauses abusives, au sens large.

543-1. La clause pénale excessive peut également être **annulée**, mais sur un autre fondement : la présomption de clause abusive, au sens de l'article R 212-2 3° c. conso., est applicable à la clause pénale. La jurisprudence a également admis l'application de l'article 442-6-I 2° c. com. en présence d'une clause pénale excessive¹ ou l'annulation de la clause pénale (probablement sur le fondement de l'absence de cause) établissant un parachute doré au profit d'un dirigeant de société².

Le rééquilibrage de la clause pénale excessive se distingue d'une autre révision judiciaire de la clause pénale : en présence d'une *exécution partielle* (art. 1231-5 al. 3 c. civ.³), la révision judiciaire de la clause pénale, obéit à une autre logique. Ce n'est pas alors le caractère abusif de la clause originaire qui est en cause : il s'agit uniquement de proportionner la clause pénale convenue à l'exécution procurée (faute de quoi il y aura enrichissement sans cause du créancier : *infra*).

Le régime de la clause pénale montre ainsi que l'exigence de bonne foi peut avoir des applications multiples : elle permet de lutter contre l'enrichissement injuste, à savoir un enrichissement dépourvu partiellement de cause (au regard de l'exécution procurée), ou un enrichissement excessif (au regard d'une *exécution normale*, mesurée).

544. Le juge contrôle donc désormais les clauses accessoires d'un contrat dont le contenu devra être conforme à l'attente légitime du cocontractant (client, consommateur).

Les clauses du contrat n'ont pas pour fonction de permettre au débiteur de manquer à ses obligations essentielles (art. 1170 c. civ.), en limitant indirectement la réparation due en cas d'inexécution ou en allégeant directement la charge de ses obligations. Les clauses d'un contrat n'ont pas non plus pour fonction de créer un déséquilibre significatif mais accessoire, grâce à une clause abusive (art. 1171 c. civ.).

¹ Com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, Bull. ; Dalloz 2015, p.1204 ; RTDCiv. 2015 p.606, obs. Hugo Barbier : « les dispositions de l'article 1152 [devenu 1231-5] du code civil ne font pas obstacle à l'application de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce à une clause pénale, dès lors que les conditions en sont réunies ».

² Com., 6 novembre 2012, n°11-20.582, Bull. : (abstrat) « Est nulle, comme portant atteinte à la libre révocabilité du gérant d'une société à responsabilité limitée, la stipulation allouant à ce dernier, en cas de révocation, une indemnité qui, par son montant, est de nature à dissuader les associés de prononcer celle-ci. »

³ Art. 1231-5 al. 3 ord : « Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la sanction convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. »

Le domaine spécifique d'application des articles 1170 et 1171 c. civ. n'est pas encore clairement distingué. Une clause limitative de responsabilité grâce à laquelle un professionnel croit pouvoir ne rembourser que le prix du timbre quand il perd un colis ou ne le transporte pas relève de différents textes : clause abusive, manquement à une obligation essentielle, clause pénale excessive.

La sanction de ces clauses montre que la liberté contractuelle est un droit-fonction : la clause réputée non écrite conduit le juge à rendre le contrat normal, purgé de son élément nocif (même s'il est déterminant du consentement pour le contractant déloyal).

(545- à 548. : réservés)

549. Le **contenu licite du contrat** donne lieu à un premier contrôle : il s'agit de savoir si le contrat est suffisamment équilibré, solution qui peut surprendre. L'équilibre du contrat synallagmatique donne, en effet, lieu à un contrôle qui s'est renforcé, mais qui demeure cantonné à certains objectifs.

Le contrôle de l'*équilibre principal* demeure rejeté en principe. Le juge n'accepte de réviser le contrat que dans des cas étroits : en cas de lésion, si une disposition légale (spéciale) est prévue ; et en présence d'un prix unilatéralement fixé par un contractant (créancier), lorsque la solution est prévue (contrat de distribution exclusive, contrat d'entreprise conclu sans forfait). L'annulation du contrat pour vil prix, contrepartie dérisoire ou illusoire correspond à des cas marginaux : il est rare qu'un contractant signe, quand l'autre le trompe au point de ne s'engager à aucune contrepartie tangible.

Pour l'essentiel, le contrôle sur le contenu du contrat porte sur les *clauses accessoires*. L'objectif du législateur est de s'assurer que les prestations destinées au consommateur sont suffisamment professionnelles (manquement du professionnel à une clause essentielle : art. 1170 c. civ.) et de nature à ne pas tromper la confiance légitime du public (clause abusive : art. 1171 c. civ.). Ces dispositions impératives sont destinées à sanctionner les professionnels prétendant utiliser la liberté contractuelle (d'où la clause) dans un but illicite, à savoir livrer des prestations de qualité trop mauvaise. Le droit français cherche donc moins à orienter la liberté contractuelle qu'à établir une qualité-plancher.

En droit civil du contrat, le contrôle centré sur l'équilibre du contrat possède donc un objectif central : la liberté contractuelle ne sert pas à réaliser une tromperie par laquelle le cocontractant n'obtient rien de tangible (contrepartie dérisoire : art. 1169 c. civ.) ou une prestation de trop

mauvaise qualité (absence de professionnalisme, clause abusive). L'objectif recherché, quand le droit du contrat parle d'équilibre, consiste donc à imposer une qualité-plancher. La liberté contractuelle ne doit pas justifier une prestation trop mauvaise ou absente : ce genre de prestations abusives sont de nature à "tuer" le marché, en créant chez les victimes un réflexe de crainte. Le contrôle du but du contrat suit un objectif, a priori différent, mais pas toujours.

§2^{ème} / L'ordre public contractuel : *objet et but illicite*

550. L'ordre public contractuel permet de contrôler le contenu du contrat. Plusieurs textes rappellent que la liberté contractuelle doit respecter l'ordre public : les articles 6¹, 1102 al. 2² et 1162 c. civ., selon lequel : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. ». La liberté contractuelle sera donc contrôlée. Le contenu du contrat sera illicite quand une prestation porte sur un objet illicite (vendre ou exposer des cadavres humains), ou que l'un des contractants poursuit un but illicite (acheter une maison pour blanchir de l'argent sale³ ; louer un local, pour y entreposer des marchandises contrefaites). L'ordre public enserre la liberté contractuelle de deux manières.

Tout d'abord, il s'agit de borner objectivement la liberté contractuelle : certaines prestations contractuelles sont interdites, le plus souvent parce que leur objet est hors commerce. On ne vend pas son sang, une sépulture ... Ces dispositions relèvent de l'objet illicite.

Ensuite, l'ordre public établit une seconde borne, subjective. Il y aura abus de la liberté contractuelle quand une prestation a un objet licite (acquérir une maison), mais poursuit un but illicite (afin d'entreposer des marchandises volées).

Le contenu illicite du contrat sera donc établi d'abord par un critère objectif, l'objet illicite (I), puis par un critère subjectif, permettant d'établir le but illicite (II).

(551- à 554. : réservés)

I/ L'objet illicite de la prestation : *les clauses restreignant l'exercice d'une liberté*

¹ Art. 6 c. civ. : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

² Art. 1102 al. 2 c. civ. : « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »

³ Crim., 17 juin 2015, n°14-80.977, Bull. ; revue Banque et droit, juillet-août 2015, p. 83, note Jérôme Lasserre Capdeville : « Se rend coupable de blanchiment la personne qui encaisse des chèques correspondant aux salaires de travailleurs en situation irrégulière puis remet à ces derniers les fonds correspondant en espèces. »

555. L'objet illicite de la prestation (clauses d'indexation¹, objet statutaire d'association²) sera établi par des lois diverses et variées, souvent hors code civil. En droit du contrat, l'essentiel de la question consiste spécifiquement à délimiter la sphère marchande, en identifiant les biens susceptibles d'être vendus³ et ceux dont le commerce (onéreux ou gratuit : la vente de sang est interdite mais son don autorisé) est interdit.

Différents articles peuvent servir de fondement pour sanctionner un objet illicite.

- L'article 1162 c. civ.⁴ est centré sur les objets illicites, notamment hors commerce⁵.
- Les articles 1102 al. 2 c. civ. ou 6 c. civ.⁶ possèdent un domaine plus large, applicable à tout contrat portant atteinte à la dignité de la personne (gestation pour autrui⁷ ; lancer de nain, CE, 27 oct. 1995⁸).

Les *choses hors commerce* échappent à la sphère contractuelle, pour des raisons morales – dignité humaine (vendre une sépulture ou un mort), propriété économique (vendre une marchandise contrefaite⁹ ou un fichier-clientèle non déclaré¹⁰), protection de l'environnement (manger de la

¹ Art. L. 112-2 c. mon. et fin. (interdiction de la clause d'indexation fondée sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties).

² Soc., 15 nov. 2012, n°12-27.315, Bull. n°296, affirmant le caractère illicite de l'objet social d'un syndicat dont « l'activité de l'organisation consistait exclusivement à proposer des services rémunérés d'assistance et de conseil juridique, ce dont il résulte que l'objet de l'organisation n'est pas conforme aux dispositions de l'article L. 2131-1 du code du travail ». Réf. : rapport du conseiller rapporteur, JCP S 2012, n°1533, p. 25 à 31 ; avis de l'avocat général, JCP G 2012, Jurisprudence, n°1380, p. 2319 à 2321, avec commentaire de Henri Guyot, p. 2321-2322 ; Revue Droit social, n°1, janvier 2013, Actualités, p. 69-70, note Franck Petit ("Qu'est-ce qu'un syndicat ?") ; Dalloz, 2013, p. 120-121, note Laurence Pécaut-Rivolier.

³ Reprenant l'art. 1108 3° (« Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : 3° Un objet certain qui forme la matière de l'engagement. »). Selon Mouricault, *Discussion devant le corps législatif*, Fenet tome XIII, p.419 : « La troisième condition nécessaire à la validité des conventions est qu'elles ne soient pas illusoire ; qu'elles aient un *objet réel* ; que l'un des contractants au moins se trouve obligé à livrer, à faire ou à ne pas faire quelque chose ; que cette chose soit licite ; qu'elle soit déterminée dans son espèce ou qu'elle puisse l'être dans sa quotité ».

⁴ Art. 1162 c. civ. : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 6 février 2019, n° 17-20.463, Bull. : (abstrat) « L'objet d'un contrat doit être licite, à peine de nullité. Est nul, en raison du caractère illicite de son objet, le contrat qui, en contravention de l'article 21 du code de déontologie des professionnels de l'ostéopathie, interdisant tous procédés directs ou indirects de publicité, tend à l'insertion d'encarts publicitaires dans un répertoire familial pratique d'urgence. »

⁶ Art. 6 c. civ. : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

⁷ A.P., 31 mai 1991, n°90-20.105, Bull. n°4, rendu à propos de la convention de mère porteuse (arrêt rendu au visa des 6 et anc. art.1128 c. civ. : la doctrine a critiqué l'applicabilité de ce dernier texte, dans la mesure où l'enfant n'est pas une chose).

⁸ Sur l'interdiction de traiter une personne comme un objet que l'on pourrait jeter. Voir : C.E., 27 octobre 1995, n°136727 : « l'attraction de "lancer de nain", qui conduit à utiliser comme projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle, porte atteinte, par son objet même, à la dignité de la personne humaine. Légalité de l'interdiction prononcée par l'autorité de police municipale alors même que des mesures de protection ont été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition contre rémunération. »

⁹ Com., 24 sept. 2003, n°01-11.504, Bull. n°147 : « Une marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente ».

¹⁰ Com., 25 juin 2013, n°12-17.037, Bull. n°108 : (abstrat) « Un fichier de clientèle informatisé contenant des données à caractère personnel, qui n'a pas été déclaré auprès de la Commission nationale informatique et libertés, n'est pas dans le commerce, et sa vente a un objet illicite. »

viande de baleine ?) – ou même contractuelles¹ ou logique (un droit réel est directement exercé par son titulaire, et aucun tiers ne peut prétendre y agréer²).

Pour l'essentiel, le contentieux portant sur les choses hors commerce conduit à délimiter la sphère marchande, par opposition à la sphère non marchande³. La publicité en faveur de professionnels de la santé⁴ ou du droit est ainsi interdite : l'objet d'un tel contrat est illicite. La question est en évolution discrète : la convention peut-elle créer des objets qui ont pour effet de *rendre couteux l'exercice d'une liberté*, comme celle de révoquer un dirigeant social en imposant le versement d'un parachute doré ?

555-1. Concernant la propriété de certains biens immatériels, la qualification de choses dans le commerce ou hors commerce a généré une jurisprudence fluctuante à propos de certaines **clientèles**, lorsque le successeur prétend l'acquérir.

La *clientèle commerciale* est un bien marchand (librement cessible) : la valeur du fonds de commerce sera évidemment différente si le repreneur continue la même activité ou bien change d'activité. Les clients sont considérés comme attachés au fonds de commerce, et non à la personne du boulanger, du cafetier ... Une clause de non-concurrence (limitée à un certain périmètre et à une certaine durée) sera néanmoins convenue, afin de rompre la relation personnelle nouée entre les clients et le vendeur du fonds de commerce.

Les médecins, et plus généralement les professionnels de santé (dentistes ...), pour leur part, n'ont pas de clientèle, mais des *patients*. Le contrat médical est conclu en considération de la personne (*intuitu personae*) : la relation médicale repose sur la confiance du patient envers le professionnel de santé, l'aspect patrimonial devant passer au second plan. Mais il est évident que la valeur d'un cabinet médical, comme celle d'un fonds de commerce, est bien différente, lorsqu'il existe déjà des patients ou non. Face au médecin qui cesse son activité et cherche à vendre sa patientèle à un successeur, les juges ont utilisé un subterfuge : le médecin avait le *droit de vendre le droit de présentation* de son successeur à la clientèle ; mais il n'avait pas le droit de vendre

¹ Civ. 1^{ère}, 23 février 2012, n°09-13.113, Bull. n°39 : « Les biens frappés d'inaliénabilité ne sont pas susceptibles d'hypothèque conventionnelle, comme ne se trouvant pas dans le commerce au sens de l'article 2397 du code civil. »

² Civ. 3^e, 24 septembre 2014, n°13-22.357, Bull. n°111 : (abstrat) « le bail à construction conférant au preneur un droit réel immobilier, la clause soumettant la cession à l'agrément du bailleur, qui constitue une restriction au droit de céder du preneur, est nulle et de nul effet. »

³ Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2010, n°09-67.456, Bull. n°174 ; D. 2010, p.2750, note G. Loiseau, p.2754, note B. Edelman, et D. 2011. Pan. 780, obs. E. Dreyer ; revue Communication, commerce électronique 2010, comm. n°112, p. 34 à 36, note Agathe Lepage ; Revue juridique Personnes et famille, novembre 2010, p.11-12, note Emmanuel Putman ; Revue Legipresse 2010, n° 276-11, p. 363 à 366, note Agnès Tricoire : « Faite à des fins commerciales, l'exposition de cadavres humains méconnaît les respect, dignité et décence avec lesquels ils doivent être traités. »

Civ. 3^e, 31 octobre 2012, n°10-17.851, Bull. n°156 ; D. 2012, p. 2662 ; JCP N 2012, n°1038, p. 7 (Les quotas laitiers ne peuvent être cédés à titre onéreux) ; Revue de droit rural, n°408, décembre 2012, comm. n°106, p. 41 à 44, note Samuel Crevel : « Les quantités de référence laitière attribuées à un exploitant producteur de lait ne constituent qu'une autorisation administrative non négociable et doivent, lorsqu'elles ont été cédées à titre onéreux à l'occasion de la conclusion d'un bail, donner lieu à répétition, conformément à l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 6 février 2019, n°17-20.463, Bull. ; D. 2019 p.310 (contrat ayant pour objet de faire de la publicité pour un ostéopathe) : « Il résulte de l'article 21 du code de déontologie des professionnels de l'ostéopathie que sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité. (...) Un tel contrat est nul en raison du caractère illicite de son objet. »

sa clientèle (Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995¹). La jurisprudence a reviré, et la cour de cassation reconnaît désormais aux médecins le droit de vendre leur clientèle civile (Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000²) : « *la cession de la clientèle médicale n'est pas illicite, à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient* ». La formulation, qui traduit un certain malaise, cherche à rattacher le contrat médical, avec son intuitu personae, à l'exercice d'une liberté. Le lien affirmé entre la relation de confiance et la liberté du patient (de choisir son médecin) pourra ne pas convaincre. Lorsque le médecin prend sa retraite, ses anciens patients poursuivront ou non avec le successeur : aucune clause convenue entre le médecin et son successeur ne peut altérer cette liberté de choix qu'ont les tiers (patients). En réalité, la formulation (obscur) signifie que les juges contrôlent la finalité (le but, la cause) de l'opération : la vente de la clientèle est objectivement licite, et le contrat doit avoir un objectif licite.

La distinction entre cession de clientèle (objet illicite) et *cession du droit de présentation du successeur* à la clientèle n'a pas entièrement disparu. Seule est autorisée la cession du droit de présentation à l'autorité publique en cas de cession d'un office de notaires³ ou en cas de cession d'un étal sur un marché⁴. En revanche, en présence de mandataires judiciaires (chargés de liquider les entreprises en faillite) et autres *experts*, figurant sur une liste tenue auprès d'un tribunal, il n'existe ni clientèle, ni de droit de présentation à vendre, car c'est du juge qu'ils tiennent leur mission, et non de la conséquence qui s'attache à l'inscription sur la liste. L'agrément est attribué en fonction des seules compétences de l'expert, et l'expert qui cesse son activité est simplement radié des listes.

556. La préservation ou **sauvegarde d'une liberté** reconnue par le droit (libre choix du médecin par le patient, libre révocation d'un dirigeant de sarl) peut entrer en conflit avec certaines clauses contractuelle dont l'objet consiste à enserrer son exercice. Or, à partir d'un certain moment, ces clauses contractuelles peuvent devenir si contraignantes que l'exercice de la liberté en deviendrait trop couteux.

En logique, *l'objet illicite* d'une clause contractuelle sera établi quand il altère directement l'exercice d'une liberté. Ainsi, une clause contractuelle interdisant aux associés toute révocation d'un dirigeant de sarl aura un objet illicite : la liberté de révocation serait détruite⁵.

¹ Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, n°93-17099, Bull. n°243 ; D. 1995, p.560, note B. Beigner : (abstrat) « Si la clientèle d'un médecin ou d'un chirurgien-dentiste n'est pas dans le commerce, le droit pour ce médecin ou ce chirurgien-dentiste, de présenter un confrère à sa clientèle, constitue un droit patrimonial qui peut faire l'objet d'une convention régie par le droit privé. »

² Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n°98-17.731, Bull. n°283 ; RTD civ, p. 167, note T. Revet ; CCC 2001, n° 4 p. 9, note M.C. Chemtob ; JCP N 2001, p. 1235, note J.J. Daigre ; D. 2001, cahier Droit des affaires, p.2295, note Y. Serra. Le notaire qui cesse son activité ne peut monnayer que le « droit de présentation de son successeur à l'autorité publique et à la clientèle ».

³ Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2012, n°11-16.439, Bull. n°240 ; JCP G, 2013, n° 124, p. 210 à 217, spéc. n° 1, p. 210-211, note Yves-Marie Serinet : annulation de la clause de cession par laquelle le notaire cédant est privé de toute rémunération sur la clientèle cédée. Selon l'arrêt, « (...) cette clause, (...), en privant [le cédant] de toute rémunération de l'activité correspondante et en l'amenant ainsi soit à refuser son ministère, soit à convaincre ces clients de choisir un autre notaire, porte atteinte au principe de liberté de choix de la clientèle ».

⁴ Civ. 1^{ère}, 5 déc. 1995, n°93-12096, Bull. n°445 : (abstrat) « Le contrat aux termes duquel un exploitant cède un bien immobilier consistant en des étals sur un marché s'analyse comme une présentation d'un successeur par le bénéficiaire d'un droit de place à l'autorité municipale octroyante et cet acte ne contrevient en rien à l'inaliénabilité du domaine public. (...) »

⁵ Com., 6 nov. 2012, n°11-20.582, Bull. n°202 ; D. 2012, p.2655, note Alain Lienhard ; revue Droit des sociétés, n° 2, février 2013, comm. n°26, p. 31 à 33, note Dorothée Gallois-Cochet : (abstrat) « Est nulle, comme portant atteinte à la libre révocabilité du gérant

En logique, lorsque la fonction illicite d'une clause occupe le devant de la scène, les juges devraient plutôt parler de *but illicite*.

– Ainsi, la liberté de révocation du gérant de sarl est-elle affectée par une clause prévoyant un « parachute doré » au gérant révoqué (Com., 6 nov. 2012¹) : la révocation du gérant demeure possible, mais le montant prévu de l'indemnisation est tel qu'il est « de nature à dissuader les associés de prononcer » la révocation, et partant risque d'altérer le principe de la libre révocabilité du gérant.

– Lorsque le contrat prévoit qu'un notaire (cessant partiellement son activité) ne percevra aucun revenu (systématiquement affecté à son successeur), quand ses anciens clients reprennent contact avec lui², le libre choix des clients est indirectement atteint : l'ancien notaire refusera systématiquement ses anciens clients, car il refusera de travailler pour rien.

L'exercice concret d'une liberté est alors indirectement atteint par une clause contractuelle : ce n'est plus une véritable liberté (contractuelle), mais un droit-fonction (au sens dirigiste ou solidariste du terme).

Lorsqu'une clause *porte atteinte à une liberté* (de choix des patients, de révocation d'un dirigeant social ..., de la concurrence³), parce que l'économie propre de la convention induit un comportement illicite (refus opposé par le cédant à son ancienne clientèle, hésitation à révoquer un dirigeant social), la qualification exacte de l'élément illicite peut générer un doute : soit l'objet est plutôt illicite (parce que l'atteinte est plus ou moins directe), soit c'est plutôt sa cause (parce que l'atteinte est plus ou moins indirecte, au regard de l'intention des parties).

557. Tel qu'il est conçu, l'**objet illicite** tend principalement à interdire une trop grande extension de la sphère marchande ou, à l'inverse, son excessif rétrécissement (quand la convention altère une

d'une société à responsabilité limitée, la stipulation allouant à ce dernier, en cas de révocation, une indemnité qui, par son montant, est de nature à dissuader les associés de prononcer celle-ci ».

¹ Com., 6 nov. 2012, n°11-20.582, Bull. n°202 ; D. 2012, p.2655, note Alain Lienhard ; revue Droit des sociétés, n° 2, février 2013, comm. n°26, p. 31 à 33, note Dorothée Gallois-Cochet : (abstrat) « Est nulle, comme portant atteinte à la libre révocabilité du gérant d'une société à responsabilité limitée, la stipulation allouant à ce dernier, en cas de révocation, une indemnité qui, par son montant, est de nature à dissuader les associés de prononcer celle-ci ».

² Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2012, n°11-16.439, Bull. n°240 ; préc. : « Est nulle la clause stipulant le reversement au cessionnaire des parts sociales d'une SCP notariale, pendant dix ans, des sommes perçues par le cédant, titulaire d'un autre office notarial, de la part des anciens clients de ladite SCP, dès lors que cette clause, qui emporte cession de la clientèle ayant appartenu en partie au cédant, en privant ce dernier de toute rémunération de l'activité correspondante et en l'amenant ainsi soit à refuser son ministère, soit à convaincre ces clients de choisir un autre notaire, porte atteinte au principe de liberté de choix de la clientèle. » Le titrage de l'arrêt fait référence à la cause, et à l'atteinte au principe de liberté de choix des clients.

³ Civ. 1^{ère}, 4 février 2015, n°13-26.452, Bull. ; Bull. Joly sociétés 2015, p. 195 à 197, note Jean-François Barbiéri ; revue Dr. sociétés 2015, comm. 66, note Henri Hovasse : « Les clauses de non-réinstallation conclues entre professionnels de santé, susceptibles de porter atteinte tant à la liberté d'exercice de la profession qu'à la liberté de choix des patients, sont d'interprétation stricte ».

liberté, de révoquer ou de concurrence). Certains biens sont *hors commerce*, parce que leur régime est gouverné par des considérations non financières (sépultures) ou parce que la convention ne doit pas modifier le cadre général de l'activité économique (gouvernée par la concurrence ou la compétence, comme celle des experts de tribunaux). L'objet hors commerce est objectivement établi.

En présence d'une habitude de consommation, la *clientèle* apparaît comme un bien immatériel : chaque client est libre de rompre son habitude, de sorte que la convention conclue entre un professionnel et son successeur peut porter sur cette valeur patrimoniale, même lorsque le contrat repose sur la confiance (*intuitu personae*), comme c'est le cas avec la clientèle médicale.

Lorsqu'une clause cherche à rendre financièrement coûteux l'exercice d'une liberté (poursuivre les relations avec ses anciens clients, révoquer un dirigeant social), la jurisprudence contemporaine suscite un doute sur le fondement exact de ses solutions : quand l'objet illicite est établi par la fonction illicite de la clause, on peut hésiter entre l'objet illicite ou le but illicite.

(558- à 574. : réservés)

III/ Le but illicite : *une intention subjective*

575. Le **but illicite** d'un contractant permet de mettre à jour la mauvaise intention qui anime un contractant. Ce but repose sur une analyse subjective de ses intentions : il respecte objectivement la loi (il achète une maison), mais il agit dans un but illicite (afin d'y entreposer des marchandises contrefaites ou de blanchir de l'argent sale).

La *définition du but* (illicite) apparaît par l'analyse de l'intention d'un contractant : il faudra alors fixer le degré de contrôle exercé, ce qui explique le débat qui a eu lieu sur la définition du but illicite. Doit-on exiger ou non que l'autre partie connaisse l'objectif illicite que poursuit son cocontractant ? L'orientation solidariste de la jurisprudence a été validée à l'article 1162 c. civ., solution qui se traduira par une intensification du contrôle judiciaire sur le contrat.

Le caractère illicite du but conduira également à fixer le domaine, désormais extensif, des objectifs poursuivis par un contractant. La déloyauté contractuelle sera acquise quand un contractant recherche un avantage fiscal illicite ; éventuellement aussi, en cas de déséquilibre. La jurisprudence contemporaine exerce un contrôle intense, conduisant à se demander si la liberté contractuelle ne se transforme pas en droit-fonction.

L'abus de la liberté contractuelle sera établi par une définition extensive du but (illicite) (1), et son caractère illicite est devenu englobant (2).

1/ La définition du but illicite : l'extension au motif secret à l'un

576. La **définition du but illicite** sera plus ou moins extensive, en fonction du degré de contrôle judiciaire que l'on souhaite, avec, en toile de fond, la question de la plus ou moins grande stabilité du contrat.

Une vision restreinte peut s'expliquer : si un contractant s'engage, de bonne foi, dans un contrat, alors que l'autre cherche, grâce à la prestation qu'il reçoit, à réaliser une fraude (blanchir des capitaux ...), l'annulation du contrat peut sembler une sanction excessive. Chacun gère ses affaires, et l'annulation est une sanction qui manque de mesure, lorsque l'un ignore le but frauduleux de l'autre : il suffira de saisir le bien mal acquis, ou d'indemniser la victime d'une fraude. La doctrine de l'autonomie de la volonté s'est donc prononcée pour des conditions strictes d'annulation : il faut que la cause illicite soit convenue (entrée dans le champ contractuel), ou à défaut connue de l'autre.

Une vision extensive, prônée par la théorie solidariste, conduit à estimer que l'annulation d'un contrat est souhaitable, quand une prestation a pour fonction de troubler l'ordre public. L'annulation subie par le contractant innocent pourra générer un préjudice dont il sera indemnisé. Mais l'important est que le contrat nocif (envers l'ordre social ou envers le cocontractant) soit détruit. Le but illicite est alors aisément acquis : tout contractant secrètement animé d'une mauvaise intention ne bénéficiera jamais du contrat, c-à-d. du produit de sa fraude.

La jurisprudence, sur cette question, a évolué : après avoir adopté la thèse de l'autonomie de la volonté, la jurisprudence a connu une inflexion solidariste marquée en 1998, deux ans après son revirement sur la question adjacente de l'absence de cause¹. L'article 1162 c. civ. valide explicitement cette réorientation de la jurisprudence.

577. La **théorie de l'autonomie de la volonté**, suivie par la jurisprudence jusqu'en 1998, enseignait que le contrat, notamment *synallagmatique*, devait être stable. La définition de la cause illicite (devenue but illicite) obéissait à des conditions restrictives : pour conduire à l'annulation du contrat synallagmatique, l'autre devait avoir connaissance du but illicite poursuivi par l'un.

¹ Com. 22 oct. 1996, *Chronopost*, préc. : l'arrêt, rendu au visa de l'anc. art. 1131 c. civ., affirmait en substance que, par son manque de professionnalisme, le professionnel du transport obtenait un avantage excessif : en contrepartie du paiement du prix par le client, ce dernier obtenait une prestation illusoire, sans cause. Voir, art. 1169 c. civ., supra n°515.

Au XIX^e siècle, la doctrine enseignait même que la cause illicite devait être *convenue* entre les parties ; la jurisprudence avait adopté la solution¹, jusqu'à la première moitié du XX^e siècle². Une cause illicite convenue devait ainsi être entrée dans le champ contractuel³ (comme en présence d'une erreur simple) : les cas d'annulation furent extrêmement restreints.

À partir de la seconde moitié du XX^e siècle, doctrine et jurisprudence (Civ. 1^{ère}, 12 juillet 1989⁴) étendirent la notion de cause illicite, en admettant qu'il suffisait que la cause illicite de l'un fût *connue* de l'autre (comme dans le dol). En revanche, en présence d'un simple mobile (demeuré secret à l'un), la qualification de cause était exclue⁵ : le contrat synallagmatique demeurait valable. Au cours du XX^e siècle, la jurisprudence avait ainsi légèrement intensifié son contrôle.

578. La jurisprudence judiciaire, en 1998, a reviré et consacré la théorie solidariste. Le contrat nocif, troublant l'ordre public, sera annulé, même lorsque le cocontractant ignorait (et pour cause !) la fraude (commise à son détriment). Selon l'affirmation posée par Civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, « *un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale même lorsque l'autre partie n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat* »⁶. Les faits⁷ montraient que l'une des parties (un mari renseigné sur l'impact fiscal de la prestation compensatoire) avait réussi à obtenir un avantage fiscal indu, au détriment de son ex-conjointe : le mari se fondait précisément sur cette ignorance pour affirmer que ce mobile illicite, inconnu de l'autre, interdisait l'annulation du contrat.

Depuis cet arrêt de revirement, l'article 1162 c. civ. valide purement et simplement cette orientation de la jurisprudence : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public [...] par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. » Le but illicite inconnu du cocontractant suffit pour entraîner l'annulation du contrat.

¹ Req., 1^{er} avril 1895, D.P. 1895.1.263 (prêt destiné à l'acquisition d'une maison de tolérance).

² La doctrine avait même proposé, au XIX^e siècle, de limiter la preuve admissible, proposition suivie par la jurisprudence qui a adopté (jusqu'en 1907) le système de la preuve intrinsèque : la preuve de la cause immorale ou illicite n'était admise qu'en se servant des énonciations du contrat lui-même. Depuis Civ., 2 janv. 1907 (D.P. 1907.1.137, note Colin ; Sirey 1911.1.585, note Wahl) la jurisprudence permet d'administrer la preuve de la cause illicite ou immorale par tous moyens (système de la preuve morale).

³ Toutefois, Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1956, JCP 1957.II.10008, note Jean Mazeaud : en présence d'une location destinée à établir une maison de tolérance, la nullité du bail est refusée car « il n'était pas établi que les parties aient convenu lors de la passation du bail ».

⁴ Civ. 1^{ère}, 12 juill. 1989, Bull. n°293 ; Defrénois 1990, p.358 obs. Jean-Luc Aubert : le vendeur des boules de cristal « exerçait la même profession de parapsychologue que [l'acquéreuse], qu'il considérait comme sa disciple ; qu'il ne pouvait donc ignorer que la vente de matériel d'occultisme à celle-ci était destinée à lui permettre d'exercer le métier de devin ».

⁵ Civ. 1^{ère}, 4 déc. 1956, préc. (bail conclu par le locataire pour exploiter une maison de tolérance ; la cause n'est pas illicite dès lors qu'il n'est pas prouvé que le propriétaire en avait connaissance).

⁶ Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, n°96-14359, Bull. n°285 ; Dalloz 1998, p.563, conc. Sainte-Rose ; Dalloz, 1999, p.237, note Olivier Tournafond ; Gaz. Pal., 6 avril 2000, n° 97, p. 26, note François Chabas.

⁷ Un mari avait emprunté de l'argent à sa femme pendant le mariage ; après divorce, le mari lui proposa un remboursement, par augmentation de la rente compensatoire, ce qu'accepta de bonne foi l'épouse divorcée. Après coup, cette dernière se rendit compte qu'elle fut victime d'une petite tromperie : en remboursant sous la forme d'une augmentation de la rente, le mari put déduire de son impôt sur le revenu (IRPP) l'ensemble des remboursements, tandis que son ex-femme vit accroître dans la même proportion son revenu imposable. Au final, donc, l'épouse divorcée n'obtint qu'un remboursement partiel du prêt. Or, (c'était là son problème) elle ignorait le mobile illicite de son mari.

578-1 Au cours du xx^e siècle, la définition de la cause illicite a évolué notablement : les juges sont passés d'une cause convenue entre les parties (conduisant rarement à l'annulation) à une cause connue de l'autre, puis à une cause secrète propre au contractant. L'extension du contrôle judiciaire sur la cause correspond à un mouvement de fond : la thèse solidariste a été consacrée aussi bien en ce qui concerne la cause absente que la cause illicite, les deux notions pouvant d'ailleurs avoir de nombreux points communs (infra).

La définition extensive de la cause illicite en 1998 était dans la lignée de la jurisprudence établie sur l'absence de cause (anc. art. 1131 c. civ.) : en présence d'un dol générique, l'absence de cause peut être invoquée par le contractant incité à s'installer en rase campagne (Civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996¹, affaire du point vidéo) ; dans l'affaire Civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, le mari était également l'auteur d'un dol au détriment de son épouse. La cause restée secrète à l'un avait pour objectif d'exploiter la crédulité de l'autre.

La définition extensive de la cause illicite conduit à renforcer le contrôle judiciaire sur l'objectif poursuivi par un contractant : la jurisprudence a également exercé un contrôle intensif sur la cause des contrats (unilatéraux) de donation, fréquemment conclus dans un cadre extra-conjugal, solution validée par l'article 1135 al. 2 c. civ. (supra, erreur simple). La technique du but illicite remplit un même objectif, mais en droit général du contrat.

580. Sur la question du caractère **moteur** de ce but illicite, la jurisprudence actuelle est tenue : il s'agit de savoir s'il faut annuler une opération, lorsque plusieurs motifs, l'un illicite, les autres licites, animent un contractant. Lorsqu'un contractant invoque différents arguments, certains pouvant paraître licites (acquisition d'une maison pour y habiter), d'autres plus suspects (acquisition d'une maison pour blanchir de l'argent sale), comment savoir si le motif illicite est un moteur principal, accessoire ou indifférent ?

En droit potentiel, pour répondre à cette question, l'identification du but illicite, moteur de la conclusion d'un contrat, peut s'effectuer dans des conditions relativement analogues au constat du vice du consentement (art. 1130 c. civ.²), erreur, simple (commune aux parties) ou provoquée par un dol. Il s'agit dans tous ces cas de savoir si le but illicite ou l'erreur a été le moteur principal ou secondaire de la conclusion.

En l'état actuel des choses, la jurisprudence demeure encore trop peu fournie pour pouvoir déterminer une position de principe. Un arrêt Soc., 26 sep. 2007³ semble se montrer indifférent à cette question : la cause illicite sera suffisamment établie quand un des motifs du licenciement est

¹ Civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, n°94-14.800, Bull. n°286 ; RTD civ. 1996 p. 901, n° 9, obs. J. Mestre ; JCP 1997, I, n° 4015, obs. F. Labarthe ; D. 1997, p.500 note Philippe Reigné

² Art. 1130 c. civ. : « L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

« Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. »

³ Soc., 26 sep. 2007, n°06-40.039, Bull. n°136 ; Rev. droit du travail, 2007, p.652 à 654, note Gilles Auzero : l'employeur licencie un salarié qui avait dénoncé les mauvais traitements dont les pensionnaires d'un établissement de santé étaient victimes. Peu importe de savoir si ce motif était le seul que l'employeur pouvait invoquer, et si ce motif a fondé seul sa décision.

illicite, et peu importe, dit l'arrêt, que l'employeur puisse également invoquer un autre motif (licite) au licenciement. La jurisprudence de la chambre sociale est en voie de formation sur cette question¹.

(580- à 584. : réservés)

2/ L'élément illicite du but : une liberté contractuelle transformée un droit-fonction ?

585. Le **domaine** du but illicite est longtemps demeuré une question relativement endormie, en raison de la définition restreinte de la cause illicite, désormais remise en cause.

L'autonomie de la volonté prônait (outre la cause illicite connue du cocontractant) une définition restreinte du caractère illicite ou immoral de la cause : il fallait que l'intention mauvaise du contractant portât atteinte à l'ordre public de direction ou soit immorale (la jurisprudence annulant pour cause immorale la donation ou le legs du concubin destinée à « maintenir, poursuivre » des relations sexuelles²). Le domaine relativement restreint de la cause illicite ou immorale s'expliquait par la perception de la liberté contractuelle : l'abus n'était établi qu'en cas de nullité absolue (ordre public de direction), et non lorsque l'intérêt d'un seul contractant était protégé (nullité relative : ordre public de protection). Le contrôle judiciaire se bornait à sanctionner des causes gravement illicites.

Or, la jurisprudence contemporaine, notamment de la chambre sociale de la cour de cassation, déborde désormais largement ce cadre. Des licenciements motivés par une fraude fiscale³ (délocalisation, licenciement « boursier ») seront dépourvus de cause réelle et sérieuse : la solution protège les salariés. Un arrêt Com., 6 novembre 2012⁴ condamne également la pratique du « parachute doré » au profit d'un dirigeant de sarl : le montant excessif de son indemnité de révocation porte atteinte à la liberté des associés de le révoquer, et l'on note que la fonction

¹ Soc., 25 novembre 2015, n° 14-21.272, Bull. ; JCP 2015, éd. S, Act., n° 498 : « Le caractère illicite du motif du licenciement prononcé, même en partie, pour des faits liés à l'exercice du droit de retrait entraîne à lui seul la nullité du licenciement » ; Soc., 3 février 2016, n° 14-18.600. JCP 2016, éd. S, Act., n° 74, et II, 1140, note Alexis Bugada ; JCP 2016, éd. G, Act., 224, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier ; RJS 2016, n° 246 : (abstrat) « Le caractère illicite du motif du licenciement prononcé, même en partie, en raison de l'exercice du droit d'agir en justice, liberté fondamentale, entraîne à lui seul la nullité du licenciement. ».

² La jurisprudence récente est devenue plus souple : Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n°96-11.946, Bull. n°43 : « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec la bénéficiaire ». Auparavant, la jurisprudence annulait la donation d'un concubin envers l'autre, lorsqu'elle avait pour cause « la formation, la continuation ou la reprise des rapports immoraux » (ce qui revenait à qualifier la relation de prostitution).

³ Soc., 18 sept. 2007, n°06-42.401, inédit, Rev. droit du travail, 2007, p.654, note Philippe Waquet : lors d'une délocalisation, l'employeur licencie ses salariés non pas conformément à l'art. L 321-1 c. trav. (difficultés économiques, mutation technologique, réorganisation pour sauvegarder la compétitivité, cessation d'activité), mais uniquement pour accroître ses profits. Les licenciements sont dépourvus de cause réelle et sérieuse, car procédant d'une fraude (fiscale, en l'occurrence).

⁴ Com., 6 novembre 2012, n°11-20.582, Bull. n°202 : (abstrat) : « Est nulle, comme portant atteinte à la libre révocabilité du gérant d'une société à responsabilité limitée, la stipulation allouant à ce dernier, en cas de révocation, une indemnité qui, par son montant, est de nature à dissuader les associés de prononcer celle-ci. ». Réf. : Dalloz, 2012, p. 2655, note Alain Lienhard ; Gaz. Pal., n° 356-357, 21-22 décembre 2012, p. 26-27, note Anne-Françoise Zattara-Gros ; revue Droit des sociétés, n° 2, février 2013, commentaire n°26, p. 31 à 33, note Dorothée Gallois-Cochet.

dissuasive de cette clause excessive protège spécifiquement la société (et indirectement les associés). L'ordre public de protection peut donc faire apparaître une cause illicite : il en résulte non seulement une extension du domaine de la cause illicite¹, mais une autre perception de l'abus de la liberté contractuelle. Quand une clause déséquilibrée (clause de non-concurrence, indemnité de révocation d'un dirigeant social) est illicite, la liberté contractuelle devient davantage un droit-fonction, ce qui correspond à la thèse solidariste.

Il s'ensuit que le but illicite possède un domaine d'application potentiellement très proche d'autres textes : lorsqu'un dirigeant de société veut obtenir une rémunération par un client, pour un service à raison duquel il est déjà payé², le but illicite (objectif frauduleux) se révèle proche de la contrepartie illusoire (art. 1169 c. civ.). Le but illicite deviendrait alors une technique destinée à corroborer, compléter ou étendre les cas dans lesquels la loi reconnaît qu'une volonté a été abusive. Le but illicite est une soupape de sécurité que les juges emploieront comme texte-balai.

(586- à 596. : réservés)

¹ Com., 7 avril 2009, n°08-12.192 : l'emprunteur affecte les fonds à un usage autre que celui stipulé contractuellement.

² Com., 23 octobre 2012, n°11-23.376, Bull. ; revue Lamy droit civil 2012, Actualités, n°4884, p. 11, note Elodie Pouliquen ("Absence de contrepartie réelle = absence de cause") ; Gazette du Palais, n°356-357, 21-22 décembre 2012, Jurisprudence, p.21 à 23, note Bruno Dondero ("Coup d'arrêt à la pratique des management fees") : (abstrat) « Est dépourvue de cause, faute de contrepartie réelle, la convention conclue entre une société A et une société B qui fait double emploi, à titre onéreux pour la société A, avec les fonctions sociales exercées par le directeur général de cette dernière ».

Conclusion de la section 2^{ème}

Le contenu licite du contrat

597. Le **contenu licite du contrat** canalise la liberté contractuelle des contractants : l'ordre public se compose d'un premier corps de règles centré sur l'équilibre, et d'un second plus généraliste.

Les dispositions centrées sur l'équilibre n'ont pas pour fonction principale d'imposer un équilibre en valeur. En principe, en droit français du contrat, les prix demeurent, dans l'ensemble, libres (art. 1168 c. civ.¹ ; exclusion de l'erreur sur la valeur : art. 1136 c. civ.²). Les exceptions sont limitées à des cas spéciaux de lésion ; à l'extérieur du code civil, à des dispositions imposant soit un minima (salaire égal ou supérieur au smic) soit un maxima (taux de l'usure). Pour l'essentiel, les dispositions ponctuelles imposant le respect d'un *équilibre principal* ont pour but d'interdire l'exploitation abusive d'un contractant en position de faiblesse (distributeur lié par une clause d'approvisionnement exclusif) ou l'emploi de procédés déloyaux (au détriment du consommateur profane, en présence d'un contrat de service ; contrepartie dérisoire ou illusoire : art. 1169 c. civ.).

Pour l'essentiel, le contrôle de l'équilibre porte sur les procédés de nature à altérer la qualité normale d'une prestation. Elle doit correspondre à l'attente légitime du contractant, en présence d'une clause abusive (art. 1171 c. civ.). La clause d'un contrat ne doit pas remettre en cause l'obligation essentielle du contractant (art. 1170 c. civ.), c-à-d. permettre à un contractant de manquer de professionnalisme. La sanction consiste à rendre le contrat conforme à l'attente légitime du client : le contrat est revu et corrigé de son élément nocif.

Le contrôle de l'équilibre du contrat est donc principalement destiné à garantir la fiabilité des prestations, et à interdire l'emploi de procédés trompeurs, de nature à porter atteinte à la confiance du public, ce qui, à terme, serait de nature à détruire le marché. En l'état actuel du droit, le contrat de droit français ne cherche pas à garantir à chaque contractant l'obtention d'une ressource équilibrée.

¹Art. 1168 c. civ. : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. »

² Art. 1136 c. civ. : « L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. »

598. Le second corps de règles est plus **généraliste** (art. 1162 c. civ.). Le but illicite du contrat sera établi quand un contractant cherche à réaliser une fraude, au détriment de son cocontractant (fraude fiscale : Civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998 ; parachute doré). Cette jurisprudence est dans la lignée de celle qui, avant 2016, avait sanctionné l'absence de cause, quand un contractant commettait une fraude (Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, point club vidéo ; but illicite : Civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998). Le but illicite, tel qu'il apparaît à l'article 1162 c. civ., possède uniquement une vocation *subsidaire* à intervenir.

Conclusion du chapitre 2^{ème}

Le contenu du contrat

599. Le **contenu certain et licite du contrat** obéit à des principes communs au consentement.

Dans la logique du *consensualisme*, la parole est nécessaire pour fixer l'équation contractuelle (art. 1163 c. civ.), ce qui correspond à l'accord sur l'essentiel (consentement). Il existe également des silences vides de sens : un contrat sans prix n'a en principe aucun contenu certain (de même qu'il n'a aucun consentement acquis). Il existe également des silences parlants, à savoir des sous-entendus contractuels : la prestation fournie est tacitement fonctionnelle (erreur simple), et sa qualité attendue est fonction du prix. Pour écarter un silence parlant, il faut parler : la clause contractuelle contraire n'est toutefois pas toujours admise, car elle est de nature à tromper l'attente légitime du consommateur (clause abusive) ou à porter atteinte au caractère professionnel de la prestation (atteinte à une obligation essentielle).

Exceptionnellement, le consensualisme est écarté avec le *devoir de loyauté*. Il impose au professionnel, expert, de se renseigner sur les besoins de son client profane. Le fournisseur lié avec un distributeur par une clause d'exclusivité (art. 1164 c. civ.) sera également tenu de pratiquer un prix honnête, tout comme le prestataire de service lié avec son client par un contrat de service conclu sans forfait (art. 1165 c. civ.). Ce devoir de loyauté renvoie au dol. Il s'agit de s'assurer que des contractants profanes ne seront pas systématiquement bernés par des professionnels cherchant à exploiter à leur profit l'ignorance de leurs clients. Il s'agit donc de réaliser des prestations de qualité, par des professionnels de confiance.

On notera toutefois que le contrôle sur le contenu du contrat s'étend, et tend à transformer la liberté contractuelle en droit-fonction. En l'état actuel du droit, toutefois, l'influence solidariste demeure cantonnée : elle tend surtout à interdire les prestations de trop faible qualité ou les agissements trop malhonnêtes.

Deuxième partie

Les effets du contrat

600. Les **effets du contrat** valablement formé, tels qu'ils apparaissent en droit du contrat, donnent lieu à deux types de dispositions.

- Les premières, bien que traitées en droit du contrat, ne sont pas spécifiques aux contrats : les obligations contractuelles sont soumises à la force obligatoire des contrats (art. 1103 c. civ.), mais c'est le cas pour toutes les obligations (contractuelles comme légales).
- Les secondes, également traitées en droit du contrat, sont effectivement spécifiques : l'engagement mutuel pris par les contractants, l'un envers l'autre, explique des solutions dérogatoires régissant les vices dont le contrat est éventuellement atteint, ainsi que celles certaines règles relatives à l'exécution du contrat.

Lorsque les contractants n'ont pas respecté toutes les règles (impératives) de formation du contrat, on pourrait s'attendre à ce que la valeur du contrat soit identique à celle de toute autre obligation légale mal formée.

- Lorsqu'il manque à une obligation une condition pour qu'elle se forme valablement, l'obligation n'est pas formée.
- En droit du contrat, certains défauts seront réparables. La *valeur de l'obligation contractuelle* est donc régie par des règles spécifiques : certains contrats mal formés pourront être validés, en fonction du comportement adopté par les parties. Le légalisme qui s'applique entre les contractants n'est visiblement pas celui qui s'applique à l'obligation (commune).

L'engagement mutuel pris entre les contractants conduira également chacun à tirer la conséquence du manquement dont l'autre sera l'auteur. Dans un contrat synallagmatique, si l'un ne fournit pas sa prestation, l'autre pourra suspendre la sienne. Cette solution ne se retrouve pas en régime général des obligations.

Les effets du contrat présenteront ainsi des singularités, lorsqu'il s'agira d'apprécier la valeur de l'obligation contractuelle (chapitre 1^{er}) et, en présence d'un contrat valablement formé (ou réputé tel), lorsque l'exécution du contrat (chapitre 2^{ème}) aura lieu.

chapitre 1^{er}

La valeur du contrat

601. La **valeur du contrat** sera acquise lorsque les contractants ont respecté les différentes conditions légalement exigées : les conditions de capacité et de pouvoir, la précision suffisante de l'objet de chaque prestation, éventuellement les conditions de forme (exceptionnellement imposées), ainsi que l'absence de clauses abusives ou de dol etc... Lorsque toutes les conditions légalement exigées sont respectées, le contrat sera valable ; lorsque certaines d'entre elles manquent, le contrat sera nul.

La *nullité du contrat* conduira à réputer nulles et non avenues les obligations convenues entre les parties contractantes, solution que l'on ne retrouve pas en régime général des obligations.

- Lorsqu'il manque une condition à la formation d'une obligation légale (le respect d'un barème de revenus pour toucher une prestation sociale ; une durée minimale de détention d'un bien exigée pour obtenir un dégrèvement fiscal ...), on ne dit pas que l'obligation est « nulle » : elle n'existe pas.
- Lorsqu'il manque une condition à la formation d'un contrat (une forme non respectée ; une information absente conduisant à établir un dol ...), le législateur parle de vice (de forme, du consentement). Les défauts du contrat (ou du moins certains d'entre eux) sont des vices, parce que le régime qui leur est applicable sera spécifique. À certaines conditions, en fonction du comportement des parties, le contrat vicié sera considéré comme valide.

Lorsque la validité du contrat est acquise (ou réputée telle), le contrat sera soumis à la *force obligatoire*. C'est ce qu'affirme, en droit du contrat, l'article 1103 c. civ.¹ : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

- La force obligatoire impose à tout débiteur d'exécuter ce qu'il doit à son créancier. La solution prévue en droit du contrat n'a ici rien de spécifique. Le redevable d'un impôt est soumis à la force obligatoire de l'obligation légale autant qu'un contractant, soumis à la force obligatoire de l'obligation contractuelle. À ce stade, rien ne distingue un débiteur (contractant) d'un autre (non contractant).
- La force obligatoire du contrat imposera spécifiquement au contractant de respecter sa parole donnée à l'autre. La confiance mutuelle qui régit la relation des contractants conduira à interpréter la clause mal rédigée au regard de la commune intention des parties, solution évidemment exclue en présence d'une obligation légale.

La valeur du contrat donne donc lieu à des règles spécifiques, propres au droit du contrat.

¹ Art. 1103 c. civ. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

- Lorsqu'un contrat est vicié, la nullité du contrat (section 1^{ère}) ne conduira pas à considérer que le contrat n'existe pas.
- Lorsque que la force obligatoire du contrat (section 2^{ème}) est reconnue, le respect de la parole donnée par un contractant sera apprécié et sanctionné par des règles spécifiques.

(602- à 604. : réservés)

Section 1^{ère}

La nullité du contrat

Résumé :

La **nullité** du contrat est destinée à sanctionner le vice de formation affectant un contrat. Quand ce vice est utilement dénoncé, en suivant un régime procédural complexe, l'annulation de ce contrat, devenu titre sans valeur, sera prononcée. L'acte juridique annulé ne devra avoir produit aucun effet : l'effet rétroactif réputé non avenu le contrat ainsi que tous les actes qui en dérivent.

En droit du contrat, tout défaut affectant le contrat est un vice. Or, le vice ne conduit pas toujours à l'annulation du contrat. En effet, le contrat vicié est soumis à une politique conditionnelle de validation.

- Premièrement, *en cas d'exécution*, il devient valide après un certain délai. Si le contrat n'a jamais été exécuté ni publié, l'exception de nullité pourra être perpétuellement opposée au contractant sollicitant l'exécution. Si le contrat a fait l'objet d'une exécution simple ou d'une publication, l'action en nullité devra être exercée, pendant les cinq ans que dure la prescription extinctive. Une fois la prescription acquise, le contrat sera validé et entièrement soumis à la force obligatoire des conventions, comme si ce contrat avait été correctement formé : l'action en nullité est prescrite.
- Deuxièmement, la technique du *délai de forclusion* impose de dénoncer le vice à bref délai, souvent à compter de la conclusion du contrat, faute de quoi le contrat sera réputé valable, même à défaut de la moindre exécution.

À certaines conditions, le contrat vicié pourra donc accéder à la force obligatoire des conventions. Pour éviter ce résultat, il faut soit admettre l'inexistence, soit décaler le point de départ de la prescription extinctive (en présence d'une exécution simple), soit encore admettre des actions autres que l'action en nullité (ce qui est le cas : la jurisprudence semble admettre une action en restitution, autonome par rapport à l'action en nullité).

L'*annulation* prononcée a pour effet de détruire le titre juridique. Elle affecte soit l'ensemble du contrat (nullité totale), soit une clause du contrat (nullité partielle). L'étendue de l'annulation dépend normalement du caractère divisible ou non de la clause irrégulière, au regard de son aspect déterminant dans la volonté des parties. Néanmoins, la nullité partielle peut aussi conduire à corriger le contrat : c'est le cas notamment avec la clause réputée non écrite (même déterminante du consentement).

L'annulation du contrat détruit le titre qui justifie le transfert de valeur entre les patrimoines. Chacun doit restituer à l'autre ce qu'il a obtenu. L'effet rétroactif de l'annulation interdit même à quiconque de fonder un acte juridique subséquent sur le contrat annulé. Le domaine d'application de la fiction est néanmoins cantonné par la théorie de l'apparence : les tiers de bonne foi pourront croire à la validité du contrat, avant son annulation.

La nullité du contrat vicié ne conduira donc pas toujours, loin de là, à l'annulation, en raison de la politique de validation conditionnelle menée par le législateur. Certains contrats seront donc soumis à la force obligatoire, comme s'ils avaient été correctement formés.

605. La **nullité du contrat** signifie que le contrat est atteint d'un défaut (et plus précisément d'un vice) qui le rend invalide (et plus précisément nul et non advenu). En droit du contrat, le législateur utilise deux fictions pour fixer le régime de la nullité : la première fiction porte sur la qualification du défaut du contrat (le défaut est un vice), la seconde sur les effets de la nullité (avec l'effet rétroactif de l'annulation : le contrat est censé n'avoir jamais existé).

La première fiction, celle qui instaure la nullité, tire la conséquence de la présence d'un *vice dans la formation* d'une obligation contractuelle : l'une des parties n'avait pas la capacité de vendre (vice de minorité) ; ou bien a consenti par erreur (vice du consentement) ; ou bien encore invoque la présence d'une clause abusive, d'une cause illicite ou d'une lésion ... dans l'obligation dont l'autre réclame l'exécution. Où est la fiction ?

- À la différence de l'obligation qui n'existe pas (parce qu'une de ses conditions de formation manque : supra), le vice qui affecte le contrat ne le rend pas toujours inexistant.
- En fonction du comportement adopté par les contractants, il pourra arriver que le vice dont est atteint le contrat ne conduise pas systématiquement à son annulation. Cette solution (curieuse) n'existe qu'en droit du contrat.

L'annulation du contrat, si elle est prononcée par le juge, conduira à réputer le contrat nul et non advenu. Selon l'article 1178 al. 2 c. civ. : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. » L'article 1178 établit donc la *fiction de l'effet rétroactif* de l'annulation. Cette fiction est commune à tous les actes juridiques (décisions nulles de l'administration, acte unilatéral ou collectif ...). La fiction permet de rendre sans effet la volonté illicite des contractants.

- Les parties et les tiers devront considérer que le contrat et tout acte juridique qui en dérive ne peut avoir aucun effet. Si la vente immobilière est annulée, l'acquéreur n'a pas pu consentir d'hypothèque pour garantir son prêt immobilier. Si la suspension du permis de conduire (décidée par le préfet) est annulée, le conducteur du véhicule qui conduisait pendant le temps de la suspension circulait avec un permis valide. Les actes juridiques sont spécialement visés par la fiction.
- En revanche, d'autres conséquences ne sont pas rattachées à la fiction : l'exécution d'une prestation sans titre (c-à-d. sans obligation) imposera à l'enrichi de restituer à l'appauvri (paiement de l'indu). Les faits juridiques existent : ils ne sont pas concernés par la fiction.

L'annulation du contrat conduira donc à distinguer entre acte juridique (soumis à la fiction de la rétroactivité) et fait juridique de l'exécution d'une prestation (imposant une restitution).

La nullité du contrat donne donc lieu à une construction paradoxale. Si le législateur parle de vice, c'est parce certains défauts ne conduiront pas systématiquement à l'annulation du contrat. Et, si l'annulation du contrat vicié est prononcée, il faudra considérer que le contrat n'a jamais existé. La distinction entre les cas de nullité (§1^{er}) et l'annulation (§2^{ème}) fonctionne en deux temps.

606. Le vice affectant le contrat sera **invoqué par un contractant**, lorsque l'exécution du contrat est défavorable à ses intérêts. Ainsi, l'assureur invoquera le dol de l'assuré lorsque l'assuré a effectué une fausse déclaration intentionnelle lors de la conclusion du contrat d'assurance (mensonge sur son état de santé¹ ou sur le conducteur réel du véhicule²).

En obtenant l'annulation du contrat d'assurance, dans un second temps, l'assureur n'est plus contractant : l'assuré n'est donc pas couvert en cas d'accident. Pour celui des contractants qui comptait bénéficier d'une ressource (utile ou nécessaire), l'annulation sera une sanction lourde : le pseudo-assuré responsable d'un accident de la circulation devra indemniser la victime sur son patrimoine personnel.

(607. : réservé)

§1^{er}/ Les cas de nullité : les vices de formation d'un contrat

608. Les **cas de nullité** sont des griefs, invoqués par un contractant, lors d'une action en justice. L'un des contractants réclame l'exécution d'un contrat, et l'autre la refuse en invoquant un cas de nullité, c-à-d. un défaut du contrat qui, en suivant une procédure, permettra d'aboutir à l'annulation du contrat. Une procédure doit donc être suivie, en présence d'un défaut qualifié de vice.

Pour qu'un contractant puisse invoquer valablement devant le juge le défaut dont le contrat est atteint, une *procédure* doit être suivie. En fonction du comportement des parties, il faudra (ou non) intenter une action en justice (action en nullité). Si cette procédure n'est pas suivie, le vice dont le contrat est atteint ne pourra pas être invoqué : ce qui signifie que le contrat sera soumis à la force obligatoire, comme si le contrat n'était atteint d'aucun vice.

¹ Civ. 2^e, 30 juin 2016, n° 15-22.842, Bull. ; RGDA 2016, p. 406, note Sophie Lambert.

² Civ. 2^e, 30 juin 2016, n°15-18.855, Bull. ; D. 2016, somm., p. 1497 ; RGDA 2016, p. 403, note Luc Mayaux (fausse déclaration de l'assuré : nullité du contrat d'assurance).

Ce résultat surprenant s'explique par le fait que le législateur parle systématiquement de « vice de formation » du contrat. La notion de vice implique que le *domaine de la nullité* est restreint à certains défauts : si le vendeur n'a jamais consenti à la vente (il n'a jamais accepté l'offre, ni signé le contrat), il faudra dire que la vente n'existe pas ; et non pas qu'elle est nulle.

Les cas de nullité sont perçus, en droit du contrat, comme des arguments invoqués au cours d'une procédure : le régime procédural de la nullité (I) possède un domaine d'application (II) restreint aux vices de formation.

I/ Le régime procédural de la nullité: la validation conditionnelle du contrat vicié

609. Le régime procédural de la nullité encadre la contestation du contrat par des conditions procédurales. La question n'est pas de savoir si le défaut existe ou non (question déjà traitée avec le consentement et le contenu du contrat) : il s'agit uniquement de savoir si le défaut peut encore être invoqué devant le juge.

- Ces conditions procédurales ont un objet : il s'agit de savoir qui peut agir et pendant quel délai.
- Si ces conditions ne sont pas respectées, le juge devra donc considérer que le vice ne peut plus être invoqué. Et donc que le contrat doit être considéré comme valable.

Cette manière de traiter des défauts du contrat est curieuse : le législateur mène une politique de validation du contrat, selon deux grands axes.

Le premier axe de la politique de validation du contrat se fonde sur le comportement des parties : le contractant qui entend invoquer le vice sera soumis à la prescription extinctive. Après un certain délai, il sera trop tard pour invoquer une erreur ou la contrepartie dérisoire à la clause de non-concurrence (art. 1169 c. civ.¹), lorsqu'un contractant néglige d'exercer une action en justice.

Le second axe de la politique de validation menée par le législateur est encore plus radical. Le législateur imposera à la victime de certains vices spécifiques d'agir rapidement pour contester le contrat : le *délai de forclusion* valide à bref délai le contrat vicié, peu de temps après la conclusion du contrat. Peu importe de savoir si le contractant est négligent ou non.

Le régime procédural de la nullité a donc, en réalité, pour objectif d'entraver la contestation du contrat : l'obligation viciée (c-à-d. un contrat injuste et illicite) peut, à certaines conditions, accéder à la pleine valeur (ce qui suppose que cette obligation est acceptable), soit parce que la prescription

¹Art. 1169 c. civ. : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. »

extinctive est acquise (1), soit parce que le délai de forclusion enferme la contestation du contrat dans un délai de rigueur (2).

1/ La prescription (extinctive) : le comportement inerte d'un des contractants

610. La **prescription (extinctive) applicable au constat du vice** impose à un contractant de dénoncer le vice du contrat dans un certain délai, faute de quoi il sera réputé négligent. La négligence du contractant ne sera acquise que par un jugement moral porté sur son comportement : un *comportement inerte* signifie parfois que le contractant considère que le contrat est nul ; parfois que le contractant néglige d'invoquer la nullité du contrat.

Lorsqu'une partie (voire un tiers) constate que le contrat dans lequel elle s'est engagée est atteint d'un vice qu'elle estime subir (une erreur affectant la qualité substantielle de la prestation ; une clause abusive ...), quel comportement convient-il d'adopter pour que ce vice ne produise aucune conséquence ?

– S'il faut exercer une action en justice, le demandeur devra éventuellement exposer des frais, ce qui n'est pas toujours utile, notamment si chacun s'accorde implicitement sur le constat de l'absence de valeur du contrat (ou de la clause viciée). C'est d'ailleurs ce qu'affirme l'article 1178 c. civ. : « La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. »

– L'action en nullité suppose normalement un litige ; l'exception opposée face à une demande d'exécution peut amplement suffire, quand il existe un consensus apparent sur l'absence de valeur de la clause viciée.

Pour invoquer le vice, une vision procédurale (qui est demandeur à l'action, qui est défendeur ?) conduira à examiner le contexte (y a-t-il eu *exécution*, avant que le vice ne fasse l'objet du litige ?). À ce stade, il s'agit de savoir si l'un invoque une exception face à la demande de l'autre ou si l'autre exerce une action (en nullité).

Lorsqu'une *action en nullité* est exercée, il faudra que le demandeur à la nullité respecte des conditions procédurales variables en fonction du type de vice qu'il invoque. C'est l'objet de la grande distinction entre action en nullité relative et action en nullité absolue : il s'agit d'identifier le titulaire de l'action (qui peut invoquer la nullité ?) et la prescription (quel événement déclenche la prescription ; pendant combien de temps peut-on invoquer la nullité ?).

La prescription extinctive, laquelle interdira d'invoquer le vice du contrat, suppose donc d'*interpréter le sens du comportement inerte d'un contractant*. Le législateur utilise deux paramètres

: le contrat a-t-il été exécuté ou non ?, et donc : faut-il exercer, au sens strict du terme, une action en nullité ? La nullité est invoquée par voie d'exception ou d'action (a) ; quand l'action est exercée, il faudra connaître le régime de cette action, différent selon que la nullité est relative ou absolue (b).

a/ La nullité invoquée par voie d'action ou d'exception : le critère de l'exécution

611. La **nullité invoquée par voie d'action ou d'exception** permet à chacun (les parties contractuelles en premier lieu) de déterminer quel comportement adopter face au vice affectant le contrat. Parfois il suffit de rester parfaitement inerte, en opposant l'exception de nullité ; parfois, une partie devra saisir le juge en exerçant une action en nullité. Le critère de l'exécution est employé pour déterminer le domaine de l'exception de nullité et celui de l'action en nullité.

En l'*absence d'exécution* d'un contrat vicié, l'exception de nullité sera perpétuelle. Le titre apparent est tenu par les parties elles-mêmes comme particulièrement fragile : ni l'une, ni l'autre n'exécutent ni n'en réclament l'exécution (devant le juge).

– Cet accord implicite des parties sur l'absence de valeur de leur « contrat » se traduit par la règle de l'imprescriptibilité de l'exception de nullité¹. Elle figure à l'article 1185 c. civ. : « L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution. ».

– L'exception perpétuelle de nullité est une technique procédurale : si le cocontractant réclame en justice l'exécution du contrat vicié (par voie d'action), il se verra opposer par l'autre l'exception de nullité, quel que soit le laps de temps écoulé². Il n'est donc pas nécessaire de saisir le juge, ni de constituer avocat³ : il suffit de rester inerte, du moins en présence d'un contrat courant (non publié).

¹ Jurisprudence constante : Civ. 3^e, 4 mars 2009, n°07-17.991, Bull. n°57 ; Civ. 1^{ère}, 24 avril 2013, n° 11-27.082, Bull. n° 84 : (abstrat) « La règle selon laquelle l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui n'a pas encore été exécuté s'applique sans qu'il y ait lieu de distinguer entre nullité relative et nullité absolue ».

Avant 2016, la règle était qualifiée de principe : Civ. 1^{ère}, 15 janvier 2015, n°13-25.512 et 13-25.513 ; Bull. ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 18, note Ludovic Lauvergnot ; RLDC, mars 2015, n° 5749, p. 12, note Marion Delsolneux ; JCP 2015, éd. G, Chron., 306, spéc. n° 5, note Yves-Marie Serinet : « Vu l'article 1304 du code civil, ensemble le principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle (...) » Même formulation dans Civ. 1^{ère}, 14 janvier 2015, n°13-26.279, Bull. ; JCP 2015, éd. S, II, 1060, note Thierry Tauran ; RLDC, mars 2015, n° 5778, note Mélanie Jaoul ; JCP 2015 G, 306, spéc. n° 5, note Yves-Marie Serinet.

² Civ. 1^{ère}, 14 janvier 2015, n°13-26.279, Bull. ; JCP 2015, éd. S, II, 1060, note Thierry Tauran ; RLDC, mars 2015, n° 5778, note Mélanie Jaoul ; JCP 2015, éd. G, Chron., 306, spéc. n° 5, note Yves-Marie Serinet : (abstrat) « Est perpétuelle l'exception de nullité opposée à la demande en nullité d'un testament ». La chambre commerciale emploie une formulation différente : « La règle selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle ne s'applique que si l'action en exécution de l'obligation litigieuse est introduite après l'expiration du délai de prescription de l'action en nullité. » (Com., 26 mai 2010, n°09-14.431, Bull. n°95 ; RLDC 2010, n°3869, note Cécile Le Gallou, et n°3881, note Gaëlle Marraud des Grottes ; Com., 3 décembre 2013, n° 12-23.976).

³ L'article 1178 c. civ. y fait allusion : « La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. »

Le contractant qui estime ne pas devoir verser de prestation, en raison du vice affectant le contrat⁴, restera inerte et opposera l'exception de nullité.

En présence d'une *exécution simple* (avant de découvrir son erreur, l'acquéreur a payé le prix ; le prix n'est pas déterminable, alors qu'il doit l'être), le contrat présente une apparence plus solide : le titre est corroboré par l'exécution simple. Il en va de même quand un contrat vicié est publié (hypothèque², régime matrimonial, vente immobilière), bien que l'article 1185 c. civ. ne le dise pas.

– Il faudra alors exercer une action en nullité, et cette action sera soumise à prescription³ (infra).

– Un contractant qui reste inerte pendant cinq ans, alors que l'exécution (ou la publication) du contrat vicié a eu lieu, renonce implicitement à invoquer le vice (quel qu'il soit : vice source de nullité relative ou absolue)⁴.

Ce contrat vicié accède alors à la validité, sauf action en nullité.

Le critère de l'apparence, simple ou absente, permet de déterminer le comportement à adopter face au vice. Ce comportement doit être connu de chacun : une fois la prescription extinctive de l'action en nullité acquise (exécution simple du contrat courant ou publication), il sera interdit au juge de constater le vice, ce qui signifie que le contrat sera entièrement soumis à la force obligatoire des conventions. L'exécution est le premier paramètre employé pour justifier la politique de validation du vice affectant le contrat. Un second critère sera employé, mais uniquement en présence d'une action en nullité.

611-1. L'exécution volontaire se distingue de l'exécution simple. L'exécution simple crée une apparence suffisante, que le cocontractant protégé doit dénoncer en temps utile ; l'exécution volontaire est un comportement traduisant une volonté tacite de couvrir un vice⁵.

⁴ Com, 8 avril 2015, n°13-14447, Bull. (la caution qui reçoit une information annuelle du créancier reste inerte : elle peut ainsi opposer l'exception de nullité) ; Com., 31 janvier 2017, n° 14-29.474, Bull. ; JCP 2017, éd. G, Act., 170, note Vincent Roulet ; Dalloz 2017, somm., p.297.

² Civ. 3^e, 9 mars 2017, n°16-11.728, Bull. ; JCP G 2017,chron. 511, spéc. n°18, note Philippe Delebecque ; Ann. loyers, mai 2017, p. 75, note Bastien Brignon. L'arrêt

³ Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1998, *Maggiari*, Bull. n°338 ; Civ. 3^e, 10 mai 2001, n°99-11762, Bull. n°61 ; Dalloz 2001, p.3156, note Pascal Lipinski ; Civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, n°00-22.312, Bull. n°88 : (abstrat) « L'exception de nullité ne peut être invoquée que pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté » ; Com.,15 janvier 2013, n°11-28.244, Bull. n°12 ; Dalloz, 2013, p. 539 à 542, note Bruno Dondero.

⁴ Civ. 1^{ère}, 17 juin 2010, n°09-14.470 : « Une cour d'appel qui retient qu'une convention d'exercice libéral conclue entre une société anonyme et un médecin est entachée de nullité, que le délai de prescription de l'action est expiré et que le contrat a été exécuté en déduit à bon droit que cette nullité ne peut pas non plus être invoquée par voie d'exception. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2020, n° 18-25.686, D. 2021 p.4 : client informé de sa possibilité d'invoquer la nullité du contrat et ayant « poursuivi l'exécution du contrat sans formuler aucune réserve après les travaux et après la mise en service de l'installation de production électrique, laquelle a fonctionné au moins pendant deux ans jusqu'à l'engagement de leur action. » Il s'ensuit que « les emprunteurs avaient exécuté volontairement le contrat, en connaissance des vices affectant le bon de commande, ce qui valait confirmation du contrat et les privait de la possibilité de se prévaloir des nullités formelles invoquées. »

L'exécution simple ne provient pas nécessairement du contractant protégé. L'exécution principale du contrat (vicié) par le cocontractant interdira au contractant protégé d'invoquer l'exception perpétuelle de nullité (Civ. 1^{ère}, 13 fév. 2007¹), en réalité parce que l'apparence suffisante a été créée de bonne foi : il fallait la dénoncer en temps utile. De même, l'inscription de l'hypothèque « constitue un commencement d'exécution, indépendamment de la personne qui l'effectue » (Civ. 3^e, 9 mars 2017²), parce que la publication crée une apparence, analogue au versement du prix. En revanche, en présence d'un contrat de cautionnement vicié, lorsque le créancier professionnel exécute en remplissant ses devoirs secondaires envers la caution (information annuelle ...), l'exécution simple n'est pas acquise, et la caution pourra opposer l'exception (perpétuelle) de nullité³. L'inertie objective du contractant protégé ne suffit donc pas toujours à exclure l'exécution simple.

L'exécution volontaire est un comportement tacite qui ne s'explique que par la volonté de considérer comme valide un contrat atteint d'un défaut.

- L'exécution volontaire suppose d'agir en connaissance de cause. Le contractant est conscient de son erreur (qui pourrait le conduire à obtenir l'annulation du contrat), mais il décide néanmoins de payer. Ce comportement ne s'explique que par la volonté de ratifier le contrat.
- Certains vices, selon la jurisprudence, ne peuvent être couverts que par l'exécution volontaire (ou la ratification), ce qui suppose que le contractant protégé ait été préalablement informé du vice affectant le contrat : à défaut d'exécution volontaire, la prescription extinctive ne peut pas débiter (même en cas d'exécution simple)⁴.

b/ L'action en nullité relative ou absolue : la catégorisation des vices

612. L'action en nullité, quand elle doit être exercée (en cas d'exécution simple ou de contrat publié), donnera lieu à un régime procédural destiné à identifier les titulaires de l'action (qui peut agir ?) et la prescription (pendant quel délai le vice peut-il être invoqué ?). Techniquement, l'action en nullité sera plus ou moins canalisée par ces conditions procédurales qui ont pour fonction de restreindre plus ou moins l'accès au tribunal. Ces conditions procédurales expriment la politique de validation : le vice est acceptable, plus ou moins d'ailleurs selon le type de vice.

Traditionnellement, en droit positif français, on distingue deux grands types de vices. Cette distinction entre *nullité relative* et *nullité absolue* est d'ailleurs explicitement consacrée à l'article

¹ Civ. 1^{ère}, 13 février 2007, n°05-18.097, Bull. n°57 : « ladite convention avait été exécutée par la cocontractante ».

² Civ. 3^e, 9 mars 2017, n°16-11.728, Bull. ; JCP G 2017, chron. 511, spéc. n°18, note Philippe Delebecque ; Ann. loyers, mai 2017, p. 75, note Bastien Brignon.

³ Com., 8 avril 2015, n° 13-14.447, Bull. ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 9, note Marc Migno ; JCP 2015, éd. G, II, 652, note Michel Séjean ; RLDC, n° 5870, note Elodie Pouliquen: (abstrat) « Ayant énoncé que les diverses obligations mises à la charge du créancier professionnel ne sont que des obligations légales sanctionnées par la déchéance du droit aux accessoires de la créance et non la contrepartie de l'obligation de la caution, une cour d'appel en déduit exactement qu'au moment où la caution a invoqué la nullité de son engagement, le contrat de cautionnement n'avait pas encore été exécuté par la seule délivrance de l'information annuelle qui lui était légalement due, de sorte que l'exception de nullité était recevable. »

⁴ Civ. 3^e, 20 novembre 2013, n°12-27.041, Bull. n°149 (la renonciation du client doit être caractérisée par sa connaissance préalable de la violation des dispositions destinées à le protéger, ce qui exclut qu'un commencement d'exécution du contrat ait, à lui seul, pour effet de couvrir l'irrégularité).

1179 c. civ. : « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général./ Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. »

Cette distinction binaire présente toutefois des faiblesses : certains vices sont difficiles à classer.

La distinction a une fonction purement et simplement procédurale, de sorte qu'un certain nombre de dispositions aurait pu figurer dans le code de procédure civile, et non dans le code civil. Pour l'essentiel, il s'agit de déterminer le régime de l'action en nullité (point de départ de la prescription et durée de la prescription, titulaire de l'action).

613. La **distinction entre nullité relative et absolue** a pour objet de catégoriser les vices, afin d'identifier leur fonction (et par conséquent, le régime applicable à cette action en justice). La distinction, issue de la théorie moderne née au xx^e siècle, repose sur un critère binaire centré sur l'intérêt protégé par l'ordre public : soit l'ordre public est de protection (d'un contractant), soit il est de direction (de la société).

La *distinction* s'applique sans difficulté à des cas topiques.

- La nullité relative s'applique depuis toujours aux vices du consentement, de lésion, de capacité ; la clause abusive (art. 1171 c. civ.¹), la contrepartie dérisoire ou illusoire² (art. 1169 c. civ.³) ainsi que le manquement à une obligation essentielle (art. 1170 c. civ.⁴) s'y insèrent sans difficulté.
- La nullité absolue s'applique à l'objet illicite (chose hors commerce ou portant atteinte à un droit fondamental⁵) et à certains buts lourdement illicites (opération frauduleuse destinée à léser les intérêts du fisc, à heurter l'ordre public de direction).

¹ Art. 1171 c. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

² Civ. 3^e, 29 mars 2006, n°05-16032 : « La demande en nullité de contrat pour défaut de cause tenant à l'impossibilité de réaliser un profit ne visait que la protection des intérêts du demandeur et (...) ce défaut de cause existait dès les ventes sans garantie, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il s'agissait d'une nullité relative et que la prescription était acquise » ; Civ. 3^e, 24 octobre 2012, n°11-21.980 ; Com., 22 mars 2016, n°14-14.218, Bull. ; JCP E 2016, II, 1251, note Nicolas Dissaux ; D. 2016, somm., p. 704, et chron., p. 1037, note Sylvie Tréard ; JCP G 2016, Act., 4, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier, édito, n° 522, note Denis Mazeaud, et I, 632, note Rémy Libchaber ; RJDA 2016, n° 359 ; Gaz. Pal. 2016, n° 17, p. 23, note Dimitri Houtcieff, n° 19, p. 51, note Bruno Dondero, et p. 76, note Jean-Marc Moulin, et la RLDAff. 2016, n° 5900.

³ Art. 1169 c. civ. : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. »

⁴ Art. 1170 c. civ. : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

⁵ Civ. 3^e, 12 juin 2003, n°02-10778, Bull. ; D. 2004, p.367 à 370, note de C.-M. Bénard (nullité absolue de la clause d'un bail faisant obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants) : « vu l'art. 11 de la Convention EDH, et l'art. 4 de la loi du 1^{er} juillet 1901 ; Attendu que toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association (...) ; Attendu que tout membre d'une association qui n'est pas formée pour un temps déterminé peut s'en retirer en tout temps, après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire (...) »

La distinction entre nullité relative et absolue laisse également des *espaces vides*. Dans ce cas, ou lorsqu'un doute existe, la jurisprudence opte fréquemment pour la nullité absolue.

- Le vice de forme, plus généralement, remplit des fonctions diverses, parfois centrées sur l'intérêt général¹ ou sur celui d'un contractant (caution) ou de tiers (les héritiers du donateur : art. 931-1 c. civ.²). Le vice de forme est sanctionné par les juges par la nullité absolue³ ;
- Lorsque l'objet d'une prestation est indéterminé (prix non fixé⁴, objet vendu imprécis) ou en présence d'une erreur-obstacle (lorsque le consentement des parties n'a pas pu se rencontrer⁵), la théorie ne prédit rien. L'article 1179 c. civ. laisse un espace vacant. La nullité absolue est probable.
- La clause d'indexation illicite, quand elle porte sur l'indice général de l'inflation (indice insee⁶), est sanctionnée par la nullité absolue⁷. L'objectif macro-économique de lutte contre l'inflation coexiste avec la protection des intérêts du débiteur (contre l'accroissement de sa dette en période d'inflation).

La consécration, par l'ordonnance du 10 février 2016, de la distinction entre nullité relative et absolue, possède une fonction purement et simplement procédurale :

- il s'agit de préciser le régime de l'action en justice, ici de l'action en nullité. Il n'y aura pas de contrat « relativement » ou « absolument » nul. Soit il sera valide, soit il sera

¹ Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1983 (à propos d'une donation, sans acte authentique ni remise matérielle) : « Si l'acte nul de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé, il est loisible aux parties de renouveler leur accord ou de maintenir leur commune volonté, lorsque la cause de la nullité a cessé ». L'arrêt qualifie cette nullité d'absolue, ce qui est curieux : la solution est délicate à concilier avec l'art. 931-1 c. civ. (qui permet aux héritiers de confirmer la donation).

² Art. 931-1 c. civ. : « En cas de vice de forme, une donation entre vifs ne peut faire l'objet d'une confirmation. Elle doit être refaite en la forme légale.

« Après le décès du donateur, la confirmation ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant cause du donateur emporte leur renonciation à opposer les vices de forme ou toute autre cause de nullité. »

³ Civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, n°12-15.618, Bull. : (abstrat) « Les articles 931 à 933 du code civil, qui énoncent des règles d'ordre public, exigent que, lorsqu'une donation entre vifs est acceptée par procuration, cet acte doit avoir une forme authentique. Dès lors, encourt la nullité absolue une donation entre vifs acceptée par une procuration établie sous seing privé. » ; Com., 26 septembre 2018, n°16-25.937, Bull. (irrespect d'une condition de forme imposée pour la validité d'un contrat).

Une jurisprudence curieuse précise parfois que le vice de forme peut être invoqué sans avoir à démontrer son intérêt à agir en justice : Com., 1^{er} octobre 2013, n°12-24.558, Bull. n°146 : l'inscription d'un nantissement « était dépourvue de validité, la nullité expressément prévue par un texte d'ordre public étant encourue sans que la démonstration d'un grief soit requise » ; Civ. 3^e, 19 février 2014, n°12-18.286, Bull. n°26 (absence de publicité valable invoquée par celui qui en a eu connaissance).

⁴ Nullité absolue justifiée par l'absence d'un élément essentiel : Civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, n°90-21.462 ; Com., 23 octobre 2007, n°06-13.979, Bull. n°226.

⁵ Civ. 3^e, 21 mai 2008, n°07-10772, Bull. n°92 : « l'erreur portant sur l'objet même de la vente, faisait obstacle à la rencontre des consentements et devait entraîner l'annulation de la vente. »

⁶ Art. L 112-2 c. mon. et fin. : sauf pour les dettes alimentaires, « dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des alaires (...) »

⁷ Com., 3 nov. 1988, n°87-10043 ; Bull. n°287 ; D. 1989, p. 93, note Philippe Malaurie : « une telle indexation, prohibée par la loi, atteinte d'une nullité absolue, n'était susceptible ni de confirmation, ni de ratification ».

annulé (infra).

– Il s’agira uniquement de régler l’accès au tribunal, en identifiant les titulaires de l’action (qui peut invoquer le vice, et donc qui ne le peut pas ?) et le régime de la prescription (point de départ et durée).

Il est moins question de droit civil que de procédure civile, étant par ailleurs précisé que l’action en nullité d’un contrat ne doit pas nécessairement se distinguer d’autres actions (en exécution, en inopposabilité, en contestation d’une filiation ...).

614. Le régime procédural de l’action en nullité, relative ou absolue, traite uniquement de l’action en justice (ce qui implique que la distinction entre nullité relative et absolue ne s’applique pas à l’exception perpétuelle de nullité). La distinction entre nullité relative et absolue a uniquement pour fonction de déterminer qui peut agir (titulaires de l’action) et le régime de la prescription de cette action : des affirmations successives vont ainsi opposer ces deux catégories de vice.

En présence d’une *action en nullité relative*, la recevabilité de l’action est strictement encadrée :

– seul le contractant protégé, à l’exclusion du cocontractant ou de tiers¹, sera recevable à invoquer le cas de nullité. Selon l’article 1181 al. 1^{er} c. civ., « La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger. »

– Seul le contractant protégé pourra confirmer, expressément ou tacitement², le contrat (art. 1181 al. 2 c. civ.³) c-à-d. renoncer à invoquer le vice⁴.

– La durée de la prescription de l’action en nullité relative est de cinq ans : la prescription débute quand le vice du consentement a cessé (art. 1144 c. civ.⁵). Traditionnellement, il est admis que la prescription de l’action en annulation, en présence d’une exécution simple, débute à compter du jour où le contractant protégé peut effectivement agir (connaissance de son erreur ; mineur devenu majeur). Depuis la loi n°2008-561 du 17 juin 2008, la prescription quinquennale de l’action en nullité relative court

¹ Ainsi, selon la jurisprudence, la nullité d’une garantie conférée à une banque, lors d’un crédit accordé à un débiteur professionnel, pour les besoins de sa profession, ne peut être invoquée par un tiers (la caution, en l’occurrence) : Com., 3 juin 2009, n° 08-13.613.

² Civ. 1^{ère}, 15 janvier 2015, n°14-11.019 ; Bull. : « Seul le bailleur peut se prévaloir de la nullité de l’acceptation de l’offre de vente qu’édicte l’article 15, II, alinéa 5, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 » (acceptation hors délai par le locataire : seul le bailleur peut invoquer ce vice, ou, comme en l’espèce, confirmer tacitement).

³ Art. 1181 c. civ. : « La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger.
« Elle peut être couverte par la confirmation. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, n°96-13.972, Bull. n°120 (renonciation valide dès lors qu’elle intervient après la conclusion de l’acte vicié).

⁵ Art. 1144 c. civ. : « Le délai de l’action en nullité ne court, en cas d’erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé. » (reprenant l’anc. art. 1304 c. civ. 1804).

à compter de la connaissance du vice (art. 2224 c. civ.¹). En présence d'une nullité relative (ordre public de protection), l'accès au tribunal est ainsi étroitement encadré.

En présence d'une action en *nullité absolue*, à l'inverse, le régime de l'action en annulation est (légèrement) plus ouvert (afin de favoriser les chances d'annulation du contrat).

- Selon l'article 1180 al. 1^{er} c. civ., « La nullité absolue peut être invoquée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public. » La recevabilité de l'action en annulation est large : chacun des deux cocontractants, des tiers ou le ministère public, est recevable pour invoquer ce chef de nullité.
- Le contrat n'est pas confirmable, mais doit être refait, en respectant la loi d'intérêt général, solution affirmée par l'article 1180 al. 2 c. civ.² : « Elle [La nullité absolue] ne peut être couverte par la confirmation du contrat. »
- La prescription fut longtemps soumise à un régime spécifique (prescription trentenaire à compter de la conclusion du contrat), mais la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 a modifié les choses (prescription quinquennale, à compter de la conclusion du contrat³). En présence d'une nullité absolue, l'accès au tribunal est plus ouvert : le contrat reposant sur un objet illicite ou un but illicite (frauduleux dans un but fiscal, par exemple) est plus fragile, puisqu'il s'avère plus nocif.

L'opposition entre nullité relative et absolue demeure donc strictement procédurale, et l'on peut se demander si cette distinction mérite de figurer dans le code civil. En réalité, seules les dispositions traitant de la confirmation, en présence d'un vice soumise à une action en nullité relative, peuvent y figurer logiquement. Les dispositions traitant de la prescription sont, quant à elles, devenues plus délicates à saisir.

615. Pourquoi **seul le contractant protégé par une nullité relative** pourrait-il l'invoquer, à l'exclusion de tiers disposant éventuellement d'un intérêt à contester l'obligation souscrite ?

En droit du cautionnement, la distinction entre *exception personnelle* et *exception inhérente à la dette* ne s'applique plus depuis l'ordonnance de 2021 réformant le droit des sûretés (art. 2298 c. civ.⁴). En présence d'une

¹ Art. 2224 c. civ. : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

² Art. 1180 al. 2 c. civ. : « Elle [La nullité absolue] ne peut être couverte par la confirmation du contrat. » Voir : Com., 26 septembre 2018, n° 16-25.937, Bull. : (abstrat) « L'acte nul de nullité absolue ne pouvant être rétroactivement confirmé, les parties désirant contracter après la disparition de la cause de cette nullité sont tenues, lorsque la validité de leur convention est soumise à des formes prévues par la loi, de conclure un nouveau contrat, dans les formes ainsi requises, qui produit ses effets à compter de sa formation ».

³ Ce qui donne lieu à une situation juridique curieuse : les contrats présentés comme particulièrement vicieux, en tant qu'ils nuisent à l'intérêt général, bénéficient donc d'une assise plus large, la prescription débutant tôt (date de conclusion du contrat), et étant désormais brève (cinq ans).

⁴ Art. 2298 c. civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293.

obligation solidaire, la distinction entre exception inhérente à la dette, soumise à gestion concurrente, et exception personnelle, soumise à gestion exclusive, s'applique, mais avec des exceptions (exception de compensation ou d'inexécution).

La distinction entre *obligation purement personnelle*¹ (intuitu personae, en considération de la personne, exclusivement attachée à la personne) et obligation courante conduira à justifier un intérêt plus large du tiers. L'action ne serait réservée à son titulaire que si ce dernier doit effectuer un choix de conscience (action en nullité d'un mariage ou d'une filiation). Dans les contrats courants, dont l'objet consiste principalement à transférer une *valeur patrimoniale*, les tiers (créanciers d'une partie, en premier lieu : action oblique², art. 2253 c. civ.³ etc...) ne devraient pas être écartés du litige, dès lors qu'ils justifient d'un intérêt : la caution, qui garantit le débiteur, a alors intérêt à obtenir l'annulation du contrat vicié par le dol ou la violence (sauf renonciation de sa part à invoquer ce vice : art. 2298 al. 1er c. civ.).

L'adage « *pas d'intérêt, pas d'action* » (repris à l'art. 31 n.c.p.c.⁴) signifie qu'une action doit être fondée sur un motif invoqué de bonne foi, et non sur un prétexte générique (et purement formel) qu'un contractant invoquerait uniquement afin d'échapper à une obligation qui ne lui conviendrait plus. Ainsi, l'auteur d'un dol ou d'une violence etc⁵ ne pourra pas invoquer ce vice pour faire annuler le contrat qui ne lui conviendrait plus⁶. Notons que la jurisprudence rend parfois des solutions « hors cadre »⁷, et qu'une jurisprudence récente remet complètement en cause l'adage « pas d'intérêt, pas d'action », quand une nullité, une irrecevabilité etc. n'est « pas subordonnée à la démonstration d'un grief »⁸.

616. La **confirmation** d'un contrat atteint d'un vice soumis à action en nullité relative s'inscrit (comme la renonciation⁹ ou la ratification) signifie que le contractant protégé peut renoncer à la protection légale, en

« Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. »

¹ Com., 16 décembre 2014, n°13-21.479, Bull. ; JCP E 2015, n°1068, note Christine Lebel : (abstrat) « L'action en nullité d'un acte juridique fondée sur l'insanité d'esprit exercée par le débiteur en liquidation judiciaire, qui n'appartient de son vivant qu'à celui-ci, conformément à l'article 414-2 du code civil, est une action exclusivement attachée à sa personne (...) ».

² Art. 1341-1 c. civ. : « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne. »

³ Art. 2253 c. civ. (loi n°2008-561 du 17 juin 2008) : « Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer ou l'invoquer lors même que le débiteur y renonce. »

⁴ Art. 31 n.c.p.c. : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé. »

⁵ Ainsi, le bailleur délivrant un congé irrégulier ne peut invoquer le vice de nullité : seul le locataire peut l'invoquer, sauf pour lui à confirmer l'acte. Voir : Civ. 3^e, 15 sept. 2010, n° 09-15.192 : (abstrat) « Le bailleur qui notifie à son locataire un congé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ne peut se prévaloir de la nullité de l'acte qu'il a lui-même délivré. » ; Civ. 2^e, 16 mai 2013, n°12-20.317, Bull. n°88 : « L'exception tirée du défaut d'autorisation d'agir en justice au nom du département donnée par le conseil général à son président n'existant que dans le seul intérêt de la collectivité territoriale, la partie adverse n'est pas autorisée à s'en prévaloir. »

⁶ Art. 1125 c. civ. : « Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de ceux avec qui elles ont contracté ». (article mod. par la loi n°68-05 du 3 janv. 1968, ayant abrogé l'alinéa 1^{er}).

⁷ Com., 29 janv. 2008, n°06-18654, Bull. : action en nullité exercée par un tiers contestant la clause de non-concurrence souscrite par un salarié.

⁸ Civ. 2^e, 24 septembre 2015, n° 14-23.169, Bull. Joly sociétés 2015, p. 560, note Emmanuel Putman : (abstrat) « L'irrecevabilité des conclusions d'appel d'une société qui mentionnent un siège social fictif n'est pas subordonnée à la démonstration d'un grief ».

confirmant, expressément ou tacitement (par l'exécution volontaire), mais également implicitement le contrat qui sera alors immédiatement « réparé » (art. 1182 c. civ.¹).

La confirmation *expresse* doit être, comme tout acte juridique, effectuée en connaissance de cause, de façon libre et éclairée, à un moment où le vice (protégeant le contractant) a disparu.

- La confirmation expresse indique « le vice affectant le contrat ».
- La confirmation expresse résulte d'un acte unilatéral : celui qui peut confirmer est également le seul à pouvoir contester le contrat.

La *confirmation tacite, par l'exécution volontaire* de l'obligation suppose d'interpréter un silence. Selon l'article 1182 al. 3 c. civ.², l'exécution volontaire survient à un moment où le contractant pouvait agir en nullité. Distincte de l'exécution simple ou spontanée (qui n'est pas faite en connaissance de cause : le consommateur exécute croyant qu'il doit les intérêts réclamés par la banque, alors que la clause est abusive³), l'exécution volontaire signifie simplement qu'il n'existe aucun rituel (formaliste) imposé. Le paiement, versé ou accepté⁴ en connaissance de cause, par le contractant protégé vaut confirmation : le comportement ne s'explique que par la volonté de valider le contrat vicié (en connaissance de cause). Ainsi, le vendeur ayant découvert son erreur accepte le paiement de l'acquéreur⁵.

617. Le **point de départ de la prescription** est fixé au moment à partir duquel le contractant protégé peut contester le contrat⁶. Ce point de départ déclenche donc le processus de validation du contrat, qui interdira (si le processus arrive à terme) au contractant protégé de contester le contrat. La possibilité de contester le contrat vicié, ayant fait l'objet d'une exécution simple (supra n°622), donne toutefois lieu à des dispositions contradictoires : celles (partielles) de l'article 1144 c. civ. (reprenant le droit de 1804), relevant du droit du

⁹ Sur une renonciation tacite, Civ. 1^{ère}, 23 septembre 2015, n°14-20.168, Bull. ; Revue juridique personnes et famille, novembre 2015, p. 18, note Vincent Egéa et Julien Dubarry ; JCP G 2015.II.1318, note Benjamin Attias, et chron., 1342, spéc. n° 5, note Philippe Simler : (abstrat) « La renonciation à un droit peut être tacite dès lors que les circonstances établissent de façon non équivoque la volonté de renoncer. »

¹ Art. 1182 c. civ. : « La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat.

« La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat. (...) »

² Art. 1182 al. 3 c. civ. : « L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation. En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé. (...) »

³ Civ. 3^e, 20 nov. 2013, n°12-27.041 : « la renonciation du maître de l'ouvrage à se prévaloir de la nullité du contrat par son exécution devait être caractérisée par sa connaissance préalable de la violation des dispositions destinées à le protéger »

⁴ Civ. 2^e, 19 oct. 2006, n°05-17599 ; Crim., 16 mai 2006, n°05-80974, bull. crim. ; D. 2005.2771 2774, note David Noguéro (un assureur encaisse partiellement le montant de la prime d'assurance due par un assuré : « L'assureur, qui a encaissé sans réserves et avant le sinistre le montant de la prime, laissant croire à une régularisation, et qui n'a pas averti l'assurée qu'il persistait à considérer la police comme résiliée, a renoncé à la résiliation »).

⁵ Com., 5 février 2013, n°12-11.720, Bull. : « La violation du formalisme des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation [mention manuscrite], qui a pour finalité la protection des intérêts de la caution, est sanctionnée par une nullité relative, à laquelle elle peut renoncer par une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant, qui vaut confirmation au sens de l'article 1338 du code civil. ».

⁶ En régime général des obligations, la prescription extinctive possède une fonction inverse : le créancier dispose d'un certain délai pour réclamer l'exécution de l'obligation. Voir, *Régime général des obligations*, n°608 et suiv.

contrat, ne cadrent pas exactement avec celles (générales) de l'article 2224 c. civ. (loi n°2008-561 du 27 juin 2008).

En droit du contrat, il est traditionnellement admis (anc. art. 1304 c. civ.¹) que le point de départ du délai de prescription de l'action en annulation court à compter du moment où le contractant protégé (par un vice, source de nullité relative) *peut effectivement exercer l'action en annulation*.

- Ainsi, lorsqu'un contractant subit une violence ou une erreur, la prescription ne commence à courir que lorsque cesse le vice du consentement (art. 1144 c. civ.²).
- De même, la prescription ne débute que lorsque cesse le vice de minorité : une fois devenu majeur (ou redevenu capable), le contractant protégé peut effectivement contester le contrat.

Le point de départ de cette prescription peut être éloigné de la date de conclusion du contrat : la gêne occasionnée pour le cocontractant peut être justifiée quand ce même cocontractant est responsable du vice (violence, dol, clause abusive) ; elle l'est moins quand le cocontractant n'en est pas responsable (erreur simple, qui peut être commune aux parties).

En droit de la prescription, applicable à toute obligation (contractuelle ou légale), la prescription débute dès que le titulaire d'un droit connaît ou est réputé connaître le fait, en l'occurrence le vice. Selon l'article 2224 c. civ. (issu de loi n°2008-561 du 17 juin 2008) « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a *connu ou aurait dû connaître* les faits lui permettant de l'exercer. » Le contrat générant une obligation personnelle, son vice (dénoncé par voie d'action) imposera au contractant d'agir rapidement en justice, le plus souvent à compter de la conclusion du contrat.

- Ainsi, un consommateur, qui emprunte sans que le taux effectif global soit correctement indiqué, est réputé avoir connaissance du vice dès la conclusion du

¹ Anc. art. 1304 c. civ. : Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure (loi n°68-5 du 3 janv. 1968) « cinq » ans.

« Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts. (...) »

« Le temps ne court, à l'égard des actes faits par un (loi n°68-5 du 3 janv. 1968) « mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation ; et à l'égard des actes faits par un majeur protégé, que du jour où il en a eu connaissance, alors qu'il était en situation de les refaire valablement. Il ne court contre les héritiers de (loi n°2007 du 5 mars 2007) « la personne en tutelle ou en curatelle » que du jour du décès, s'il n'a commencé à courir auparavant ».

² Art. 1144 c. civ. : « Le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé. » Art. 1182 al. 3 c. civ. : « L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation. En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé. »

contrat (qu'il peut lire) : la prescription débute dès la conclusion du contrat¹, même si le consommateur ne connaît pas effectivement le vice.

– La jurisprudence est visiblement formée² : elle a vocation à s'appliquer à la plupart des vices (clause abusive, objet illicite ou indéterminé, condition de forme ...), y compris ceux donnant lieu à nullité absolue. Pour éviter ce résultat, il faut bloquer le déclencheur de la prescription, ce que font régulièrement les juges en posant une condition (infra, n°627-1). Tant que la condition ne s'accomplit pas, la prescription ne court pas.

Dès que débute la prescription, le contrat vicié (par un vice, source de nullité relative ou absolue) ayant fait l'objet d'une exécution simple (condition préalable pour fait courir la prescription de l'action en nullité : supra n°622 et suiv.) a vocation à devenir incontestable cinq ans après sa conclusion.

616-1. La **prescription ne débutera pas** lorsque le fait légalement prévu ne survient pas. Dans ce cas, même en cas d'exécution simple, la situation demeure précaire : l'imprescriptibilité du vice produit une situation proche de l'inexistence. Techniquement, une condition suspensive fait défaut.

Ainsi, le *déclencheur de la prescription demeure désactivé* si le client ne reçoit pas un document que le professionnel doit envoyer. Si le client qui fait construire une maison dispose d'un droit de rétraction déclenché par l'envoi de la notice l'informant de cette prérogative, le délai de prescription ne courra pas en l'absence d'envoi de la notice³. De même, l'exigence d'un juste titre pour faire débiter l'usucapion en matière immobilière (art. 2267 c. civ.⁴) rendra la possession sans effet.

La prescription ne débute pareillement pas, en présence d'un *vide contractuel*. Lorsqu'un banquier omet de mentionner le taux d'intérêt applicable à un découvert bancaire, taux réputé accepté par le silence quand il

¹ Com., 17 mai 2011, n°10-17.397, Bull. n°77 : (abstrat) « L'action en nullité d'un prêt fondée sur une erreur ou un dol résultant de l'erreur affectant la stipulation du taux effectif global se prescrit, dans les relations entre professionnels, dans le délai de cinq ans à compter du jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître le vice affectant ce taux. S'agissant d'un prêt, le point de départ de cette prescription est la date de la convention. ».

² Com., 3 décembre 2013, n°12-23.976, Bull. n°176 ; D. 2013, p. 2908 ; JCP G 2014, n° 115, p. 162 à 169, spéc. p. 167, note Yves-Marie Serinet ; Revue de droit bancaire et financier, n°1, janvier-février 2014, commentaire n°8, p. 44-45, note Dominique Legeais ; RLDC 2014, Actualités, n° 5291, p. 13-14, note Cécile Le Gallou : (abstrat) « La prescription de l'action en nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel exercée par un emprunteur qui a obtenu un concours financier pour les besoins de son activité professionnelle court, s'agissant d'un prêt, de la date de la convention. » ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2017, n°16-10.142, Bull. ; D. 2017, somm., p. 565 ; Gaz. Pal. 2017, n° 15, p. 27, note Jérôme Lasserre Capdeville ; revue Ann. loyers, mai 2017, p. 90, note Christelle Coutant-Lapalus : (abstrat) « Le point de départ du délai de prescription de l'action en déchéance du droit aux intérêts conventionnels se situe, comme celui de l'exception de nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel, au jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître l'erreur affectant le taux effectif global. »

³ Civ. 3^e, 8 octobre 2014, n°13-20.294, Bull. n°126 (l'absence de notification de la notice informative empêche le délai de rétraction de sept jours de courir). Voir, art. L271-1 c. constr. et hab. : « Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation (...), l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte./ Cet acte est notifié à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise. La faculté de rétractation est exercée dans ces mêmes formes. »

⁴ Art. 2267 c. civ., « le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription [abrégée] »

figure sur les relevés bancaires, la prescription ne peut pas débiter : l'absence de document (contractuel) produit l'effet de l'inexistence, puisqu'il n'existe aucun contenu à cette pseudo-obligation (Com., 16 mars 2010¹).

Restent ensuite les situations plus ambiguës. Techniquement, le départ de la prescription subordonné à une *condition* paralyse la situation. Ainsi, certains vices (absence de contrepartie sérieuse) ne pourront n'être soumis que tardivement à la prescription, par exemple lors de la rupture du contrat de travail : le salarié, contractant protégé, pourrait alors invoquer la nullité plus de cinq ans après la conclusion du contrat², sauf à décider que le vice affectant la clause de non-concurrence, connu dès la conclusion du contrat, est soumis à l'article 2224 c. civ.

617. La **durée de la prescription** permet de connaître le délai pendant lequel l'action en nullité est recevable (c-à-d. pendant quel délai le vice peut être invoqué). Depuis la loi n°2008-561 du 17 juin 2008, la prescription de droit commun est quinquennale : peu importe le vice, source de nullité relative ou absolue. Des textes spéciaux prévoient une prescription plus brève (prescription biennale en droit de la consommation³ ou triennale pour les baux d'habitation⁴) ou plus longue.

La prescription quinquennale ne modifie pas les choses en présence d'un vice, source de nullité relative. La solution était acquise depuis 1968⁵. En revanche, la solution est nouvelle en présence d'un vice, source de nullité absolue : l'action en nullité, qui s'impose en présence d'une exécution simple : supra n°622), sera prescrite dans les cinq ans de la connaissance du vice, donc dès la conclusion du contrat (supra n°627), que l'on soit en présence d'un but illicite (contrat de blanchiment d'argent sale : art. 1162 c. civ.) ou d'un objet illicite (contrat de prévarication d'un fonctionnaire ; clause illicite d'indexation).

¹ Com., 16 mars 2010, n°09-11.236, Bull. n°58, D. 2010, p.823, note Valérie Avena-Robardet ; JCP G 2010, n°537, p. 1011-1012, note Didier R. Martin ; CCC n°6, juin 2010, commentaire n°150, p. 17 à 19, note Laurent Leveneur ; Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 6/10, juin 2010, décision n°670, p. 626-627. : selon l'arrêt, il est constaté « que la convention d'ouverture de compte n'a pas été produite, que les conditions de compte notifiées ultérieurement par la banque au débiteur ne mentionnaient pas le TEG, qui n'était pas non plus porté sur les relevés de compte adressés périodiquement au titulaire ».

² En présence d'une clause de non-concurrence : Soc., 15 nov. 2006 n°04-46721, Bull. n°341. Quel sera le régime de la nullité conditionnelle (soit le salarié exécute la clause, et elle doit être rééquilibrée, soit il ne l'exécute pas, parce qu'elle est nulle) ?

³ Art. L 218-2 c. conso. (ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016) : « L'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans ».

⁴ Art. 7-1 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 : « Toutes actions dérivant d'un contrat de bail sont prescrites par trois ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer ce droit.

« Toutefois, l'action en révision du loyer par le bailleur est prescrite un an après la date convenue par les parties dans le contrat de bail pour réviser ledit loyer ».

⁵ En 1804, l'article 1304 prévoyait une prescription décennale, réduite à cinq ans par la loi n°68-5 du 3 janv. 1968. Anc. art. 1304 al. 1^{er} c. civ. : « dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans ».

Une fois la prescription quinquennale acquise, le contrat vicié est réputé avoir été valide dès sa conclusion : légalement, il n'existe aucune différence entre ce contrat vicié et un contrat ayant respecté toutes les conditions légalement requises.

(618- à 623. : réservés)

624. En somme, lorsqu'un contractant se prévaut du vice affectant le contrat, il faut prendre en compte le comportement inerte des parties.

- Lorsque ni l'une, ni l'autre n'exécute, l'exception de nullité est perpétuelle : les parties conviennent tacitement de l'absence de valeur de leur « contrat ». Le comportement inerte de chacun signifie que le contrat est considéré comme invalide ;
- En présence d'une exécution simple ou d'un contrat publié, une action en nullité devra être exercée afin de contester l'existence (apparente) du contrat.

En présence d'une exécution simple, le vice infestant le contrat devra être combattu par une action en nullité. Sauf disposition spéciale issue du droit général du contrat (vice du consentement, de minorité : art. 1144 c. civ.) (et sauf condition, bloquant le déclenchement de la prescription), la prescription débute dès que le vice est connu ou réputé l'être, c-à-d. le plus souvent dès la conclusion du contrat (art. 2224 c. civ.). Le contractant protégé dispose alors de cinq ans pour agir, sauf pour lui à confirmer (immédiatement) le contrat.

Ce comportement peut aisément être deviné par chacun : il suffit de rester parfaitement inerte face au nul, en refusant d'accréditer une apparence fausse. Mais il n'en va pas toujours ainsi : parfois, il faut exercer une action en justice.

2/ Le délai de forclusion : le critère objectif de la conclusion du contrat

619. Le **délai de forclusion** est une technique législative imposant à une partie d'agir en nullité dans un délai préfix (insusceptible de suspension), à compter d'un fait objectif, conclusion du contrat (ou moment où elle est réputée avoir connaissance d'un vice¹) ou information légalement délivrée. À l'expiration de ce délai (souvent bref), le vice affectant le contrat sera irrévocablement couvert : cette politique de validation impose de connaître avec précision la législation².

¹ La forclusion ne s'applique pas spécifiquement à l'annulation, mais à tout vice affectant le contrat, ou, plus généralement, l'obligation. Par exemple : Civ. 3^e, 11 janvier 2012, n°10-22.924, Bull. n°5 : « Le point de départ du délai préfix d'un an de l'action en diminution de prix d'une vente en l'état futur d'achèvement est la date de la livraison du bien, la vérification de la superficie de l'immeuble vendu ne pouvant être opérée qu'à cette date ». Aussi : Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2012, n°10-27.276, Bull. n°17 (forclusion de l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude : art. 957 c. civ.).

² Xavier Lagarde, *La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008*, D. 2018 p.469

À côté de ces dispositions ponctuelles, issues le plus souvent du droit spécial, l'article 1183 c. civ.¹ contient une innovation de taille : un contractant peut imposer à l'autre (cocontractant protégé par le vice) de prendre parti en exerçant l'action en nullité, faute de quoi cette action sera soumise à forclusion.

La forclusion est une application particulièrement visible de la politique de validation du contrat vicié. Soit le contractant (a priori protégé par un vice, source de nullité relative) doit agir à bref délai à compter de la conclusion du contrat (a) ; soit le contractant doit prendre parti à bref délai, faute de quoi il ne peut plus exercer d'action en nullité (b).

a/ La forclusion à compter de la conclusion du contrat : des dispositions spéciales

620. La **forclusion classique** impose au contractant d'exercer l'action en nullité à compter d'un d'un fait objectif, la conclusion du contrat² (ou bien sa rupture³). Le législateur affirme que la simple conclusion du contrat crée une apparence appelée à devenir incontestable à l'expiration d'un délai de deux ans⁴ (ou de six mois⁵).

Ces délais de forclusion résultent de *dispositions spéciales*, ce qui impose au contractant protégé de connaître avec précision la législation.

¹ Art. 1183 c. civ. : « Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. « L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé. »

² Délai d'un an pour exercer l'action en diminution du prix de vente en raison de la mauvaise indication de la superficie d'un lot de copropriété (art. 46 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965).

³ Pour une forclusion annale en présence du droit à indemnisation de l'agent commercial : art. L 134-12 c. com. (« En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi. / L'agent commercial perd le droit à réparation s'il n'a pas notifié au mandant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat, qu'il entend faire valoir ses droits. »).

⁴ En droit des régimes matrimoniaux, art. 1427 c. civ. : « Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation. / L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté. » Sur la lésion en présence d'une vente d'immeuble, art. 1676 c. civ. (infra).

⁵ En droit des sociétés : art. 1844-12 c. civ. : « En cas de nullité d'une société ou d'actes ou délibérations postérieurs à sa constitution, fondée sur un vice de consentement ou l'incapacité d'un associé, et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne, y ayant intérêt, peut mettre en demeure celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. (...) » En droit rural, en cas de nullité d'une vente pour irrespect du droit de préemption du locataire (art. L.412-10 c. rur.), le délai de six mois pour agir (art. L.412-12 c. rur.) est un délai de forclusion (Civ. 3^e, 29 juin 2011, n°10-16.434, Bull. n°114).

- Deux ans après la vente lésionnaire d'immeuble (art. 1676 c. civ.¹), la vente est irrévocablement valable (et donc entièrement soumise à la force obligatoire des conventions). L'acquéreur d'un immeuble dispose d'un délai d'un an pour obtenir une réduction de prix lorsque la surface est inférieure à ce qui a été convenu².
- De même, deux ans après la conclusion d'un contrat de prêt conclu entre une banque et un consommateur, prêt qui ne respecte pas les mentions informant du taux effectif global (art. R 312-35 c. conso.³), le contrat sera irrévocablement valable (solution contestée par la Cjue, 21 nov. 2002, infra).
- Le délai de forclusion est également couramment appliqué en présence d'un contrat soumis à publicité obligatoire : l'absence de consentement libre au mariage (art. 180 c. civ.) fait l'objet d'un délai quinquennal de forclusion qui court à compter de la célébration du mariage (art. 181 c. civ.).

Cette politique de validation, indifférente à l'exécution ou à la connaissance effective du vice par la partie protégée, *contraint à agir en nullité* : l'exception de nullité (induite de l'absence d'exécution) n'est plus applicable. La position du législateur est ambivalente : d'un côté il reconnaît (ou affirme) qu'un vice existe bien, mais de l'autre, il établit un obstacle de taille à l'annulation effective de l'obligation (puisque l'inertie, couramment tenue comme gelant la situation, vaut en réalité renonciation à invoquer le vice).

¹ Art. 1676 c. civ. : « La demande n'est plus recevable après l'expiration de deux années, à compter du jour de la vente.

Ce délai court contre les femmes mariées et contre les absents, les majeurs en tutelle et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu. / Ce délai court aussi et n'est pas suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte de rachat. »

Voir : Civ. 3^e, 20 mai 2009, n° 08-13.813 : « L'article 1676 du code civil, qui, en son alinéa 2, dispose que le délai de forclusion de deux ans à compter de la vente pour exercer l'action en rescision pour lésion court contre le majeur sous tutelle, ne constitue pas une entrave à l'accès aux tribunaux et n'est pas contraire aux articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'il se justifie par la nécessité d'assurer la sécurité des transactions et que le droit d'action de l'incapable majeur, dont le bien ne peut être vendu qu'avec l'autorisation du juge des tutelles, est exercé par l'intermédiaire de son représentant légal. »

² Civ. 3^e, 2 juin 2011, n° 10-16.967, Bull. ; Gaz. Pal. 2011, n° 28, p. 68, note Marine Parmentier ; revue Ann. loyers, septembre 2011, p. 69, note Jean-Marc Roux ; revue Loyers et copr. 2011, comm. 211, note Guy Vigeron et Christelle Coutant-Lapalus : (abstrat) « Le délai d'un an prévu par le dernier alinéa de l'article 46 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 est un délai de forclusion, de sorte que la suspension de la prescription prévue par l'article 2239 du code civil ne lui est pas applicable. »

³ Art. R 312-35 al.1^{er} c. conso. : « Le tribunal [judiciaire] connaît des litiges nés de l'application du présent chapitre. Les actions engagées devant lui doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion [...]. En présence d'un crédit à la consommation, l'emprunteur doit recevoir une offre préalable désignant le taux effectif global : lorsque les mentions relatives au TEG ne figurent pas sur le document, la forclusion de deux ans s'applique. La disposition légale française est contestée par la Cjue (infra).

621. Les **techniques de validation** employées par le législateur (ou par la doctrine) peuvent recourir à d'autres voies que la forclusion : la preuve d'un vice peut obéir à une preuve spécifique, ou bien ouvrir un délai pour ratifier, ou bien encore prévoir un pouvoir d'appréciation du juge (nullité facultatives¹ ou conditionnelle²). Certaines dispositions légales dérogatoires imposent une *preuve spécifique*. La preuve de l'insanité d'esprit ne parfois peut être établie qu'au regard des mentions du contrat lui-même (art. 414-2 1° c. civ.³)⁴. En droit de la filiation, le ministère public peut contester une filiation si des « indices tirés des actes eux-mêmes rendent la filiation invraisemblable » (art. 336 c. civ.⁵).

Une autre voie possible consiste à maximiser les chances de ratification ou de confirmation, en *fixant un délai pour ratifier* : selon l'article 1844-13 c. civ.⁶, la nullité d'une société encourue notamment en présence d'un vice du consentement impose au juge de fixer un délai, afin que les associés puissent réparer le vice ; l'article 1844-12 c. civ.⁷ prévoit explicitement l'adoption d'une « mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur, notamment par le rachat de ses droits sociaux ».

b/ La forclusion selon l'article 1183 c. civ. : une confirmation implicite

622. La **forclusion établie à l'article 1183 c. civ.** est une innovation de taille, qui figure en droit du contrat. Le contractant protégé par un vice (source de nullité relative) se verra imposer de prendre parti, soit en exerçant une action en nullité, soit en voyant son inertie qualifiée de

¹ En droit des incapacités, les art. 435 (sauvegarde de justice) et 464 (curatelle et tutelle) c. civ. prévoient que les actes passés par un incapable avant le jugement plaçant un majeur sous tutelle, « peuvent » être annulés. En droit des procédures collectives, la nullité des actes passés pendant la période suspecte est aussi facultative (art. L 632-1 et 632-2 c. com.). Voir : Com., 12 janvier 2010, n°09-11.119.

² Soc., 15 nov. 2006 n°04-46721, Bull. n°341.

³ Art. 414-1 c. civ. (anc. art. 489) : (loi n°2007-308 du 5 mars 2007) « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte. »

Art. 414-2 c. civ. (anc. art. 489-1) : « De son vivant, l'action en nullité n'appartient qu'à l'intéressé.

« Après sa mort, les actes faits par lui, autres que la donation entre vifs et le testament, ne peuvent être attaqués par ses héritiers, pour insanité d'esprit, que dans les cas suivants :

1° Si l'acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental ; (...).

« L'action en nullité s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 1304. »

⁴Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 2009, n°08-13.402 : « (...) après sa mort, un acte, autre qu'une donation ou un testament, fait par un individu qui, de son vivant, n'était pas placé sous sauvegarde de justice ou ne faisait pas l'objet d'une procédure en ouverture de tutelle ou d'une curatelle, ne peut être attaqué pour cause d'insanité d'esprit que si cet acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental. »

⁵ Art. 336 c. civ. (ord n°2005-759 du 4 juillet 2005) : « La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi. »

⁶ Art. 1844-13 c. civ. : « Le tribunal, saisi d'une demande en nullité, peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités. Il ne peut prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance.

Si, pour couvrir une nullité, une assemblée doit être convoquée, ou une consultation des associés effectuée, et s'il est justifié d'une convocation régulière de cette assemblée ou de l'envoi aux associés du texte des projets de décision accompagné des documents qui doivent leur être communiqués, le tribunal accorde par jugement le délai nécessaire pour que les associés puissent prendre une décision. »

⁷ Art. 1844-12 c. civ. : « En cas de nullité d'une société ou d'actes ou délibérations postérieurs à sa constitution, fondée sur un vice de consentement ou l'incapacité d'un associé, et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne, y ayant intérêt, peut mettre en demeure celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. Cette mise en demeure est dénoncée à la société.

La société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans le délai prévu à l'alinéa précédent, toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur notamment par le rachat de ses droits sociaux. En ce cas, le tribunal peut, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées si celles-ci ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour les modifications statutaires. Le vote de l'associé dont le rachat des droits est demandé est sans influence sur la décision de la société. »

confirmation implicite du contrat. Selon l'article 1183 c. civ., « Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. » Cette forclusion est destinée à sécuriser la position de l'autre contractant, et possède un domaine d'application qui semble relativement étendu.

Ce domaine de cette forclusion est cantonné aux *vices, source de nullité relative*. En effet, pour qu'un contractant puisse confirmer, il doit être protégé par le vice, ce qui correspond à la définition de la nullité relative (art. 1181 c. civ.¹) ; cette cause de nullité doit avoir cessé. L'erreur doit avoir été découverte, la violence doit avoir cessé, le mineur doit être devenu majeur ... Tel qu'il est rédigé, l'article 1183 ne devrait s'appliquer qu'à l'action en nullité (relative), ce qui suppose une exécution simple (ou d'un contrat publié). Une lecture extensive pourrait néanmoins conduire à imposer au contractant protégé par un vice de prendre parti en l'absence d'exécution simple, quand il peut opposer l'exception (perpétuelle) de nullité. Lorsque ces deux conditions sont remplies (nullité relative qui a cessé, exécution simple), le cocontractant pourra contraindre l'autre à agir en nullité.

Le cocontractant pourra alors imposer au contractant victime de prendre position, en envoyant une *demande de confirmation du contrat*.

- Cette demande de confirmation obéit à un formalisme limité : elle doit être faite par écrit (art. 1183 al. 2 c. civ.²) et mentionner en termes apparents le délai de forclusion.
- La demande de confirmation émane d'un cocontractant qui sera tantôt responsable du vice (dol, violence, clause abusive, absence de « but »), tantôt ne le sera pas (erreur simple, commune aux parties).
- En demandant confirmation, le délai de prescription quinquennale sera donc raccourci : la disposition a uniquement pour but de préserver les intérêts du cocontractant non protégé (et éventuellement auteur d'une déloyauté contractuelle). Le contractant protégé devra prendre position sans pouvoir bénéficier de la prescription extinctive de cinq ans.

Le délai de forclusion, tel qu'il est prévu, fonctionne comme une *confirmation implicite*.

- Le contractant protégé est réputé avoir implicitement confirmé le contrat quand il reste inerte dans les six mois de la réception de la lettre lui imposant de prendre position (art. 1183 al. 2 c. civ.). Cette obligation de prendre parti conduit les rédacteurs de l'ordonnance à doter le silence (inerte) d'un sens contraire au consensualisme : la confirmation implicite

¹ Art. 1181 c. civ. : « La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger. « Elle peut être couverte par la confirmation. (...) ».

² Art. 1183 al. 2 c. civ. : « L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé. »

repose sur une fiction, en présence d'une obligation jugée socialement souhaitable par le législateur.

– Pour échapper à cette confirmation implicite, le contractant protégé doit exercer une action en nullité dans les six mois (donc d'exposer des frais de justice, sans égard aux disponibilités financières du contractant protégé), faute de quoi le contrat sera irrévocablement soumis à la force obligatoire des conventions.

(623- à 628. : réservés)

Conclusion du I/ Le régime procédural de la nullité

629. Le **régime procédural de la nullité** montre que le constat d'un vice affectant le contrat ne conduira pas toujours, loin de là, à l'annulation effective du contrat. En effet, le législateur permet la validation du contrat vicié, en admettant la prescription, voire même en imposant la forclusion : l'obligation annulable est une obligation injuste mais acceptable.

La *prescription de l'action en nullité* suppose que le contrat conclu soit doté d'une apparence suffisante, à la suite de l'exécution simple ou de sa publication quand elle est prévue. À défaut d'exécution simple, chaque contractant peut opposer à la demande d'exécution de l'autre l'exception (perpétuelle) de nullité. En présence d'une exécution simple (ou d'un acte juridique publié), il faut exercer une action en nullité pour obtenir la destruction du titre. Cette action soumise à prescription quinquennale obéit à un régime procédural complexe : c'est le domaine de la distinction entre nullité relative et absolue. Si l'action en nullité n'est pas correctement exercée, le contrat vicié sera validé.

Le délai de *forclusion* imposera également de considérer que le contrat sera irrémédiablement valable à bref délai à défaut de contestation (stabilisation des conventions). La forclusion impose ainsi, d'agir en justice : l'absence d'exécution simple ne joue aucun rôle la forclusion écartant ainsi l'exception perpétuelle de nullité. Tout contractant inerte protégé par le vice qui est confronté à un délai de forclusion est réputé confirmer implicitement le contrat. La protection légale établie par le vice est donc rapidement retirée.

Le vice affectant le contrat apparaît ainsi foncièrement comme acceptable, puisqu'il existe deux politiques de validation (régime de l'action en nullité, délai de forclusion). Le contrat vicié accèdera fréquemment à la force obligatoire, puisque le domaine de l'exception perpétuelle de nullité est

doublement circonscrit (par l'absence d'exécution et par la forclusion). Pour éviter ce résultat, si du moins on cherche véritablement à l'éviter, il faut réinventer la théorie de l'inexistence.

II/ Le domaine de la nullité : la qualification d'un défaut du contrat

630. Le **domaine de la nullité** fait apparaître une difficulté préalable de qualification face au défaut, terme neutre désignant l'irrespect d'une condition légalement imposée à la formation de l'obligation. Actuellement, la jurisprudence tout comme l'article 1178 c. civ. considèrent que tout défaut ou manque serait régi par la nullité : selon l'article 1178 al. 1^{er} c. civ., « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ». Cette formulation place tous les défauts sur le même plan, et possède une conséquence induite : si tout défaut est un vice, tout contrat « vicié » pourra accéder à la force obligatoire des conventions (solution dont la pertinence méritera d'être interrogée).

Une ancienne théorie distinguait parmi les défauts du contrat. La théorie de la nullité était spécifiquement appliquée à des défauts appelés vices, tandis que la théorie de l'inexistence était appliquée à des défauts qui devaient interdire de parler de contrat. La théorie de l'inexistence présente l'intérêt d'interdire systématiquement de parler de contrat, quel que soit le laps de temps écoulé et quel que soit le comportement adopté par les parties.

Selon la théorie dominante, tout défaut affectant le contrat est un vice (1), sauf à admettre la théorie de l'inexistence (2).

1/ Le domaine général de la nullité, en droit positif : tout défaut est un vice

631. Le **domaine général de la nullité** est admis par la doctrine majoritaire, la jurisprudence et l'article 1178 c. civ.¹. Tout défaut affectant les conditions de formation du contrat est un vice, ce qui signifie que tous les défauts sont mis sur le même plan, position qui a le mérite de la simplicité. À l'inverse, quand un contrat respecte toutes les conditions légalement exigées, il sera soumis à la force obligatoire.

Selon la présentation légale, *tout défaut* affectant le contrat sera un vice, et soumis au régime de la nullité.

¹ Art. 1178 c. civ. : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. »

– Lorsque l’acte de cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel ne respecte pas la mention manuscrite imposée à l’article 2297 c. civ.², le cautionnement sera « nul ».

– Le nullité sera pareillement appliquée au défaut de signature (et de consentement), à l’erreur ou au but illicite (contrat de corruption, contrat de fraude fiscale ...).

La fiction légale, conduisant à parler uniquement de vice en présence d’un défaut quelconque, apparaît mal dans la théorie admise en droit positif. Telle qu’elle est conçue, la nullité a essentiellement pour fonction de se distinguer de la caducité.

La *caducité* s’appliquera spécifiquement à un contrat valablement formé, mais devenu inutile (infra, force obligatoire). La solution figure explicitement à l’article 1186 al. 1^{er} c. civ. : « Un contrat valablement formé devient caduc si l’un de ses éléments essentiels disparaît. » Ainsi, si la vente immobilière est ultérieurement annulée, le contrat de prêt destiné à financer l’acquisition deviendra caduc : le prêt a été valablement formé, mais sa fonction essentielle (financer l’acquisition) disparaît. Telle qu’elle est mentionnée, la caducité semble priver de valeur un contrat interdépendant (explicitement visé à l’article 1186 al. 2 c. civ.²).

Le législateur contemporain établit ainsi une correspondance étroite entre vice de formation et nullité. Le domaine de la nullité est visiblement général : tout défaut affectant la formation du contrat rend le « contrat nul ». Aussi bien le défaut de consentement (et de signature : absence complète de titre) que l’objet illicite du contrat (contrat de concussion ou portant sur la livraison d’esclaves) semblent être des vices. Or, cette solution produit un résultat curieux : si le contrat a reçu « exécution » (art. 1185 c. civ.³), l’action en nullité sera soumise à prescription. Un contrat nul pourra accéder à la force obligatoire, après un certain temps (prescription extinctive) et en fonction du comportement adopté par les parties (exécution simple). Pour éviter cette solution, il faut réinventer la théorie de l’inexistence.

² Art. 2297 al. 1^{er} c. civ., « À peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu’elle s’engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d’un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. (...) »

² Art. 1186 al. 2 c. civ. : « Lorsque l’exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d’une même opération et que l’un d’eux disparaît, sont caducs les contrats dont l’exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l’exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d’une partie. »

³ Art. 1185 c. civ. : « L’exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n’a reçu aucune exécution. » A contrario, l’exécution (simple) fait courir la prescription de l’action en nullité (infra).

2/ La distinction entre nullité et inexistance : la notion spécifique de vice

632. La **distinction entre nullité et inexistance** permet d'éviter de soumettre tous les défauts à la politique de validation du contrat vicié. Traditionnellement, une ancienne doctrine distinguait entre les vices, notion spécifique, et les défauts dirimants, qui interdisaient de parler de contrat.

Parmi les défauts du contrat, la distinction entre l'inexistant (le vide) et le nul (sans valeur) résulte non pas d'une exigence mathématique, mais d'un choix d'opportunité. On aurait pu ne pas créer la nullité, en considérant que le constat du moindre défaut imposerait de considérer que le titre n'est pas un contrat, quel que soit le laps de temps écoulé et quel que soit le défaut. Selon la théorie (classique) de la nullité, la nullité repose sur une fiction, un mensonge légal, dont le domaine d'application doit être borné. La notion de vice est fonctionnelle : c'est un défaut qui présente deux caractères combinés. Le vice affecte un contrat apparent (un titre exécutable peut être présenté) et le défaut est acceptable (on peut admettre, en opportunité, de soumettre ce contrat bancal à la force obligatoire). À l'inverse, si le défaut ne répond pas à cette définition, il faudra parler de vide : lorsqu'une pseudo-partie n'a jamais consenti (ni signé, ni exprimé quoi que ce soit), le contrat n'est pas nul, il n'existe pas.

Le critère de distinction entre nullité et inexistance réside dans le caractère foncièrement acceptable du vice (b), ce qui expliquera la politique de validation conditionnelle, tandis que la théorie de l'inexistence précisera là où se situe l'inacceptable (a).

a/ La théorie de l'inexistence : les bornes de l'inacceptable

633. Bien que majoritairement exclue par la doctrine contemporaine¹, et visiblement absente de l'ordonnance, la **théorie de l'inexistence** possède l'intérêt majeur de permettre de borner le domaine de la nullité, lorsque pour une raison ou une autre, "on" veut refuser de parler de contrat, quel que soit le laps de temps écoulé et/ou quel qu'ait pu être le comportement des contractants. L'inexistence, au fond, fait apparaître les bornes de l'inacceptable, en logique et en morale.

En *logique*, la théorie de l'inexistence correspond à une exigence rationnelle qui ne suscite pas véritablement d'oppositions, et qu'il est à peine besoin de nommer. Lorsque deux personnes n'ont jamais contracté entre elles, le constat d'un vide contractuel doit pouvoir s'effectuer sans susciter de débat : il suffit de constater l'absence de tout titre contractuel. Ce vide radical relève de l'inexistence logique. À l'hypothèse du vide radical, il faut ajouter celle du vide suffisant :

¹ Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, *Les obligations, L'acte juridique*, par Jean-Luc Aubert, Armand Colin, 8^e éd., 1998, n°333, p. 232 : « Par une métaphore étonnante, les classiques comparent le contrat à un organisme ou à un être physique. » En somme, soit le contrat est malade (nullité relative), soit il est lourdement déficient (objet ou cause illicite : nullité absolue), soit il est mort-né (inexistence : absence de consentement ou d'objet).

lorsqu'un accord conclu fait apparaître qu'il n'existe aucun contrat définitif conclu entre les parties, parce que les modalités du passage aux 35 heures hebdomadaires ne sont pas précisées (Soc., 19 déc. 1989¹), la qualification judiciaire de l'accord (projet de contrat) implique nécessairement l'affirmation selon laquelle le contrat (définitif) n'existe pas : lorsqu'un détail jugé essentiel manque (en l'espèce, le prix), le juge applique la théorie de l'inexistence. Le constat du *vide contractuel* s'effectue ainsi couramment² et correspond, de facto, à l'inexistence : il s'agit ici alors de poser une exigence logique minimale³ à défaut de laquelle un document présenté comme contractuel sera inacceptable.

En morale, l'inacceptable repose également sur un jugement de valeur porté sur l'obligation. L'*inacceptable moral* apparaît spécifiquement quand il existe un contrat apparent, et que son exécution n'est pas foncièrement impossible : deux parties peuvent avoir signé un titre portant sur une matière précise, à savoir une vente d'esclave ; la marchandise a pu être livrée, surtout si c'est un enfant. Face à ce défaut, soit le juge parle de vice, objet illicite par ses stipulations (art. 1162 c. civ.⁴), et il devient envisageable, en fonction du contexte (exécution simple) et du temps écoulé (prescription extinctive quinquennale ou délai de forclusion), de soumettre ce contrat à la force obligatoire des conventions. Si l'on veut éviter ce résultat, il faut parler de contrat inexistant : le juge crée un *vide contractuel*, afin de refuser systématiquement qu'un tel titre produise le moindre effet, quel que soit le laps de temps écoulé (caractère imprescriptible) et quel que soit le contexte (exécution simple, connaissance du défaut par les parties).

Le contrat inexistant, inacceptable (logiquement ou moralement), devrait ainsi se distinguer du contrat annulable, suffisamment apparent pour être exécuté et foncièrement acceptable puisque pouvant éventuellement accéder à la force obligatoire. De ce point de vue, la théorie de l'inexistence répond à une nécessité : cette affirmation est-elle reçue en droit positif ?

633-1. Si la théorie de l'inexistence n'est pas majoritairement reçue en doctrine, c'est essentiellement en raison du second sens (moral) que recèle la **notion d'inacceptable**, puisqu'en son premier sens (logique) il suffit de dénier la qualification de contrat (sans avoir nécessairement à employer le terme d'inexistence).

¹ Soc., 19 déc. 1989, n°88-13.388, Bull. n°721 ; D. 1991, p. 62, note J. Schmidt-Szalewski.

² Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2014, n°13-22.401, Bull. n°187 (« les contrats de cession des droits d'édition et de cession des droits d'adaptation n'ont été ni signés ni retournés par » l'auteur) ; Civ. 1^{ère}, 10 septembre 2014, n°13-11.843, Bull. n°146 : (abstrat) « (...) il entre dans les pouvoirs du juge de refuser de rendre exécutoire une transaction dont il a constaté l'absence de formation ».

³ Ainsi, en présence d'une vente sans prix : l'acte est « dépourvu d'existence légale » (Com., 30 nov. 1983, n°82-12.045, Bull. n°333). Voir : Civ. 1^{ère}, 20 juin 2012, n°11-19.694, inédit : « l'objet de la vente n'était pas déterminé » (superficie imprécise, absence de références cadastrales des parcelles)

⁴ Art. 1162 c. civ. : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. »

Les travaux préparatoires du code civil de 1804 mentionnent la théorie de l'inexistence. La rédaction de l'ancien article 1131 c. civ., selon laquelle « L'obligation sans cause, sur une fausse cause ou une cause illicite ne peut avoir aucun effet », a été expliquée par Mouricault : « À l'égard de la confirmation ou ratification, elle ne peut jamais valider les *conventions dont la loi ne reconnaît pas l'existence*, et qui, en conséquence, ne lient personne : telles sont (ainsi qu'il est aisé de le conclure des diverses dispositions combinées du projet) les conventions qui ont pour objet une chose hors commerce ; celles qui n'ont point de cause, ou qui n'en ont qu'une fausse, ou qui n'en ont qu'une illicite »¹. L'inexistence explique la formulation « ne peut avoir aucun effet », traduisant un degré d'inacceptable bien supérieur à celui que produit la nullité.

634. En **droit positif**, la théorie de l'inexistence ne semble pas reçue. Pour recevoir application, il faudrait qu'un défaut soit imprescriptible et non soumis à forclusion, au terme qu'une prohibition intense fixée dans la loi. Or, cette solution est ponctuellement admise : la clause réputée non écrite n'est pas soumise à prescription (Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019² ; Civ. 3^e, 19 novembre 2020³). Le juge lit le contrat en occultant la clause interdite, sans exiger que le contractant victime exerce une action en justice même en cas d'exécution simple (infra). La solution correspond au régime de l'inexistence⁴.

En pratique, si une clause illicite (une clause abusive fixant une compétence territoriale à telle juridiction éloignée afin de contraindre un plaideur à exposer des frais de transport et d'hébergement : art. 1171 c. civ.) est inexistante, il suffira au plaideur d'invoquer l'inexistence de cette clause lors d'un litige ; à l'inverse, si cette clause est soumise à la nullité, et que le contrat a fait l'objet d'une exécution simple (les fonds prêtés ont été remis), l'emprunteur disposera d'un délai de deux ans pour la contester (en saisissant le juge).

En l'état actuel des conceptions (doctrinales), tout défaut est présenté comme un vice. Il faut alors admettre la conséquence : l'obligation viciée est acceptable, puisque potentiellement validable.

634-1. La distinction entre nullité et inexistence reposera souvent sur un **choix de qualification**, ce qui ne signifie pas qu'il serait pertinent de dresser une liste de défauts donnant lieu soit à inexistence, soit à nullité. Le défaut de pouvoir peut tantôt se traduire par l'inexistence du consentement à un contrat, tantôt par sa nullité.

¹ Mouricault, « Discussion devant le corps législatif », Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Fenet, tome XIII, p.444-445.

² Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, Bull. ; D. 2019, p.1033, note A. Etienney-de Sainte Marie ; D. 2019, p.1784, chron. S. Vitse ; D. 2019, p.2009, obs. D. R. Martin ; RTD civ. 2019. 334, obs. H. Barbier ; RTD com. 2019. 463 et 465, obs. D. Legeais : « la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses ne s'analysait pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale ». V. aussi, Civ. 3^e, 12 juin 1991, n° 89-18.331, Bull. n° 170 ; D. 1992. 135, obs. C. Giverdon ; RDI 1991. 379, obs. P. Capoulade et C. Giverdon ; Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1987, n° 85-15.010, Bull. n° 69.

³ Civ. 3^e, 19 novembre 2020, n° 19-20.405 : « l'action tendant à voir réputer non écrite une clause du bail n'est pas soumise à prescription. »

⁴ S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006, préf. Y. Lequette, n°s 231 s. ; J. Kullmann, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993. 59, spéc. p. 62 s.

Envisagé du point de vue du propriétaire véritable d'un bien, le contrat conclu entre deux tiers ne possède aucune réalité, puisque l'acte est impropre à générer la moindre obligation de donner¹ ; envisagé du point de vue de l'acquéreur, le contrat conclu par le vendeur a non domino (se présentant faussement comme véritable propriétaire ou comme représentant du propriétaire) crée une apparence (titre nul) qui pourra conduire à usucapion (art. 2258 et suiv. c. civ., relatifs à la prescription acquisitive) : le titre (pseudo-contractuel) sera pris en compte pour justifier une propriété assise sur un titre autre (le titre issu de la possession). Selon que l'absence de consentement est perçue comme une absence radicale de pouvoir ou comme un simple excès de pouvoir, l'obligation sera inexistante ou nulle. La qualification peut d'ailleurs dépendre du contexte : ainsi, la vente sans autorisation par le mari d'un propre de sa femme (soumise à un statut de mineur en 1804) a-t-elle donné lieu à une obligation viciée (simple excès de pouvoir, analogue à celui que peut commettre le représentant légal d'une société traitant avec un tiers²).

Face à un même défaut générique (but illicite, objet hors commerce, absence de forme ...), une *qualification duale* est fréquemment envisageable, et la jurisprudence sera probablement amenée à explorer cette voie (en raison de la réforme de la prescription issue de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008). On remarquera d'ailleurs que les codificateurs de 1804 accèdent à l'hypothèse, à propos de l'exigence de la forme notariée dans le contrat de donation : comment expliquer que la donation doive être refaite dans la forme (anc. art. 1339 c. civ.), mais que ce défaut, présenté comme un simple « vice de forme » à l'article suivant (anc. art. 1340 c. civ.), puisse faire l'objet d'une confirmation (par ceux que la forme protège : les héritiers) ? L'intérêt protégé par la forme (en l'occurrence celui des héritiers, tiers intéressés) conduit à établir un régime différent de celui applicable à la formalité imposée dans le contrat d'hypothèque conventionnelle. La jurisprudence est d'ailleurs parfois en ce sens³ : le défaut de signature est tantôt analysé comme une absence de consentement, tantôt comme un simple vice de forme (parce que la réalité du consentement n'est pas douteuse). L'article 931-1 c. civ.⁴ reprend en substance la disposition, qui ne cadre pas avec la distinction entre nullité relative et absolue (art. 1179 c. civ.⁵).

¹ Civ. 3^e, 17 juin 2009, n°08-13.833, Bull. n°148 : « ayant constaté que le mandat donné par les époux X... donnait seulement pouvoir au mandataire de mettre en vente l'immeuble et de trouver acquéreur, sans autorisation d'accepter une offre d'achat ni de conclure la vente, la cour d'appel, qui en a exactement déduit qu'il s'agissait d'un contrat d'entremise, a retenu à bon droit qu'un tel contrat ne pouvait être assimilé à une offre de vente qui aurait été transformée en une vente parfaite par l'acceptation d'un éventuel acheteur ».

² Civ. 1^{ère}, 12 novembre 2015, n° 14-23.340, Bull. ; Dalloz 2015, somm., p. 2373 ; RLDC 2016, n° 6070, note Pauline Fleury ; Defrénois 2016, 122b1, p. 71, note Jean-Baptiste Seube, et 122b3, p. 73, note Hervé Lécuyer : (abstrat) « La nullité d'un contrat fondée sur l'absence de pouvoir du mandataire social, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée. » Civ. 3^e, 26 janvier 2017, n°15-26.814, Bull. ; Dalloz 2017, somm., p. 297 ; Gaz. Pal. 2017, n° 9, p. 68, note Marine Parmentier : « La nullité d'un contrat pour absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée. »

³ Soc., 4 oct. 2011, n°10-10.911 et n°10-23.677 (deux arrêts), Bull. n°222 (défaut de signature, qualifié de vice de forme : l'acte n'est pas inexistant, mais nul, car il n'est pas sérieusement contestable que son auteur voulait s'engager) ; Civ. 2^e, 23 mai 2013, n°12-16.933, Bull. n°100 ; Soc., 30 septembre 2015, n°14-25.925, Bull. ; JCP S 2015, Act., n°376.

⁴ Art. 931-1 c. civ. : « En cas de vice de forme, une donation entre vifs ne peut faire l'objet d'une confirmation. Elle doit être refaite en la forme légale.

« Après le décès du donateur, la confirmation ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant cause du donateur emporte leur renonciation à opposer les vices de forme ou toute autre cause de nullité. »

⁵ Art. 1179 c. civ. : « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.
« Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. »

b/ La théorie spécifique de la nullité : l'obligation viciée, apparente et acceptable

635. La **théorie spécifique de la nullité** repose sur une fiction affirmant que seuls certains défauts, présents lors de la formation du contrat, seront des vices, parce que cette qualification emporte une conséquence majeure : le vice sera soumis à une politique de validation conditionnelle (infra). Pour distinguer le vice des défauts rédhibitoires, deux critères cumulatifs peuvent être employés : le vice affecte un titre contractuel suffisamment apparent pour en permettre l'exécution ; mais, plus fondamentalement, ce vice est acceptable.

L'obligation annulable est d'abord une obligation *suffisamment apparente* pour être crédible. En 1804, c'est ce critère qu'emploient les codificateurs pour présenter le vice : il affecte spécifiquement un titre (contractuel) doté d'une apparence suffisante pour que l'on puisse l'exécuter¹. Ce titre possède un contenu faisant apparaître un consentement et une matière, et ses mentions sont suffisamment précises pour permettre l'exécution. Cette apparence de contrat aurait expliqué le caractère judiciaire de l'annulation : toutefois, sauf exception (contrat légalement publié²), l'explication n'est pas entièrement convaincante³. L'article 1178 al. 1^{er} c. civ.⁴ précise d'ailleurs que les parties peuvent constater la nullité d'un commun accord. Plus généralement, le critère (naturaliste) n'est que partiellement exact : l'obligation viciée est surtout une obligation acceptable.

La notion de « vice de formation » est fonctionnelle : à certaines conditions, l'obligation viciée pourra *accéder à la validité* (et à la force obligatoire), malgré la présence du vice, comme si l'obligation s'était correctement formée (infra régime procédural de l'action en annulation). C'est là le trait spécifique du vice : sa fonction est d'autoriser, à certaines conditions procédurales (infra), l'exécution. C'est le produit d'un choix. Le législateur aurait pu affirmer que l'engagement obtenu à la suite de l'emploi de la violence aurait été inexistant : en droit positif, la violence n'est qu'un vice. En ce sens, l'obligation viciée est une *obligation acceptable*.

¹ Voir, traitant du caractère judiciaire de l'annulation (art. 1117 c. civ.), Bigot-Préameneu, « Présentation au corps législatif », Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Fenet, tome 13, p.224 : « Quoique dans le consentement, il y ait erreur, violence ou dol, il n'en est pas moins vrai que le contrat existe avec un consentement apparent, et que dès lors ce contrat conserve la même force que s'il était légitime, jusqu'à ce que ces exceptions aient été prouvées par celui qui les oppose. Ainsi le contrat n'est pas nul de plein droit ; il faut que l'acte soit rescindé, c'est-à-dire déclaré nul par le juge ». Pour l'orateur, il est implicitement inutile de recourir au juge pour constater l'inexistence d'un contrat, qui n'en présenterait même pas l'apparence : c'est effectivement une exigence de bon sens.

² Ainsi, des époux ne peuvent pas convenir de la nullité de leur mariage : ils doivent, même d'un commun accord, saisir le juge pour obtenir une nullité judiciaire, la seule admise par la loi.

³ La confirmation d'un contrat ne suppose pas une intervention judiciaire. Art. 1181 c. civ. : « Elle [la nullité relative] peut être couverte par la confirmation. »

⁴ Art. 1178 al. 1^{er} c. civ. : « (...) La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. »

Le vice fait ainsi apparaître une catégorie intermédiaire, du moins dans la vision traditionnelle de la nullité. Selon cette vision, le recours à la technique de la fiction s'impose quand il s'agit de distinguer parmi les défauts du contrat, puisque seul le vice sera soumis à la politique de validation.

635-1. En droit potentiel, un défaut peut avoir des **fonctions variées**, de sorte qu'il sera tantôt un vice, tantôt un vice.

Certains défauts peuvent être tous des *vices* (solution acquise aussi bien par les travaux préparatoires¹, la tradition historique et la constance de la doctrine et de la jurisprudence) : ce sont les vices du consentement (erreur, dol, violence : art. 1132, 1137 et 1140 c. civ.), le vice de capacité (affectant un mineur qui contracte : art. 1146 c. civ.) ainsi que le vice de lésion (lorsqu'elle est admise).

Le défaut de *forme*, en présence d'un contrat formaliste, conduirait à y voir plutôt un « vice de forme » : c'est ce qu'affirme l'article 931-1 c. civ.², à propos de la forme notariée de la donation. La qualification n'est pas rigide : l'hypothèque conventionnelle sans forme notariée ne sera pas nulle, mais inexistante³.

Les autres défauts du contrat n'ont pas à obéir à une qualification rigide. L'absence de rencontre des volontés (défaut extra-légal que la doctrine qualifie d'erreur-obstacle) peut être aussi bien une obligation viciée (un titre apparent et acceptable peut être présenté⁴), qu'une obligation dépourvue d'existence.

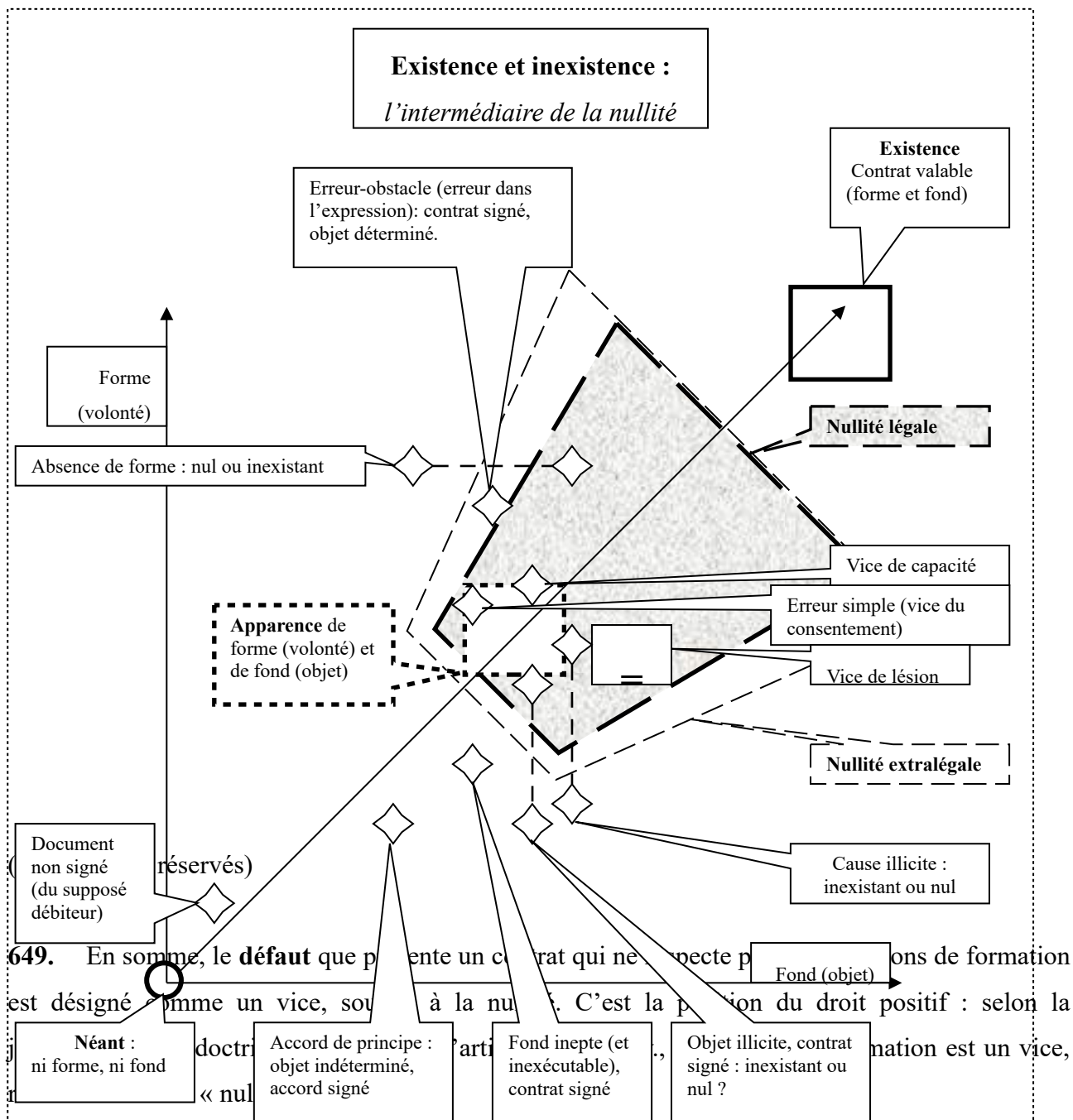
¹ Mouricault, « Discussion devant le corps législatif », Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Fenet, tome XIII, p. 445 : « Quant aux actes qu'on a seulement la faculté d'attaquer par voie de nullité ou de rescision, et qui du moins obligent l'une des parties, ils peuvent être utilement ratifiés ou confirmés par un nouvel acte valable, comme par leur exécution volontaire : telles sont les conventions auxquelles on peut reprocher l'erreur, le dol ou la violence ; telles sont celles qui sont souscrites par des incapables ; telles sont enfin, dans les cas indiqués par la loi, celles qui font éprouver de la lésion à l'un des contractans. (...) ».

² Art. 931-1 c. civ. : « En cas de vice de forme, une donation entre vifs ne peut faire l'objet d'une confirmation. Elle doit être refaite en la forme légale.

« Après le décès du donateur, la confirmation ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant cause du donateur emporte leur renonciation à opposer les vices de forme ou toute autre cause de nullité. »

³ L'usucapion abrégée, en présence d'une acquisition immobilière a non domino faite par « juste titre », ne se produit pas en présence d'un titre nul en la forme : selon l'art. 2267 c. civ., « le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription [abrégée] ». Le titre dépourvu de la forme ne produira aucun effet : il ne validera rien. Voir, infra n°627-1.

⁴ Civ. 1^{ère}, 19 décembre 2012, n°09-15.606, Bull. n°267 : « Le mariage est nul, faute de consentement, lorsque l'un des époux se marie dans le but exclusif d'appréhender le patrimoine de l'autre, sans être animé par l'intention de se soumettre à toutes les obligations nées de l'union conjugale. »



~~Ce régime unique sera source de difficultés et contraint d'ailleurs les juges à des contorsions. Quand~~

une banque n'envoie à son client aucun document l'informant du taux applicable au découvert, le prétendu créancier ne peut produire aucun titre : est-ce là un « vice de forme »¹ ou une absence radicale de matière contractuelle ? Si tout défaut est un vice, il faut admettre la conséquence de la

¹ Com., 16 mars 2010, n°09-11.236, Bull. n°58, D. 2010, p.823, note Valérie Avena-Robardet ; JCP G 2010, n°537, p. 1011-1012, note Didier R. Martin ; CCC n°6, juin 2010, commentaire n°150, p. 17 à 19, note Laurent Leveneur ; Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 6/10, juin 2010, décision n°670, p. 626-627. : selon l'arrêt, il est constaté « que la convention d'ouverture de compte n'a pas été produite, que les conditions de compte notifiées ultérieurement par la banque au débiteur ne mentionnaient pas le TEG, qui n'était pas non plus porté sur les relevés de compte adressés périodiquement au titulaire ». Aucun titre contractuel justifiant le taux d'intérêt applicable au découvert réclamé par la banque n'est produit.

qualification : l'obligation nulle peut accéder à la validité, ce que montre le régime procédural de l'annulation.

§2^{ème} / L'annulation : l'inexistence du contrat

650. L'**annulation** est une décision judiciaire par laquelle le contrat est déclaré sans valeur et est même censée n'avoir jamais existé. À la différence de la résiliation, qui produit un effet pour l'avenir, l'annulation possède ainsi un effet rétroactif, du moins quand l'acte juridique est entièrement anéanti.

La première question consiste à déterminer l'*étendue de l'annulation* : la clause irrégulière (clause fixant le prix ou le tribunal territorialement compétent ...), doit-elle entraîner l'annulation intégrale du contrat ou bien n'affecter que la clause irrégulière, le contrat demeurant valable pour le surplus ?

La seconde question conduira à déterminer les modalités du retour au statu quo ante, lorsque le contrat est entièrement anéanti : le titre justifiant le transfert de valeur étant détruit, il faudra effectuer des restitutions, lorsque le contrat a fait l'objet d'une exécution. Le contrat annulé est même réputé « [nul et] non avenu » : la fiction de rétroactivité imposera aux parties et aux tiers de considérer que le contrat (ultérieurement annulé) n'aura jamais pu produire le moindre effet, puisqu'il n'a jamais existé. Il n'a donc jamais pu servir de base à un acte juridique subséquent.

L'annulation imposera d'en mesurer l'étendue (I) et les effets légaux, afin de déterminer les modalités du retour à la situation initiale (II).

I/ L'étendue de l'annulation : nullité intégrale ou partielle

651. L'**étendue de l'annulation** consiste à déterminer si l'irrégularité d'une clause contractuelle doit entraîner l'annulation complète du contrat ou bien se limiter à l'annulation de la clause irrégulière. Lorsque les parties conviennent d'indexer le loyer d'un immeuble sur un indice illicite¹ (tel l'indice général des prix), faut-il annuler le contrat de bail, annuler toute la clause d'indexation² ou n'annuler que l'élément illicite de l'indexation³ ?

¹ L'art. 112-1 c. mon. et fin. répute non écrite la clause reposant sur un indice illicite.

² Com., 4 novembre 2014, n°13-18840, Bull. ; Civ. 3^e, 25 févr. 2016, n°14-28.165, Bull. ; D. 2016, p.541

³ Civ. 3^e, 12 janvier 2022, n° 21-11.169, Bull. : clause d'indexation comportant un élément illicite (en ce qu'il ne prévoyait qu'une variation à la hausse et non à la baisse). La clause d'indexation est-elle intégralement nulle (de sorte que le bailleur doit restituer toutes les sommes perçues au titre de l'indexation) ou seul l'élément illicite est-il réputé non écrit (de sorte que la clause d'indexation est appliquée, à la hausse comme à la baisse) ? L'arrêt opte pour la seconde solution.

L'étendue de l'annulation supposera de prendre position sur la fonction de cette annulation, laquelle peut produire l'effet d'une révision judiciaire du contrat¹.

- Normalement, en présence d'un contexte neutre, il s'agit simplement d'analyser l'intention réelle et commune des parties, pour déterminer ce qui a été essentiel ou accessoire pour elles (en interprétant les silences fréquents selon leur sens probable). La question, ici étrangère à la révision du contrat, est désormais traitée à l'article 1184 al. 1^{er} c. civ.².
- En présence d'un contexte moralement connoté (souvent en raison d'une fraude commise par l'un des contractants), le législateur ou le juge peut parfois, par le biais de la clause réputée non écrite, chercher à modifier le contrat : le contrat sera revu et corrigé de son élément illicite, notamment si la clause illicite est essentielle. L'hypothèse est désormais visée à l'article 1184 al. 2 c. civ.³.

L'étendue de l'annulation, question technique par laquelle il s'agit de déterminer si l'annulation sera totale ou partielle, conduira à distinguer deux situations de base. Soit la situation est relativement neutre, et il faudra distinguer entre l'essentiel et l'accessoire (1), soit la clause réputée non écrite sert, en réalité, à imposer une révision du contrat, implicitement en présence d'une clause essentielle (2).

1/ Le principe : la distinction entre l'essentiel et le secondaire

652. En **principe**, implicitement en présence d'un contexte neutre, l'étendue de l'annulation s'effectue au regard de la commune intention des parties⁴ : il s'agit, face à telle clause irrégulière, de déterminer si elle s'avère secondaire ou essentielle dans l'esprit des contractants. La solution est prévue par l'article 1184 al. 1^{er} c. civ. : « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. » Techniquement, il s'agit de savoir si la clause est divisible, car secondaire ; ou indivisible du reste du contrat, car essentielle.

¹ Jacques Ghestin, *La formation du contrat*, n°178, p.157 : « Par le simple fait de limiter la nullité à la stipulation irrégulière, ou bien de l'étendre au contrat tout entier, le juge dispose incontestablement du pouvoir d'agir sur le contenu de la convention ».

² Art. 1184 al. 1^{er} c. civ. : « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. »

³ Art. 1184 al. 2 c. civ. : « Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien. »

⁴ Un préalable est nécessaire, à savoir procéder à une recherche de l'intention des parties. Deux cas de figure peuvent alors se présenter. Soit la convention prévoit expressément la question : telle clause est qualifiée de déterminante du consentement : il faut alors appliquer le contrat, faute de quoi les juges du fond dénature les termes clairs et précis du contrat. Quand la convention est silencieuse, une interprétation du contrat est nécessaire : cette appréciation relève alors du pouvoir souverain des juges du fond.

La *clause essentielle* (clause indivisible) doit normalement entraîner une annulation intégrale du contrat. Sont essentielles, les clauses qui fixent l'objet du contrat, ainsi que les conditions dont le caractère déterminant du consentement est convenu entre les parties.

- Dans une vente, si la clause relative au prix est annulée (objet indéterminé ou au pouvoir potestatif d'une partie¹), le contrat sera intégralement annulé.
- Le même régime s'applique quand une condition (essentielle) a été posée. Normalement, une clause attributive de juridiction est accessoire ; mais, dans un contrat international, la clause, érigée en condition, devient essentielle. La nationalité du juge n'est plus indifférente.

À l'inverse, lorsqu'une clause apparaît comme secondaire, telle la clause attributive de compétence (territoriale de tel ou tel tribunal, en cas de litige), son caractère divisible conduit normalement le juge à recourir à une annulation partielle, le contrat demeurant valable pour le surplus. Ces clauses accessoires, divisibles ou autonomes par rapport au cœur du contrat, possèdent donc une vie propre : ayant pour objet de régler un litige entre les parties (clause fixant la compétence territoriale ou juridictionnelle), leur annulation coexiste avec le maintien du contrat (ou l'inverse : l'inefficacité du contrat consécutive à son annulation, à sa caducité ... peut coexister avec le maintien de la clause autonome²).

Pour fixer le statut de la clause annulée, il convient de distinguer entre essentiel et accessoire, conformément à l'intention (probable) des parties. Le même raisonnement est employé pour déterminer si le contrat définitif est acquis par accord sur l'essentiel³ ou si les parties n'ont conclu qu'un accord de principe⁴.

2/ La clause réputée non écrite : sanction ou modification du contrat

653. La *clause réputée non écrite* est une fiction affirmant qu'une clause illicite (probablement essentielle) sera seule annulée, le reste du contrat demeurant donc valable. Le juge ou le législateur⁵

¹ Com., 22 février 1967, n°65-10.544, Bull. n°87 (prix potestatif : « (abstrat) « Les juges du fond apprécient souverainement si la clause nulle d'une convention présente un caractère essentiel et si sa nullité doit, des lors, entraîner celle de la convention. »

² Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n°07-17.788, Bull. n°161 : « Une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée par l'inefficacité de l'acte. » ; Civ. 1^{ère}, 2 avril 2014, n°11-14.692, Bull. ; revue Procédures, 2014, n°175, note Laura Weiller : (abstrat) « La clause compromissoire présente, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut, sauf stipulation contraire, qu'elle puisse être affectée par une éventuelle inefficacité de cette convention. »

³ Civ. 3^e, 20 déc. 1994, n°92-20.878, Bull. n°229 : contrat définitif conclu par « l'accord des parties sur la chose et sur le prix et sans relever d'autres circonstances de nature à démontrer que les parties avaient fait de la réitération par acte notarié un élément constitutif de leur consentement. »

⁴ Soc., 19 déc. 1989, n°88-13.388, Bull. n°721 ; Dalloz 1991, p. 62, note J. Schmidt-Szalewski (à propos d'un accord sur les trente cinq heures).

imposent (à l'une des parties) un contrat revu et corrigé (de sa clause illicite), contrat auquel n'aurait pas agréé au moins l'une des parties.

C'est à cette hypothèse que fait référence l'article 1184 al. 2 c. civ. : « Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite (...) » La clause irrégulière, surtout si elle est essentielle, sera traitée comme une clause accessoire, afin soit de punir un contractant (clause réputée non écrite au sens strict), soit de rééquilibrer le contrat. Dans un cas comme dans l'autre, le contrat fera l'objet d'une révision imposée.

654. La fiction d'une volonté accessoire (d'une clause qui n'aurait eu qu'un caractère accessoire pour l'une des parties) est employée souvent afin de **punir** une partie qui a commis un méfait¹. Même si la clause est déterminante du consentement (et surtout si elle l'est), seule la clause irrégulière sera annulée, sans pouvoir s'étendre à l'ensemble du contrat. Toute recherche de la volonté réelle des parties est alors exclue : *la volonté de contracter doit exister en droit, même si elle n'aurait jamais existé en fait* (en raison de l'annulation de la clause).

Le législateur répute que le moteur d'une clause illicite a été accessoire.

- Lorsque le testateur impose une clause de viduité pour bénéficiaire du legs, seule la clause irrégulière sera annulée, le legs demeurant valable pour le surplus².
- Lorsque les parties conviennent de verser un dessous de table lors d'une vente immobilière, le législateur incite l'acquéreur à dénoncer la fraude fiscale : il pourra récupérer le dessous de table, sans remettre en cause la vente apparente, seule valide aux yeux du législateur (art. 1202 c. civ.³), alors même que la clause porte sur le prix (élément normalement essentiel).

⁵ Par exemple, art. L1242-12 c. trav. : « Le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif. A défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée. » En l'absence d'exposé suffisamment précis du motif du contrat de travail (remplacement d'un salarié ...), la clause illicite est remplacée par une clause de durée indéterminée. Voir : Soc., 30 septembre 2014, n°13-13.522.

¹ On pourrait d'ailleurs se demander si un tel méfait, puisqu'il est sanctionné par une peine, le contrat, ne devrait pas être légalement prévue, comme toute infraction pénale, au titre de la légalité des délits et des peines. Il pourrait d'ailleurs s'agir là d'une matière pénale, au sens de l'art. 6 conv. E.D.H.

² Art. 900 c. civ. : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ». Par exemple, le testateur impose à sa femme survivante une clause de célibat pour profiter de son testament (Req., 18 mars 1867, D. 1867.1.332 ; Civ., 22 déc. 1896, DP 1898.1.537). Voir : Corinne Renault-Brahinsky, *Droit des personnes et de la famille*, 12^e éd., 2013, Lextensoéditions, coll. Mémentos LMD, p. 131.

³ Art. 1202 c. civ. (anc. 1321-1) : « Est nulle toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel.

« Est également nul tout contrat ayant pour but de dissimuler une partie du prix, lorsqu'elle porte sur une vente d'immeubles, une cession de fonds de commerce ou de clientèle, une cession d'un droit à un bail, ou le bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soule d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle. »

- Le banquier qui omet de signaler à l'emprunteur le taux effectif global sera déchu, totalement ou partiellement, de son droit à intérêt¹ : il (auteur de la violation de la légalité) sera contraint d'exécuter un contrat sans intérêt.

Le contractant responsable de la clause illicite se voit ainsi imposer l'exécution d'un contrat sciemment déséquilibré². Grâce à la clause réputée non écrite, la sanction sera le contrat (amputé de son élément nocif)³.

655. La clause réputée non écrite peut également avoir pour fonction de **rééquilibrer un contrat**. Il s'agit alors d'imposer une prestation normale dans un contrat.

En présence d'une clause abusive au sens strict (art. 1171 c. civ.⁴ ; art. L 212-1 c. conso.), le contractant victime croit s'engager dans un contrat normal, équilibré et il le sera. La clause créant un déséquilibre significatif mais accessoire sera seule nulle et remplacée par une *clause normale* : le délai de livraison sera normal, tout comme l'indemnisation due au consommateur. La technique a été utilisée dans l'arrêt Com., 22 oct. 1996 *Chronopost*⁵ (avec la technique de l'absence de cause : anc. art. 1131 c. civ., devenu 1170 c. civ.) : l'annulation de la clause limitative de responsabilité, créant un déséquilibre significatif et accessoire, imposera au transporteur de verser une prestation normale. Techniquement, l'annulation de la clause irrégulière (clause limitative de responsabilité) conduit à y substituer une loi supplétive de volonté, prévoyant effectivement une indemnisation

¹ Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2010, n° 09-67.930, Bull. n°180 : « Le non-respect des dispositions de l'article L. 313-1 du code de la consommation, relatives au taux effectif global, peut être sanctionné par la déchéance du droit aux intérêts du prêteur, en application des dispositions des articles L. 312-8 3° et L. 312-33 du même code ».

Sur la qualification exacte de cette déchéance, la jurisprudence manifeste certains doutes. Voir : Civ. 1^{ère}, 2 juill. 1996, n°94-17530, Bull. n°283 : « La déchéance du droit aux intérêts, qui ne sanctionne pas une condition de formation du contrat, n'est pas une nullité ». La déchéance produit néanmoins tous les effets d'une nullité partielle. Voir également, Com., 30 octobre 2012, n°11-23.034, Bull. n°197 : « La sanction d'un taux effectif global erroné est la substitution du taux d'intérêt légal au taux conventionnel. »

² Pour une clause d'indexation illicite réputée non écrite : Civ. 3e, 7 mai 2014, pourvoi n° 12-22.637, Loyers et copr., n° 7-8, juillet 2014, comm. 212 par P.-H. Brault ; AJDI, n° 11, 29 novembre 2014, p. 783, comm. F. Planckeel et A. Antoniutti.

³ Ce type de punition peut s'apparenter à celle que prévoit l'article L 212-1 al. 3 c. conso. (dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, la clause modifiant le prix apparent est seule annulée, quitte à ce que le contrat devienne déséquilibré).

⁴ Art. 1171 c. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

⁵ Com., 22 oct. 1996, *Chronopost*, n°93-18632, Bull. n°261 ; Dalloz 1997, p.147, note Christian Larroumet ; Dalloz 1997, p.121, note Alain Sériaux ; Contrats, conc., consom. févr. 1997, p. 9, note Laurent Leveneur ; RTDciv. 1997, p. 419, obs. Jacques Mestre ; Defrénois 1997, art. 36516, n°20, p.333, obs. Denis Mazeaud ; JCP 1997, I, n° 4025, obs. Geneviève Viney, n° 17 ; RTDciv. 1998, p. 213, note Nicolas Molfessis : (abstrat) « Doit être réputée non écrite la clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de transport fixant l'indemnisation du retard au montant du prix du transport, dès lors que le transporteur, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, qui s'était engagé à livrer le pli de l'expéditeur dans un délai déterminé, avait, en ne livrant pas dans ce délai, manqué à cette obligation essentielle dont la clause contredit la portée. »

normale (art. 1231-2 c. civ.⁶), à savoir intégrale du dommage subi : le contrat révisé est devenu normal.

En réduisant à la juste mesure une obligation (par la technique de la nullité partielle), le juge révisé le contrat. La clause traduisant un abus est réduite et une clause supplétive de volonté s'y substituera (ainsi, le taux effectif global erroné sera substitué au taux légal¹). L'obligation sera alors normale : le contrat correspondra à l'attente légitime du client.

(656- à 663. : réservés)

664. En somme, face à une clause contractuelle illicite (au sens large), l'étendue de la nullité dépend du contexte.

En présence d'un contexte neutre, le constat d'une simple illégalité (type : erreur simple, objet illicite d'une clause d'indexation, dol) détermine l'étendue de la nullité en fonction de l'intention probable des parties. Il s'agit toujours de rechercher le moteur effectif du consentement.

Lorsque l'un des contractants se voit *imputer à faute la présence d'une clause illicite et essentielle*, le contexte moralement connoté conduira les juges à punir le contractant fautif ou lui imposer un contrat normal, sans égard à ce qui a effectivement déterminé sa volonté. Le contrat ne correspond plus à la volonté de fait d'une partie, mais à une volonté qui doit exister en droit : le contractant est réputé avoir voulu un contrat déséquilibré (à son détriment) ou un contrat « normal ». La nullité partielle conduit alors à imposer une révision judiciaire à l'une des parties : la cause (illicite) du contrat est remplacée par une intention que la loi répute exister.

II/ Les effets de l'annulation : les restitutions et la rétroactivité

665. Les **effets de l'annulation** consistent à revenir à la situation de départ (*statu quo ante*), solution à la fois logique et paradoxale, d'où la fiction de la rétroactivité qui figure désormais à l'article 1178 c. civ. : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé ».

En logique, lorsque le contrat, titre justifiant le transfert de valeurs, est privé de valeur, l'exécution par l'un d'un contrat ultérieurement annulé impose à l'autre de restituer la prestation qu'il a obtenue (en application des règles relatives au *paiement de l'indu*). Les restitutions ne sont pas un effet

⁶ Art. 1231-2 c. civ. « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. »

¹ Com., 30 octobre 2012, n° 11-23.034, Bull. n° 197 : « La sanction d'un taux effectif global erroné est la substitution du taux d'intérêt légal au taux conventionnel. » La jurisprudence est mal fixée : la sanction peut aussi résider dans la déchéance du droit aux intérêts. *Supra*.

spécifique à l'annulation : elles se produisent également, lorsqu'un pseudo-débiteur a versé par erreur une prestation à autrui. La restitution est simplement la conséquence du constat d'un transfert de valeur non causé, imposant un remboursement de l'indu. C'est d'ailleurs ce que prévoit explicitement l'article 1178 al. 3 c. civ.¹.

La fiction de la *rétroactivité* de l'annulation possède une fonction différente, et propre à l'annulation : le contrat (ou la clause annulée) est censé n'avoir jamais existé et n'avoir eu aucun impact sur l'ordre juridique. Le titre annulé ne peut fonder aucun acte subséquent : l'annulation du licenciement prive de cause (ou de « but » : art. 1162 c. civ.) le plan de reconversion souscrit par le salarié² ; l'annulation de la vente initiale interdit la revente du bien par le pseudo-acquéreur. La fiction impose aux parties et aux tiers de deviner que le contrat vicié (apparent et acceptable, susceptible d'accéder à la force obligatoire) n'aura jamais été conclu. Comme ce résultat n'est pas toujours opportun, la théorie de l'apparence cantonnera la rétroactivité.

Le prononcé de l'annulation produit ainsi un effet non spécifique, les restitutions consécutives à l'absence de titre (1), et un effet propre, la rétroactivité (2).

1/ Les restitutions : la conséquence de la destruction du titre contractuel

666. Les restitutions ne présentent aucune spécificité en présence d'une annulation d'un contrat et c'est la raison pour laquelle elles sont traitées en régime général des obligations. C'est d'ailleurs ce qu'affirme l'article 1178 al. 3 c. civ. : « Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. ». Il s'agit uniquement de constater (objectivement) qu'un transfert injustifié de valeur s'est produit entre deux patrimoines, à la suite d'une exécution simple désormais dépourvue de justification en raison de l'annulation du contrat. Il faudra alors restituer la prestation, en prenant éventuellement en compte le temps de jouissance. Concernant la prestation³, *deux modalités de restitution* sont prévues.

¹ Art. 1178 al. 3 c. civ. : « Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. » La même solution est prévue en droit espagnol, art. 1303 du código civil (code civil) : « Lorsqu'une obligation est déclarée nulle, les contractants doivent se restituer réciproquement les choses ayant fait l'objet du contrat, les fruits produits par ces choses et le prix assorti d'intérêts, sans préjudice des articles suivants ».

² Soc., 17 octobre 2018, n° 17-16.869, Bull. (l'annulation du plan de départs volontaire « avait pour conséquence de priver de toute cause le départ volontaire des salariés »).

³ *Régime général des obligations*, n°150 et suiv.

- Celui qui a reçu une chose individualisée (corps certain) rendra la chose en nature (usagée¹, mais non dégradée²).
- Rendra par équivalent, celui qui a bénéficié d'un service³ (occupation d'un logement), celui qui a reçu une chose de genre (une somme d'argent⁴ ; du charbon) ou celui qui a reçu un corps certain qui a disparu (vendu, détruit et remplacé par une indemnité d'assurance).

Rendue en nature ou en valeur (par équivalent), la restitution porte uniquement sur le principal⁵ : nominal de la somme d'argent, chose éventuellement usagée ou dégradée, valeur du service rendu.

L'évaluation du temps de jouissance pose une question spécifique car aucun transfert de valeur n'a eu lieu : il s'agit de savoir si le temps écoulé entre la perception du principal et sa restitution doit ou non être compté à l'enrichi. Il s'agira donc de savoir si un équivalent du loyer sera perçu par le vendeur (appauvri) quand l'acquéreur (enrichi) a profité d'une chose (mobilier ou immobilière⁶) ; en présence d'une somme d'argent, on parlera d'intérêt (c-à-d. du coût de location de l'argent). L'état du droit est confus en la matière : la jouissance est tantôt payante⁷, tantôt gratuite⁸ pour le contractant de bonne foi (à savoir celui qui ignorait que la prestation ne lui était pas due⁹).

¹ Art. 1352 c. civ. : « La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution. »

Voir : Com., 30 oct. 2007, n°05-17.882, Bull. n°231 (le vendeur ne peut demander une indemnisation à raison de l'utilisation du bien vendu, dès lors que le bien n'a pas été dégradé) : « En raison de l'effet rétroactif de la résolution de la vente, le vendeur n'est pas fondé à obtenir une indemnité correspondant à la seule utilisation de la chose ». Contrairement à ce qu'affirme l'arrêt, le refus d'indemniser à raison de l'utilisation ne résulte pas de la fiction de rétroactivité, mais du régime des restitutions.

² Art. 1352-1 c. civ. : « Celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute. »

³ Art. 1352-8 c. civ. : « La restitution d'une prestation de service a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie. »

⁴ Art. 1352-6 c. civ. : « La restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue. »

⁵ Et non le travail réalisé par le cocontractant : Civ. 1^{ère}, 10 décembre 2014, n°13-23.903, Bull. : (abstrat) « Seules doivent être prises en considération les prestations fournies par chacune [des parties] en exécution de ce contrat, sans avoir égard aux bénéfices tirés de celui-ci par l'intégrateur » (pour restituer le prix de vente des oeufs, l'exploitant prétendait priver l'intégrateur des bénéfices réalisés).

⁶ Civ. 3^e, 12 mars 2003, n°01-17207, Bull. n°63 ; D. 2003, p.2522 à 2256, note Y.-M. Serinet (indemnité d'occupation obtenue par le vendeur : les acquéreurs avaient occupé les lieux).

⁷ Art. 1352-3 c. civ. : « La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée.

« La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce.

« Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation. »

⁸ Art. 1352-7 c. civ. : « Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande. »

⁹ Civ. 3^e, 3 mai 2018, n°17-11132 et 17-14090, Bull. : les vendeurs, auteur d'une réticence dolosive, « devaient être condamnés à rembourser les sommes versées par la SCI [montant de la taxe foncière, des cotisations d'assurances et des charges de copropriété] et qu'ils ne pouvaient obtenir la restitution des loyers perçus par celle-ci dès lors que son erreur était excusable et qu'elle n'était pas de mauvaise foi ».

667. Lorsqu'un **contrat synallagmatique a été annulé**, après exécution par les deux parties, le retour à la situation initiale conduit à combiner les dispositions propres à la prestation (chose ou service) et celles relative à la restitution de la somme d'argent, prix payé par le cocontractant.

Les deux pseudo-contractants se rendront normalement une valeur équivalente (conforme à leur équation départ). Le client rend la valeur du service à la date à laquelle il a été rendu ; il rend la chose acquise dans son état normal d'usure ; il rend une chose fongible pareille. Le contractant ayant réalisé la prestation caractéristique rend le prix (accru des taxes).

A priori, le contractant responsable de l'annulation (auteur de dol, d'un manque de professionnalisme ...) ne sera pas indemnisé pour la perte de jouissance de sa prestation (le vendeur n'obtient pas une indemnité d'occupation), mais il devra rendre le prix avec les intérêts. La solution n'est pas assurée.

(670- à 674. : réservés)

2/ La fiction de la rétroactivité : le contrat réputé non avenu

675. La **fiction de la rétroactivité** répute le contrat non avenu : tout acte juridique subséquent qui en dérive (principalement ou exclusivement) devra également être annulé¹. Lorsque l'acquéreur rend l'immeuble acheté, l'hypothèque inscrite par son créancier tombe également. Il sera toutefois délicat d'être toujours cohérent avec ce principe : si le meuble vendu a été revendu, puis vendu à nouveau, il sera adéquat d'imposer au vendeur initial de se contenter du prix de vente (ou de revente).

La fiction de la rétroactivité, désormais prévue à l'article 1178 al. 2 c. civ.², se justifie pourtant : en annulant l'acte juridique vicié et tous les actes juridiques subséquents, l'auteur d'une illégalité ne pourra pas créer une situation irrémédiable.

La rétroactivité, effet spécifique de l'annulation, fait disparaître l'acte annulé : il ne produira aucun impact sur le milieu juridique. Mais le domaine de cette fiction (a) sera borné par la théorie de l'apparence (b), afin d'éviter certains effets nocifs de la fiction.

a/ La destruction des actes dérivés : le passé relu et corrigé

¹ Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, 2009, 10e éd., n°423, p.436 : « la nullité remet aussi en cause les effets que l'acte a déjà produits. L'acte nul, dit-on est anéanti rétroactivement. Il est censé n'avoir jamais existé ».

² Art. 1178 al. 2 c. civ. : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. »

676. Le **domaine d'application** de la fiction impose de relire et de corriger le passé, en faisant abstraction de la présence d'un acte juridique vicié. Le domaine de la fiction est ainsi cantonné aux actes juridiques.

Le domaine d'application de la fiction *n'affecte pas le fait juridique*. Selon l'article 1178 al. 4 c. civ.¹, en cas de faute commise par le cocontractant responsable du vice, le contractant lésé sera indemnisé sur le fondement de la responsabilité délictuelle (art. 1240 c. civ.²). Les faits juridiques (la réalité des prestations) sont régis par les restitutions (supra).

Le domaine de la rétroactivité de l'annulation porte sur les actes juridiques, à savoir, en premier lieu, le contrat annulé (acte juridique vicié), ainsi que tous les *actes juridiques dérivés*³.

- Quand un acte initial ultérieurement annulé (plan de sauvegarde de l'emploi) a servi de fondement à un autre acte (subséquent : départ volontaire du salarié), la rétroactivité de l'annulation prive de cause le contrat dérivé : le salarié est réputé ne pas avoir rompu son contrat de travail (Soc., 15 mai 2013⁴).
- L'annulation de l'assemblée générale des copropriétaires qui désignait le syndic signifie que le syndic n'a jamais été nommé (Civ. 3^e, 8 juin 2011⁵).
- Le sous-acquéreur de l'immeuble ne peut plus conserver sa propriété quand la vente originare est rétroactivement anéantie⁶.

¹ Art. 1178 al. 4 c. civ. : « Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle. »

² Art. 1240 c. civ. : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

³ Civ. 2^e, 19 février 2015, n°14-10.622, Bull. ; revue Procédures 2015, comm. 120, note Christian Laporte : « Lorsqu'un acte de procédure est déclaré nul, il est non avenue et ses effets sont rétroactivement anéantis » (nullité subséquente de la reconnaissance de dette, en raison de l'annulation de la saisie immobilière) ; Civ. 2^e, 18 juin 2015, n°14-18.285, Bull. : « (...) A défaut de report dans le temps de ses effets par la décision [annulant des arrêtés], l'annulation opère rétroactivement à la date d'entrée en vigueur des arrêtés susmentionnés. » ; Civ. 1^{ère}, 21 fév. 1995, n°92-17814, Bull. n° 91: (abstrat) « La victime d'un dol est en droit d'invoquer la nullité du contrat contre le tiers qui se prévaut du contrat et dès lors que le dol est constitué, la convention est réputée ne jamais avoir existé ; il s'ensuit que, lorsque le vendeur d'une automobile est victime d'un dol, son assureur ne peut, pour refuser sa garantie, invoquer les dispositions de l'article L. 121-11 du Code des assurances. »

⁴ Soc., 15 mai 2013, n°11-26.414, Bull. n°122 ; JCP G 2013, n°642, p.1108, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier ; JCP E 2013, n°1431, note Stéphane Béal et Magali Marguerite ; JCP Soc. 2013, n°1361, p. 26 à 28, note Patrick Morvan : (abstrat) « La nullité qui affecte un plan de sauvegarde de l'emploi (...) s'étend à tous les actes subséquents (...). L'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi avait pour conséquence de priver de toute cause le départ volontaire qui constituait un acte subséquent à celui-ci et décide que la nullité du plan entraînait celle de la rupture qui lui était rattachée ».

⁵ Civ. 3^e, 8 juin 2011, n°10-20.231, Bull. n°99 : annulation de l'assemblée générale désignant le syndic, de sorte que le syndic a perdu sa qualité en raison de l'effet rétroactif de l'annulation (« par l'effet rétroactif de l'annulation d'une assemblée générale antérieure qu'elle prononce et qui le désignait, le syndic n'avait plus cette qualité lors de la convocation de l'assemblée générale dont l'annulation était poursuivie »).

⁶ Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, 2009, 10e éd., n°431, p.445 : « Cette remise en cause des droits acquis par les tiers est la conséquence du principe selon lequel nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même (nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet) » Voir : Civ. 3^e, 7 janvier 2016, n°14-18.360, Bull. ; Gaz. Pal. 2016, n° 7, p. 32, note Christophe Albiges ; JCP 2016, éd. N, chron., 1087, n° 52, note Stéphane Piedelièvre, et chron., 1096, n° 57, note Mustapha Mekki ; RLDC 2016, n° 6157, note Clotilde Viglione : le créancier hypothécaire de l'acquéreur perd son titre quand la vente est annulée.

La fiction est également appliquée en droit pénal¹ (si le retrait du permis de conduire est ultérieurement annulé, le conducteur ne peut pas être poursuivi pour conduite sans permis²) comme en droit administratif.

b/ La théorie de l'apparence : la fiction écartée

677. La **théorie de l'apparence** permet de valider un acte juridique (dérivé), réputé valide envers les tiers de bonne foi. Il s'agit donc d'écarter la fiction de la rétroactivité de l'annulation : il est opportun d'éviter une cascade d'annulations, notamment au détriment des tiers de bonne foi.

La jurisprudence justifie diversement et avec difficulté la mise à l'écart de la fiction de la rétroactivité³. Parfois les juges invoquent la présence d'un fait juridique (la possession), qui aura pour fonction d'occulter un acte juridique : lorsqu'un meuble corporel est acheté de bonne foi par un tiers acquéreur, alors que le revendeur n'en était pas le véritable propriétaire (vente a non domino), soit on considère que la revente est un acte juridique subséquent (la vente initiale est annulée, donc également la revente⁴), soit on considère que le tiers acquéreur se fonde sur un fait juridique (sa possession de bonne foi depuis trois ans) pour invoquer l'usucapion (la revente du bien demeure valide, malgré l'annulation de la vente originaire, de sorte que le seul et véritable propriétaire du bien sera le tiers acquéreur). D'autres arrêts refusent la rétroactivité en se fondant sur l'autorité de la chose jugée⁵ ou sans s'expliquer sur le fondement de leur décision⁶.

¹ Civ. 1^{ère}, 25 septembre 2013, n°12-26.041, Bull. ; Gazette du Palais, n° 282-283, 9-10 octobre 2013, Jurisprudence, p. 6 à 9, avis de l'avocat général ; Dalloz, 2013, p. 2272 ; Revue Lamy droit civil, 2013, n°5278, note Elodie Pouliquen : (abstrat) « La nullité du premier mariage entraînant sa disparition rétroactive, le second mariage célébré entre les mêmes personnes ne peut être annulé du chef de bigamie, quand bien même la nullité du premier serait prononcée après la célébration du second. »

² Crim., 4 mars 2014, n°13-82.078, Bull. n°64 : « Le retrait d'un acte administratif implique que cet acte est réputé n'avoir jamais existé et prive de base légale la poursuite engagée pour violation de cet acte. Dès lors, la rectification des mentions relatives aux infractions poursuivies et le recouvrement de validité du permis de conduire effectués par l'autorité administrative postérieurement au prononcé de la condamnation pour conduite d'un véhicule à moteur malgré l'invalidation du permis de conduire a pour conséquence d'enlever toute base légale à la poursuite et à cette condamnation. »

³ Écartant la qpc, critiquant la jurisprudence établissant la théorie de l'apparence : Civ. 3^e, 30 mars 2017, n°16-22.058, Bull.

⁴ En présence d'une acquisition à titre gratuit : Civ. 1^{ère}, 7 oct. 2015, n°14-16.946, Bull. ; Dalloz 2015 p.2073 ; AJ fam. 2015. 626, obs. S. Ferré-André « ayant acquis à titre gratuit les biens litigieux, les consorts X... n'étaient pas fondés à se prévaloir de la qualité de propriétaire apparent ». Aussi : Civ. 3^e, 16 juin 2016, n°15-14.906, Bull. : « La cour d'appel qui constate que la délibération du conseil municipal d'une commune décidant la vente de parcelles a été déclarée nulle et de nul effet par le tribunal administratif n'est pas tenue de rechercher si la commune n'avait pas été engagée par le maire, la théorie du mandat apparent n'étant pas applicable. »

⁵ Civ. 3^e, 10 juillet 2013, n°12-14.569, Bull. n°98 : « La décision de réputer non écrite une clause de répartition des charges ne vaut que pour l'avenir et ne prend effet qu'à compter de la date à laquelle la décision a acquis l'autorité de la chose jugée. »

⁶ Soc., 16 décembre 2014, n°13-15.081, Bull. ; RJS, 2015, n°117, p. 118 à 120 : (abstrat) « L'annulation par le tribunal d'instance de la désignation d'un délégué syndical, quel qu'en soit le motif, n'ayant pas d'effet rétroactif, ne prive pas le salarié de son statut protecteur » ; Soc., 15 avril 2015, n° 14-19.139, Bull. ; RJS 2015, n° 496 ; JCP 2015, éd. S, II, 1257, note Jean-Benoît Cottin : « L'annulation des élections des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel ne fait perdre aux salariés élus leur qualité de membre de ces institutions représentatives du personnel qu'à compter du jour où elle est prononcée. ». Contra : Soc., 9 décembre 2014, n°13-21.766, Bull. (action en remboursement exercée par l'employeur contre ses salariés, en raison de l'annulation d'une prime) : (abstrat) « Violé le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé la cour d'appel qui, après avoir constaté l'annulation d'un accord collectif instituant une prime d'assiduité (...) ».

Le plus souvent, c'est la *théorie de l'apparence* qui est appliquée en jurisprudence : le tiers de bonne foi qui s'est fié à l'apparence créée par le contrat ne subit pas la fiction de la rétroactivité¹.

– Quand le plan local d'urbanisme est annulé, le terrain vendu change de valeur : le vendeur ne peut pas invoquer la lésion, lorsque le terrain d'inconstructible devient constructible (Civ. 3^e, 17 juin 2009²). Aux yeux des juges, la vente du terrain n'est pas suffisamment rattachée à l'annulation de l'acte administratif.

– Parfois, pourtant, l'acte dérive principalement d'un acte annulé : quand est annulée l'assemblée générale des copropriétaires créant un syndicat secondaire, l'acte dérivé (syndicat secondaire) sera simplement résilié, uniquement pour l'avenir (Civ. 3^e, 20 mai 2009³). Les tiers échappent alors à l'effet rétroactif de l'annulation, grâce à la théorie de l'apparence.

– L'article 1342-3 c. civ.⁴ prévoit une même solution en présence d'un paiement : « Le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable. » Le locataire, qui a cru qu'il devait payer le loyer au propriétaire apparent, ne verra pas son paiement remis en cause : le véritable propriétaire agira donc le propriétaire apparent.

– D'autres dispositions légales ponctuelles appliquent également la théorie de l'apparence : selon l'article 223-18 c. com., le gérant est réputé disposer de pouvoirs normaux⁵, et le tiers de bonne foi qui traite avec lui se tiendra à cette apparence, sans pouvoir se voir opposer d'éventuelles limites statutaires⁶.

¹ Civ. 1^{ère}, 12 janv. 1988, n°86-12.218, Bull. n°7 : (abstrat) « Lorsque l'acheteur d'un immeuble, dont la régularité de l'acquisition est contestée, invoque la qualité de propriétaire apparent de son vendeur, les juges du fond doivent rechercher si en acquérant l'immeuble l'acheteur était de bonne foi, c'est-à-dire s'il avait acquis l'immeuble sous l'empire d'une erreur commune et légitime, dès lors que la cause de la nullité aurait été et devait être nécessairement ignorée de tous »

² Civ. 3^e, 17 juin 2009, n°08-15.055, Bull. n°153 ; D. 2009, p.2588 à 2591, note Gaël Chantepie : « Si l'annulation de la révision d'un plan d'occupation des sols a pour effet de remettre en vigueur le plan immédiatement antérieur, cette rétroactivité n'a pas d'incidence sur la lésion, qui s'apprécie au jour du contrat. » Un terrain vendu inconstructible, devenu constructible par l'annulation du plan d'occupation des sols, connaît une variation importante de sa valeur : le vendeur ne peut invoquer la lésion, acquise en présence d'un terrain désormais réputé constructible.

³ Civ. 3^e, 20 mai 2009, n°07-22.051 : « Lorsqu'une clause du règlement de copropriété instituant des syndicats secondaires est réputée non écrite, la suppression des syndicats, qui avaient acquis dès leur constitution une personnalité juridique opposable aux tiers, n'opère que pour l'avenir. » Selon Jean-Marc Roux (Revue des loyers, juin 2009, jurisprudence, p. 296), « la solution rappelle l'hypothèse de la société de fait consécutive au prononcé d'une nullité par une juridiction » et y voit « une application spécifique de la théorie de l'apparence, préservant les droits des tiers (...). Non seulement les contrats et autres actes passés par les syndicats secondaires seront-ils maintenus, mais leurs patrimoines (actif et passif) seront transférés au syndicat principal, désormais seul et unique personne morale à conserver l'entier immeuble et à administrer les parties communes ».

⁴ Art. 1342-3 c. civ. : « Le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable. »

⁵ Art. 223-18 c. com. : « (...) Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société (...). »

⁶ Art. 223-18 c. com. : « (...) La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers. »

678. Il est délicat de prédire quand la rétroactivité sera appliquée et quand la théorie de l'apparence le sera. Là encore, l'état du droit demeure obscur.

(679- à 698. : réservés)

Conclusion de la section 1^{ère}

La nullité de l'obligation

699. La **nullité** sanctionne une irrégularité lors de la formation du contrat, atteint d'un vice de formation. Elle donne lieu à une perception ambivalente par le législateur : le vice permet, à certaines conditions, une validation de l'obligation ; mais l'annulation, une fois prononcée, sera une obligation réputée n'avoir jamais existé.

Une obligation contractuelle viciée pourra accéder à l'existence : la prescription extinctive, déclenchée par la connaissance du vice (art. 2224 c. civ.) ou par l'exécution simple, impose d'exercer une action en nullité, faute de quoi le contrat sera validé après cinq ans. Un contrat vicié (même frauduleux) devient ainsi valable après cinq ans.

Quelques vices (lésion, certaines clauses abusives comme le vice affectant le teg, art. R 312-35 c. conso.) sont soumis à un délai de forclusion : dès la date de conclusion du contrat, le contractant protégé doit réagir, faute de quoi le contrat sera validé. Le vice de formation n'interdit pas radicalement au contrat d'acquiescer la force obligatoire.

Lorsque l'annulation est prononcée, les parties doivent procéder aux restitutions, quand une exécution simple a eu lieu. En outre, le contrat est censé n'avoir jamais existé : la fiction de rétroactivité impose de considérer que les actes juridiques subséquents doivent être également annulés, sauf lorsque la théorie de l'apparence est appliquée au profit des tiers de bonne foi.

Section 2^{ème}

LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

Résumé :

La **force obligatoire du contrat** impose aux parties et aux tiers de respecter le contrat valablement formé. La charge de l'exécution pèse sur les parties, tandis que les tiers devront tenir compte de la conclusion du contrat. La force obligatoire de l'obligation contractuelle impose à chaque partie de fournir à l'autre la valeur promise, conformément à ce qui a été convenu. Le droit du contrat précise ce qu'il faut entendre par *exécution de bonne foi* : ce n'est pas toujours une exécution littérale.

- Ainsi, un contrat devenu inutile deviendra caduc : l'annulation de la vente immobilière conduira à résilier le prêt qui la finance.
- Si un contractant tire prétexte de la lettre du contrat pour le résilier, la clause résolutoire ne sera pas appliquée.
- De même, si le contractant prétend respecter le préavis en réduisant drastiquement ses commandes, il devra indemniser son cocontractant, comme en présence d'une rupture abusive.

Lorsque la lettre du contrat est obscure, parce que mal rédigée, le juge devra *interpréter* le contrat. Là encore, une clause ne sera pas appliquée, mais interprétée, quand l'un des contractants effectue une application littérale du contrat, selon une logique excessivement parcimonieuse. Une clause de non-concurrence pourra s'appliquer également aux hypothèses similaires ou voisines de celles mentionnées dans le contrat.

La force obligatoire du contrat signifie donc spécifiquement que la promesse contractuelle ne sera correctement respectée qu'en présence d'une exécution de bonne foi : un contractant doit exécuter loyalement sa prestation, sans la limiter à ce qui a été littéralement convenu.

L'*effet relatif* du contrat signifie que les tiers respectent le contrat en tenant compte de sa conclusion comme de son exécution, correcte ou incorrecte.

Pour respecter le contrat, il faut que les tiers en aient connaissance. Cette connaissance des tiers résulte de la publicité, pour certains contrats, de leur information, pour les autres contrats.

Le contrat devient alors *opposable*, si du moins il est respectable : les tiers prendront acte de sa conclusion, de son contenu, et de son exécution. À l'inverse, le contrat non respectable (parce que frauduleux ou incorrectement rendu public) sera inopposable : les tiers ignoreront ce contrat, qui sera alors souvent difficile à exécuter pour les parties.

Le respect de la valeur du contrat légalement formé signifie donc que chaque contractant procure à l'autre une exécution loyale, qui n'est pas strictement littérale. Les tiers sont tenus de tenir compte du contrat (respectable) dont ils ont connaissance. Cette distinction entre partie et tiers est sujette à modification, quand les circonstances changent.

700. La **force obligation du contrat** (a priori valablement formé) consiste à respecter la loi contractuelle, ce devoir de respect se manifestant selon deux modalités différentes, en fonctions des destinataires.

D'une part, chaque partie contractante est tenue de fournir à l'autre une prestation loyale, conforme à sa promesse : le respect de la parole donnée impose l'exécution, cette charge pesant sur les seules parties contractantes, et plus précisément sur le débiteur. En droit du contrat, il sera plus précisément question d'*exécution loyale* (et non pas strictement littérale).

D'autre part, les tiers respecteront le contrat en tenant compte de sa conclusion comme de son exécution. On parlera alors d'*effet relatif des conventions*, pour envisager l'effet indirect que produit le contrat. Un tiers (prêteur, créancier du vendeur) prend en compte le contrat de vente : il ne peut plus saisir l'immeuble (désormais vendu). Mais il pourra saisir le prix, dès que le contrat sera correctement exécuté par l'acquéreur.

La force obligatoire du contrat produit donc un double effet : le respect-exécution s'impose aux seules parties (§1^{er}), au titre l'exécution loyale, tandis que le respect-prise en compte concernera les tiers, au titre de l'effet relatif du contrat (§2^{ème}).

§1^{er}/ L'exécution par les seuls contractants : l'exécution loyale

701. L'**exécution par les seuls contractants** signifie que chacun d'eux devra respecter sa promesse, en fournissant à l'autre la prestation convenue. La solution est affirmée à l'article 1199 al. 1^{er} c. civ.¹ : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. » Cette force obligatoire reconnue à toute obligation légalement formée ne présente pas a priori de spécificité en droit du contrat, ce qui est toutefois (partiellement) inexact. En effet, l'obligation contractuelle est à la fois identique à toutes les obligations (art. 1103 c. civ.) et spécifique.

En régime général des obligations, la *force obligatoire de l'obligation* (art. 1341 c. civ.²) fixe les prérogatives dont dispose le créancier pour obtenir l'exécution de la prestation à son profit. Qu'il s'agisse de payer un impôt (obligation de source légale) ou de payer le prix convenu (obligation contractuelle), un débiteur s'acquittera de son obligation en l'exécutant ponctuellement, à la lettre (ni plus, ni moins), au profit de son créancier. De même, la force obligatoire de l'obligation

¹ Art. 1199 c. civ. : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.

« Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. »

² Art. 1341 c. civ. : « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi. »

(contractuelle comme légale) sera suspendue en raison de la faillite du débiteur (gel des paiements des créances antérieures pendant la période de faillite). La règle, en réalité millénaire¹ et régulièrement réaffirmée², de la force obligatoire, des contrats comme des obligations en général, ne conduit pas à distinguer obligation contractuelle et obligation générale. Le principe affirmé à l'article 1103 c. civ. s'applique à toute obligation : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

En droit du contrat, l'obligation contractuelle présente toutefois une singularité, liée à la relation de confiance qui unit les contractants. Cette dimension personnelle conduit à affirmer que la force obligatoire des contrats ne sera véritablement respectée que si le débiteur contractant exécute de bonne foi : il s'agit de ne pas se montrer excessivement parcimonieux, ce que ferait un débiteur contractant qui se bornerait à exécuter à la lettre ce qui a été explicitement convenu. Cela correspond à *l'exécution loyale*, dont on sait qu'elle engage à des suites sous-entendues (art. 1194 c. civ.³, supra n°475 et suiv.).

La notion d'exécution loyale du contrat donne lieu à deux applications spécifiques.

- Le débiteur contractant ne respecte véritablement sa promesse que s'il exécute de bonne foi (art. 1104 c. civ.) (I).
- En cas d'expression maladroite, l'interprétation du contrat (II) conduira pareillement à comprendre l'obligation contractuelle non pas à la lettre (avec parcimonie), mais dans sa logique propre (avec éventuellement une certaine extension).

701-1. Ce que l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 nomme « Force obligatoire » (sous-section 1ère, art. 1193 et 1195 c. civ.⁴) traite en réalité principalement de la **révision du contrat**. La teneur actuelle de ces textes s'explique par l'affrontement idéologique qui a eu lieu au xx^e siècle sur la question de la révision du contrat.

¹ Au moyen-âge, Beaumanoir affirmait : « On lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles » ; selon (les propos attribués à) Confucius (vers 551- 479 av. J.-C.) : « Le maître dit : à quoi bon un homme qui ne tient pas parole ? Il n'est guère plus viable qu'un char à bœufs sans joug, ou qu'une voiture sans attelage » (*Entretiens de Confucius*, Seuil, Points, livre II De l'homme, n°22, p.37).

² Portalis (1804), *Présentation au corps législatif*, De la vente, in Fenet, p.113 : « On est libre de prendre un engagement ou de ne pas le prendre ; mais on n'est pas libre de l'exécuter ou de ne pas l'exécuter quand on l'a pris. Le premier devoir de toute personne qui s'engage est d'observer les pactes qu'elle a consentis, et d'être fidèle à la foi promise ».

Selon François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 2013, 11^e éd., Précis Dalloz, n°438, p.485, la formulation est reprise de Domat (1625-1696), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, (1684), Livre 1, titre 1, sect. II, VIII : « les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun ».

³ Art. 1194 c. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

⁴ Art. 1193 c. civ., « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. »

Si le contrat est un acte de prévision (thèse de l'autonomie de la volonté), il faut appliquer le contrat (intangibles), conformément à la commune volonté formellement exprimée par les parties, sauf si, d'un commun accord, les parties décident de réviser leur convention. Si la fonction du contrat est de créer un équilibre (thèse solidariste), le contrat sera adaptable (flexible), car interprété au regard de l'évolution des circonstances. À défaut de révision mutuellement convenue, une révision judiciaire sera imposée, au nom de l'exécution de bonne foi (principe qui apparaît désormais à l'article 1104).

Au sens propre du terme, révisé ou appliqué à la lettre, le contrat demeure soumis à la force obligatoire. L'obligation initialement convenue et appliquée, ou celle unilatéralement modifiée par le juge, ont le même statut : le débiteur doit exécuter.

La modification du contrat en cours d'exécution peut également survenir (infra, exécution du contrat), sans affecter la force obligatoire du contrat, et sans accord mutuel des parties quand le changement porte sur un aspect secondaire ou qualifié de tel. La *modification mineure* du contrat permet alors son adaptation. Ainsi, la réduction de salaire liée au travail désormais diurne (et non plus nocturne) sera perçue comme un changement mineur¹. De même, en présence d'une cession de créance (infra), il suffit d'informer le débiteur (cédé) du changement de créancier, lorsque le créancier originaire (cédant) vend sa créance à un tiers (cessionnaire) : l'identité du créancier est perçue comme un changement mineur dans les contrats courants, sauf pour les parties à indiquer clairement que le contrat est conclu intuitu personae. Il a également été jugé qu'une obligation solidaire a pu se transformer en obligation simple à la suite d'un divorce².

(702- à 704. : réservés)

I/ L'exécution loyale de la promesse contractuelle

705. L'exécution de bonne foi est imposée par l'article 1104 c. civ., selon lequel : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. / Cette disposition est d'ordre public. » Cette exigence de bonne foi précise l'article 1103 c. civ., qui traite de la force obligatoire des contrats. L'exécution de bonne foi du contrat est obligatoire, sauf si elle devient inutile ou si elle est réclamée de mauvaise foi.

La *caducité du contrat* peut apparaître, à première vue, comme une atteinte à la force obligatoire, puisque l'obligation sera privée de valeur. En droit du contrat, la caducité signifie spécifiquement qu'il est inutile de continuer à exécuter un contrat devenu inutile. Si le matériel informatique n'est pas livré, le contrat d'entretien de ce matériel devient caduc : ce contrat lié (interdépendant) a perdu

¹ Soc., 9 avril 2015, n°13-27.624, Bull. n° : (abstrat) « La diminution de la rémunération résultant de la réduction des sujétions consécutives à un changement des horaires du cycle de travail ne constitue pas une modification du contrat de travail. » Réf. : JCP 2015, éd. S, Act., n° 185 ; Rev. dr. tr., 2015, p. 297, note Caroline Dechristé, et p. 396, note Lucas Bento de Carvalho ; RJS 2015, n° 387, le JCP 2015, éd. E, II, 1287, note Sophie Le Gac-Pech ; JCP 2015, éd. S, II, 1213, note Michel Morand.

² Civ. 3^e, 22 oct. 2015, n°14-23.726, Bull. ; D. 2015, p.2182, obs. Y. Rouquet ; p.2616, note T. Lakssimi ; D. 2016, p.674, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2015. 682, obs. F. Bicheron ; RTD civ. 2016. 90, obs. J. Hauser (la solidarité contractuelle des preneurs à bail cesse dès que le divorce devient opposable au bailleur).

sa raison d'être. Il est inutile de le poursuivre, en prétendant respecter sa force obligatoire. Le prestataire de service ne peut plus réaliser sa prestation, et il ne peut donc pas non plus réclamer le prix.

La seconde application relève de la même logique. Il peut arriver qu'un contractant invoque la lettre du contrat, pour obtenir un avantage excessif ou injuste. Tel bailleur n'a pas reçu l'attestation annuelle d'assurance de son locataire, mais le locataire a souscrit l'assurance habitation : si le bailleur invoque ce prétexte (absence d'envoi de l'attestation d'assurance) pour obtenir la résiliation du bail, il y aura *exécution de mauvaise foi*¹. Là encore, le juge affirmera que l'exécution du contrat à la lettre ne correspond pas au respect de sa force obligatoire.

L'exécution loyale, dans le respect de la force obligatoire du contrat, signifie donc que le contrat devenu inutile sera caduc (1) ou que la clause invoquée de mauvaise foi (2) ne sera pas appliquée. Dans ces deux cas, le juge français estime que la force obligatoire du contrat est respectée, alors même que le contrat n'est pas exécuté (littéralement).

1/ La caducité du contrat : *le contrat devenu inutile*

706. La **caducité du contrat** consiste à désactiver sa force obligatoire, alors même qu'il s'est régulièrement formé. Mais ce contrat devient inutile, parce que son but disparaît. L'article 1186 c. civ.² prévoit deux cas : le contrat a perdu un élément essentiel, ou le contrat est interdépendant.

Selon l'article 1186 al. 1^{er} c. civ.³, la disparition d'« un élément essentiel » signifie que le contrat a *perdu sa raison d'être* en raison d'une modification des circonstances.

- L'obligation de verser une pension alimentaire à son ex-conjoint devient caduque quand l'entretien de l'enfant n'est plus assuré par l'ex-conjoint⁴ ;
- l'obligation de partager un gain que seul un salarié peut percevoir (participation aux bénéfices) devient caduque quand le salarié a démissionné⁵.

Lorsque le contrat perd son but, il devient inutile d'en poursuivre l'exécution⁶.

¹ Civ. 3^e, 13 avril 1988, n°87-10516 ; Bull. n°68 ; D. 1989, p. 334, note J.-L. Aubert.

² Art. 1186 c. civ. : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.

« Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.

« La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. »

³ Art. 1186 al. 1^{er} c. civ. : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 30 octobre 2008, n°07-17.646 ; Bull. n° 241 ; D. 2009, p. 747, chron. C. Creton ; RTD civ. 2009. 111, obs. J. Hauser, et 118, obs. B. Fages ; Defrénois 2009, art. 38916, obs. R. Libchaber ; JCP G 2009.II.10000, obs. D. Houtcieff ; RDC 2009. 49.

⁵ Civ. 1^{ère}, 10 septembre 2015, n° 14-20.498, inédit ; D. 2015 p.2361 ; Denis Mazeaud, *La disparition de la cause d'un engagement unilatéral de volonté*, D. 2015 p.2361.

Le cas des *contrats interdépendants* (art. 1186 al. 2 c. civ.¹) est plus complexe. La caducité d'un contrat secondaire (devenu inutile pour l'un des contractants) ne sera acquise que l'interdépendance est entrée dans le champ contractuel.

- Pour réaliser une prestation au profit d'un client final, une série de contrat doit fréquemment être conclue. Les contrats seront alors indivisibles : l'annulation du contrat primaire entraînera la caducité du contrat secondaire, devenu inutile pour l'un des contractants. Ainsi,
 - l'annulation de la vente immobilière entraînera la caducité du prêt (Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997²). Pour l'acquéreur-emprunteur, le prêt n'a été conclu que pour financer l'acquisition ;
 - la résiliation d'une location de matériel informatique conduira à rendre inutile le contrat d'entretien de ce matériel informatique (Com., 11 septembre 2019³).
 - la rupture du contrat de fourniture d'électricité entre le client final et le distributeur conduira le distributeur d'électricité à rompre le contrat conclu avec son fournisseur (Civ. 1^{ère}, 4 avril 2006⁴). En l'espèce, le distributeur s'était engagé à durée déterminée envers le fournisseur, mais à durée indéterminée envers le client final ;
 - l'annulation (ou la résiliation⁵) de l'un entraînera pareillement la caducité des autres.
- L'interdépendance contractuelle n'est admise que si elle entrée dans le champ contractuel : selon l'article 1186 al. 3 c. civ., « La caducité n'intervient toutefois que si le

⁶ Voir également, en droit des successions : art. 1039 c. civ. : « Toute disposition testamentaire sera caduque si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur. » ; art. 1042 c. civ. : « Le legs sera caduc si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur. »

¹ Art. 1186 al. 2 c. civ. : « Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. »

² Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, n°95-15642, Bull. n°224 ; D. 1998 p. 32, note Laurent Aynès ; Defrénois, 1997, p. 1251, note Laurent Aynès : « les parties avaient entendu subordonner l'existence d'un prêt à la réalisation de la vente en vue de laquelle il avait été conclu, de sorte que les deux contrats répondaient à une cause unique ; elle a donc retenu à bon droit, non que l'obligation de l'emprunteur était dépourvue de cause, mais que l'annulation du contrat de vente avait entraîné la caducité du prêt. » ; Ch. mixte, 17 mai 2013, n°11-22.927, Bull. mixte n°1 ; JCP E 2013, Actualités, n°371. Voir aussi

³ Com., 11 septembre 2019, n° 18-11.401, Bull. ; Lettre actu. proc. civ. et comm. 2019, n° 16, alerte 224, note Florent Petit : (abstrat) « [...] lorsqu'un contrat de prestation de services et un contrat de location financière sont interdépendants, la résiliation du contrat de maintenance [...] entraîne, à la date de résiliation, la caducité par voie de conséquence du contrat de location financière. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 4 avril 2006, n°02-18277 (la durée de l'approvisionnement conclue avec le fournisseur est différente de celle conclue avec le client) « les deux conventions constituaient un ensemble contractuel indivisible, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la résiliation du contrat d'exploitation avait entraîné la caducité du contrat d'approvisionnement, libérant la société des stipulations qu'il contenait (...) ».

⁵ Com., 12 juillet 2017, n°15-23.552, Bull. ; D. 2017, somm., p. 1468 ; JCP 2017, éd. E, Act., n° 561 ; RLDC 2017, n° 6337, p. 8 ; JCP G 2017.II.1021, note Frédéric Buy ; Gaz. Pal. 2017, n° 32, p. 34, note Dimitri Houtcieff : « Lorsque des contrats sont interdépendants, la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres, sauf pour la partie à l'origine de l'anéantissement de cet ensemble contractuel à indemniser le préjudice causé par sa faute. »

contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. » En effet, la caducité du contrat secondaire se traduira par un manque à gagner pour le cocontractant : le fournisseur d'électricité a pu réaliser des investissements à terme, puisque son cocontractant s'est engagé à durée déterminée. C'est là d'une application classique du consensualisme : il faut parler pour signaler un fait qui ne va pas de soi. L'erreur de l'un (sur l'existence d'un contrat primaire) doit être excusable pour imposer à l'autre la caducité (supra n°208).

L'admission de la caducité d'un contrat secondaire, en raison de la modification (imprévue) des circonstances, n'est donc pas systématiquement admise. Pour l'un des contractants, le contrat (secondaire) perd effectivement sa raison d'être (son but), mais il ne deviendra inutile d'en poursuivre l'exécution que si l'autre connaît ce risque (et accepte d'en assumer les conséquences). Alors, il sera injustifié d'exécuter littéralement un contrat devenu inutile.

706-1. La **caducité partielle** (portant sur la durée) permet également de réviser un contrat donnant lieu à des difficultés d'exécution telles que la poursuite du contrat devient inutile. Ainsi, dans un contrat de société (supposant un accord effectif entre tous les associés), la « mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société » figure-t-elle parmi les justes motifs de dissolution anticipée de la société (art. 1844-7 5° c. civ.). Le contrat de société, conclu pour une durée fixée dans les statuts, suppose une confiance réciproque entre les associés : plus généralement, dans les contrats dont la durée est longue et dont le but ne consiste pas en l'obtention d'un résultat précis¹, la clause relative à la durée devient caduque. Elle dépend étroitement des circonstances, et de la relation de confiance qui doit perdurer entre les contractants.

707. La caducité produit alors son effet : le contrat dérivé devenu inutile est **résilié**. L'article 1187 c. civ.² précise que *le contrat prend fin* (art. 1187 c. civ.³), pour l'avenir.

Pour le contractant dont l'engagement est devenu inutile, la caducité produit des effets similaires à ceux d'une résiliation, à un détail près.

- Pour le passé, tant que le but du contrat existait, l'exécution du contrat était justifiée. L'annulation de la vente immobilière (trois ans après sa conclusion) signifie que le prêt a été utile pendant trois ans : les intérêts perçus au cours de cette période sont justifiés ;

¹ Ainsi, le contrat d'entreprise définit un objet précis à réaliser ; en revanche, un contrat de livraison périodique de marchandises ou de services (abonnement téléphonique, gestion de fortune) ne suppose pas l'obtention de tel résultat précis.

² Article 1187 c. civ. : « La caducité met fin au contrat.

« Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. »

³ Art. 1187 c. civ. : « La caducité met fin au contrat.

« Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. »

- Dans le futur, le contrat devenu caduc ne sera plus exécuté. Cela signifie que l'indemnité de résiliation anticipée qui a été (explicitement) convenue entre le banquier et l'emprunteur ne sera pas exécutée.
- Le contrat devenu caduc imposera à l'emprunteur de *restituer* les fonds empruntés : il sera en mesure de le faire, puisque l'annulation de la vente conduira l'acquéreur à rendre la chose et le vendeur à rendre le prix. La solution est prévue à l'article 1187 al. 2 c. civ. : « Elle [la caducité] peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. »

Pour l'un des contractants, la résiliation (du contrat secondaire) pourra se traduire par une perte (de chiffre d'affaires). Mais comme ce risque a été convenu (entré dans le champ contractuel), il ne pourra invoquer ni erreur, ni indemnisation (puisque la caducité n'est pas une inexécution imputable à son cocontractant).

(708- à 714. : réservés)

2/ L'exécution de mauvaise foi : l'abus de littéralisme

715. L'exécution de mauvaise foi (art. 1104 c. civ.¹) sera sanctionnée par le juge français, quand il est saisi d'une demande d'exécution par un contractant excessivement littéral. Le contractant, qui cherche dans la lettre du contrat, un prétexte pour obtenir un avantage indu, excessif, sera débouté : la force obligatoire d'un contrat ne s'applique qu'à l'exécution de bonne foi.

La jurisprudence a ainsi estimé qu'un contractant pouvait *rompre de mauvaise foi* un contrat, en faisant semblant de respecter la durée du préavis convenu (Com., 8 avril 1986²) ou en invoquant un prétexte pour la rupture.

- On sait (supra n°460 et suiv.) que le contrat conclu à durée indéterminée peut être rompu unilatéralement, en respectant (exigence de bonne foi) un préavis (soit normal, soit exprès) (art. 1211 c. civ.)³. Pendant la durée du préavis, il va de soi que le contrat est poursuivi normalement : exécute de mauvaise foi, le contractant qui cesse à peu près toutes ses commandes juste après l'envoi du préavis, en invoquant des prétextes divers (baisse du

¹ Art. 1104 c. civ. : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. »
« Cette disposition est d'ordre public. »

² Com., 8 avril 1986, n°84-12943 ; Bull. n°58 : (abstrat) « Si, en l'absence de toute convention contraire, une société est en droit de mettre fin au contrat de concession conclu sans limitation de durée, c'est à la condition que ce droit ne soit pas abusif. »

³ Art. 1211 c. civ., « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. »

chiffre d'affaires, etc ...) (Com., 7 octobre 2014¹). Le client ayant baissé drastiquement le montant de ses commandes a dû indemniser son cocontractant.

– De même, les juges ont pu estimer qu'une rupture étant abusive, car fondée sur le prétexte de l'absence d'envoi d'une attestation d'assurance : les juges y ont vu un prétexte formel, invoqué par le bailleur voulant récupérer (sans indemnité) le local commercial loué (Civ. 3^e, 13 avril 1988²). En l'espèce, la sanction a été une indemnisation ; mais un locataire contestant la validité du congé aurait pu obtenir son annulation.

L'exécution de bonne foi conduit également les juges à contrôler certains *prix abusifs*.

– Le tarif-fournisseur excessif pratiqué par le fournisseur envers son distributeur est également contrôlé : la solution figure explicitement à l'article 1164 al. 2 c. civ.³, qui a validé la jurisprudence⁴. « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. »

– Il en va de même en présence d'un contrat de service conclu sans forfait : le prix fixé par le « créancier » sera réduit par le juge en cas d'abus.

– Une jurisprudence traditionnelle⁵ admet même de réviser les honoraires excessifs convenus entre un avocat (Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998⁶), agent d'affaires ... ou un expert⁷ et son client : le prix, explicitement convenu lors de la conclusion du contrat, sera réductible s'il s'avère excessif par rapport au service rendu. En revanche, le prix convenu sera

¹ Com., 7 octobre 2014, n°13-21.086, Bull. ; D. 2014, p.2329 à 2332, note Frédéric Buy : (abstrat) « Commet une faute envers son cocontractant la partie qui, après avoir notifié la résiliation du contrat, diminue sensiblement ses commandes au cours du préavis, sans motif valable ».

² Civ. 3^e, 13 avril 1988, n°87-10.516 ; Bull. n°68 ; D. 1989, p. 334, note J.-L. Aubert : (abstrat) « Encourt la cassation l'arrêt qui constate la résiliation d'un bail commercial, en application d'une clause résolutoire pour non-justification de l'existence du contrat d'assurance dans le délai imparti, tout en relevant que le locataire avait souscrit depuis plusieurs années une police d'assurance toujours en cours pour les risques locatifs, constatations dont il résulte que le locataire exécutait de bonne foi ses obligations. »

³ Art. 1164 c. civ. : « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

« En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. »

⁴ Com., 3 nov. 1992, n°90-18547, *Huard*, Bull. n°338 ; JCP 1993-11-24, n°46-47, p. 469 : (en présence d'un tarif-fournisseur abusif envers un pompiste) : « en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi » ; A.P., 1^{er} déc. 1995, n°91-15.578 (Bull. n°7), n°91-19.653 (Bull. n°8), n°91-15.999 (Bull. n°7) et n°93-13.688 (Bull. n°9) ; Com., 11 juin 1996, n°94-16866, Bull. n°165 ; Com., 24 nov. 1998, n°96-18.357, Bull. n°277.

⁵ Civ., 29 janv. 1867, D.P. 1867.1.53 ; Sirey 1897.1.245

⁶ Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, n°95-15799, Bull. n°85 affirme « le pouvoir des tribunaux de réduire les honoraires convenus initialement entre l'avocat et son client, lorsque ceux-ci apparaissent *exagérés* au regard du service rendu ». Voir : Civ. 2^e, 6 mars 2014, n°13-14.922 (refus de réduction, quand « le principe et le montant de l'honoraire ont été acceptés par le client après service rendu, que celui-ci ait été ou non précédé d'une convention »).

⁷ Soc., 15 janvier 2013, n°11-19.640, Bull. n°12 : « L'éventuelle acceptation par les parties intéressées, avant expertise, du tarif proposé, (...), ne peut faire échec au pouvoir que le juge tient de l'article L. 4614-13 du code [du travail] de procéder, après expertise, à une réduction du montant des honoraires de l'expert au vu du travail effectivement réalisé par ce dernier. »

incontestable s'il l'a été après service rendu : le client a alors pu se rendre compte de diligences accomplies par le professionnel¹.

L'exécution de bonne foi signifie que la prérogative d'un contractant (fixer le prix d'un contrat de service, résilier un contrat de bail, donner un préavis de rupture) doit être exercée conformément à son but. On note que la jurisprudence valide aussi bien les thèses libérales que solidaristes :

- lorsqu'un contractant tire prétexte de la lettre d'un contrat pour rompre, il commet un abus de droit, caractérisé par une faute intentionnelle (solution libérale) ;
- lorsque le juge décide de contrôler l'équilibre du contrat, la liberté contractuelle est orientée (thèse solidariste). Il en va de même quand le juge contrôle les modalités ou les motifs de la rupture.

(716- à 723. : réservés)

Conclusion I/ L'exécution de bonne foi

724. **L'exécution de bonne foi** impose à chaque contractant d'exécuter sa promesse sans la restreindre à ce qui a été littéralement convenu.

- Le respect de la promesse n'imposera donc pas une application littérale quand le contrat perd son utilité : il devient caduc. Mais le cocontractant doit connaître et avoir accepté de risque (contrat interdépendant).
- De même, l'exécution littérale n'est pas le prétexte pour masquer une exécution de mauvaise foi (art. 1104 c. civ.).

Le même principe s'applique à l'interprétation du contrat.

II/ L'interprétation du contrat : les obligations mal exprimées

725. **L'interprétation du contrat** suppose une obscurité, normalement liée à une rédaction malencontreuse du contrat. À l'inverse, lorsque la lettre de la convention prévoit clairement et ostensiblement les obligations de chacun, il suffit de l'appliquer (art. 1192 c. civ.²). Interprétation (selon l'esprit) et application (à la lettre) ont a priori chacune un domaine distinct : reste à savoir quand il convient d'interpréter, et quand il faut appliquer.

L'application d'une clause contractuelle, à la fois claire, précise et non problématique, s'impose, conformément à la force obligatoire du contrat. Aucune adaptation ou modification du contrat n'est

¹ Civ. 2e, 8 février 2018, n° 16-22.217, Bull. ; JCP 2018, éd. G, Act., 239, note Cécile Caseau-Roche.

² Art. 1192 c. civ. : « On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation. »

autorisée, au motif qu'une habitude antérieure (purement précaire) se serait créée¹ ou qu'un paiement fractionné permettrait de rompre un contrat conclu au forfait et à durée déterminée². Le refus d'appliquer littéralement la clause du contrat est qualifié de dénaturation, ce que rappelle l'article 1192 c. civ., article final consacré à l'interprétation : « On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation. »

L'*interprétation* suppose d'admettre qu'un texte est problématique. Ce sera le cas, lorsque l'expression des parties est effectivement maladroite ou obscure : il s'agira simplement de rechercher la commune volonté probable des parties (celle qu'aurait eu une « personne raisonnable » : art. 1188 al. 2 c. civ.³), en tenant compte des circonstances (contrat interdépendant, art. 1189 c. civ.⁴). L'expression incorrecte des parties sera simplement rectifiée, sans adapter leur contrat ou lui ajouter quoi que ce soit.

Mais l'interprétation peut également *se rattacher au devoir de bonne foi*, quand une clause, pourtant claire et précise (et que l'on pourrait appliquer littéralement), est invoquée par un contractant pour obtenir un avantage indu. On parlera alors d'interprétation loyale (1) pour interdire alors à l'un des contractants de tirer prétexte de la lettre d'un contrat pour justifier une nuisance envers son cocontractant. L'interprétation contre (2) interdira au rédacteur malhonnête du contrat d'invoquer une clause de nature à tromper l'attente légitime de son cocontractant.

726. Lorsque les contractants dissimulent délibérément leur volonté réelle derrière une fausse apparence⁵, on parlera de **simulation** (explicitement prévue à l'article 1201 c. civ.⁶). Les parties concluent une convention ostensible dont elles en suppriment ou limitent les effets par une autre convention, la convention secrète (contre-lettre) qui porte sur la réalité de l'acte (opération est fictive⁷), sur ses effets (opération déguisée⁸) ou sur

¹ Civ., 15 avril 1872, S. 1872.1.232 (au sujet du versement d'une prime « facultative ») : « Il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de la convention qui font la loi des parties, sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de dénaturer les stipulations qu'elles renferment. En conséquence, des ouvriers sont mal fondés à réclamer le paiement d'une prime, bien qu'ils aient précédemment touché cette prime et effectué leur travail conformément à l'avis réglementaire affiché dans l'usine, lorsqu'une clause de cet avis porte « qu'il est bien entendu que, dans n'importe quel cas, cette prime demeure facultative ».

² Civ 1^{ère}, 6 déc. 1989, D. 1990, p.289 ; JCP G 1990.II.21354

³ Art. 1188 al. 2 c. civ. : « Lorsque la commune intention des parties ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation. »

⁴ Art. 1189 al. 2 c. civ. : « Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci. »

⁵ Art. 1201 c. civ. : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir. »

⁶ Art. 1201 c. civ. : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. (...) »

⁷ Par exemple, il est convenu que le soi-disant salarié n'aura aucun travail à effectuer pour son employeur.

⁸ Ce déguisement peut être partiel, lorsqu'il porte sur certaines clauses, notamment le prix (majoration, par la contre-lettre, du prix souvent dans un but de fraude fiscale pour payer moins de droits d'enregistrement).

les parties à l'acte (interposition de personnes). Sauf fraude¹, le contrat simulé est valable, conformément à la volonté réelle des parties.

L'hypothèse d'une simulation entre les parties, lorsque leurs mobiles ne sont pas illicites, suscite une difficulté pour les tiers, lesquels pourront se prévaloir, à leur choix, soit de la contre-lettre, soit de l'acte ostensible (art. 1201 c. civ.²). Pour les tiers la question est celle de l'effet relatif des conventions, et plus précisément celle de l'opposabilité du contrat (infra). Il en résultera éventuellement un effet relatif des conventions à géométrie variable. Mal calculée, la simulation, tenue pour nulle par l'un et acquise par l'autre, interdira toute exécution aux parties.

1/ L'interprétation loyale : le rejet de l'application littérale

727. L'**interprétation loyale** est destinée à faire prévaloir la logique du contrat, sans restreindre son application aux seuls cas mentionnés (littéralisme). La solution est affirmée par l'article 1188 c. civ.³ : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. » Le texte affirme en substance que l'intention (l'esprit) l'emporte sur la lettre (littérale).

L'interprétation loyale n'est pas une exécution littérale, bornée de manière parcimonieuse à l'obligation exprimée.

- Ainsi, si le contrat prévoit un certain taux d'intérêt jusqu'à l'échéance du prêt, le taux d'intérêt demeure dû après l'échéance, tant que la somme n'est pas remboursée (Com., 18 janv. 2017⁴) : le silence sur la période postérieure à l'échéance est interprété, et ne signifie pas absence d'intérêt.
- L'interprétation *de bonne foi* a également permis de détecter des « proto-clauses abusives ». La clause (claire et précise) imposant à un contractant de plaider loin de chez lui a été « réinterprétée » en présence d'une imprévision. Dans l'arrêt Soc., 11 juin 1942⁵, la cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir jugé que, « dans l'esprit des contractants », une clause attributive de compétence juridictionnelle n'a été convenue qu'en vue de son application en temps normal, et non pour le cas où la France serait coupée en deux zones. Le

¹ Vente immobilière avec dessous de table : art. 1202 c. civ. : « Est nulle toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel. (...) »

² Art. 1201 c. civ. : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir. »

³ Art. 1188 al. 1^{er} c. civ. : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. » Anc. art. 1156 c. civ. : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. »

⁴ Com., 18 janvier 2017, n°15-14.665, Bull. : (abstrat) « La clause d'un contrat de prêt prévoyant le paiement d'intérêts à un certain taux jusqu'à l'échéance fixée pour le remboursement suffit pour que les intérêts continuent à courir après ladite échéance, si le débiteur ne se libère pas à cette époque ».

⁵ Soc., 11 juin 1942, *Soc. française du pneu Englebert c. Blanchard*. D. A. 1943. J. 14, note Jacques Flour. Une clause du contrat de travail donnait compétence exclusive au tribunal de Paris en cas de litige, alors que le salarié, demandeur, habitait Nice.

rejet de l'application littérale d'une clause pourtant claire s'explique : la clause du contrat était devenue problématique (voire même l'était dès l'origine), en raison, ont dit les juges, d'une modification des circonstances. Mais on sait qu'une clause attributive de juridiction est typiquement une clause abusive (art. 1171 c. civ.).

Le domaine de l'interprétation loyale et celui de l'application (littérale) du contrat sont alternatifs, mais aucun critère objectif ne permet de les distinguer. Une clause claire et précise, applicable, sera interprétée, lorsque l'application est perçue comme inadéquate par le juge (parce que l'un des plaideurs utilise un argument de texte comme un prétexte pour porter préjudice au cocontractant : il poursuit un but illicite, au sens de l'art. 1162 c. civ.¹). D'une certaine manière, le contrat sera revu et corrigé.

727-1. Les **applications particulières** de l'interprétation loyale du contrat permettent de distinguer. Parfois le juge est saisi par un plaideur qui fonde sa demande sur un prétexte destiné à gêner ou à préjudicier à autrui. Parfois, l'interprétation conduit à fixer une valeur hiérarchique à des clauses contradictoires, l'une négociée, l'autre figurant dans les conditions générales.

En présence d'un arrêté de taxation du prix du pain (interdisant au boulanger de refuser la vente et l'obligeant à vendre jusqu'à rupture du stock), une voisine se présente dans le magasin de la boulangère, avec qui elle entretient de mauvaises relations. Elle se voit refuser l'entrée du magasin, et porte plainte pour refus de vente. Selon Crim., 11 janv. 1889, *Dame Fouque*², l'infraction n'est pas constituée : le texte pénal est utilisé par la voisine comme un *prétexte*.

L'article 1119 c. civ.³ prévoit également une règle spécifique d'interprétation, en présence de *clauses contradictoires* figurant dans les conditions générales. Lorsque les conditions générales de l'un sont inconciliables avec celles de l'autre, les clauses sont sans effet. Lorsque les conditions générales de l'un sont contradictoire par rapport aux clauses négociées, les dernières l'emportent (al. 3). La clause négociée prévaut : elle correspond légalement à la volonté réelle des parties⁴. La clause figurant dans les conditions générales sera donc supplétive de volonté.

¹ Art. 1162 c. civ. : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. » Supra n°575 et suiv.

² Crim., 11 janv. 1889, *Dame Fouque*, D.P. 1889.1.222 à 223 ; S. 1889.1.91 : « la dame Fouque, non pour se soustraire à l'application de la taxe, mais pour des motifs de convenance personnelle, a refusé absolument, de vendre du pain et a interdit l'accès de son magasin à une personne déterminée ; qu'une telle interdiction ne peut être considérée comme un refus de vente de pain au prix de la taxe, dans le sens de la loi ; qu'elle constitue, au contraire, le légitime usage d'un droit consacré au profit des boulangers comme de tous autres marchands par l'art. 7 de la loi des 2-17 mars 1791 sur la liberté du commerce et de l'industrie ».

³ Art. 1119 c. civ. : « Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées.

« En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet.

« En cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières. »

⁴ Civ. 2^e, 4 octobre 2018, n° 17-20.624, Bull. : « Les clauses des conditions particulières d'une police d'assurance prévalent sur celles des conditions générales au cas où les premières sont inconciliables avec les secondes. »

2/ L'interprétation contre

728. L'**interprétation contre**, prévue à l'article 1190 c. civ.¹ (et également à l'art. 211-1 al. 2 c. conso.²), conduit à sanctionner le rédacteur (souvent professionnel) d'un contrat d'adhésion employant une formulation trompeuse. La solution est admise de longue date en droit du contrat³.

Lorsqu'une partie cherche, en réalité, à limiter abusivement ses obligations, en employant des formulations obscures ou contradictoires (de sorte que le client ne sait pas à quoi s'en tenir), le juge interprétera ces différentes clauses dans le sens le plus favorable au client. L'interprétation est donc orientée. La jurisprudence est particulièrement nourrie en présence de contrats d'assurances, souvent trop peu explicites sur les exclusions du risque garanti⁴ :

- si le contrat d'assurance (conclu en 1984) rédigé par l'assureur prévoit que l'assuré est couvert contre le risque de décès et d'invalidité permanente totale et que l'assuré est atteint (en 1994) d'une sclérose en plaque (source d'invalidité permanente totale, mais pas de décès), le contrat sera interprété « dans le sens le plus favorable à l'assuré » (Civ. 1^{ère}, 21 janvier 2003⁵) ;
- l'assuré conclut deux contrats d'assurance (à deux semaines d'intervalle) afin d'être garanti contre le risque d'invalidité. Le risque couvert dans le second contrat est soumis à des conditions différentes de celles du premier, également en vigueur : « l'assuré devait bénéficier de la stipulation la plus favorable qui était celle prévue par le second contrat » (Civ. 2^e, 3 juillet 2014⁶) ;
- la clause claire d'un contrat d'assurance, ayant pour objet de limiter l'assurance-responsabilité de l'assureur à la responsabilité délictuelle, sera interprétée de manière à inclure également la responsabilité contractuelle de l'assuré, quand l'assuré est l'auteur d'un

¹ Art. 1190 c. civ. : « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé. »

² Art. 211-1 c. conso. : « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. « Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur(...) ».

³ Au XVII^e siècle, Domat écrit : « Si l'obscurité, l'ambiguïté ou tout autre vice d'une expression est un effet de la mauvaise foi ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l'interprétation s'en fait contre lui, parce qu'il a dû faire entendre nettement ce qu'il entendait » (Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome I, livre I, sect.II, art. XVI).

⁴ Civ. 2^e, 13 juill. 2006, n°05-18104, Bull. n°214 ; Civ. 2^e, 1^{er} juin 2011, n°09-72.552 et 10-10.843, Bull. n°126.

⁵ Civ. 1^{ère}, 21 janvier 2003, n°00-13.342 et 00-19.001, Bull. n°19 (clause ambiguë définissant le risque invalidité couvert « de sorte qu'elle devait être interprétée dans le sens le plus favorable à cet assuré »).

⁶ Civ. 2^e, 3 juillet 2014, n° 13-22.418 : (abstrat) « en présence de deux clauses de ces contrats, en soi claires et précises, mais divergentes (dans le calcul d'une des prestations convenues) et dont l'ambiguïté naissant de leur rapprochement rendait nécessaire leur interprétation (exclusive de dénaturation), (...) l'assuré devait bénéficier de la stipulation la plus favorable, prévue par le second contrat.» ;

accident. Peu importe la qualité de la victime (tiers ou contractant), lorsque le dommage est le même (Civ. 2^e, 20 oct. 2005¹).

L'interprétation contre permet de sanctionner le contractant déloyal et d'imposer à l'assureur de respecter son obligation essentielle (art. 1170 c. civ.²). Elle est, comme l'interprétation loyale, une technique pouvant conduire le juge à réviser le contrat, purgé de sa mauvaise expression (contradictoire, trompeuse ou obscure).

728-1. La rédaction de l'article 1190 c. civ. est défectueuse : l'interprétation « contre le créancier et en faveur du débiteur » imposerait de retenir la vision la plus parcimonieuse de l'exécution. C'est exactement ce qui contre le code civil de 1804 s'est élevé. Tel qu'il est rédigé, l'article traduit simplement une mauvaise compréhension de la jurisprudence, qui avait d'ailleurs rectifié le texte de 1804 : en cas de doute effectif, l'interprétation contre le stipulant (contre le rédacteur) fait pencher le doute contre lui. Il aurait dû davantage maîtriser son expression³.

Conclusion du §1^{er}/ L'exécution loyale par les parties

729. L'**exécution loyale** impose à chacun de fournir la prestation convenue, avec ses suites tacites. En droit du contrat, la force obligatoire des conventions signifie spécifiquement que le littéralisme est écarté. Il est donc inutile d'exécuter un contrat devenu inutile (contrats interdépendants), de même que l'application d'une clause (résolution du contrat pour défaut de production de l'attestation d'assurance) suppose d'être de bonne foi.

Les règles d'interprétation sont à l'identique. L'interprétation s'effectue pareillement au regard de cette intention loyale, qui ne prend pas prétexte d'un silence pour éluder ses obligations (inexprimées) ou d'une obscurité pour dénier toute valeur à l'engagement pris. La lettre du contrat ne doit pas servir de soutien à une prétention vicieuse : le juge interprète alors, même quand la clause est claire.

En droit du contrat, la force obligatoire des conventions (art. 1103 . civ.) va de pair avec l'exécution de bonne foi (art. 1104 c. civ.). En principe, tout contrat contenant des clauses claires est appliqué : la lettre du contrat exprime une attente loyale, dont la fiabilité doit être reconnue.

¹ Civ. 2^e, 20 oct. 2005, n°03-19.420, Bull. n°274 (l'établissement français du sang était tenu contractuellement envers la victime d'une transfusion ; son assureur doit sa garantie en cas de responsabilité délictuelle, cas prévu, mais également quand l'établissement engage sa responsabilité contractuelle envers la victime). Le dommage subi par la victime est le même.

² Art. 1170 c. civ. : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

³ C'est la solution appliquée en droit spécial de la vente : art. 1602 c. civ. : « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige./ Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. »

§2^{ème} / L'effet relatif du contrat à l'égard des tiers

750. L'effet relatif du contrat à l'égard des tiers signifie que les tiers doivent respecter, c-à-d. tenir compte de la conclusion du contrat et de son exécution. Selon l'article 1200 al. 1^{er} c. civ.¹, « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. » Pour les tiers (voisins, créanciers d'un contractant, sous-traitant), le contrat conclu entre les deux contractants est une « situation juridique », un fait dont il faut tenir compte. La banque prêteuse, créancière du vendeur d'immeuble, tient compte de la vente de l'immeuble : elle ne pourra plus le saisir. Mais l'article 1200 al. 2 c. civ. précise : « Ils [les tiers] peuvent s'en prévaloir [de la situation juridique créée par le contrat] notamment pour apporter la preuve d'un fait. » Les tiers peuvent invoquer l'exécution du contrat pour en tirer une conséquence : puisque la vente d'immeuble a eu lieu, la banque prouvera que le vendeur a reçu de l'acquéreur le prix, qu'elle pourra saisir. L'effet relatif du contrat à l'égard des tiers se traduira donc par une charge (un devoir) pour les tiers, tenus de se tenir informés de la conclusion du contrat, mais également par un profit, quand ils invoquent l'exécution du contrat pour en tirer une conséquence favorable.

Pour tenir compte de l'existence d'un contrat, il faut toutefois, au préalable, être informé de la conclusion et de son contenu (ou s'en informer). Alors les tiers seront en mesure de « respecter la situation juridique créée par le contrat. » (art. 1200 al. 1^{er} c. civ.). Le droit organise différentes mesures pour organiser la *connaissance du contrat* (et plus généralement celle de l'acte juridique) par les tiers. Le contrat deviendra (à certaines conditions) une réalité respectable : la décision des contractants sera connue et les tiers doivent la respecter.

Les tiers observeront également l'exécution (bonne ou mauvaise) de la prestation par le débiteur au profit de son créancier. Selon l'article 1200 al. 2 c. civ., « Ils [les tiers] peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. » Le fait juridique de l'exécution du contrat sera invoqué par un tiers :

- L'acquéreur de l'immeuble (contractant, débiteur du prix) exécutera correctement sa prestation en versant le prix. Le paiement sera pour les tiers un fait juridique (un « accident bénéfique ») : la banque pourra faire saisir le prix, et obtenir le remboursement du prêt.
- Si le réparateur de l'ascenseur a mal effectué sa prestation (dangereuse), le tiers pourra également invoquer ce fait pour obtenir indemnisation. Le fait de l'exécution

¹ Art. 1200 c. civ. : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. »
« Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

incorrecte du contrat est un véritable accident ; la conséquence est que le réparateur négligent devra indemniser le tiers, victime de la chute de l'ascenseur.

Face à l'exécution (correcte ou incorrecte) de la prestation, les tiers ont donc des intérêts à défendre : l'effet relatif des obligations fixe le cadre de leur intérêt légitime juridiquement protégé.

L'effet relatif du contrat (en réalité de toute obligation) conduira donc les tiers à tenir compte du contrat, dès qu'ils sont informés de son existence et de son exécution. Ces deux modalités de prise en compte du contrat sont distinctes. La connaissance du contrat par les tiers (I) s'appliquera spécifiquement aux actes juridiques créant une obligation ; l'exécution de la prestation (II) apparaîtra comme un fait juridique qui produira un impact sur les tiers.

I/ La connaissance du contrat par les tiers : le contrat en tant qu'acte juridique

751. La **connaissance du contrat par les tiers** sera acquise par des techniques d'information communes à toutes les obligations (contractuelle comme légale). L'objectif est de savoir et de faire savoir que le contrat existe et qu'il aura vocation à modifier l'environnement juridique : désormais tel immeuble est vendu ou saisi, telle personne est mariée ou divorcée, ou elle dispose de tel ou tel revenu (contrat de travail).

Un préalable technique est à observer. Il n'est ici question que de l'environnement juridique (à savoir, ce qui doit être) : seuls les *actes juridiques* sont concernés, non les faits juridiques.

– L'acte juridique est une décision de modifier la réalité juridique : or, les tiers ne sont pas toujours tenus de respecter cette décision (qui peut être illégale, ou porter atteinte à leurs intérêts). Les tiers peuvent, eux aussi, prendre des décisions (actes juridiques) qui n'ont pas nécessairement à devoir être compatibles avec la décision prise par d'autres. L'obéissance des uns aux autres ne va pas de soi.

– Le fait juridique relève, pour sa part, de la réalité matérielle (à savoir, ce qui est) : ils surviennent. La question n'est plus de savoir si ces faits sont bons ou mauvais : ils existent. On constate que l'un a versé à l'autre un prix, au même titre que la Terre tourne sur elle-même. La réalité de ce fait s'impose à tous, et personne n'en sera informé.

La différence entre acte et fait juridique explique pourquoi seul l'acte juridique donnera lieu à information. L'acte juridique contient une décision humaine : son auteur (acte juridique unilatéral) ou ses auteurs (contractants) cherchent à contraindre les autres (tiers) à respecter leur décision, c-à-d. à leur obéir indirectement : selon l'article 1200 al. 1^{er} c. civ., « Les tiers

doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. » Pour quelle raison les tiers doivent-ils ?

Les tiers ne doivent respecter « la situation juridique créée par le contrat » que si la décision prise est respectable. Contrairement au fait juridique (dont la réalité est incontestable), la décision prise par deux contractants peut être contestable, et porter atteinte à l'intérêt légitime d'un tiers : un contractant prend deux engagements contradictoires (deux rendez-vous au même moment, à deux lieux différents). Le caractère respectable d'une décision sera spécifiquement interrogé en droit : la décision (prise dans l'acte juridique) sera soit opposable, soit inopposable aux tiers.

La connaissance d'un acte juridique par les tiers conduira donc à utiliser différentes méthodes pour permettre aux tiers d'être informés de la décision prise par leur(s) auteur(s), ce qui ne préjuge en rien du caractère substantiellement respectable de la décision prise. Il conviendra donc de distinguer les techniques d'information (1), qui permettent d'informer les tiers et l'opposabilité, qui permet de s'assurer respectabilité de la décision (2).

1/ Les techniques d'information

752. Les **techniques d'information** ont pour fonction de permettre à des tiers d'être informés de l'adoption d'un acte juridique (conclusion d'un contrat ; dissolution d'une société commerciale ; prise d'une hypothèque sur un immeuble). Les techniques d'information utilisées en droit sont présentées comme un préalable logique : pour que les tiers soient en mesure de respecter un acte juridique, il est nécessaire qu'ils puissent être informés de sa conclusion et de son contenu. Mais la multiplicité des actes juridiques adoptés interdira en pratique une connaissance effective, sauf quand elle est nécessaire. En droit, il faudra donc distinguer parmi les tiers.

La *publicité* sera destinée à des tiers inconnus. Ils devront s'informer par eux-mêmes de l'environnement juridique d'un bien qu'ils veulent acquérir ou du contractant avec lequel ils traitent.

Ainsi,

- les tiers sauront en consultant le registre de la publicité foncière (par l'intermédiaire de leur notaire) que telle personne est désormais propriétaire d'une parcelle (qui lui a été vendue).
- le registre de l'état civil mentionnera que telle personne s'est mariée ...

L'*information individuelle* sera destinée à des tiers identifiés, qui devront être spécialement informés d'un acte qui les concerne directement. Si, désormais, le locataire doit verser son loyer non plus à son bailleur, mais à la banque de ce dernier, il faudra que le locataire soit informé

personnellement : il ne pourra pas devenir qu'une cession de créance a eu lieu (en consultant un registre qui, en l'occurrence, n'existe pas).

Deux techniques d'information sont employées, à destination de deux catégories de tiers : la publicité (a) est destinés à des tiers inconnus ; l'information individuelle (b) est adressée à un tiers connu, spécialement intéressé.

a/ La publicité de l'obligation : des tiers réputés informés

753. La **publicité de l'obligation** impose à des tiers (inconnus des parties) de se tenir informés de l'environnement juridique de tel bien (qu'ils voudraient acquérir : ayant cause à titre particulier) ou du régime juridique applicable à tel contractant (en lui demandant de lui fournir un extrait de naissance ou de mariage). Ils seront, en effet, réputés informés de l'existence et du contenu de certains actes juridiques (légalement prévus). Mais d'autres contrats seront réputés connus (par les tiers) du simple fait de leur conclusion.

Le domaine d'application de la *publicité* connaîtra probablement un bouleversement important avec le développement d'internet : il est désormais possible de rendre publique une information quelconque (donc n'importe quel acte juridique) concernant une personne, dès lors que son identité est connue. Actuellement, la publicité sur registre est une technique utilisée pour certains actes juridiques ayant pour effet de modifier substantiellement la consistance du patrimoine d'une personne. Sont visés :

- certains contrats (soumis à publicité obligatoire) : vente immobilière, inscription d'une hypothèque¹, régime matrimonial, bail à long terme, gage sans dépossession² ;
- certaines opérations (soumises à publication) : création d'une société³, déclaration d'activité effectuée par un entrepreneur individuel, mariage ... ;

¹ Art. 2421 al. 1^{er} c. civ. : « Sont inscrites au service chargé de la publicité foncière de la situation des biens les hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles, sous réserve de l'exception prévue au deuxième alinéa de l'article 2418.

² Art. 2337 al. 1^{er} c. civ. : « Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite. »

³ Art. L 123-1 c. com. : « I.-II est tenu un registre du commerce et des sociétés auquel sont immatriculés, sur leur déclaration :

1° Les personnes physiques ayant la qualité de commerçant, même si elles sont tenues à immatriculation au répertoire des métiers ;

2° Les sociétés et groupements d'intérêt économique ayant leur siège dans un département français et jouissant de la personnalité morale conformément à l'article 1842 du code civil ou à l'article L. 251-4 ;

3° Les sociétés commerciales dont le siège est situé hors d'un département français et qui ont un établissement dans l'un de ces départements ; (...) ».

- certaines décisions judiciaires : ouverture d'une procédure collective d'un débiteur professionnel, tutelle d'une personne physique, saisie immobilière, déclaration d'absence¹, divorce ...

Effectuée sur un registre spécial (ou dans des journaux d'annonces légales), elle produit un effet *erga omnes*. La publicité établit une fiction de connaissance (au même titre que la loi, réputée connue dès sa promulgation). Dès la date à laquelle la publicité est effectuée, à la diligence des parties, sur le registre approprié² les tiers sont réputés connaître légalement le contrat (ou sa rupture : divorce, scission de société) et plus généralement l'obligation. Tout tiers (inconnu) est réputé savoir que :

- son cocontractant est marié sous tel régime matrimonial, en consultant le registre tenu à l'état civil³ ;
- telle personne fait désormais l'objet d'une curatelle (Civ. 1^{ère}, 9 nov. 2011⁴) ;
- tout acquéreur d'immeuble est réputé savoir que l'immeuble est hypothéqué dès lors que l'hypothèque est inscrite au fichier immobilier (tenu par le service de la conservation des hypothèques) (art. 1198 al. 2 c. civ.⁵) ;
- à la date d'inscription du gage sans dépossession sur un registre spécial, tout tiers est réputé savoir que les meubles du débiteur sont prioritairement affectés au paiement du créancier gagiste.

La publicité est le seul mode de connaissance légalement admis envers les tiers (quelconques). Légalement, tout acte (soumis à publicité obligatoire) ce qui n'est pas correctement publié n'existe pas. Ainsi :

¹ Art. 123 c. civ. : « Des extraits de la requête aux fins de déclaration d'absence, après avoir été visés par le ministère public, sont publiés dans deux journaux diffusés dans le département ou, le cas échéant, dans le pays du domicile ou de la dernière résidence de la personne demeurée sans donner de nouvelles.

« Le tribunal, saisi de la requête, peut en outre ordonner toute autre mesure de publicité dans tout lieu où il le juge utile.
« Ces mesures de publicité sont assurées par la partie qui présente la requête. »

² Par l'inscription sur un registre tenu dans différentes administrations – registre de l'état civil, en mairie, pour les mariages, naissances, divorce ... ; registre tenu au greffe du tribunal de commerce dans lequel le débiteur a son principal établissement pour les sûretés réelles... -, l'annonce dans les journaux d'annonces légales

³ Art. 166 c. civ. : « La publication ordonnée à l'article 63 sera faite à la mairie du lieu du mariage et à celle du lieu où chacun des futurs époux a son domicile ou, à défaut de domicile, sa résidence. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 9 nov. 2011, n° 10-14.375, Bull. n° 198 ; Gaz. Pal., n° 1-5, 1er-5 janvier 2012, p. 7 à 10, note Ghislain Poissonnier ; RLDC 2012, n° 4507, note Elodie Pouliquen ; RLDA 2011, n° 3781, note Chloé Mathonnière : la banque, légalement informée de la mise sous curatelle de son client par le jugement, doit en tenir compte dans l'exécution du contrat de crédit.

⁵ Art. 1198 c. civ. : « Lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi.

« Lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi. »

- En présence d'un contrat obligatoirement soumis à publicité, si le registre n'indique pas que le bien immobilier à vendre est hypothéqué, c'est donc que l'immeuble ne l'est légalement pas (même si le tiers sait qu'un contrat d'hypothèque a été conclu entre le vendeur et l'un de ses créanciers).
- Si l'extrait de mariage ne mentionne pas de contrat de mariage, c'est donc que ce contractant potentiel est marié sous la communauté légale¹.

754. L'information des tiers est également réputée acquise dès l'adoption de certains actes juridiques, alors même qu'**aucune mesure de publicité** n'est organisée. La fiction légale de connaissance devient un mensonge pur :

Les tiers autres que le débiteur cédé sont réputés informés *dès la conclusion* de la cession de créance (art. 1323 c. civ.²). Il en va de même du contrat de nantissement (art. 2361 c. civ.³), tout comme de la vente avec clause de réserve de propriété.

Les tiers seront également réputés informés de la conclusion d'un contrat de gage avec dépossession dès que le bien meuble change de main, c-à-d. *dès la dépossession* (art. 2337 al. 2 c. civ.⁴).

Tous ces contrats sont réputés connus dès leur conclusion, malgré l'absence de mesure de publicité. Les tiers (et notamment les créanciers du débiteur insolvable) apprendront lors d'un défaut de paiement que les ressources du débiteur font désormais l'objet d'un prélèvement à la source par le trésor public (saisie administrative à tiers détenteur) ou par une banque (cession ou nantissement de créances).

b/ L'information individuelle des tiers spécialement intéressés

755. L'**information individuelle des tiers spécialement intéressés** est destinée à certains tiers connus qui seront individuellement avertis de la conclusion et du contenu d'un acte juridique. Contrairement au régime de la publicité (qui impose aux tiers de se tenir informés de

¹ Art. 1387 c. civ. : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent. »

² Art. 1323 c. civ. : « Entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte. « Il est opposable aux tiers dès ce moment. En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen.

« Toutefois, le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers. »

³ Art. 2361 c. civ. : « Le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte. »

⁴ Art. 2337 c. civ. : « Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite.

« Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet. »

l'environnement juridique), ce sera aux parties de veiller à ce qu'un tiers soit spécialement informé (lequel ne sera donc pas réputé informé par la publicité sur registre). Ainsi :

- En présence d'une cession de créance (d'un nantissement de créance¹ ou d'une saisie de créance), le débiteur (cédé : art. 1324 al. 1^{er} c. civ.²) devra être spécialement informé par le cédant ou le nouveau créancier (cessionnaire) ;
- En présence d'un bail d'habitation, le locataire sera spécialement informé de l'identité de son nouveau bailleur ; le bailleur sera spécialement informé par le locataire de son mariage (ce qui conduira son conjoint à bénéficier de la cotitularité du bail³).

Le tiers spécialement intéressé est donc une personne connue qui a traité avec l'un des protagonistes (bailleur qui décide de vendre le local loué, créancier ultérieurement cédant). Quand l'un des protagonistes convient avec un tiers (contractant) d'un changement, il faudra informer le tiers de la modification « de la situation juridique créée par le contrat » (art. 1200 al. 1^{er} c. civ.⁴).

756. La **connaissance légale de l'obligation issue d'un acte juridique** est donc acquise selon deux modalités :

- un tiers quelconque doit se tenir informé de l'environnement juridique quand il cherche à effectuer des actes sur un bien (contracter, à effectuer une saisie ...) ou quand il traite avec telle personne (mariée, en tutelle ...). Certains actes (publiés sur registre) lui seront opposables ;
- certains tiers spécialement intéressés seront spécialement informés par les parties, quand elles cherchent à effectuer un changement. L'information rend l'opération opposable à un tiers, afin qu'il en tienne compte.

2/ La respectabilité du contrat : l'opposabilité ou l'inopposabilité

757. La **respectabilité du contrat** n'est pas la conséquence mécanique de la connaissance du contrat par les tiers. Les tiers n'auront à respecter le contrat que si la décision qu'il contient est

¹ Art. 2262 c. civ. : « Pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte./ A défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance. »

² Art. 1324 c. civ. : « La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. » (mod. anc. art. 1690 c. civ. 1804).

³ Civ. 3^e, 29 oct. 2013, n° 12-23.138, Bull.; Rev. de jurispr. de droit des aff., janvier 2014, décision n° 11, p. 12-13 (abstrat) : « [Si] un locataire ne justifie pas avoir porté, par une démarche positive, à la connaissance de la bailleuse le fait qu'il était marié (...), la procédure d'expulsion engagée à l'encontre de ce locataire est opposable à l'épouse de celui-ci. »

⁴ Art. 1200 c. civ. : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat.
« Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

respectable ; ils n'en tiendront pas compte quand la décision n'est pas respectable à leurs yeux, parce qu'elle porte atteinte à leur intérêt légitime.

En l'occurrence, les tiers ne cherchent pas à faire annuler le contrat (qui n'est pas vicié), mais simplement à éviter une nuisance : pour le reste, les parties feront ce que bon leur semble (au regard de la force obligatoire de leur obligation).

Quand les tiers doivent respecter l'obligation, elle leur est opposable (b). Quand ils n'ont pas à en tenir compte, l'obligation leur est inopposable (a).

a/ L'inopposabilité : l'ignorance légale du contrat

758. L'**inopposabilité** est une ignorance légale d'un acte juridique par les tiers. Soit les tiers ne tiendront aucun compte du contrat, soit ils n'en tiendront compte que partiellement. Comme en présence d'une nullité, qui détruit totalement ou partiellement le contrat (vicié) conclu entre les parties, l'inopposabilité invoquée par un tiers portera soit sur l'intégralité du contrat, soit sur une de ses clauses.

759. L'**inopposabilité intégrale** du contrat est la sanction la plus couramment pratiquée, lorsque l'information n'a pas été effectuée correctement ou en présence d'un contrat non respectable.

Lorsque l'information des tiers (par publicité, publication dans un journal d'annonces légales, information individuelle) n'est pas correctement effectuée, les tiers doivent ignorer intégralement l'acte. La publicité est la seule modalité de connaissance valable : *à défaut de publicité*, les actes soumis à publicité obligatoire (vente immobilière¹, hypothèque²) seront purement et simplement réputés inconnus (et donc inopposables). Il en va ainsi, même si les tiers connaissent l'obligation : la

¹ Civ. 1^{ère}, 11 septembre 2013, n°12-23.357, Bull. ; D. 2013, p. 2507 à 2511, note Julien Dubarry ; RLDC 2013, n° 5271, note Gaëlle Le Nestour Drelon : (abstrat) « L'acte portant échange de parcelles entre leurs propriétaires respectifs n'ayant pas été publié est inopposable aux tiers. »

² Civ. 3^e, 17 juillet 1986, n°85-11627 ; Bull. n°118 ; JCP G 1987.II.20737, note Dagot : (abstrat) « La Cour d'appel qui constate qu'à la date de publication de la vente d'un immeuble à la conservation des hypothèques, les privilèges initialement inscrits sur cet immeuble par un créancier du vendeur étaient périmés, en déduit exactement que la nouvelle inscription de ses sûretés faite par ce créancier postérieurement à la publication de la vente, n'est pas opposable au tiers acquéreur. La circonstance que ce dernier ait eu une connaissance personnelle des prêts consentis au vendeur par son créancier et des sûretés les ayant garantis ne pouvait suppléer à l'inscription, seul mode légal de publicité. »

dissolution de la société reste inopposable aux tiers tant que la publicité légale n'est pas effectuée¹ etc².

L'inopposabilité s'applique également au contrat *substantiellement non respectable*, en raison de la fraude commise par un contractant. Un propriétaire d'immeuble vend son immeuble à un complice, souvent afin d'organiser son insolvabilité. Ou bien, il effectue une déclaration d'insaisissabilité, quand il est entrepreneur, afin que le fisc ne puisse pas recouvrer ses impôts (art. L 526-1 al. 3 c. com.³). Le tiers risquant d'être victime d'un contrat frauduleux pourra « faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits (...) » (art. 1341-2 c. civ.⁴). Inopposable au tiers, le contrat frauduleux sera ignoré : le tiers (créancier impayé du vendeur) fera saisir le bien prétendument vendu⁵ ou insaisissable.

L'acte intégralement inopposable est le plus souvent un acte que les parties à l'obligation ne pourront *pas exécuter correctement*. Le créancier du vendeur continue à pouvoir saisir l'immeuble vendu (sans publication ou de manière frauduleuse) : l'acquéreur ne pourra donc pas bénéficier des effets de la vente (transmission de la propriété et de la possession du bien) ; un tiers-acquéreur pourra devenir le propriétaire de l'immeuble⁶ (et bénéficiera d'une protection publique, puisque sa

¹ Com., 20 sept. 2011, n°10-15.068, Bull. : « La disparition de la personnalité juridique d'une société n'est rendue opposable aux tiers que par la publication au registre du commerce et des sociétés des actes ou événements l'ayant entraînée, même si ceux-ci ont fait l'objet d'une autre publicité légale » ; Com., 11 septembre 2012, n° 11-11.141, Bull. ; D. 2012, p. 2167 : (abstrat) « La disparition de la personnalité juridique d'une société n'est rendue opposable aux tiers que par la publication au registre du commerce et des sociétés des actes ou événements l'ayant entraînée, peu important que le tiers en cause ait eu personnellement connaissance de ces actes ou événements avant l'accomplissement de cette formalité. »

² Com., 13 septembre 2017, n° 16-10.206, Bull. ; JCP E 2017.II.1561, note Adeline Cerati-Gauthier ; D. 2017, somm., p. 1759, note Alain Lienhard ; RLDC 2017, n° 6346, p. 13 (inopposabilité au créancier de la déclaration d'insaisissabilité de la résidence de l'entrepreneur avant la loi n° 2015-990 du 6 août 2015).

³ Art. L 526-1 c. com. : « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, les droits d'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne. (...) »

« Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur tout bien foncier, bâti ou non bâti, qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel. Cette déclaration, publiée au fichier immobilier (...) n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, après sa publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant.

« L'insaisissabilité mentionnée aux deux premiers alinéas du présent article n'est pas opposable à l'administration fiscale lorsque celle-ci relève, à l'encontre de la personne, soit des manœuvres frauduleuses, soit l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, au sens de l'article 1729 du code général des impôts. »

⁴ Art. 1341-2 c. civ. : « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2012, n° 11-10.786, Bull. ; RLDC 2012, n° 4885, p. 11-12, note Elodie Pouliquen et n° 4911, p. 51, note Alexandre Paulin : « L'action paulienne ayant pour seul objet d'autoriser le créancier poursuivant, par décision de justice et dans la limite de sa créance, à échapper aux effets d'une aliénation opérée en fraude de ses droits, afin d'en faire éventuellement saisir l'objet entre les mains du tiers ». Même formulation avec Civ. 1^{ère}, 15 janvier 2015, n° 13-21.174, Bull. ; JCP G 2015, 306, spéc. N° 11, note Anne-Sophie Barthez : (abstrat) « l'inopposabilité paulienne autorisait le créancier poursuivant, par décision de justice et dans la limite de sa créance, à échapper aux effets d'une aliénation opérée en fraude de ses droits (...) ».

⁶ Civ. 3^e, 20 mai 2015, n° 14-13.188, Bull. ; D. 2015, p.1157 ; JCP N 2015. 1113, note F. Collard (la clause contractuelle limitant la durée de l'offre est inopposable à la safer qui dispose d'un délai de deux mois pour exercer son droit de préemption).

propriété sera opposable aux tiers, y compris à l'acquéreur évincé). Les parties à l'obligation inopposable aux tiers sont alors dans une situation précaire¹ : elles sont menacées par les prérogatives de tiers qui ne tiendront aucun compte de leur contrat². À moins que les tiers n'en tiennent compte que partiellement, ce qui n'est pas forcément plus avantageux pour les parties ...

760. L'inopposabilité partielle permet à des tiers de ne pas tenir compte d'une clause d'un contrat ou d'un aspect d'une déclaration. Cette mesure frappe plutôt une obligation non respectable, excessive sans être pour autant frauduleuse.

L'inopposabilité partielle peut conduire à *réduire la durée excessive d'une obligation*. Les baux d'une durée supérieure à douze ans doivent être publiés, en raison de l'atteinte portée à la valeur de l'immeuble³. Si, après la conclusion d'un tel bail (non publié), le bailleur consent une hypothèque sur son bien, le bail d'une durée supérieure à douze ans sera inopposable au créancier hypothécaire. Il en ira de même si un tel bail (d'une durée supérieure à douze ans) est consenti après la conclusion de l'hypothèque. Dans les deux cas, le créancier hypothécaire ne pourra invoquer qu'une inopposabilité partielle : la durée qui excède douze ans est inopposable aux tiers, et spécialement au créancier hypothécaire⁴.

En présence d'un *contrat incompatible* avec un autre⁵, l'inopposabilité partielle permet à un tiers (qui serait lésé par la clause inopportune) d'invoquer par ailleurs l'opposabilité (d'autres clauses du même contrat) et de bénéficier d'une obligation solidaire. Lorsqu'un cédant prétend se décharger envers le cessionnaire de ses obligations envers ses clients (Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009⁶), le client

¹ Voir : Civ. 3^e, 7 déc. 2011, n° 10-30.695 : (abstrat) « Une sous-location irrégulièrement consentie est inopposable au propriétaire mais produit tous ses effets entre le locataire principal et le sous-locataire, qui ne peut donc, tant qu'il n'est pas troublé dans sa jouissance paisible, obtenir la résiliation de la sous-location pour défaut d'agrément du bailleur. »

² Civ. 1^{ère}, 17 juin 2015, n° 14-17.906, Bull. ; D. 2015, p. 1756, note Marie Nicolle : (abstrat) (une convention conclue entre le bailleur et l'époux décharge ce dernier du paiement des loyers soumis à solidarité ménagère ; ce contrat est inopposable à l'épouse qui peut imposer à son conjoint d'être solidairement tenu). Le bailleur ne tient pas compte du mariage de son locataire : Civ. 3^e, 29 oct. 2013, n° 12-23.138, Bull. ; Rev. de jurispr. de droit des aff., janvier 2014, décision n° 11, p. 12-13 (abstrat) : « [Si] un locataire ne justifie pas avoir porté, par une démarche positive, à la connaissance de la bailleuse le fait qu'il était marié (...), la procédure d'expulsion engagée à l'encontre de ce locataire est opposable à l'épouse de celui-ci. »

³ Pour les baux constitués et publiés antérieurement à l'inscription de l'hypothèque : art. 28 du décret n° 55-22 du 4 janv. 1955 : « Sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles : 1°/ Tous actes (...) portant ou constatant entre vifs (...) : b/ bail pour une durée de plus de douze années, et même, pour un bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus ; (...) »

⁴ Civ. 3^e, 3 février 2010, n° 09-11.389, Bull. : « L'absence de publication d'un bail à long terme le rend inopposable aux tiers pour la période excédant douze ans. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 25 septembre 2013, n° 12-25.160, Bull. n° 193 (validité du legs accepté en violation du contrat de travail) ; JCP G 2013, n° 1167, p. 2060 à 2062, avis de l'avocat général et n° 1168, p. 2063 à 2065, note Anne-Marie Leroyer ; JCP G 2013, n° 1039, p. 1833, note Sylvain Thouret ; JCP N 2013, n° 962 ; JCP Soc 2013, n° 1431, note Daniel Boulmier ; revue Droit de la famille, 2013, commentaire n° 154, note Ingrid Maria ; Revue juridique personnes et famille, n° 11, novembre 2013, p. 38-39, note François Sauvage.

⁶ Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, n° 08-11.093, Bull. n° 82 ; Defrénois 2009, p. 1289 à 1294, note Rémy Libchaber ; JCP G 2009, n° 73, note Jean-Jacques Ansault ; RLDC 2009, Actualités, n° 3490, note Véronique Maugeri.

invoquera l'inopposabilité de cette clause ; et l'opposabilité de la clause par laquelle le cessionnaire reprend le passif. Le client bénéficiera ainsi de la garantie solidaire du cédant et du cessionnaire (art. 1327-2 c. civ.¹).

L'inopposabilité partielle peut également permettre à des tiers d'invoquer une *situation normale*.

- Le tiers qui traite avec un gérant de sarl ne tient pas compte des limites apportées par les statuts de la société aux pouvoirs du gérant² : les statuts, même régulièrement publiés, ne sont pas des actes suffisamment respectables pour imposer aux tiers de se renseigner sur les pouvoirs d'un gérant de sarl, qui sera donc réputé disposer des pouvoirs normaux³.
- De même, la victime d'un accident de la circulation invoquera l'inopposabilité partielle des clauses du contrat d'assurance prévoyant une exclusion de garantie de l'assureur, lorsque l'assuré est l'auteur d'une fausse déclaration intentionnelle⁴ : la victime pourra donc considérer que l'auteur de l'accident est « normalement » assuré.

L'inopposabilité partielle permet donc à un tiers de sauvegarder ses intérêts face à une obligation qui présente un aspect excessif : la durée d'un bail trop long sera réduite, des limitations statutaires de pouvoirs seront abusives et sanctionnées par une inopposabilité partielle. De ce point de vue, l'inopposabilité partielle présente des rapports avec la nullité partielle : il s'agit de modifier une obligation non respectable.

761. L'inopposabilité, intégrale ou partielle, permet donc à un tiers intéressé de protéger ses intérêts, en ne tenant pas compte d'une obligation (inconnue ou non respectable). À la différence de la nullité, l'obligation ne sera pas détruite ; mais son exécution sera menacée par les tiers, de sorte que les parties à l'obligation seront dans une situation précaire.

Techniquement, l'inopposabilité partielle ne produit pas nécessairement des effets moindres que l'inopposabilité intégrale : le client de l'entrepreneur cédant bénéficie d'une meilleure protection, avec l'inopposabilité partielle (et son obligation désormais solidaire) que celle qu'il aurait obtenue avec l'inopposabilité intégrale du contrat (le privant de la garantie du cessionnaire). L'inopposabilité

¹ Art. 1327-2 c. civ. : « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette. »

² Art. 223-18 c. com. : « (...) La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

« Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers. »

³ Art. 223-18 c. com. : « (...) Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société (...). »

⁴ Cjue, 20 juillet 2017, *Fidelidade* : « [est in]opposable aux tiers victimes, (...) la nullité d'un contrat d'assurance de responsabilité civile automobile résultant de fausses déclarations initiales du preneur d'assurance en ce qui concerne l'identité du propriétaire et du conducteur habituel du véhicule concerné ou de la circonstance que la personne pour laquelle ou au nom de laquelle ce contrat d'assurance est conclu n'avait pas d'intérêt économique à la conclusion dudit contrat ».

partielle permet de combiner subtilement les clauses, dont certaines sont inopposables, d'autant opposables.

b/ L'opposabilité : l'obligation respectable

762. L'**opposabilité**, à l'inverse, rend l'obligation respectable envers les tiers. Les tiers respecteront, en tenant compte, de l'existence de l'obligation et de son contenu. Conséquence de la connaissance suffisante (réputée ou effective) qu'en ont les tiers, l'obligation devient une réalité officielle et respectable, destinée à produire son effet (relatif) envers les tiers. Techniquement, l'opposabilité sera à la fois une charge pesant sur les tiers et un profit invoqué par le tiers.

L'opposabilité permet aux parties d'*imposer aux tiers* de tenir compte de l'obligation, de son contenu et de ses effets.

- L'immeuble est vendu, donc les créanciers du vendeur ne peuvent plus saisir l'immeuble dont l'aliénation est publiée ;
- Les époux qui se marient font publier les bans, et le créancier d'un époux doit respecter le régime matrimonial ;
- Tel bailleur avertit son locataire que l'immeuble est vendu et que les loyers seront désormais à verser à l'acquéreur.

L'opposabilité aux tiers est le complément nécessaire de la force obligatoire du contrat¹, et plus généralement de l'obligation. Les parties pourront exécuter correctement le contrat qu'elles ont conclu (sans aucune menace des tiers).

L'opposabilité *invoquée par les tiers* signifie qu'un tiers se prévaut de la conclusion.

- Le contractant potentiel pourra identifier le patrimoine de son cocontractant (c-à-d. juger de sa solvabilité), dont la consistance sera différente selon qu'il est marié sous un régime communautaire (tous les biens communs sont saisissables) ou sous un régime séparatiste (seuls les biens acquis par leur débiteur lui appartiennent).
- Le client d'un entrepreneur pourra invoquer la cession d'entreprise, et spécialement la clause de garantie de passif par laquelle le cessionnaire (acquéreur) s'engage envers le cédant à payer le passif échu et à échoir (Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, préc.).

L'opposabilité du contrat (et plus généralement de l'obligation) signifie donc que la décision prise dans un acte juridique doit être respectée par les tiers. À ce stade, l'opposabilité est une charge

¹ J. Ghestin et M. Billiau, *Les obligations. Les effets du contrat*, LGDJ, 1992, n° 594, p.580

pesant sur les tiers : c'est uniquement un devoir (art. 1200 al. 1^{er} c. civ.). Mais les tiers pourront invoquer la conséquence de l'opposabilité du contrat : l'exécution de la prestation (à charge du débiteur) sera un profit pour les tiers.

(763- à 773. : réservés)

Conclusion I/ La connaissance du contrat par les tiers : le contrat en tant qu'acte juridique

774. La **connaissance du contrat par le tiers** se traduit par un double devoir à la charge des tiers quelconques, lorsque leurs intérêts ne sont pas en cause. Mais les intérêts de certains tiers sont ponctuellement protégés.

Les *tiers quelconques* sont ceux dont les intérêts ne sont pas affectés par la décision des parties.

- Ils doivent se tenir informés de la décision prise par les parties en présence de certains actes juridiques (ayant pour trait commun de porter sur une fraction importante du patrimoine : divorce, achat immobilier ...) ;
- Ils doivent tenir compte des conséquences de cette décision, en considérant que le patrimoine d'une personne a été modifié. Les tiers doivent donc s'abstenir de tout comportement de nature à entraver l'exécution de sa prestation par une partie (débiteur, en l'occurrence).

Ponctuellement, les intérêts de certains tiers seront spécialement protégés, ce qui se traduira par une inversion des règles applicables. Pour devenir respectable, la décision des parties est subordonnée à des conditions :

- Les parties doivent avertir individuellement un tiers quand la décision prise par les parties modifie la situation juridique du tiers. Le débiteur cédé sera informé spécialement du changement d'identité de son créancier ;
- Le tiers ne tiendra aucun compte de la décision des parties quand cette décision n'est pas respectable. Dans ce cas, le tiers pourra entraver l'exécution de sa prestation par une partie.

Le respect de la décision prise par les parties à un acte juridique répond à des intérêts précis.

- Lorsque les tiers n'ont aucun intérêt spécifique à protéger, les tiers seront tenus de respecter cette décision (en s'informant à son sujet et en s'abstenant d'entraver l'exécution).
- Lorsque l'intérêt des tiers est spécialement en cause, ce qui n'est le cas que pour certains tiers, la décision des parties ne devient respectable qu'à certaines conditions.

Lorsque la décision des parties devient respectable, une charge pèse sur les tiers. Mais ce devoir possède une contre-partie, qui apparaîtra lors de l'exécution de la prestation.

II/ L'impact de l'exécution de la prestation sur les tiers : *le fait juridique de l'exécution*

775. L'impact de l'exécution de la prestation sur les tiers signifie que les tiers tireront la conséquence de l'exécution (bonne ou mauvaise) de la prestation. Ils invoqueront (à leur profit) ce fait. Selon l'article 1200 al. 2 c. civ.¹, les tiers peuvent se prévaloir de la « situation juridique créée par le contrat », « notamment pour apporter la preuve d'un fait ». Un tiers peut donc invoquer le contrat dans un but.

– Le droit de se prévaloir de la « situation juridique créée » par l'obligation signifie qu'un tiers invoque le contenu du contenu pour en tirer une conséquence conforme à ses intérêts. La situation juridique créée par le contrat impose au vendeur de verser le prix à l'acquéreur : le tiers pourra tirer la conséquence de ce versement.

– Le but poursuivi par le tiers est variable : « notamment pour apporter la preuve d'un fait »². Le tiers peut prouver que le fait juridique de l'exécution (de la prestation) a eu lieu (ou non) ; le tiers peut établir que le débiteur a pris deux engagements contradictoires (l'un ostensible, l'autre effectif, en présence d'une contre-lettre : art. 1201 c. civ.³).

L'impact de l'exécution de la prestation sur les tiers apparaît donc comme la contrepartie du respect de la décision prise par les parties au contrat. Le devoir de respecter l'obligation (acte juridique) est une charge pour les tiers ; ils pourront invoquer le profit que peut représenter pour eux l'exécution de la prestation par le débiteur, que l'exécution de la prestation soit d'ailleurs correcte ou incorrecte.

776. Un tiers (banque ayant prêté au vendeur) invoquera la **bonne exécution de sa prestation** par l'acquéreur (débiteur du prix) pour saisir le prix, qui apparaît désormais dans le patrimoine du vendeur (schéma 7.1). Le tiers invoque une conséquence (profitable) qu'il tire du constat de l'exécution de la prestation par le débiteur. La bonne exécution de la prestation est pour le tiers un « fait bénéfique ».

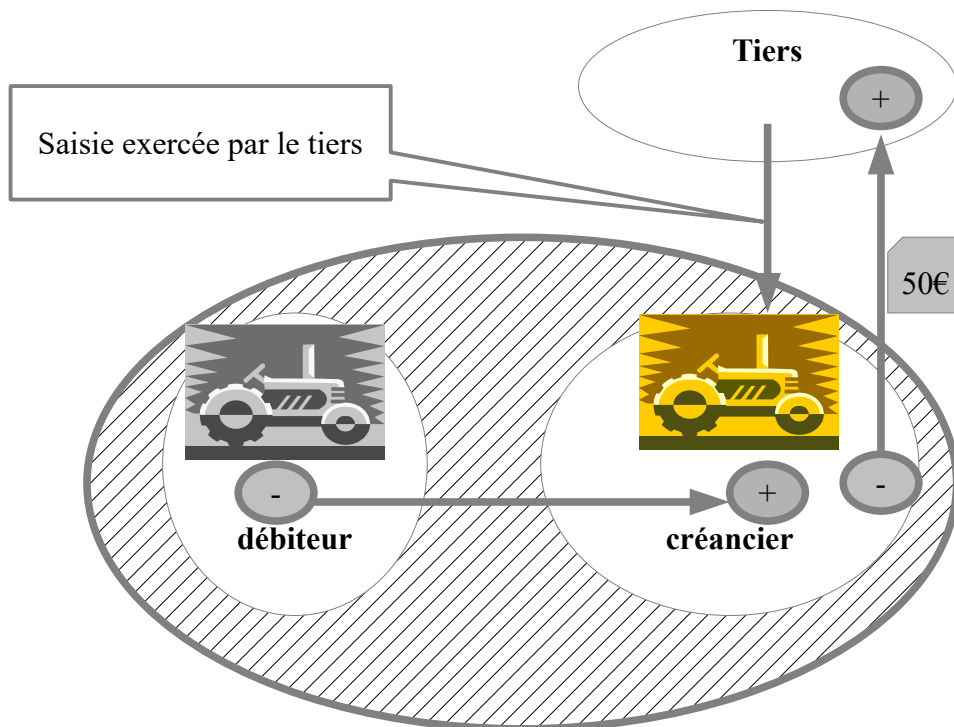
¹ Art. 1200 c. civ. : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. « Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

² Jurisprudence constante. Voir, Civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n° 14-19.825 et 14-20.518, Bull. ; RLDC, n° 5890, note Mélanie Jaoul ; revue Comm. com. électr. 2015, comm. 57, note Grégoire Loiseau ; revue AJ Famille 2015, p. 414, note Patrice Hilt ; D. 2015, p. 1588, note Adrien Tehrani : « Le banquier dépositaire, qui se borne à exécuter les ordres de paiement que lui transmet le mandataire du déposant, peut rapporter la preuve par tous moyens du contrat de mandat, auquel il n'est pas partie. »

³ Art. 1201 c. civ. : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir. »

Schéma
7.1

Impact de l'exécution de la prestation à l'égard des tiers

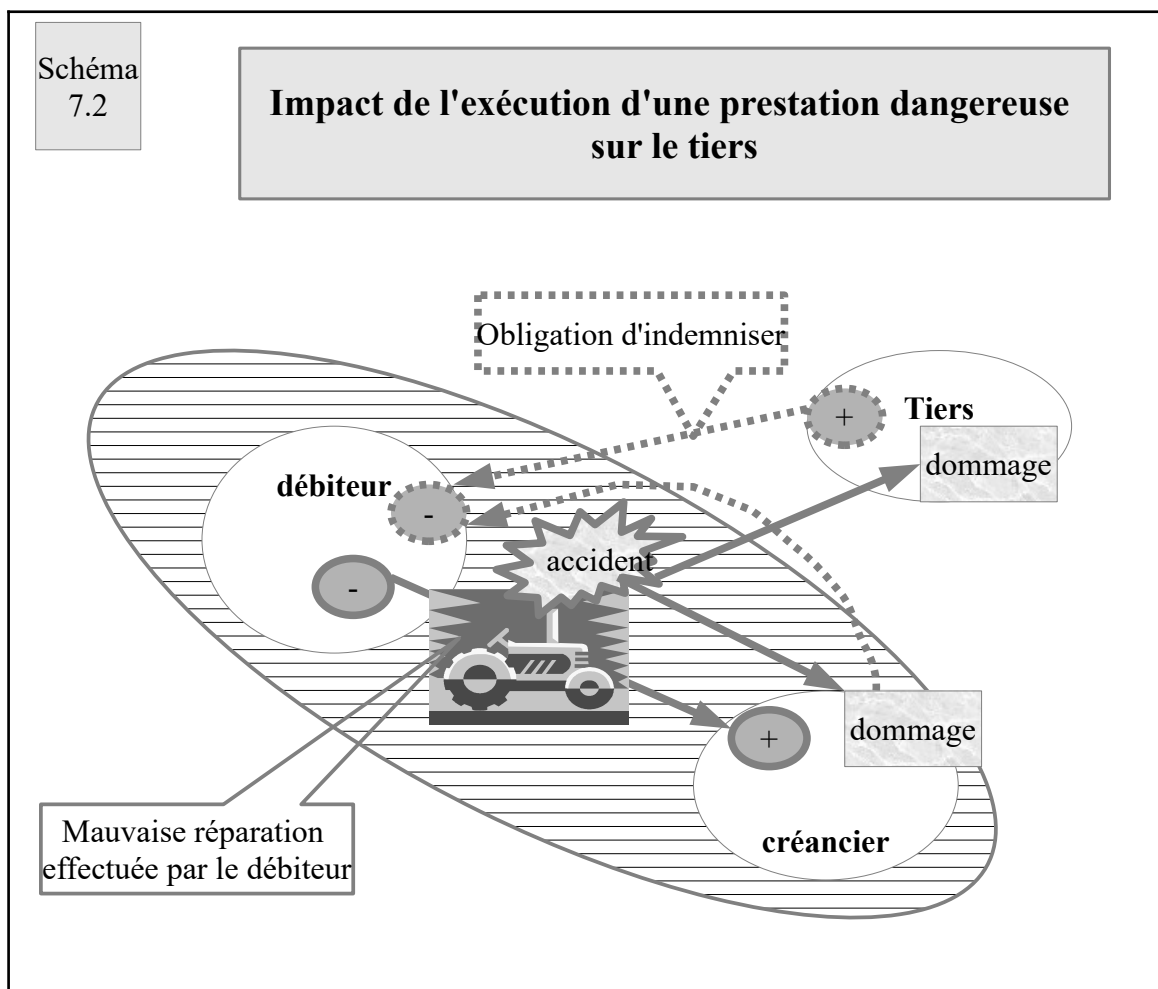


- Si un tiers a connaissance d'un contrat apparent, publié au registre foncier, selon lequel l'immeuble a été vendu, le tiers (trésor public pour le paiement de la taxe foncière) pourra « se prévaloir » de la vente pour réclamer paiement à l'acquéreur ;
- Si un tiers a connaissance d'un contrat occulte (contre-lettre), affirmant que le pseudo-vendeur reste, en réalité, le véritable propriétaire des titres de la sarl (et donc que l'acquéreur apparent est un homme de paille), le trésor public pourra réclamer paiement de la fraude à la tva au dirigeant effectif. « Le contrat occulte (...) n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir. » (art. 1201 c. civ.).

777. Un tiers invoquera la **mauvaise exécution d'une prestation** quand il est victime d'une prestation dangereuse, ou quand il subit les conséquences d'une inexécution (exécution tardive,

partielle ou incorrecte). Ce cas de figure donne lieu à un droit complexe, car la jurisprudence française n'applique pas les solutions prévues par le code civil de 1804 (toujours en vigueur). Selon le code civil, il faut distinguer selon que la prestation réalisée par le débiteur est dangereuse ou absente.

Le tiers sera victime d'une *prestation dangereuse* quand un contractant répare mal un ascenseur ou fabrique un produit défectueux et que le tiers subit de ce fait une atteinte à sa personne ou à ses biens (schéma 7.2). Le tiers victime agira contre le débiteur et invoquera la faute commise lors de l'exécution du contrat pour obtenir une indemnisation (de même que le créancier contractant, s'il est lui aussi victime d'une atteinte à sa personne ou à ses biens). En présence d'une prestation dangereuse, les solutions prévues par le code civil ne sont pas appliquées par la jurisprudence.



- Selon le *code civil*, le tiers ne peut obtenir d'indemnisation de la part du débiteur que si ce dernier a commis une faute (art. 1240 c. civ.), en se montrant négligent dans l'accomplissement de sa prestation. À l'inverse, si le débiteur réalise une prestation

dangereuse, mais sans commettre de faute, les victimes (contractant et tiers) ne seront pas indemnisées (sauf régime spécial de responsabilité). Ainsi,

- si la clinique n'a pas surveillé correctement les patients qui lui ont été confiés, de sorte que l'un d'eux s'est suicidé, la famille de la victime subira un dommage moral dont elle sera indemnisée. La négligence à surveiller une patiente en crise est une faute que le tiers doit prouver (art. 1240 c. civ.). Selon le code civil, le contractant, victime d'une prestation dangereuse, devra lui aussi établir la faute (art. 1231-3 c. civ.¹), pour obtenir indemnisation de son dommage (corporel) ;
- si le prêteur d'une chose (garage muni d'une porte fragile) connaît le danger de la chose qu'il prête, il doit en avertir l'emprunteur. S'il ne le fait pas, il devra indemniser l'emprunteur (art. 1891 c. civ.²), et, en cas de décès de ce dernier (causé par la chute de la porte), les tiers (membres de la famille).
- si le tiers ne prouve pas la négligence commise par le contractant, il ne sera pas indemnisé. Si le centre de transfusion sanguine livre du sang contaminé, sans être capable de détecter une maladie, le transfusé (victime d'une prestation dangereuse) et sa famille (tiers) seront victimes d'une fatalité.
- La *jurisprudence* française parle, pour sa part, de responsabilité délictuelle du fait de l'inexécution du contrat. Elle affirme que toute *inexécution contractuelle vaut faute à l'égard des tiers*³. En conséquence, le débiteur d'une prestation sera tenu d'indemniser les tiers, dès qu'il est tenu d'indemniser le créancier. Comme la jurisprudence française a établi un régime parallèle de responsabilité envers le créancier (contractant victime), au titre des suites de l'obligation contractuelle (art. 1194 c. civ.), le débiteur, auteur d'une violation de son obligation contractuelle de sécurité envers le contractant, sera également tenu envers les tiers : c'est le sens de la formule « l'inexécution contractuelle vaut faute à l'égard des tiers ». Les applications jurisprudentielles sont fréquentes :
 - si la clinique avait surveillé correctement la patiente internée en hôpital psychiatrique (en affectant suffisamment d'infirmières à cette tâche), la patiente n'aurait pas pu se

¹ Art. 1231-3 c. civ. (anc. art. 1150) : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée. » Le dol était une faute simple, à prouver par la victime (contractant, en l'occurrence).

² Art. 1891 c. civ. : « Lorsque la chose prêtée a des défauts tels qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur. »

³ *Droit de la responsabilité civile*, n°475 et suiv.

suicider et la famille (tiers) n'aurait pas perdu un proche (Civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000¹). Pour le tiers, la solution est ici identique à celle prévue par le code civil ;

- si le centre de transfusion avait livré du sang non contaminé par le sida, le transfusé n'aurait pas été contaminé et ne serait pas décédé, et sa fille n'aurait pas perdu un proche (Civ. 1^{ère}, 13 février 2001²). La jurisprudence française n'impose ni au contractant (transfusé), ni au tiers (famille), victimes d'une prestation dangereuse, de prouver la faute commise par le débiteur, dès lors qu'il est tenu d'une obligation contractuelle de sécurité de résultat. La solution diverge de celle adoptée par le code civil ;
- si le contractant qui a prêté une chose dangereuse (garage munie d'une porte fragile) l'avait fait réparer, l'emprunteur (contractant) n'aurait pas été tué par la chute de la porte, et la famille (tiers) n'aurait pas subi de dommage par ricochet (Civ. 2^e, 23 oct. 2003³). La solution diverge de celle du code civil, quand le prêteur doit indemniser, même quand il ignore le danger de la porte.

778. Le tiers sera victime d'une **inexécution de la prestation** quand le débiteur livre une marchandise avec retard, de sorte que le client (entrepreneur) ne pourra pas exécuter à temps sa prestation sur le chantier ; il en ira de même en présence d'une exécution partielle ou incorrecte (lorsque un bien ne fonctionne pas). Ce dommage subi par le tiers du fait de l'inexécution donne lieu à un droit complexe à saisir, car, là encore, le code civil n'est pas appliqué correctement par la jurisprudence.

- Selon le *code civil*, seul le créancier, et non le tiers, obtient réparation des conséquences dommageables du retard ou peut se plaindre d'une prestation qui ne fonctionne pas (schéma 7.3). En principe, le tiers qui subit un dommage du fait d'une prestation non fonctionnelle ou livrée en retard ne subit pas de dommage réparable l'article 1231-4 c. civ.⁴ impose une causalité directe dans ce cas de figure. Il n'en ira autrement qu'en présence de

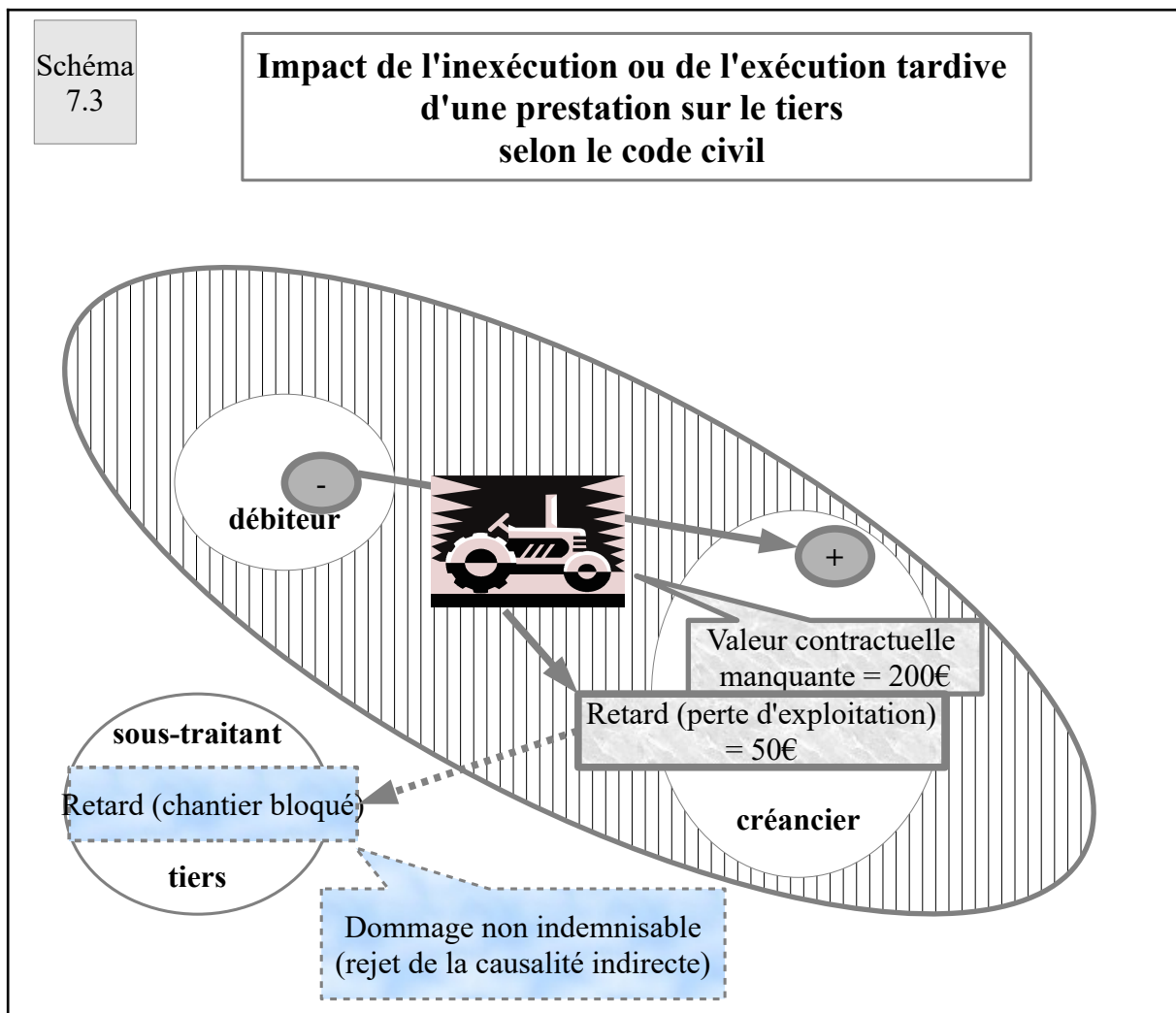
¹ Civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, n° 99-12135, Bull. n° 221 : « Les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autres preuves. Dès lors qu'une clinique a commis une faute contractuelle vis-à-vis de son patient, les parents de celui-ci peuvent invoquer cette même faute à l'appui de leur action délictuelle tendant à la réparation de leur préjudice par ricochet. » ;

² Civ. 1^{ère}, 13 fév. 2001, n°99-13589, Bull. n°35 : « les tiers à un contrat sont fondés à invoquer tout manquement du débiteur contractuel lorsque ce manquement leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve » (...) « un centre de transfusion sanguine est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les produits sanguins qu'il cède et que le manquement à cette obligation peut être invoqué aussi bien par la victime immédiate que par le tiers victime d'un dommage par ricochet »

³ Civ. 2^e, 23 oct. 2003, n°01-15391, Bull. n° 330 : « la victime par ricochet d'un accident relevant de la responsabilité contractuelle dispose d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir réparation de son préjudice »

⁴ Art. 1231-4 c. civ. : « Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution. »

contrats interdépendants¹ (art. 1186 c. civ.²) : le contractant assume alors le risque de son exécution.



– Mais la *jurisprudence* française a adopté une position différente (inspirée par le solidarisme), en interprétant l'effet relatif des conventions. Elle affirme que le manquement à une obligation purement contractuelle (imputable au débiteur) permet à un tiers d'obtenir une indemnisation (schéma 4.4). Ainsi :

¹ *Droit du contrat*, n°706 et suiv.

² Art. 1186 c. civ. : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.

« Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.

« La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. »

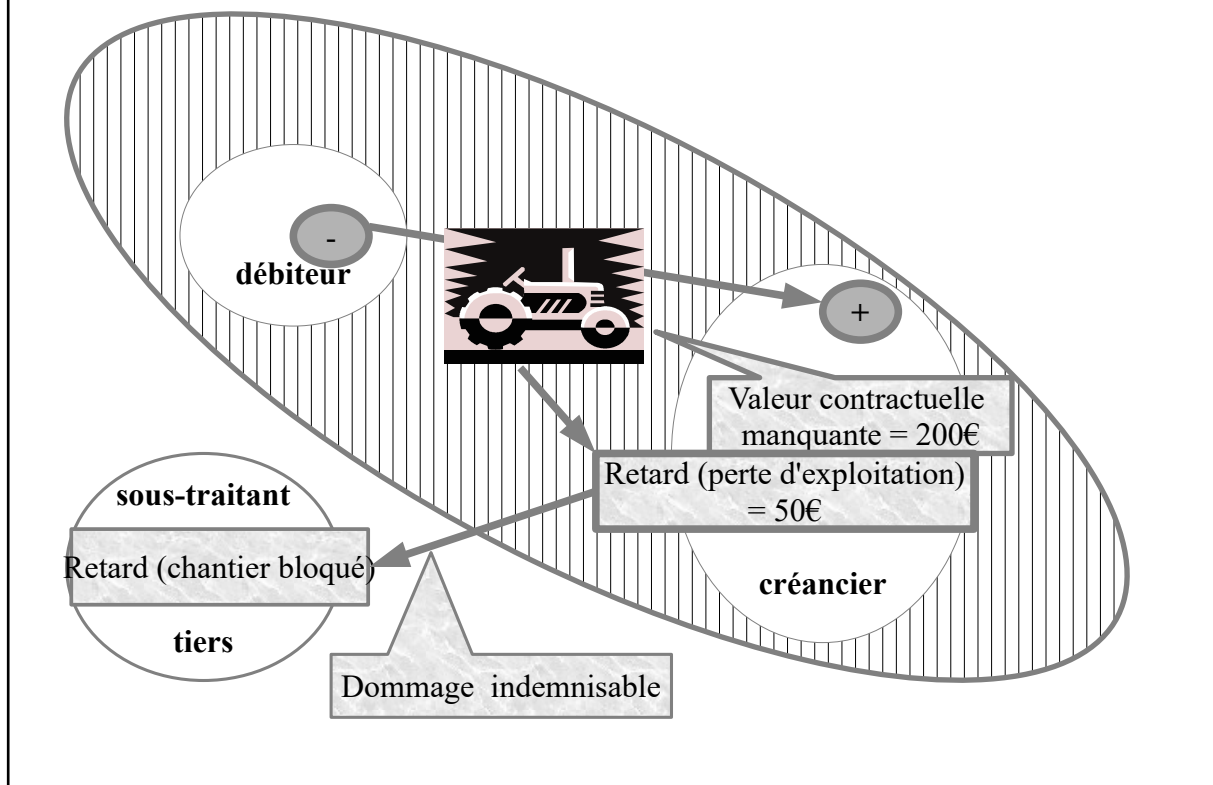
- si le bailleur avait correctement entretenu les locaux loués (c-à-d. exécuté correctement ses obligations), le sous-locataire n'aurait pas dû fermer sa boutique et il aurait pu éviter une perte d'exploitation (A.P., 6 oct. 2006, *Boot shop*¹);
- si le distributeur d'électricité avait livré l'électricité à son contractant, le sous-traitant n'aurait pas subi une perte d'exploitation (A. P., 13 janvier 2020²). L'arrêt mentionne explicitement que le distributeur d'électricité a subi une panne, mais n'a commis aucune faute. Légalement, son manquement lui était imputable (art. 1231-1 c. civ., puisqu'aucune force majeure n'était en cause).

¹ A. P., 6 oct. 2006, *Boot shop* ou *Myr'ho* n° 05-13.255, Bull. n°9 ; D. 2006. 2825, note G. Viney, 2007. 2897, obs. P. Jourdain, et 2966, obs. B. Fauvarque-Cosson

² A. P., 13 janvier 2020, n°17-19.963, Bull. ; D. 2020, p. 78 ; D. 2020, p.394, Mireille Bacache ; D. 2020, p.416, note Jean-Sébastien Borghetti : « Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage. En conséquence, le tiers à un contrat d'alimentation en énergie, qui, en raison de l'interruption de la fourniture en énergie endurée pendant plusieurs semaines par la société avec laquelle il était en relation, a subi un préjudice d'exploitation, peut invoquer le manquement contractuel imputable au fournisseur d'énergie pour obtenir réparation. »

Schéma
7.4

**Impact de l'inexécution ou de l'exécution tardive
d'une prestation sur le tiers
selon la jurisprudence française**



428. Le fait juridique de l'**exécution de la prestation** donne donc lieu à un régime complexe. La question repose une série de choix (politiques) : il s'agit de fixer l'intérêt légitime des tiers face à l'exécution d'une prestation (dangereuse, absente ou effectuée avec retard).

- En présence d'une prestation dangereuse, soit le tiers (victime) devra établir une faute (négligence commise par le contractant : choix du code civil de 1804), soit il invoquera une violation de l'obligation contractuelle de sécurité par le débiteur (choix de la jurisprudence) ;
- En présence d'une prestation absente ou tardive, soit le tiers est privé de tout intérêt à agir (choix du code civil de 1804), soit il peut invoquer le manquement commis par le débiteur (choix de la jurisprudence).

En droit français, l'effet relatif de l'obligation (et du contrat), tel qu'il est interprété par les juges français, permet au tiers d'invoquer sans restrictions son intérêt face à l'exécution correcte ou incorrecte de toute obligation.

(779- à 793. : réservés)

794. L'**effet relatif du contrat** impose donc aux tiers à la fois de prendre en compte la conclusion et le contenu d'un contrat) et d'invoquer l'exécution de sa prestation par le débiteur.

La *connaissance et le contenu de l'obligation* conduira les tiers à prendre en compte spécifiquement l'acte juridique qui établit l'obligation. Les tiers ont des intérêts à défendre face à des actes juridiques non respectables, parce que non correctement publiés ou parce que leur contenu porte atteinte à leur intérêt. Un tiers (client) peut à la fois invoquer le profit d'une cession d'entreprise (envers le cessionnaire) et invoquer l'inopposabilité d'une clause (portant atteinte à la force obligatoire du contrat conclu entre le client et le cédant) (art. 1327-2 c. civ.¹).

L'*exécution de sa prestation* par le débiteur conduira les tiers à observer le fait juridique de l'exécution pour en tirer une conséquence quand leur intérêt est en cause.

- Un tiers invoquera la bonne exécution de la prestation par le débiteur contractant pour saisir un bien. Le débiteur paye son créancier, et il sera en mesure de payer son propre créancier.
- Un tiers invoquera la mauvaise exécution de sa prestation par le débiteur pour chercher à être indemnisé d'une prestation dangereuse ou absente. Selon la jurisprudence, ces deux catégories de mauvaise exécution engagent pareillement la responsabilité du débiteur, envers son créancier (contractant) ou envers les tiers (au titre de l'effet relatif des conventions).

Techniquement, l'effet relatif de l'obligation peut donc conduire à un tiers à réclamer l'inopposabilité d'un acte frauduleux, tout comme la bonne exécution d'une prestation.

À ce stade, la distinction entre tiers et parties s'explique sans difficulté : le contractant est tenu d'exécuter sa promesse, en raison de la relation personnelle qu'il a nouée avec son cocontractant ; le tiers se borne à constater l'exécution. Mais il peut arriver qu'un tiers cherche à remplacer un contractant, ce qui posera un problème d'exécution.

¹ Art. 1327-2 c. civ. : « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette. »

<p>Conclusion de la section 2^e La force obligatoire du contrat</p>

795. L'effet du contrat valablement formé impose un double respect, par les parties elles-mêmes, tenues d'exécuter leur promesse, et envers les tiers, tenus de prendre en compte le contrat. L'*exécution loyale* par les parties impose d'exécuter à la lettre les clauses convenues, mais sans littéralisme. Un contrat interdépendant, devenu inutile, sera caduc : il ne sera pas exécuté, et cette solution ne porte pas atteinte à la valeur de la parole donnée. De même, l'interprétation du contrat (et sa révision judiciaire subséquente) est nécessaire en présence d'une clause perçue comme problématique (en raison de sa lettre) : celui qui invoque la lettre du contrat pour obtenir un avantage indu sera exposé à l'interprétation de bonne foi, ou à l'interprétation contre, quand il a rédigé une clause ambiguë destinée à servir ses intérêts.

Les tiers, quant à eux, se bornent à respecter le contrat en tenant compte de la modification du milieu juridique dans lequel le contrat opposable s'insère. Dès lors que le tiers est informé (légalement ou effectivement) du contrat, le contrat devient opposable : le tiers s'attend à ce que le contrat respectable, fait juridique pour lui, soit exécuté. À l'inverse, le contrat frauduleuse, même correctement publié, ne sera pas respectable : et il sera alors très difficile pour les parties de pouvoir exécuter correctement leur convention.

La force obligatoire du contrat consiste ainsi à respecter la parole donnée, en exécutant sa promesse. En droit français, la matière problématique consiste à distinguer entre l'application stricte d'une clause convenue, et l'*application littéraliste* qui sert de prétexte pour rompre une relation (résolution) ou pour limiter ses obligations. Il faut parfois tenir compte de l'évolution des circonstances : l'exécution initialement projetée sera alors un peu différente, par exemple quand un tiers remplace un contractant originaire.

conclusion du chapitre 1^{er}

La valeur de l'obligation

796. La **valeur de l'obligation contractuelle** semble donner lieu à un choix binaire : soit la valeur de l'obligation est refusée, soit elle est reconnue. Il existe néanmoins des cas intermédiaires : le contrat sera adapté.

La nullité du contrat sera encourue, lorsqu'une des conditions de formation du contrat n'est pas respectée. En droit du contrat, on parle alors de vice. Mais pour conduire à l'annulation, le seul constat du vice ne suffit pas : il faut également que le contrat n'ait pas été exécuté, faute de quoi le contrat vicié deviendra incontestable, et donc soumis à la force obligatoire des conventions. La prescription extinctive est acquise par cinq ans.

L'annulation du contrat ne néanmols cacher une adaptation. On sait que la nullité partielle, notamment avec la clause réputée non écrite, permet au juge de réviser le contrat, purgé de son élément nocif : revu et corrigé, le contrat devenu correct sera soumis à la force obligatoire.

La force obligatoire, applicable au contrat légalement formé, impose aux contractants de respecter leur parole, et de verser la valeur patrimoniale promise. Normalement, il faut exécuter à la lettre, littéralement donc. Mais, en droit français, le littéralisme est un excès : le contrat français peut donc s'adapter *aux circonstances imprévues*.

Chapitre 2^{ème}

L'exécution du contrat

800. L'exécution du contrat a lieu lorsque le débiteur verse la prestation qu'il doit à son créancier, en tenant compte de l'évolution des circonstances et de la relation de confiance qui unit les contractants.

- Dans toute obligation (contractuelle comme légale), l'exécution de la prestation est désignée par un terme juridique, le paiement. Le versement d'une somme d'argent, la livraison d'un bien ou l'exécution d'un service sont des paiements, qui ont pour effet d'éteindre l'obligation.
- En droit du contrat, l'exécution donne lieu à des dispositions spécifiques, en raison du lien de confiance noué entre les contractants. La fiabilité de l'un sera remise en cause envers l'autre en présence de certains imprévus ou d'une inexécution.

Dans le contrat, la survenance de *certaines imprévus* (comme le décès d'un contractant) sera de nature à remettre en cause la relation de confiance nouée entre les contractants. Le droit du contrat prévoit des dispositions spécifiques quand un contractant cherche à se faire remplacer par un tiers.

- En régime général des obligations, lorsqu'un créancier cède sa créance à un tiers, le débiteur paiera son nouveau créancier : juridiquement, le remplacement d'un créancier par un tiers sera considéré comme un changement mineur.
- Le remplacement d'un contractant par un tiers sera, en revanche, un changement majeur : un contractant n'est pas interchangeable comme peut l'être un créancier.

En cas d'*exécution incorrecte* du contrat, imputable à un contractant qui manque de fiabilité, le cocontractant en tirera des conséquences spécifiques : il évitera de s'appauvrir sans contrepartie, en appliquant la logique du donnant-donnant (que l'on ne retrouve pas dans les autres obligations) ou en rompant le contrat, en raison de l'absence de confiance réciproque. L'engagement mutuel pris par les contractants l'un envers l'autre explique des solutions spécifiques (des « remèdes ») applicables en présence d'une inexécution

L'exécution du contrat donne donc lieu à des solutions spécifiques, destinées à préserver la relation de confiance qui existe entre les contractants. Le contractant n'est pas interchangeable : son remplacement par un tiers (section 1^{ère}) est un changement majeur. En cas d'inexécution de ses obligations par l'un des contractants (section 2^{ème}), l'autre en tirera des conséquences spécifiques, avec les « remèdes » établis en droit du contrat.

Section 1^{ère}

Le remplacement du contractant par un tiers :

changement majeur ou mineur du contrat

Résumé

Le **remplacement d'un contractant par un tiers** est perçu soit comme une modification mineure qui ne conduira qu'à informer le cocontractant, soit comme une modification majeure, soumise à l'exigence d'une révision mutuellement convenue.

Le remplacement d'un contractant par un tiers sera considéré comme en *changement mineur*, lorsque le tiers est un proche d'un contractant. En droit, le proche est nommé « ayant cause », parfois assimilé à un contractant.

– En principe, l'ayant cause universel remplace automatiquement le contractant décédé. L'héritier remplace le bailleur décédé. Par exception, en présence d'un contrat conclu en considération de la personne, le remplacement n'a pas lieu : l'héritier ne remplace pas le salarié.

– En principe, l'acquéreur (ayant cause à titre particulier) ne remplace pas le vendeur qui a conclu un contrat de téléphonie. Par exception, en présence d'une obligation réelle, l'acquéreur remplace le vendeur : en présence d'une cession d'entreprise, le cessionnaire (acquéreur de l'entreprise) remplace le cédant (vendeur de l'entreprise) envers les salariés.

Lorsque l'ayant cause est assimilé à un contractant, le remplacement du contractant originaire est considéré comme mineur : le cocontractant en sera simplement informé.

Le remplacement d'un contractant par un tiers (véritable) sera un changement majeur en présence d'une *cession*. Ce changement majeur est subordonné à l'accord des trois protagonistes pour produire ses effets.

– L'acceptation du nouveau par le contractant originaire sera soit un consentement au remplacement, soit un accord au remplacement.

– Les effets du consentement ou de l'accord au remplacement du cocontractant originaire par un tiers sont différents.

– Le consentement au remplacement signifie que le cocontractant qui se fait remplacer sera complètement déchargé de ses obligations dans le futur. Le tiers se substitue à lui purement et simplement ;

– L'accord au remplacement signifie que le cocontractant qui se fait remplacer continuera de garantir le cocontractant originaire dans l'exécution de ses obligations futures par le tiers. Le contractant originaire (non remplacé) bénéficiera alors de deux débiteurs : son accord au remplacement suffira.

Le remplacement d'un contractant par un tiers sera donc parfois un changement mineur, lorsque certains ayants cause remplacent un contractant (sans avoir besoin de l'accord de l'autre), parfois un changement majeur, lorsqu'un tiers cherche à remplacer un contractant originaire, lors d'une cession de contrat.

801. Le **remplacement d'un contractant par un tiers** est un changement apporté au contrat en cours d'exécution, puisque le contrat, conclu entre les deux contractants originaires, a vocation à être exécuté par un tiers (à savoir un autre que le contractant originaire à remplacer). Cette modification du contrat est soumise à deux régimes différents, en fonction du statut de cette modification qui sera considérée soit comme mineure, soit comme majeure.

Certains tiers (appelés ayants cause) sont considérés comme des proches d'une des parties contractantes, de sorte qu'ils auront vocation à remplacer un contractant originaire, sans avoir besoin d'obtenir le consentement de l'autre cocontractant originaire.

- Lorsqu'un bailleur décède, son héritier a vocation à le remplacer envers le locataire : ce changement est considéré comme mineur, et le locataire n'a pas à consentir à ce changement. Le remplacement du bailleur décédé (auteur) par son héritier (ayant cause universel) a (juridiquement) le même statut qu'un changement d'adresse.

- Lors d'une cession d'entreprise, le repreneur (cessionnaire) a vocation à remplacer le cédant envers les salariés. Les contrats de travail sont repris, sans que le consentement des salariés ne soit requis. Le remplacement de l'employeur originaire par le nouvel employeur est donc considéré, là encore, comme un changement mineur.

En présence d'un changement mineur, il suffira d'informer le cocontractant : ce dernier n'aura pas à consentir au remplacement du contractant originaire par un tiers (à savoir un ayant cause).

D'autres changements sont, en revanche, considérés comme majeurs, et c'est la raison pour laquelle le consentement des trois protagonistes sera exigé. En présence d'une cession de contrat,

- le contractant qui poursuit le contrat devra accepter la proposition (l'offre) faite par le contractant qui cherche à se faire remplacer par un tiers. Si la proposition n'est pas acceptée, le changement est interdit. La révision doit donc être mutuellement convenue ;

- Le remplacement du contractant par un tiers porte sur un élément aussi essentiel que le prix. Il faudra déterminer l'engagement pris par le tiers (qui cherche à devenir partie) et la garantie que donne ou non le contractant qui cherche à se faire remplacer.

En droit du contrat, le remplacement d'un contractant par un tiers est donc soumis à deux régimes différents.

- Soit le remplacement est admis, dès lors que l'autre est simplement informé : ce sera éventuellement le cas en présence de certains tiers nommés ayants cause (§1^{er}).

– Soit le remplacement suppose une révision mutuellement convenue, en présence d'une cession de contrat (§2^{ème})

801. La distinction entre adaptation (changement mineur) et modification de l'obligation (changement majeur) ne repose sur aucun critère scientifique, mais sur une décision politique. En droit du contrat, la question dépend d'une prise de position de principe sur la liberté contractuelle. Ce principe a fait l'objet d'une perception renouvelée à compter de la fin du XVIII^e siècle, en Europe occidentale. En percevant le contrat d'échange dans une logique de marché, la relation interpersonnelle entre deux contractants a pu progressivement apparaître comme secondaire¹. De ce point de vue, la thèse solidariste permet de diriger le contrat dans une logique de marché, tandis que la thèse de l'autonomie de la volonté perçoit classiquement la liberté contractuelle comme une liberté personnelle.

La perception solidariste correspond à la pénétration d'une logique de marché, permettant de rendre les intervenants interchangeables. De même que le contrat courant est réputé indifférent à la personne (avec la sanction de la discrimination en cas de refus illicite), le changement de contractant en cours d'exécution est perçu comme un changement mineur, puisque, par postulat, le contrat est réputé conclu entre personnes interchangeables. Le solidarisme standardise la relation contractuelle : le contrat est un instrument d'échange de valeurs contractuelles, et la liberté contractuelle est perçue comme un droit économique.

À l'inverse, l'autonomie de la volonté perçoit la liberté contractuelle comme une liberté personnelle : la personnalité du cocontractant repose sur une relation personnelle. Il en résulte que le contrat est beaucoup moins standardisé : le refus d'agréer un cocontractant est fondé sur un motif personnel qui n'a pas à être contrôlé, le contractant originaire doit agréer au changement de cocontractant car dans les deux cas, la relation personnelle est en cause. C'est elle qui détermine l'équation contractuelle : la vente faite à prix d'ami ne permet pas de considérer que le cocontractant est interchangeable.

Dans la doctrine juridique comme dans la jurisprudence, aucun trend historique n'explique l'évolution du droit. Il y a simplement une série de décisions politiques : l'héritier du salarié ne remplace pas son auteur, à l'inverse de celui du bailleur.

(802. : réservé)

§1^{er}/ Le remplacement d'un contractant par certains ayants cause :

un changement mineur

803. Le remplacement d'un contractant par certains ayants cause sera considéré, juridiquement, comme un changement mineur, lorsque le proche d'un contractant est considéré

¹ Voir : Karl Polanyi, *La grande transformation*, coll. Tel. ; Laurence Fontaine, *Le marché. Histoire et usages d'une conquête sociale*, 2014, Gallimard, coll. NRF, spéc. p. 193 et suiv.

comme assimilable au contractant lui-même. Le droit parlera alors d'ayant cause (pour le proche) et d'auteur (pour le contractant originaire qui sera remplacé). La présence de ces ayants cause signale que la distinction entre contractants et tiers n'est pas aussi rigide qu'on pourrait le croire.

La distinction entre contractants et tiers (I) pourra donc évoluer au cours du temps, quand un changement survient (II) : le décès d'un contractant ou la vente d'un bien (sur lequel un contrat est greffé) conduiront à admettre le remplacement du contractant par une personne qui était considérée, à l'origine, comme un tiers.

I/ La distinction entre contractants et tiers

804. La **distinction entre contractants et tiers** a été effectuée pour déterminer les personnes qui sont tenues de respecter le contrat. Le devoir de respecter le contrat renvoie à deux réalités différentes, la force obligatoire des conventions et leur effet relatif.

La force obligatoire des contrats se s'applique qu'aux contractants, en distinguant entre le créancier, qui obtient le profit de la prestation et le débiteur qui subit la charge de son exécution.

Les tiers sont les autres : ils resteront toujours étrangers à l'obligation et ils se contenteront de prendre en compte son exécution.

La distinction entre contractants (1) et tiers (2) ne donne donc lieu à aucune hésitation.

1/ Les parties contractantes : ceux qui ont voulu

805. En droit du contrat, les **contractants** sont les personnes qui ont voulu s'engager (en tant que débiteur) et celles qui ont voulu obtenir le profit d'une prestation (en tant que créancier). Le critère de la volonté distingue donc les contractants :

- les personnes qui ont voulu, en leur nom personnel et pour leur compte personnel,
- les personnes représentées, dans le cadre d'un mandat ;
- celles à qui la prestation est destinée, dès qu'elles acceptent la stipulation pour autrui.

En principe, chacun parle en son propre nom et pour son propre compte (art. 1203 c. civ.¹) et n'engage que son patrimoine personnel. « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même. » signifie que le contractant qui se rend débiteur prend un engagement : tous ses biens et revenus, présents comme futurs, seront affectés au paiement de la dette.

¹ Art. 1203 c. civ. : « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même. »

En cas de représentation, le mandant est seul engagé et donc contractant (art. 1154 c. civ.¹), tandis que le *mandataire* agit de manière transparente, en contractant au nom et pour le compte de son mandant².

– Il suffit de prendre connaissance de l'étendue du pouvoir conféré au mandataire. La représentation, conventionnelle ou légale³, n'est pas véritablement une exception : il s'agit d'identifier le patrimoine engagé par l'obligation.

– La représentation est nécessaire en présence d'une personne morale. La personne morale signifie qu'un patrimoine est affecté (soit seul : société de capitaux ; soit avec la garantie des associés : société de personnes).

Dans le mandant, la question essentielle consiste donc à identifier le contractant qui engage son patrimoine (en tant que débiteur) et celui qui sera enrichi par la prestation (en tant que créancier).

Avec la *stipulation pour autrui* (art. 1205 à 1209 c. civ.⁴), le bénéficiaire de la prestation (créancier) n'est pas le contractant, mais un tiers-bénéficiaire, dès qu'il acceptera de devenir créancier. « L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire.(...) » (art. 1205 al. 2 c. civ.). Cette opération à trois personnes est fréquente dans le cadre de l'assurance-vie ou de cautionnement professionnels.

– le *stipulant* est fréquemment un professionnel (agence de voyage, notaire, agence immobilière) qui traite avec un client profane. Le stipulant est un débiteur qui a besoin de trouver une caution pour exercer son activité professionnelle, afin de garantir ses clients contre le risque d'impayé ; ou bien le stipulant est un épargnant qui effectue un placement (assurance-vie) ;

– le *promettant* est le débiteur, qui promet d'effectuer une prestation au profit d'un créancier. Le promettant sera une caution (personne morale), qui s'engage à payer les clients en cas de défaut de paiement du stipulant ou bien la société qui gère l'épargne du stipulant ;

¹ Art. 1154 c. civ. : « Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté. »

² Art. 1153 c. civ. : « Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés. »

³ La technique de la représentation légale peut aussi expliquer l'action oblique (Art. 1341-1 c. civ. : « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne. »). Il s'agirait d'une représentation légale forcée. Une autre explication est concevable : le tiers (sous-crédancier) se prévaut de l'effet relatif, à savoir de l'opposabilité active du contrat : il réclame l'exécution. Infra

⁴ Art. 1205 c. civ. : « On peut stipuler pour autrui.

« L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire.(...) ».

– le *tiers-bénéficiaire* est le créancier, qui recevra la prestation promise par le promettant. Ce sera le client impayé qui a traité avec l'agence de voyage, ou bien un proche de l'épargnant. L'article 1206 c. civ.¹ précise le régime des prérogatives dont dispose le tiers-bénéficiaire envers le débiteur (promettant) :

– Dès la conclusion de la stipulation pour autrui, conclue entre le stipulant et le promettant, le bénéficiaire « est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant » (art. 1206 al. 1er c. civ.). L'acceptation du tiers-bénéficiaire n'est donc pas requise pour qu'il profite de la prestation. À ce stade, le bénéficiaire reste un tiers ;

– Le stipulant peut modifier le nom du bénéficiaire, lorsque cette faculté a un sens (art. 1206 al. 2 c. civ.²). En présence d'une assurance-vie, le stipulant peut modifier comme bon lui semble le nom du bénéficiaire (ou sa qualité : le bénéficiaire ne sera plus la concubine, mais les enfants). En présence d'une agence immobilière tenue d'être garantie par un cautionnement, le nom du bénéficiaire (à savoir le client impayé) ne peut évidemment pas être modifié.

– Dès qu'il accepte la prestation contractuelle qui lui est proposée par le promettant, il devient créancier, irrévocablement, à compter de son acceptation (art. 1206 al. 3 c. civ.³). L'acceptation est ce qui transforme un tiers (bénéficiaire) en un contractant. Dans l'assurance-vie, la rupture entre le stipulant et le bénéficiaire n'exerce aucune influence sur le bénéfice de l'assurance-vie, dès que l'acceptation du bénéficiaire est intervenue (selon une modalité spécifique : l'acceptation parvient indifféremment au stipulant ou au promettant). Dès que le bénéficiaire a accepté, le stipulant devient un tiers.

La catégorie « partie contractante » comprend ainsi ceux qui ont exprimé leur volonté (directement ou par représentation), ainsi que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, dès qu'il accepte. La stipulation pour autrui montre que l'opposition entre contractant et tiers peut évoluer au cours du temps : le stipulant est un contractant (pour le compte d'autrui) et il deviendra un tiers, dès qu'il sera remplacé par le bénéficiaire (à compter de son acceptation).

¹ Art. 1206 c. civ. : « Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation. « Néanmoins le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée. « La stipulation devient irrévocable au moment où l'acceptation parvient au stipulant ou au promettant. »

² Art. 1206 al. 2 c. civ. : « Néanmoins le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée. »

³ Art. 1206 al. 3 c. civ. : « La stipulation devient irrévocable au moment où l'acceptation parvient au stipulant ou au promettant. »

2/ Les tiers : ceux qui n'ont rien voulu

806. Les **tiers** se définissent négativement comme ceux qui n'ont rien voulu, et qui ne seront donc pas engagés. Ils tiennent compte de l'existence et de l'exécution du contrat (effet relatif), mais leur patrimoine n'est pas engagé.

Normalement, lorsqu'aucun fait imprévu ne survient (*infra*), la catégorie des tiers regroupe donc différentes personnes, à savoir :

- les personnes dépourvues de tout lien contractuel avec les parties contractantes : lorsqu'un contractant est blessé lors de l'exécution d'un contrat, les membres de sa famille sont des tiers ;
- lorsqu'une chaîne de contrats est conclue, ceux qui n'ont pas directement contracté sont des tiers. Le fabricant vend sa production à un revendeur professionnel, lequel vend sa marchandise au client final. Le client final (acquéreur) est un tiers. Le sous-contractant n'existe pas : soit on est contractant (direct), soit on est tiers.

L'acquéreur final d'un tiers (ayant cause à titre particulier) est donc un tiers, tout comme la personne qui sera (peut-être) un jour l'héritier (ayant cause à titre universel) d'un contractant.

806-1. La distinction entre tiers et contractant signifie qu'il n'existe aucun **lien de pertinence** entre l'exécution du contrat et l'obligation nouée entre les contractants. Lorsqu'un locataire renverse, dans un accident de la circulation, son bailleur, on dira qu'il n'existe aucun lien de pertinence entre le contrat de bail et l'accident de la circulation : le bailleur est un tiers envers le conducteur du véhicule, par ailleurs conducteur. Le lien de pertinence entre l'exécution (défectueuse) du contrat et l'accident que subit la victime est perçu de manière englobante par la jurisprudence¹. Lorsqu'un entrepreneur laisse un chalumeau allumé pendant une pause, cet oubli est en relation avec l'exécution du contrat : cette négligence n'est pas effectuée pour exécuter le contrat, mais simplement à l'occasion de l'exécution du contrat, et cela suffit pour qu'un lien suffisant de pertinence avec le contrat soit établi². La victime sera donc contractante. De même, le locataire, victime d'un accident d'ascenseur, agit en tant que contractant contre son bailleur, lequel agit, toujours en tant que contractant, contre l'entreprise chargée de la maintenance³. Un lien relativement ténu (qui peut même apparaître parfois comme relativement fortuit) suffit pour rattacher l'accident à l'exécution d'un contrat. D'une manière générale, un dommage survenant pendant l'exécution du contrat est présumé rattaché à l'exécution du contrat : la victime contractante invoque l'obligation contractuelle de sécurité (au titre des suites de l'obligation : art. 1194 c. civ., *supra* n° 480).

¹ *Droit de la responsabilité civile*, n° 457.

² Civ. 1^{ère}, 11 mai 1982, n° 80-17.077, Bull. n° 170 ; RTD civ. 1983, p. 145, note Georges Durry.

³ Civ. 3^e, 1^{er} avril 2009, n° 08-10.070, Bull. n° 71.

806-2. En présence d'une **promesse de porte-fort** (art. 1204 c. civ.¹), un promettant vise le fait d'un tiers. Dans ce contrat, une partie s'engage envers son cocontractant à un résultat qui dépend uniquement d'un tiers : le tiers, puisqu'il n'a pris aucun engagement personnel², n'est jamais obligé personnellement.

Le promettant qui s'est engagé à faire ratifier ou exécuter un tiers engagera simplement sa responsabilité contractuelle, lorsque le tiers en question ne fait pas ce que le promettant attendait de lui : c'est là une pure application du principe selon lequel on ne parle que pour soi-même.

II/ Le remplacement d'un contractant par un ayant cause : un tiers qui devient contractant

807. Le **remplacement d'un contractant par un ayant cause** n'aura lieu que lorsque survient un événement non prévu, involontaire (le décès) ou volontaire (une vente). Cet événement conduira un tiers (supra) à devenir contractant : il remplacera purement et simplement l'un des contractants originaires, et ce changement aura lieu automatiquement (de plein droit), sans que l'autre contractant ait à accepter.

En droit du contrat, le décès d'un contractant originaire conduira en principe à son remplacement par l'héritier (et plus généralement à l'ayant cause à titre universel). Le locataire sera informé du fait que, désormais, le loyer sera payé à l'héritier.

En droit du contrat, la vente d'un bien par le vendeur (auteur) à l'acquéreur (ayant cause à titre particulier) n'a en principe aucun effet sur les autres contrats conclus par le vendeur avec un tiers. Le contrat d'électricité ou de téléphone conclu entre le vendeur et tel opérateur n'est pas transmis à l'acquéreur. Sauf exceptions.

Le remplacement d'un contractant par certains ayants cause, à la suite d'un événement, aura donc lieu en cas de décès, au profit de l'ayant cause universel (2), mais pas de l'ayant cause à titre particulier (2).

807-1. Le remplacement d'une partie originaire se présente sous un jour proche **en droit du contrat et en régime général de l'obligation**. Le lien personnel noué entre les contractants et celui noué entre le débiteur et son créancier (en régime général des obligations) conduira à distinguer des situations similaires.

Le contrat conclu en considération de la personne suit le régime de l'obligation strictement personnelle. Le remplacement d'un titulaire originaire par un tiers est systématiquement rejeté, même en présence d'un ayant cause universel (héritier, société absorbante).

¹ Art. 1204 c. civ. : « On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers.

« Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts.

« Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit. »

² En pratique, ces promesses de porte-fort sont courantes, quand le porte-fort connaît bien le tiers (exemple : un mandataire reçoit mandat d'acquiescer un logement pour 500.000 € ; il est en présence d'une occasion à 520.000 € ; il va se porter fort de l'accord du tiers, car le mandat ne joue plus).

Dans le contrat courant comme dans l'obligation commune, les contractants et les titulaires de l'obligation seront pareillement remplacés par leur ayant cause universel. Le locataire (contractant) devra verser ses loyers (en tant que débiteur) au nouveau propriétaire du local. À l'inverse, les tiers (à l'obligation comme au contrat) ne seront ni chargés de l'exécution, ni ne profiteront de la prestation : l'effet relatif de l'obligation est identique à l'effet relatif du contrat (art. 1199 al. 1^{er} c. civ.¹).

Les exceptions, en droit du contrat comme en régime général de l'obligation, répondent aux mêmes objectifs : l'obligation réelle (en régime général des obligations) gouverne les cas dans lesquels un ayant cause à titre particulier (acquéreur) remplace son auteur. Le cessionnaire de l'entreprise poursuit le contrat de travail : cette charge et ce profit est légalement assumé par le propriétaire actuel de l'entreprise. C'est une application particulière de l'obligation réelle.

1/ Le remplacement par l'ayant cause universel : *la transmission du patrimoine*

808. Le remplacement d'un contractant par l'ayant cause universel a lieu, en principe et sauf exception, lorsque l'intégralité du patrimoine du contractant est transmis à l'ayant cause universel.

- La transmission intégrale du patrimoine a lieu à la suite d'un décès (d'une personne physique) pour les héritiers acceptants² (art. 785 al. 1^{er} c. civ.³) ou à la suite d'une absorption pour une société⁴ (personne morale).
- Face à la prestation qu'il doit réaliser (en tant que débiteur) et à celle qu'il doit obtenir (en tant que créancier), le successeur ne sera pas toujours assimilé à un contractant. Il convient de distinguer selon que le contrat courant et le contrat conclu en considération de la personne.

En présence d'un *contrat courant*, l'ayant cause à titre universel est assimilé au contractant. La relation personnelle entre les deux contractants originaires n'est pas rompue par le décès ou l'absorption de l'un d'eux.

¹ Art. 1199 c. civ. : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.

« Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV [les actions ouvertes au créancier, en régime général des obligations]. »

² Civ. 3^e, 15 mai 2008, n° 07-14.655 : « Si un indivisaire, après avoir consenti seul des baux sur des biens indivis, décède en laissant pour héritiers ses coindivisaires, ceux-ci sont tenus, s'ils acceptent purement et simplement la succession, de garantir les conventions passées par leur auteur, en application de l'article 1122 du code civil. » ; Civ. 1^{ère}, 5 décembre 2012, n° 11-24.758, Bull. ; Revue juridique Personnes et famille, n° 1, janvier 2013, p. 40, note David Martel : « Le prêt de deniers dont le prêteur n'a que le quasi-usufruit est opposable aux ayants cause universels, héritiers de ce prêteur. »

³ Art. 785 c. civ. : « L'héritier universel ou à titre universel qui accepte purement et simplement la succession répond indéfiniment des dettes et charges qui en dépendent.

« Il n'est tenu des legs de sommes d'argent qu'à concurrence de l'actif successoral net des dettes. »

⁴ Soc., 22 septembre 2015, n° 13-25.429, Bull. : « Si, en vertu de l'article L. 236-3 du code de commerce, la fusion-absorption entraîne la dissolution sans liquidation de la société absorbée, elle opère la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante, qui a de plein droit qualité pour poursuivre les instances engagées par ou contre la société absorbée. » ; Soc., 13 mai 2014, n° 12-29.012, Bull.

- les dommages-intérêts dus par le défunt, à raison de la mauvaise exécution d'un contrat de louage, seront dus par ses héritiers (Civ. 3^e, 30 janvier 2019 ¹). Le versement d'une indemnisation (c-à-d. d'une somme d'argent) est une prestation impersonnelle ;
- Le locataire doit continuer de verser son loyer à l'héritier

En présence d'un *contrat conclu en considération de la personne*, le décès du contractant entraînera la caducité du contrat.

- L'héritier du salarié ne remplace pas son auteur. Le décès du locataire entraîne la rupture du bail² ;
- l'offre de découvert bancaire vaut pour le titulaire du compte (société ultérieurement absorbée), non pour la société absorbante ;
- dans une société de personne (snc), si l'héritier d'un associé n'est pas agréé, il faudra lui racheter ses parts.

La distinction entre contrat courant et contrat conclu en considération de la personne est issue d'une législation pour l'essentiel supplétive de volonté.

- Les contractants peuvent donc convenir qu'un contrat habituellement considéré comme courant, sera conclu en considération de la personne (ou l'inverse). Tel terrain à vendre ne pourra être vendu qu'à tel acquéreur, et non à ses héritiers : la personnalité de l'acquéreur est essentielle pour le vendeur (et voisin).
- Mais la loi établit parfois une législation impérative. Selon l'article 14 de la loi de 1989 relative aux baux d'habitation³, le décès du locataire rend le contrat de bail caduc ; mais

¹ Civ. 3^e, 30 janvier 2019, n°18-10.941, Bull. : « Les héritiers d'un maître d'oeuvre sont tenus des conséquences dommageables de l'exécution du contrat de louage par le de jure en raison de la transmission des obligations. »

² Art. 14 al. 4 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986* : [...] « A défaut de personnes remplissant les conditions prévues au présent article, le contrat de location est résilié de plein droit par le décès du locataire ou par l'abandon du domicile par ce dernier. »

³ Art. 14 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986* : « En cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue :

- au profit du conjoint sans préjudice de l'article 1751 du code civil ;
- au profit des descendants qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon du domicile ;
- au profit du partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité ;
- au profit des ascendants, du concubin notoire ou des personnes à charge, qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon du domicile.

« Lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré :

- au conjoint survivant qui ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 1751 du code civil ;
- aux descendants qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès ;
- au partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité ;
- aux ascendants, au concubin notoire ou aux personnes à charge, qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès.

« En cas de demandes multiples, le juge se prononce en fonction des intérêts en présence.

« A défaut de personnes remplissant les conditions prévues au présent article, le contrat de location est résilié de plein droit par le décès du locataire ou par l'abandon du domicile par ce dernier. »

certaines dispositions ponctuelles prévoient la transmission du bail au conjoint¹ (ou éventuellement au partenaire pacsé²) ou à un tiers intéressé (coïndivisaire), en cas de décès ou d'abandon du domicile.

En droit du contrat, la transmission du patrimoine du contractant à un tiers conduit donc à considérer que le tiers (ayant cause universel) remplace en principe le contractant originaire : le cocontractant sera simplement informé de ce changement, et il devra considérer qu'il s'agit là d'un changement mineur (identique à un changement d'adresse). Il n'en va autrement qu'en présence d'un contrat conclu en considération de la personne. Le locataire payera désormais son loyer à l'héritier ; le contrat de travail du salarié sera rompu par le décès du salarié.

2/ Le remplacement du contractant par un ayant cause particulier : *la transmission d'un bien*

809. Le remplacement du contractant par un ayant cause à titre particulier n'a normalement pas lieu. En droit français du contrat, l'ayant cause à titre particulier reste donc, en principe, un tiers. Sauf exception.

L'ayant cause à titre particulier est une catégorie qui regroupe deux types de personnes :

- Le *légataire*, qui se voit transmettre un bien particulier à cause de mort : contrairement aux héritiers, le légataire n'est pas tenu du passif successoral sur son patrimoine personnel.
- L'*acquéreur d'un bien* se voit transmettre un bien dans son patrimoine à la suite d'un contrat : il achète un bien particulier, une maison, une voiture.

L'ayant cause à titre particulier ne reprend pas en *principe* les contrats dont le bien a pu faire l'objet : lorsqu'une maison est achetée, les contrats de fourniture d'eau et d'électricité souscrits par le vendeur ne lient pas l'acquéreur. Les dettes du vendeur lui demeurent personnelles et elles ne se transmettent pas avec la chose vendue. En principe, l'ayant cause à titre particulier n'est pas

¹ Art.1751 c. civ. : « Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire et même si le bail a été conclu avant le mariage, ou de deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité, dès lors que les partenaires en font la demande conjointement, est réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité.

« En cas de divorce ou de séparation de corps, ce droit pourra être attribué, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, par la juridiction saisie de la demande en divorce ou en séparation de corps, à l'un des époux, sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux.

« En cas de décès d'un des époux ou d'un des partenaires liés par un pacte civil de solidarité, le conjoint ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité survivant cotitulaire du bail dispose d'un droit exclusif sur celui-ci sauf s'il y renonce expressément. »

² Art.1751-1 c. civ. : « En cas de dissolution du pacte civil de solidarité, l'un des partenaires peut saisir le juge compétent en matière de bail aux fins de se voir attribuer le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation des deux partenaires, sous réserve des créances ou droits à indemnité au profit de l'autre partenaire. Le bailleur est appelé à l'instance. Le juge apprécie la demande en considération des intérêts sociaux et familiaux des parties. »

concerné par les contrats conclus par son auteur (vendeur) : il n'a pas à s'intéresser à l'environnement juridique du bien acquis et à savoir qui était l'assureur, le fournisseur d'électricité ou de téléphone de son auteur.

- L'acquéreur de l'immeuble (et non d'une cession d'entreprise : infra) acquiert uniquement l'immeuble. Le contrat de travail (concierge, gardien) n'est pas repris (Soc., 28 janvier 2015¹).
- L'acquéreur d'un fonds de commerce ne reprend pas les contrats conclus par le vendeur (Com., 28 juin 2017²).
- En présence d'une cession d'entreprise, le cédant reste tenu envers ses clients. Le client d'une maison affectée de malfaçons agira donc contre le cédant de l'entreprise : le cessionnaire ne le remplace pas.

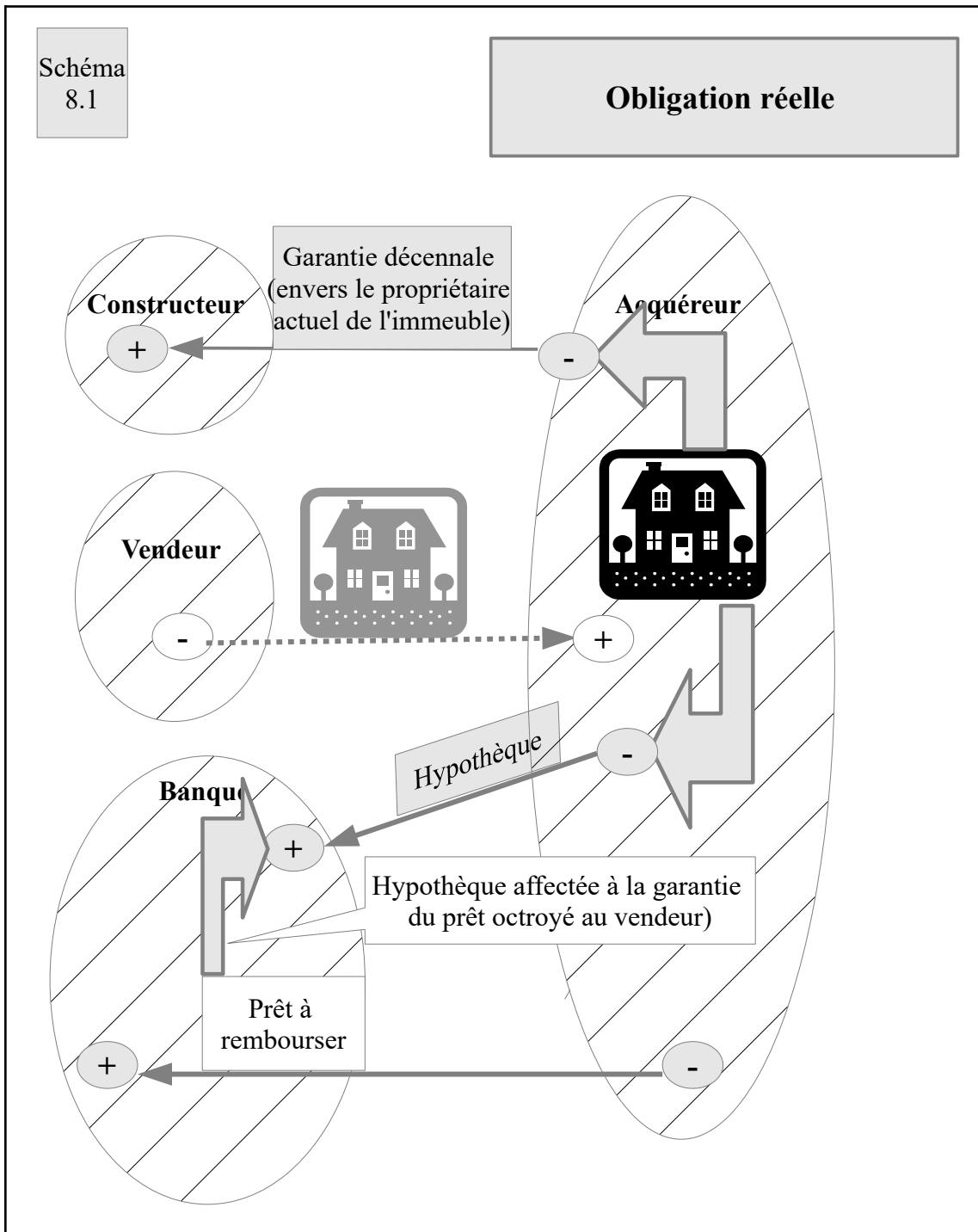
Exceptionnellement, en présence d'une *obligation réelle*, certaines obligations (contractuelles ou légales) sont greffées sur la chose. L'ayant cause à titre particulier est alors assimilé à une partie originaire : l'acquéreur sera tenu d'exécuter l'obligation (en tant que débiteur³ ou créancier⁴) (schéma 8.1).

¹ Sur la différence entre une cession d'immeuble incluant le transfert du bail et la cession d'entreprise, incluant le transfert des contrats de travail : voir, Soc., 28 janvier 2015, n° 13-16.719, Bull. ; JCP G 2015.II.183, note Carole Lefranc-Hamoniaux.

² Com., 28 juin 2017, n°15-17.394, Bull. ; JCP 2017, éd. E, chron. 1460, spéc. n° 15, note Adrien Tehrani, et II, 1461, note Bastien Brignon ; Rev. sociétés 2017, p. 521, note Laurence-Caroline Henry : (abstrat) « La cession d'un fonds de commerce n'emportant pas, sauf exceptions prévues par la loi, la cession des contrats liés à l'exploitation de ce fonds, la cession d'un fonds de commerce d'agent immobilier n'emporte pas cession des mandats confiés à ce professionnel. »

³ Ainsi, le propriétaire actuel de l'immeuble, lorsqu'un défaut de construction cause un dommage à autrui : art. 1244 c. civ. : « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. »

⁴ L'acquéreur du bien bénéficiera, en tant que créancier, des contrats réels greffés sur la chose (sûreté, responsabilité civile du constructeur)



- L'acquéreur de l'immeuble hypothéqué devra payer la dette hypothécaire de son auteur. L'hypothèque (y compris donc le contrat d'hypothèque) est attachée à l'immeuble, même si l'immeuble est désormais la propriété de l'acquéreur (art. 2461 c. civ.¹) ;

¹ Art. 2461 c. civ. : « Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions ».

- Le cessionnaire de l'entreprise est tenu de reprendre les contrats de travail noués avec le cédant et d'assumer la charge du plan social. L'article 1224-1 c. trav.¹ établit une obligation réelle à la charge de l'ayant cause à titre particulier² (schéma 8.2). En l'absence de texte, il faut retourner au principe : en présence d'une cession d'immeuble, et non d'une cession d'entreprise, le contrat de travail (conciergerie, gardien) n'est pas repris³.
- Le cessionnaire de la créance bénéficie des sûretés (attachées à la créance) . Selon l'article 1321 al. 3 c. civ.⁴, « Elle [la cession de créance] s'étend aux accessoires de la créance. ». Si le local est vendu en cours de bail et que le locataire est garanti par une caution, la caution devra payer l'acquéreur (confronté à un impayé de loyer) (A.P., 6 déc. 2004⁵).
- L'acquéreur d'un immeuble bénéficie de la garantie décennale du constructeur (alors que le contrat de construction a été conclu entre le constructeur et son client, auteur) (art. 1601-4 c. civ.⁶). Seul le propriétaire actuel de l'immeuble subit la malfaçon : lui seul a intérêt à agir (directement) contre le constructeur d'immeuble⁷.

L'ayant cause à titre particulier se tiendra donc informé de la présence des obligations réelles greffées sur le bien qu'il acquiert. Le cocontractant originaire, pour sa part, sera simplement informé du changement d'identité de son cocontractant.

En présence d'une obligation réelle, les accessoires d'un bien (y compris d'une créance) sont transmis de plein droit de l'auteur à l'ayant cause à titre particulier, mais il faut un texte pour établir une telle exception au principe de l'obligation personnelle. Aucun critère objectif ne peut être employé pour discerner une obligation personnelle d'une obligation réelle : l'obligation réelle est le produit d'une décision politique, d'où l'exigence d'un texte.

¹ Art. 1224-1 c. trav. : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

² Soc., 14 mai 2008, n°07-42.341 : « En cas de transfert d'entreprise, le nouvel employeur est tenu de toutes les obligations qui incombaient à l'ancien à l'égard des salariés dont le contrat de travail subsiste (...) ».

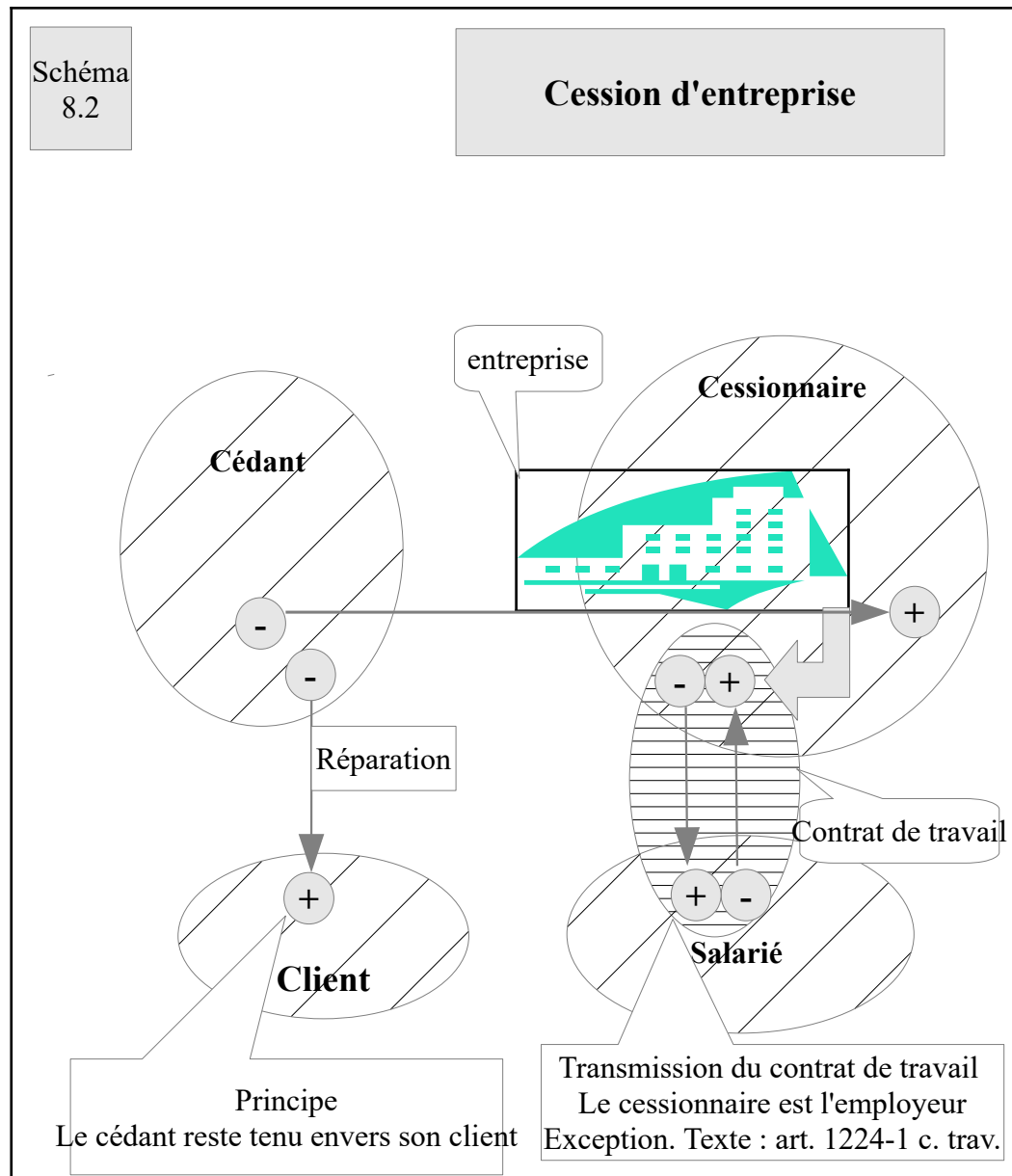
³ Sur la différence entre une cession d'immeuble incluant le transfert du bail et la cession d'entreprise, incluant le transfert des contrats de travail : voir, Soc., 28 janvier 2015, n° 13-16.719, Bull. ; JCP G 2015.II.183, note Carole Lefranc-Hamoniaux.

⁴ Art. 1321 al. 3 c. civ. : « Elle [la cession de créance] s'étend aux accessoires de la créance. »

⁵ A.P., 6 déc. 2004, n° 03-10.713, Bull. A.P., n°520 ; D. 2005, p.227 à 229, note Laurent Aynès : « En cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée ».

⁶ Art. 1601-4 al. 1^{er} c. civ. (issu de la loi n°67-3 du 3 janv. 1967 relative à la vente d'immeubles à construire) : « La cession par l'acquéreur des droits qu'il tient d'une vente d'immeuble à construire substitue de plein droit le cessionnaire dans les obligations de l'acquéreur envers le vendeur. »

⁷ Civ. 3^e, 12 juillet 2018, n°17-20627, Bull. (action en responsabilité exercée par les sous-acquéreurs de l'immeuble affecté de désordres) : « l'action engagée [...], attachée à l'immeuble, elle était transmissible aux acquéreurs successifs [...] »



810. [Les effets de l'obligation réelle : un profit comme une charge] Les effets de l'obligation réelle se traduisent, pour l'ayant cause à titre particulier, tantôt par un profit (service procuré à l'ayant cause à titre particulier), tantôt par une charge (dette pesant sur l'ayant cause à titre particulier), voire les deux¹ (en présence d'une cession de contrat auquel l'ayant cause à titre particulier est devenu partie). L'incidence financière de l'obligation réelle conduira l'ayant cause à titre particulier (notamment par le biais de son notaire ou de son auteur) à se tenir informé de l'environnement juridique du bien qu'il acquiert.

¹ En présence d'un contrat de promotion immobilière : art. 1831-3 c. civ., « Si, avant l'achèvement du programme, le maître de l'ouvrage cède les droits qu'il a sur celui-ci, le cessionnaire lui est substitué de plein droit, activement et passivement, dans l'ensemble du contrat. »

Les services (« droits et actions attachés à la chose » : art. 1351-1 c. civ.¹) dont bénéficie l'ayant cause à titre particulier sont des accessoires qui *accroissent la valeur du bien acquis*.

- L'acquéreur de la maison affectée de malfaçons exercera une action en responsabilité civile contre le constructeur. L'acquéreur est créancier de l'indemnisation ;
- L'acquéreur de la maison louée bénéficie du cautionnement.

Les services attachés à l'obligation réelle conduisent donc à accroître la valeur du bien.

À l'inverse, les *charges grevant le bien* réduisent sa valeur et elles sont donc de nature à influencer sur le prix de cession.

- L'acquéreur de l'immeuble prend en compte le passif hypothécaire (représentant une fraction, minoritaire ou non, de la valeur de l'immeuble) ;
- Le cessionnaire d'une entreprise anticipe le coût du plan social (ce qui explique le prix de rachat à un euro symbolique d'une entreprise en faillite, même quand elle possède par ailleurs des actifs).

Il existe pourtant une différence fondamentale entre l'hypothèque et la cession d'entreprise. La charge hypothécaire grevant le bien acquis sera cantonnée à la valeur du bien : le créancier hypothécaire n'a pas accès aux autres biens figurant dans le patrimoine de l'ayant cause à titre particulier. En revanche, les charges pesant désormais sur le cessionnaire de l'entreprise sont exécutoires sur l'ensemble de son patrimoine : si le repreneur de l'entreprise cédée est insolvable, qui financera le plan social des salariés licenciés ?

En régime général des obligations, ces accessoires (même quand ils se traduisent par une charge) sont perçus comme une valeur patrimoniale secondaire par rapport à celle du bien (principal) acquis. C'est un cas fréquent : les charges de l'immeuble en copropriété ne sont normalement pas de nature à excéder la valeur de l'immeuble ; le créancier hypothécaire ne peut faire saisir que l'immeuble hypothéqué, et pas les autres biens de l'ayant cause à titre particulier (droit de suite). Mais les charges résultant de l'obligation réelle peuvent excéder la valeur du bien acquis et être exécutoires sur l'ensemble du patrimoine (droit de gage général, infra) : lorsque l'obligation réelle se traduit par une charge pour l'ayant cause à titre particulier et par une décharge pour son auteur, la solvabilité du patrimoine de l'ayant cause à titre particulier reste-t-elle un aspect secondaire par rapport à l'acquisition du bien (principal) ?

¹ Art. 1351-1 c. civ. : « Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. »
« Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose. »

849. [Le changement mineur : l'information de l'ayant cause à titre particulier]

Le **changement mineur** signifie que le remplacement d'un contractant originaire (auteur) par un tiers (ayant cause) donnera lieu à une simple information du cocontractant originaire (comme en présence d'un changement d'adresse). Ce régime s'applique exceptionnellement en présence d'une obligation réelle et en principe en présence d'une transmission du patrimoine à un tiers.

Le remplacement de l'auteur (contractant originaire) par son ayant cause sera pur et simple. L'ayant cause devient contractant : il a seul la charge ou le profit de l'exécution ; l'auteur (contractant originaire) est entièrement déchargé, dès que son ayant cause le remplace.

- Lorsque le cessionnaire de l'entreprise devient l'employeur des salariés, le cédant (ancien employeur) est entièrement déchargé (du financement du plan social décidé par le cessionnaire).
- À l'inverse, si le cessionnaire de l'entreprise ne remplace pas le cédant, ce dernier reste seul tenu envers le client. Le client réclame réparation à raison des malfaçons de sa maison au cédant, en vertu de la force obligatoire d'un contrat qui n'a pas fait l'objet d'une cession de contrat.

§2^{ème}/ La cession de contrat : un changement majeur

851. La **cession de contrat** est une décision des parties par laquelle un des contractants originaires cherche à se faire remplacer par un tiers. Au regard de la relation de confiance qui existe entre les contractants, cette modification du contrat est perçue comme un changement important. En conséquence, une révision mutuellement convenue sera exigée. Selon l'article 1216 c. civ.¹⁾ : un contractant (cédant) ne peut donc normalement pas se faire remplacer par un sous-traitant (cessionnaire), sans obtenir l'accord de son cocontractant (cédé).

Selon l'article 1216 al. 1^{er} c. civ., « Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé. » L'exigence d'un accord du cocontractant signifie que l'intrusion d'un tiers sera inopposable, avec les conséquences induites :

¹ Art. 1216 c. civ. : « Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé. »

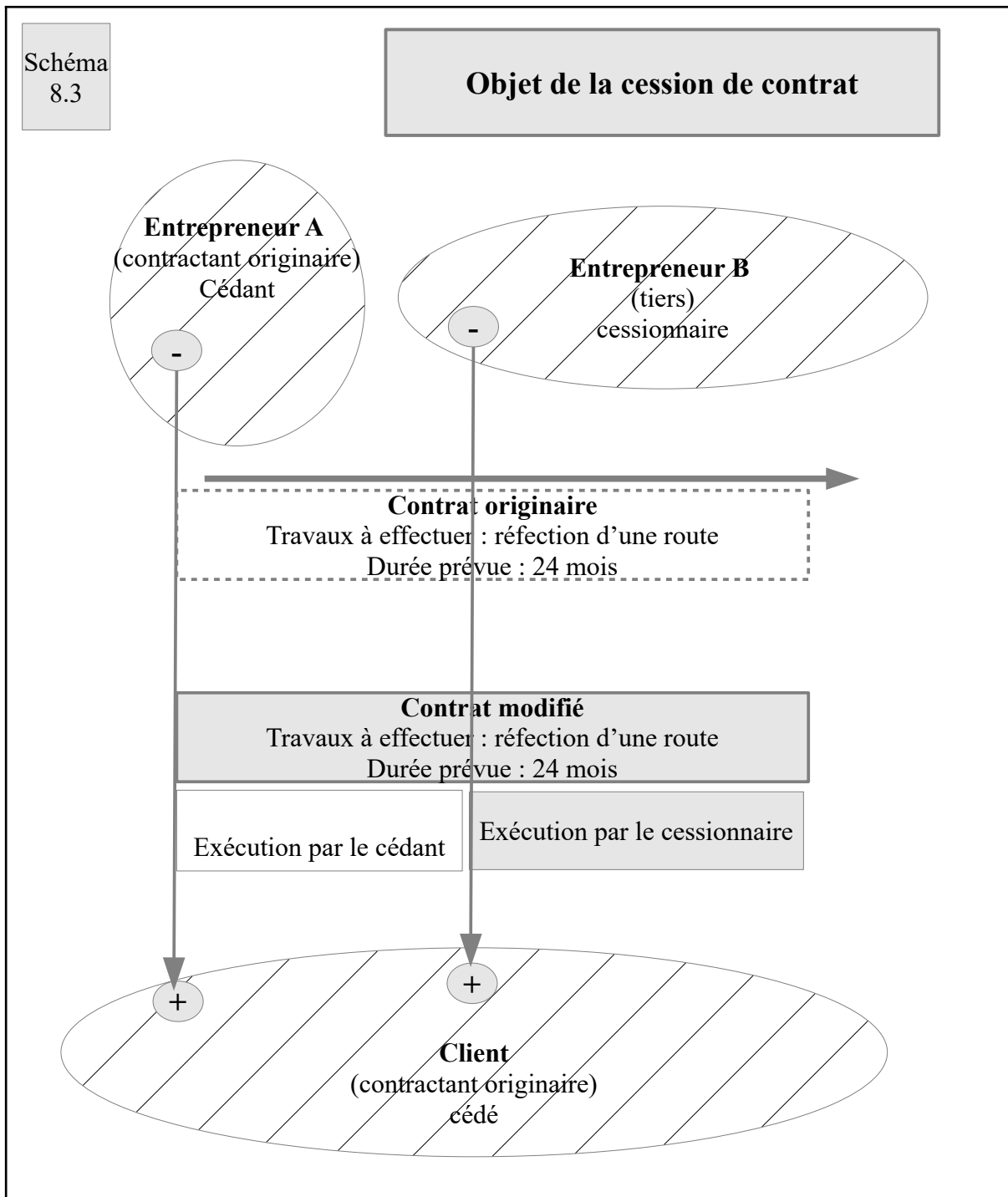
- Le client conclut avec tel architecte, qui doit concevoir les plans d'une maison, déposer le permis de construire et surveiller les travaux. L'architecte ne peut pas sous-traiter la mission relative au permis de construire (Civ. 3^e, 27 avril 2017¹). En droit du contrat, l'absence d'accord du cocontractant (ou son refus) signifie que le contrat conclu avec un sous-traitant est inopposable².
- En conséquence, le client ne sera pas tenu de payer le sous-traitant non agréé. Selon Civ. 3^e, 27 avril 2017, préc., « le maître de l'ouvrage [client] n'est pas redevable des sommes exposées par le maître d'œuvre [entrepreneur] pour rémunérer un sous-traitant [architecte] lorsque le recours à la sous-traitance est interdit (...) ». Le principe classique, à lire les textes, est applicable à tout contrat, au contrat courant comme au contrat conclu en considération de la personne (ainsi, le contrat de société unissant les associés en nom collectif).

Le remplacement du contractant cédant par le cessionnaire est donc perçu comme un changement majeur : l'acceptation du cédé est exigée (I), et il faudra préciser les effets de la cession de contrat (II).

¹ Civ. 3^e, 27 avril 2017, n° 16-15.958, Bull. ; D. 2017 p.982 : (abstrat) « Selon l'article 37 du code de déontologie des architectes, l'architecte ne peut ni prendre ni donner en sous-traitance la mission définie à l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi n° 77-2 sur l'architecture du 3 janvier 1977. (...) ».

² Com., 16 mai 2018, n° 16-16.498, Bull. ; D. 2018, somm., p. 1071, note Alain Lienhard, et p. 1421, note Dominique Schmidt ; JCP 2018, éd. G, Act., 645, note Clément Barillon, et chron. 877, spéc. n° 5, note Marc Billiau ; Bull. Joly sociétés 2018, p. 422, note Jean-François Barbiéri ; JCP 2018, éd. E, II, 1374, note Bruno Dondero ; RLDAff. 2018, n° 6479 : (abstrat) « Les parts sociales d'une société en nom collectif ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société que dans les conditions prescrites par l'article L. 221-13 du code de commerce. A défaut de l'agrément unanime prévu par ce texte, la cession des parts sociales n'est pas nulle, mais seulement inopposable à la société et aux associés. » Le caractère personnel de ce contrat s'explique : le passif généré par chaque associé en nom collectif oblige solidairement tous les associés.

Schéma
8.3



851-1. En régime général des obligations, le **remplacement du débiteur par un tiers** est également perçu comme un changement majeur, soumis à l'accord du créancier (art. 1327 c. civ.¹). Le dépôt de garantie versé par le locataire au bailleur, lors de l'entrée dans les lieux, devra donc être restitué par le bailleur originaire, et

¹ Art. 1327 c. civ. : « Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette. » ;

non par l'acquéreur de l'immeuble (Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009¹). Si le créancier refuse (ou ne dit mot), l'ancien débiteur demeure toujours personnellement tenu de la dette².

I/ L'acceptation de la cession de contrat par le cédé

852. L'acceptation de la cession de contrat par le cédé doit être exprimée formellement, par une condition de forme, et elle s'exprimera, en principe et sauf exception, par une modification du contrat originaire.

853. Une **condition de forme** est imposée par l'article 1216 al. 3 c. civ.³ : « La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité. ».

La cession de contrat est donc un contrat solennel, mais aucune mention obligatoire n'est requise.

- Selon l'article 1109 al. 2 c. civ., « Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi. » La forme exigée en l'espèce est un écrit.
- Un acte sous seing privé suffit. La signature du cédant et celle du cessionnaire sont alors imposées, ainsi que la signature du cédé.

L'absence d'écrit implique la cession de contrat est nulle. En cas de vice de forme, la *nullité absolue* s'applique normalement (art. 1179 c. civ.⁴) : tant que la forme écrite n'est pas respectée, la cession de contrat n'est pas valable. La confirmation du contrat par le contractant ne produit aucun effet.

854. L'acceptation du contractant cédé à la cession de contrat peut s'exprimer selon deux modalités. Selon l'article 1216 c. civ.⁵, l'acceptation du cédé sera expresse (al. 1^{er}) ou donnée par avance (al. 2).

¹ Civ. 3^e, 18 janvier 1983, n° 81-15516, Bull. n° 14 (le bailleur, qui a ultérieurement vendu l'immeuble, demeure tenu de restituer le dépôt de garantie au locataire) ; Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, n° 08-11.093, Bull. n° 82 ; Defrénois, 2009, p. 1289 à 1294, note Rémy Libchaber : le cédant, qui a aliéné son entreprise au profit du cessionnaire (acquéreur), demeure tenu de la dette contractée envers son client.

² Si le créancier a connaissance du contrat conclu entre l'ancien débiteur et le nouveau, le créancier se prévaut de l'opposabilité : le nouveau débiteur sera alors solidairement tenu avec l'ancien.

³ Art. 1216 c. civ. : « Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé.

« Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte.

« La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité. »

⁴ Art. 1179 c. civ. : « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.

« Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. »

⁵ Art. 1216 al. 2 c. civ. : « Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte.

L'*acceptation explicite* du contractant cédé est exprimée par un écrit quelconque (courrier, mail, signature d'un avenant au contrat). Conformément au principe régissant l'acceptation du contrat, le silence conservé par le cédé (contractant originaire qui reste dans le contrat) ne vaut pas acceptation (art. 1120 c. civ.¹, supra n°157) ;

Selon une seconde modalité, le contractant cédé peut également avoir donné une *acceptation préalable et globale* de toute cession de contrat. Selon l'article 1216 al. 2 c. civ., « Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé ». L'acceptation préalable et globale aura eu lieu par écrit, dans le contrat conclu entre les deux contractants originaires : le client de l'entreprise de construction accepte par avance l'intervention de sous-traitants (pour la pose de la toiture, de l'électricité). Lorsque cette acceptation préalable a eu lieu (par écrit), il faudra que le client soit informé de l'exécution des prestations par des sous-traitants. Deux sous-modalités sont prévues (« auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte. »), l'information et la prise d'acte :

- L'information signifie que le client (contractant cédé) sera informé qu'un changement (mineur) dans l'exécution du contrat aura lieu. Ce n'est pas l'entrepreneur (contractant originaire), mais un sous-traitant qui exécutera les travaux d'électricité.
- La prise d'acte signifie que le client a été averti de manière informelle par l'entrepreneur, et que le client en tire la conséquence (Com., 9 juin 2022²). Quand la facture, faisant état de travaux exécutés par un sous-traitant, le client paye : « prendre acte » signifie que le contractant cédé tire la conséquence d'une décision (légitime) dont il a connaissance, en modifiant son comportement.

En principe, l'acceptation par le cédé (contractant originaire qui reste) doit être explicite, parce que son acceptation d'un changement majeur du contrat ne va pas de soi. Mais la liberté contractuelle des parties leur permet de convenir de changer le sens du principe : une clause du contrat admet une simple information du contractant cédé, parce que les parties estiment que le remplacement de l'entrepreneur par un sous-traitant est un changement mineur. Il suffira donc d'en informer le client (contractant cédé).

¹ Art. 1120 c. civ. : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières. »

² Com., 9 juin 2022, n°20-18.490 (n° 374 F-B), Bull. ; D. 2022 p.1150 : « le locataire a payé un loyer directement entre ses mains [de la société cessionnaire], de tels motifs faisant ressortir que le cédé a pris acte de la cession de contrat intervenue entre son bailleur d'origine, cédant, et la société cessionnaire. »

855. L'article 1216 c. civ. pose donc les conditions à la cession de contrat.

Premièrement, il faut toujours un écrit signé des parties pour admettre le remplacement d'un contractant originaire par un tiers.

Deuxièmement, Le remplacement du contractant par un tiers est en principe un changement majeur, mais les parties peuvent convenir d'admettre que le remplacement d'un contractant (l'entrepreneur chargé de la construction d'une maison, de la réalisation d'un service informatique ...) par un tiers sera un changement mineur.

(855- à 862. : réservés)

II/ L'effet de la cession de contrat

863. L'effet de la cession de contrat consiste à trancher deux questions.

Premièrement, il faut savoir si le cessionnaire, nouveau venu, pourra purement et simplement remplacer le cédant : la question est centrée sur les modalités du remplacement.

Deuxièmement, il faudra s'assurer que la situation du cédé sera inchangée : la question est alors centrée sur l'opposabilité des exceptions.

1/ Les modalités du remplacement : l'acceptation avec ou sans décharge

864. Les modalités du remplacement du cédant par le cessionnaire dépendent de ce que le cédé a accepté ou non. Trois cas de figure peuvent se produire : il n'a pas accepté, il accepte et donne décharge au cédant, il accepte sans donner décharge au cédant.

Si le tiers (cessionnaire) inspire la défiance, le cédé refusera le remplacement : son cocontractant originaire devra alors poursuivre (personnellement) l'exécution des contrats antérieurs (à la cession de contrat), quitte à résilier le contrat (contrat à exécution successive à durée indéterminée). Le contractant cédé peut donc *geler la situation*.

- La cession de contrat non acceptée par le cédé lui est inopposable. En conséquence, le client (même enrichi¹) n'aura à payer ni le sous-traitant (chargé par l'entrepreneur de réaliser un travail), ni l'entrepreneur (cocontractant) qui lui présente une telle facture².

¹ La jurisprudence précisera probablement que le client ne devra rien au titre de l'enrichissement injustifié, en raison de la faute commise par l'appauvri.

² Civ. 3^e, 27 avril 2017, n° 16-15.958, Bull. ; JCP G 2017.II.759, note Hugues Périnet-Marquet : (abstrat) « Selon l'article 37 du code de déontologie des architectes, l'architecte ne peut ni prendre ni donner en sous-traitance la mission définie à l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi n° 77-2 sur l'architecture du 3 janvier 1977. Le maître d'ouvrage [client] n'est pas redevable des sommes exposées par le maître d'œuvre [entrepreneur] pour rémunérer un sous-traitant [architecte] lorsque le recours à la sous-traitance est interdit. »

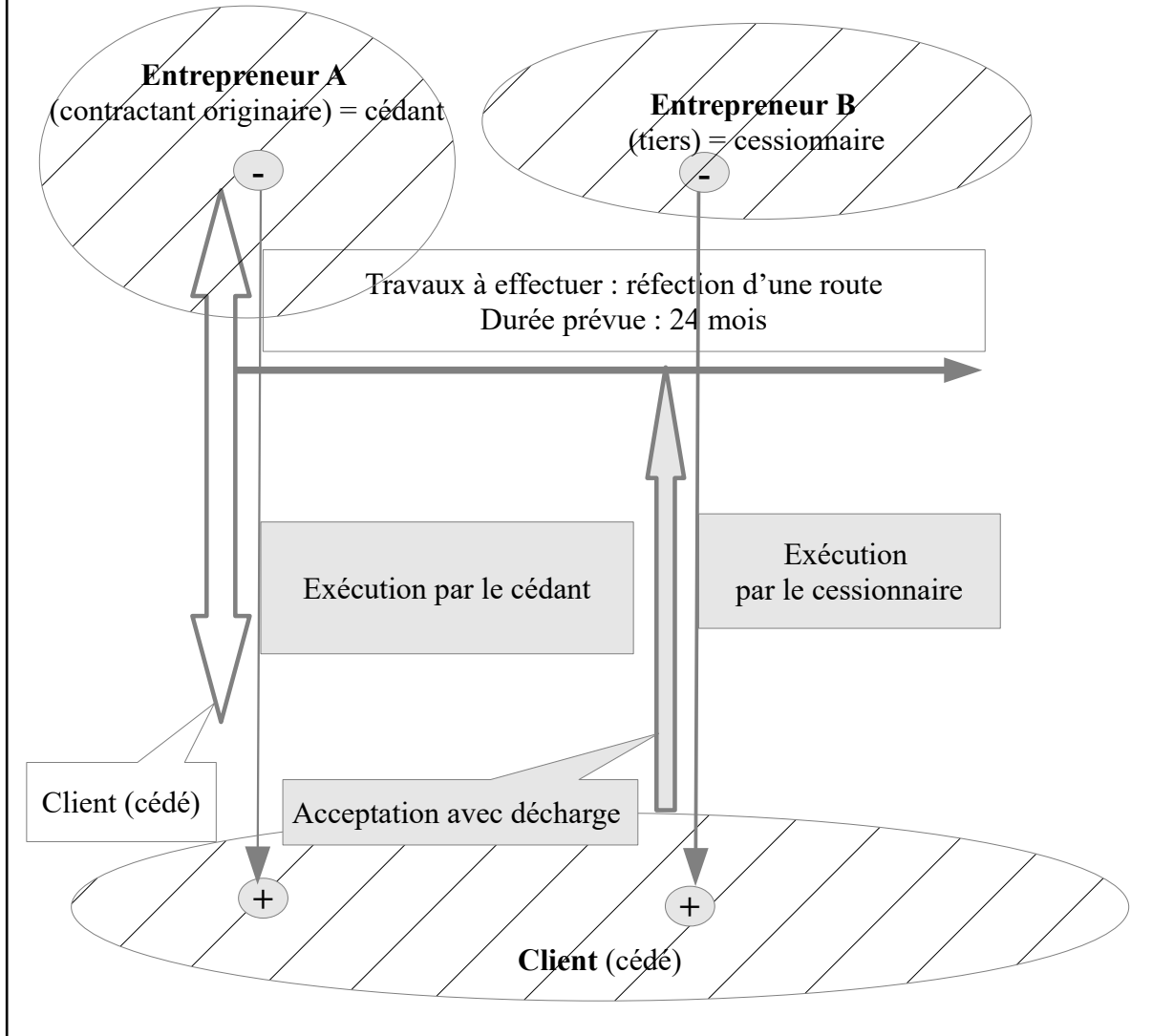
- Le client pourra également invoquer l'inexécution commise par son cocontractant, quand il devait personnellement exécuter : si le touriste transporté a été nourri par un sous-traitant, et non par la compagnie aérienne, cette dernière engage sa responsabilité civile, implicitement en recourant à une sous-traitance "low cost".

La *cession de contrat acceptée par le cédé* signifie que le cédé accepte que le cessionnaire poursuive le contrat (à exécution successive : c'est implicite). L'acceptation du cédé peut s'effectuer selon deux modalités :

- selon la première, si le contractant cédé a confiance dans le renom du cessionnaire, il pourra accepter purement et simplement le remplacement. Le cédé donne *décharge au cédant*. Selon l'article 1216-1 al. 1^{er} c. civ. : « Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir. » Le passif laissé par le cédant, avant la cession, devra normalement être assumé par ce dernier (solidairement avec le cessionnaire, sauf clause explicite déchargeant le cédant). Mais, pour l'avenir, le cédant est déchargé : le cessionnaire, nouveau contractant, sera tenu du passif né à compter de la cession, tout comme il sera le seul bénéficiaire des créances détenues envers son cocontractant (originaire) (schéma 8.3).

Schéma
8.3

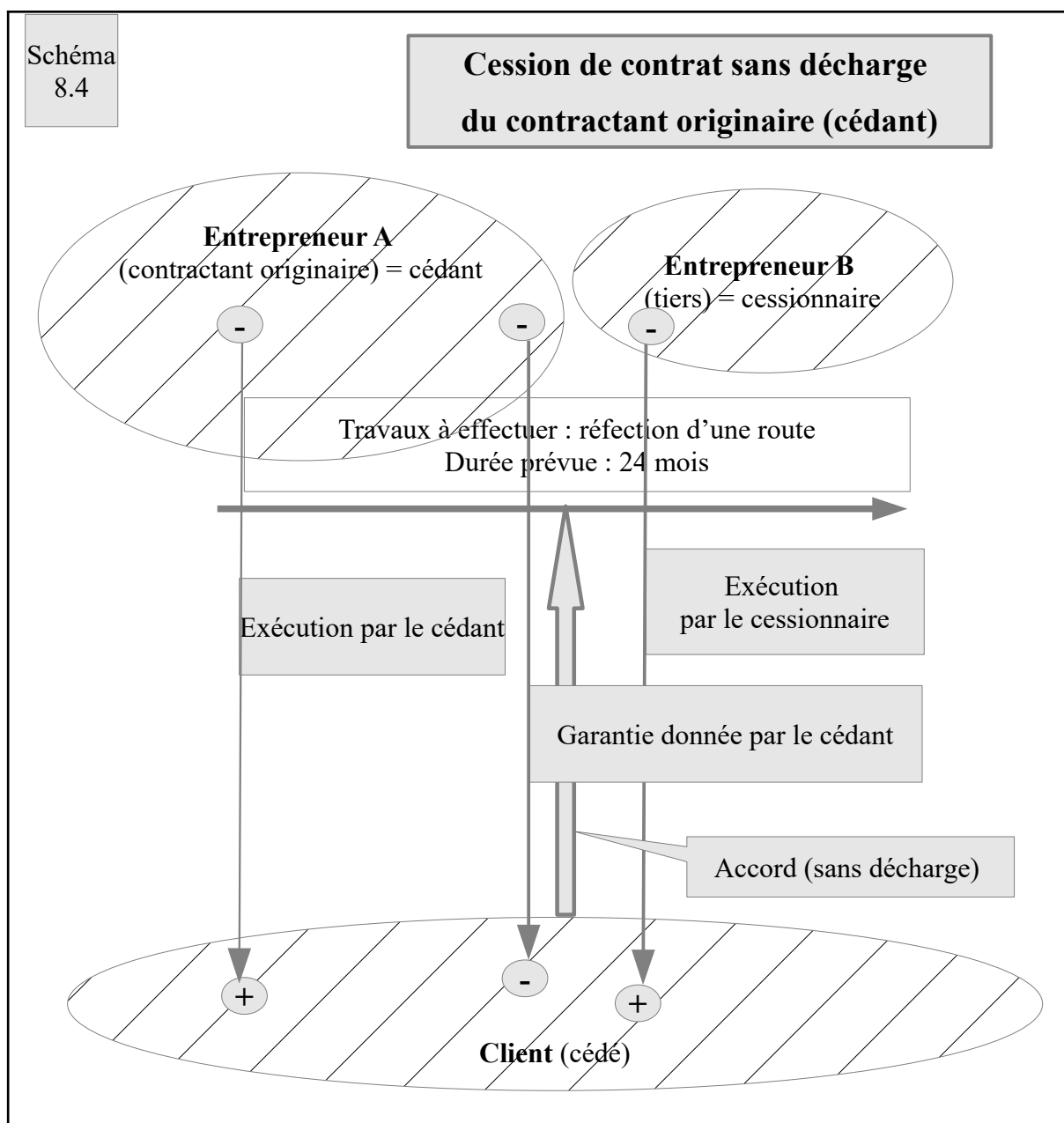
Cession de contrat avec décharge du contractant originaire (cédant)



- selon la seconde modalité, le cédé donne simplement son accord à l'exécution de la prestation par un tiers, mais il ne donne *pas décharge au cédant*. Le cédé ne connaît pas spécialement le cessionnaire : si le cédant continue de garantir (comme un garant personnel) l'exécution correcte du contrat, le cédé donnera son accord à l'intervention du tiers. À compter de la cession, le contractant cédé bénéficie de deux codébiteurs solidaires : le cédant doit payer le passif échu avant la cession, et il garantit le passif futur, à naître à compter de la cession (schéma 8.4). Cette modalité vaut à titre supplétif :

elle est prévue par l'article 1216-1 al. 2 c. civ. : « A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat. »

En présence d'un contrat à exécution successive, le contractant cédé a donc systématiquement intérêt à accepter sans donner décharge à son contractant originaire (cédant). La solidarité entre le cédant et le cessionnaire imposera au cédant de choisir un cessionnaire fiable. Si le cédé estime que le cessionnaire n'est pas fiable, il devra refuser la cession de contrat : dans ce cas, la situation sera gelée, et la prestation convenue devra être exécutée par le cédant (pendant toute la durée convenue, lors de la conclusion du contrat).



2/ L'opposabilité des exceptions

865. L'opposabilité des exceptions, affirmée à l'article 1216-2 c. civ.¹, permet de « gérer le contrat ». Les décisions à prendre seront prises par les contractants ayant un intérêt personnel et actuel, et non par une personne tiers ou devenue tiers.

Le contractant originaire qui reste (appelé « cédé ») ne doit pas voir sa situation juridique modifiée par la cession de contrat. Selon l'article 1216-2 al. 2 c. civ., « Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant. » Le contractant qui reste opposera au tiers (qui remplace le contractant qui se fait remplacer) tous les arguments qu'il aurait pu opposer au contractant originaire.

- Si le contractant qui s'est fait remplacé (quand il était contractant) a octroyé un délai de paiement, son remplaçant devra respecter cette décision ;
- Si le contractant qui reste en place peut invoquer un vice du consentement (dol commis par le contractant qui se fait remplacer), il pourra invoquer ce vice envers le remplaçant.

La situation juridique du contractant qui reste ne sera pas affectée par la cession de contrat.

Le tiers qui remplace le contractant originaire pourra invoquer certains arguments, mais pas tous, pour s'opposer à la demande du contractant qui reste. C'est l'objet de la distinction entre exceptions inhérentes à la dette et exceptions personnelle.

- Si le contractant originaire qui se fait remplacer pouvait invoquer un vice (du consentement), le tiers remplaçant ne pourra pas invoquer ce vice (s'il ne le subit pas personnellement). L'exception est personnelle au contractant originaire remplacé.
- Si le vice est attaché à la prestation, le remplaçant pourra l'invoquer au même titre que le contractant remplacé. La clause abusive est attachée à la prestation : elle est inhérente à la dette.

L'opposabilité des exceptions est donc destinée à garantir que le contrat dans lequel le contractant cédé est engagé ne sera pas impacté par la cession : le contrat à exécution successive sera poursuivi par le remplaçant.

(866- à 869. : réservés)

¹ Art. 1216-2 c. civ. : « Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant. « Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant. »

Conclusion de la section 1^{ère}

Le remplacement du contractant par un tiers

895. Le **remplacement du contractant par un tiers** est perçu tantôt comme un changement majeur (soumis à révision mutuellement consentie), tantôt comme un changement mineur (imposant simplement l'information du cocontractant originaire) : certains tiers sont considérés comme des étrangers au contrat (ne générant aucune confiance), d'autres sont considérés comme des proches d'un contractant (et assimilés à lui).

En droit du contrat, l'*ayant cause* est assimilé au contractant originaire dans deux cas de figure.

- L'ayant cause à titre universel (héritier, société absorbante) remplace son auteur dans le contrat courant. Mais certains contrats, trop personnels, sont rompus par le décès. Le contrat de travail n'est pas transmis à l'héritier.
- L'ayant cause à titre particulier est en principe un tiers, et il ne peut remplacer un contractant (cédant) qu'avec l'accord du cédé. Exceptionnellement, en présence d'une obligation réelle, l'ayant cause remplace son auteur : le contrat de travail figure parmi les suites dérivées de la cession d'entreprise, de sorte que le cessionnaire devient le nouvel employeur.

Lorsque l'ayant cause est assimilé au contractant originaire, il suffira d'informer l'autre contractant du remplacement. Il ne peut pas s'y opposer.

En présence d'un changement majeur, le remplacement d'un contractant par un tiers ne sera admis que si le tiers est agréé par le contractant originaire qui reste dans le contrat. C'est la solution de principe, mais les parties (originaires) peuvent considérer que le remplacement de tel contractant par un tiers sera un changement mineur.

Le remplacement d'un contractant par un tiers donne lieu à des solutions spécifiques en droit du contrat parce que l'intervention du tiers est de nature à remettre en question la confiance mutuelle qu'ont les contractants l'un envers l'autre. Si cette confiance vient à être trompée, l'autre contractant en tirera la conséquence : une inexécution aura été commise.

Section 2^{ème}

L'inexécution du contrat : *le risque du défaut de contrepartie*

Résumé

L'**inexécution** présente une singularité dans le contrat synallagmatique : la logique du donnant-donnant investit le cocontractant de prérogatives spécifiques, destinées à éviter un appauvrissement unilatéral de sa part (risque de défaut de contrepartie). En droit du contrat, ce risque d'absence de contrepartie conduit à distinguer selon que l'inexécution est ou non imputable au cocontractant.

En cas d'inexécution du contrat *imputable au cocontractant*, le contractant pourra éviter de fournir unilatéralement une prestation à un débiteur qui manque de fiabilité. Ces remèdes à l'inexécution sont des mesures tantôt provisoires, tantôt définitives.

- L'*exception d'inexécution* sera opposée lorsque l'économie du contrat obéit à la logique de l'exécution trait pour trait. Tant que l'autre ne fournit pas sa prestation, l'un peut suspendre l'exécution de sa propre prestation : la situation est alors gelée. Le droit encadre cette prérogative provisoire exercée unilatéralement par le créancier : le manquement du débiteur est suffisamment grave, il en sera averti, mais un risque d'inexécution suffit.

- Pour sortir de l'impasse, le créancier dispose de plusieurs *options alternatives*. Si l'exécution du débiteur ne présente plus d'intérêt pour le créancier, le contrat sera résolu (c-à-d. rétroactivement détruit). Si le créancier a besoin de l'exécution, il fera exécuter en nature aux frais du débiteur. Si la prestation du débiteur présente des défaut ou n'est que partielle, le créancier pourra exiger une réduction de prix ; le créancier optera pour un équivalent monétaire à la valeur de la prestation manquante du débiteur, notamment quand il a déjà payé. Ces quatre options sont alternatives car mathématiquement équivalentes : l'échange aura lieu (exécution en nature ou par équivalent) ou non (résolution), en respectant l'équilibre prévu (réduction de prix). L'un, contractant et créancier, ne subit donc pas le risque de déséquilibre causé par l'inexécution de son cocontractant.

Le *domaine d'application* des options du créanciers est uniquement centré sur la valeur contractuelle. Si l'inexécution cause un dommage, distinct de l'inexécution proprement dite, le créancier disposera d'autres prérogatives, qui ont alors vocation à se cumuler avec le remède choisi par le créancier. Si le retard à exécuter lui cause un dommage, le créancier réclamera les intérêts ; si la prestation livrée par le débiteur s'avère dangereuse pour la santé ou les biens, les victimes, cocontractant ou tiers, seront indemnisées.

En cas d'*inexécution causée par la force majeure*, le débiteur est exempt de tout reproche. Il subit un phénomène l'empêchant d'exécuter. La force obligatoire du contrat sera désactivée, provisoirement ou définitivement.

Si la force majeure est un phénomène provisoire, limité dans le temps, le débiteur exécutera avec retard, sans devoir les intérêts : si un cyclone bloque les paiements, le débiteur d'une somme d'argent paiera lorsque les choses seront revenues dans l'ordre. La solution vaut pour toute obligation, contractuelle comme légale.

Si la force majeure est un phénomène définitif, le risque de perte de la contrepartie est subi par le contractant subissant la force majeure. Ainsi, le locataire ne paye plus le loyer lorsque le local est détruit. Si le bien vendu, devenu la propriété de l'acquéreur, est détruit après la vente, la perte de la chose est subie par son propriétaire actuel : le prix est dû par l'acquéreur. Ces solutions valent dans le silence du contrat : les parties sont libres de convenir d'une autre date de transfert des risques.

900. L'**inexécution du contrat** signifie que l'un des contractants (le débiteur) ne fournit pas sa prestation à l'autre (le créancier), ce qui est évidemment de nature à perturber l'économie du contrat synallagmatique, dominée par la logique du donnant-donnant. Dans ce dernier type de contrat, le risque de contrepartie sera spécifiquement considéré : si l'un ne fournit pas la contrepartie, l'autre n'est pas tenu de fournir la sienne. En droit du contrat, ce risque de contrepartie, propre au contrat synallagmatique, sert de principe directeur, que l'inexécution de l'un lui soit imputable ou non.

Premièrement, le contractant suspend le versement de sa propre prestation tant que l'autre ne fournit pas la sienne (ou risque de ne pas fournir la sienne). Cette mesure préventive et provisoire est dénommée *exception d'inexécution*. Économiquement, le contractant évite la position « créancier économique » : l'exécution aura lieu trait-pour-trait. L'inexécution du contrat par le débiteur justifie l'inexécution du contrat par le créancier. Cette mesure est unilatérale : nul besoin d'obtenir une autorisation du juge. Un contractant prudent évite de s'appauvrir sans contrepartie.

Deuxièmement, face à un cocontractant qui n'est plus fiable, le créancier optera pour une mesure définitive, afin de sortir de l'impasse. Différentes mesures, mathématiquement équivalentes, sont à disposition du créancier : elles ont toutes pour point commun de permettre au créancier de ne pas s'appauvrir sans contrepartie. Ce sont les *options du créancier* : elles sont alternatives.

Troisièmement, si l'inexécution n'est pas imputable au débiteur, parce qu'il subit une *force majeure* qui l'empêche d'exécuter, il faudra identifier celui qui subira le risque d'inexécution : face au logement détruit, le locataire continue-t-il de payer le loyer ou l'acquéreur de rembourser son crédit ? Si un principe d'équilibre gouverne le contrat synallagmatique, le cocontractant sera en droit de ne pas fournir la contreprestation convenue.

Si la logique du donnant-donnant gouverne l'exécution du contrat synallagmatique, le contractant confronté à l'inexécution de l'autre cherchera donc systématiquement à éviter le risque d'un appauvrissement unilatéral. Il évitera de fournir sa propre prestation quand l'autre ne l'exécute pas lui-même, en opposant l'exception d'inexécution (§1^{er}). Il optera pour une mesure définitive, lorsque l'inexécution est imputable au débiteur (§2^{ème}). En cas de force majeure, il faudra identifier celui des contractants sur qui devra peser la charge de la perte (et donc le cocontractant qui ne subira pas la perte, grâce au respect de l'équilibre dans l'échange) (§3^{ème}).

(903. et 904. : réservés)

§1^{er}/ L'exception d'inexécution : la suspension (provisoire) de l'exécution

905. L'**exception d'inexécution** (art. 1219 et 1220 c. civ.) est une suspension provisoire par le contractant de ses obligations envers le cocontractant, qui menace d'être l'auteur d'une inexécution. La mesure, fondée sur le principe du donnant-donnant (exécution trait pour trait), peut avoir vocation à durer, aussi longtemps que l'autre n'exécute pas correctement.

Techniquement, l'*exécution trait pour trait* ne s'applique qu'à certains contrats synallagmatiques, ceux soumis à exécution instantanée ou à exécution successive. En revanche, l'exception d'inexécution ne s'appliquera pas si l'économie du contrat prévoit que l'un des contractants occupera la position de « créancier économique » (le prêteur d'une somme d'argent), en fournissant immédiatement sa prestation alors que l'autre ne devra la sienne qu'à terme¹. Cela étant dit, la plupart des contrats synallagmatiques obéissent à la logique de l'exécution trait pour trait : le local contre le loyer ; le salaire contre le travail ... ; les marchandises contre le paiement à la caisse du supermarché etc ...

Dans tous ces cas de figure, la *date d'exécution* des prestations est essentielle : chaque contractant refuse d'occuper la position de « créancier économique ». Le contractant ne fait pas crédit. Le contrat soumis à exécution trait pour trait contient donc une clause implicite permettant à l'un des contractants de suspendre l'exécution, tant que l'autre ne fournit pas sa prestation ou risque de ne pas être en mesure de le faire. D'ailleurs, en droit, peu importe la raison de cette inexécution, qu'elle soit imputable ou non au cocontractant : l'exception d'inexécution a pour fonction d'éviter unilatéralement un appauvrissement.

L'exception d'inexécution est une mesure de suspension, qu'un contractant prendra de sa propre autorité (sans faire appel au juge), lorsque certaines conditions peu contraignantes (I) sont remplies. L'effet de la mesure consiste à geler la situation (II).

I/ Les conditions de l'exception d'inexécution : la gravité suffisante du manquement

906. Les **conditions de l'exception d'inexécution** ont pour fonction d'encadrer la mesure prise unilatéralement par le cocontractant, qui se refuse à exécuter sa prestation : il doit être confronté, de la part de l'autre, à un manquement « suffisamment grave », ce qui justifie la mesure conservatoire

¹ Dans ce cas, le débiteur qui devient non fiable, et même déloyal, sera soumis à une mesure spécifique : la déchéance du terme lui imposera de rembourser immédiatement le prêt. Art. 1305-4 c. civ. : « Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation. » Voir : *Régime général des obligations*, n°120 et suiv;

qu'il prend, consistant à préserver ses intérêts en exécutant trait pour trait (pour éviter de subir unilatéralement une perte).

Lorsqu'il oppose l'exception d'inexécution, le cocontractant n'invoque pas un manquement secondaire ou anecdotique : il est confronté à un fait avéré d'inexécution (art. 1219 c. civ.¹) ou à un risque d'inexécution (art. 1220 c. civ.²). Il existe donc deux types d'exceptions d'inexécution : il y a la mesure urgente, prise face à une inexécution avérée (1), et une mesure préventive, face à un risque (2).

1/ L'inexécution avérée

907. La première exception d'inexécution est prévue par l'article 1219 c. civ. : selon ce texte, « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. » Le contractant est confronté à une **inexécution avérée** de la part de son débiteur : ce sera alors donnant-donnant.

La première condition (préalable) résulte de l'*inexécution avérée* du cocontractant. Selon le texte, « l'autre n'exécute pas [son obligation], [...] alors même que celle-ci est exigible ». Il est donc l'auteur d'un manquement : l'inexécution est acquise³. À la date de la livraison de la marchandise, l'acquéreur devait payer (ou avoir payé) : le transporteur retient la marchandise, et ne la livre donc pas. L'inexécution avérée est acquise sans que le cocontractant ait à effectuer une formalité quelconque : il constate un fait d'inexécution, et adopte immédiatement une contre-mesure, puisque l'inexécution de l'autre est « suffisamment grave ». La mesure est unilatérale : aucune notification formelle n'est exigée. Peu importe la cause exacte du déséquilibre : que l'inexécution soit imputable au cocontractant ou non, l'exception d'inexécution sera pareillement opposée.

L'inexécution commise par le cocontractant auteur du manquement doit être, en outre, « *suffisamment grave* » (condition qui figure également à l'article 1220 c. civ.). Le texte affirme qu'un manquement mineur du cocontractant (l'entrepreneur termine avec un jour de retard le chantier) ne suffit pas pour que le client refuse de payer les travaux : ce serait là un prétexte. La notion de manquement « suffisamment grave » recouvre en réalité deux situations bien distinctes.

¹ Art. 1219 c. civ. : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. »

² Art. 1220 c. civ. : « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. »

³ Voir aussi, en présence d'un contrat unilatéral, mais avec contrepartie : art. 953 c. civ. (« La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants. »).

- Premièrement, le manquement grave du cocontractant sera établi lorsque l'exécution du contrat synallagmatique est gouvernée par l'exécution trait pour trait. Il s'agit alors d'éviter que le cocontractant devienne un créancier économique, en unilatéralement fournissant sa propre prestation. L'exception d'inexécution garantit contre le risque de déséquilibre. En réalité, la condition signifie que l'exception sera *proportionnée* au manquement : si le local est indisponible, le loyer ne sera pas versé ; si les charges ne sont pas justifiées, les charges ne seront pas payées (mais le loyer le sera)¹. Le manquement « suffisamment » grave se comprend donc dans la logique de l'échange, et plus précisément de l'équilibre. L'exécution trait pour trait garantit donc, pour la prestation principale (le loyer) ou une prestation accessoire (les charges), que le contractant ne deviendra pas créancier économique, éventuellement exposé à devoir exercer une action en restitution. C'est le premier sens du donnant-donnant. Le contractant qui oppose l'exception d'inexécution refuse de devenir un créancier économique, lorsque le contrat ne le prévoit pas.
- Deuxièmement, le manquement grave sera établi lorsque le cocontractant ne paye pas son créancier économique, dans le cadre d'un contrat prévu comme tel. L'exception d'inexécution se transforme alors en *moyen de pression*, lorsqu'un contractant (prêteur) est par ailleurs lui aussi débiteur : si l'un veut récupérer un bien détenu par l'autre, il faudra préalablement payer². Cette exception d'inexécution est couramment pratiquée en droit des sûretés, avec le droit de rétention : tant que la banque n'est pas intégralement remboursée du prêt, elle ne restitue pas les biens gagés ou ne donne pas mainlevée de l'hypothèque. Le manquement grave de l'emprunteur est établi quand il ne rembourse pas une somme résiduelle (10) : le cocontractant oppose légitimement l'exception d'inexécution quand il retient un bien d'une valeur bien supérieure (100). En droit des sûretés réelles, ce donnant-donnant particulier ne préserve pas un équilibre : il garantit contre le risque d'un défaut de paiement, grâce à un déséquilibre (qui incite à l'exécution : moyen de pression). L'un paye (10), l'autre restitue (100).

¹ Civ. 3^e, 5 novembre 2014, n°13-24.451, Bull. n°138 ; revue Administrer, décembre 2014, Jurisprudence, p. 32-33, note Jehan-Denis Barbier ; Revue des loyers, 2014, Jurisprudence, p. 517-518, note Bertrand de Lacger : « L'absence de régularisation des charges dans les conditions prévues dans un bail commercial rend sans cause les appels trimestriels de provision à valoir sur le paiement de charges [...] »

² Si le client d'un avocat ou commissaire-priseur veut récupérer un document ou le bien acquis, il faudra payer. Voir, par exemple, art. R 444-15 (issu du décret n°2016-230 du 26 février 2016) « Le droit de rétention appartient aux commissaires-priseurs judiciaires, aux huissiers de justice, aux notaires et aux avocats, pour garantir le paiement des tarifs régis par le présent titre, et, le cas échéant, le remboursement des frais et débours. »

L'exception d'inexécution est ainsi gouvernée par une perception large de la logique du donnant-donnant, appliquée à deux cas de figure : normalement, le donnant-donnant garantit l'équilibre lors de l'exécution, pour éviter à l'un de devenir créancier économique, dans le cadre d'un contrat synallagmatique soumis à exécution trait pour trait. Elle permet également à un créancier économique (prêteur) de disposer d'un moyen de contrainte (le droit de rétention) contre son débiteur : l'exception d'inexécution crée un déséquilibre pour se transformer en garantie de paiement. On comprend donc pourquoi l'exception d'inexécution est une technique couramment employée en droit français. Le donnant-donnant est doté d'un domaine d'application large, et que l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 a d'ailleurs encore élargi.

907-1. La **préservation de l'équilibre** correspond simplement à l'équation contractuelle, telle qu'elle a été convenue entre les parties : un loyer dont le montant est librement fixé face à un local mis à disposition du locataire. L'équilibre de l'équation contractuelle ne correspond donc pas à un contrôle sur la valeur de chacune des prestations (selon la thèse solidariste).

Certaines dispositions légales ponctuelle ont néanmoins pour fonction d'imposer une proportion entre un manquement (un logement faisant l'objet d'un arrêté de péril) et une rétorsion (loyer indu). Selon l'article L 521-2 c. constr. et hab., al. 3 : « I-(...) Pour les locaux visés par une déclaration d'insalubrité (...) ou par un arrêté de péril (...) le loyer en principal ou toute autre somme versée en contrepartie de l'occupation du logement cesse d'être dû à compter du premier jour du mois qui suit l'envoi de la notification de l'arrêté ou de son affichage à la mairie et sur la façade de l'immeuble, jusqu'au premier jour du mois qui suit l'envoi de la notification ou l'affichage de l'arrêté de mainlevée. » Pour contraindre le propriétaire du logement à effectuer les travaux, son locataire est incité à ne plus verser le loyer, alors même que le logement demeure occupé : l'occupation sera gratuite.

Certaines dispositions interdisent le jeu de l'exception d'inexécution. Les dispositions du code de l'action sociale et des familles (art. 115-3 c. act. soc. et fam.¹) prévoient, au titre de la lutte contre la pauvreté et les

¹ Art. L 115-3 c. act. soc. et fam. : « Dans les conditions fixées par la loi n°90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, au regard notamment de son patrimoine, de l'insuffisance de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité pour disposer de la fourniture d'eau, d'énergie, d'un service de téléphonie fixe et d'un service d'accès à internet.

« En cas de non-paiement des factures, la fourniture d'énergie et d'eau, un service téléphonique et un service d'accès à internet sont maintenus jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande d'aide. Le service téléphonique maintenu peut être restreint par l'opérateur, sous réserve de préserver la possibilité de recevoir des appels ainsi que de passer des communications locales et vers les numéros gratuits et d'urgence. Le débit du service d'accès à internet maintenu peut être restreint par l'opérateur, sous réserve de préserver un accès fonctionnel aux services de communication au public en ligne et aux services de courrier électronique.

« Du 1er novembre de chaque année au 31 mars de l'année suivante, les fournisseurs d'électricité, de chaleur, de gaz ne peuvent procéder, dans une résidence principale, à l'interruption, y compris par résiliation de contrat, pour non-paiement des factures, de la fourniture d'électricité, de chaleur ou de gaz aux personnes ou familles. Les fournisseurs d'électricité peuvent néanmoins procéder à une réduction de puissance, sauf pour les consommateurs mentionnés à l'article L. 124-1 du code de l'énergie. Un décret définit les modalités d'application du présent alinéa. Ces dispositions s'appliquent aux distributeurs d'eau pour la distribution d'eau tout au long de l'année.

« Lorsqu'un consommateur n'a pas procédé au paiement de sa facture, le fournisseur d'électricité, de chaleur, de gaz d'un service de téléphonie fixe ou d'un service d'accès à internet ou le distributeur d'eau l'avise par courrier du délai et des conditions, définis par décret, dans lesquels la fourniture peut être réduite ou suspendue ou faire l'objet d'une résiliation de contrat à défaut de règlement. [...] »

exclusions, que le fournisseur d'eau impayé ne peut pas réduire ou suspendre la livraison d'eau à une personne physique qui ne paye pas ses factures d'eau¹.

2/ Le risque d'inexécution

908. L'**exception pour risque d'inexécution** est une mesure préventive que le contractant opposera lorsqu'il y a tout lieu de penser que l'autre ne sera pas en mesure d'exécuter le temps venu. Selon l'article 1220 c. civ., « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. » L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 a introduit une nouveauté, en validant cette mesure préventive, mais en posant une condition supplémentaire.

Le *risque d'inexécution* dont le cocontractant sera l'auteur ne correspond pas à une simple crainte, mais à un fait déjà actuel, « manifeste » : « il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance (...) ». L'obligation du cocontractant n'est pas encore exigible, mais proche de l'exigibilité : à la fin du mois, l'emprunteur ne sera visiblement pas en mesure de rembourser (en raison de sa prochaine cessation des paiements ou de la saisine de la commission de surendettement), la copropriété ne sera pas en mesure de payer les travaux de ravalement (car le compte bancaire du client est bloqué par une saisie-arrêt). Le risque d'inexécution conduit alors le cocontractant à suspendre l'exécution de sa prestation : les travaux de ravalement seront suspendus, le prêteur (à raison d'un prêt qui venait d'être octroyé) cessera le versement des fonds. Face au risque d'inexécution, le cocontractant est menacé de subir une perte unilatérale s'il exécute sa prestation (déjà exigible) : en effet, le droit de la faillite entraîne un gel des paiements des créances antérieures.

La gravité des conséquences de l'inexécution future est la seconde condition, similaire à celle prévue en présence d'une exception d'inexécution fondée sur un fait avéré. Il existe une proportion entre l'inexécution future de l'autre et la suspension préventive de l'un : la jurisprudence (Civ. 3^e, 19 novembre 2015²) a admis que le risque d'intoxication par l'amiante justifiait la suspension de l'occupation du local et donc celle du versement du loyer.

¹ Civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n°17-13.395 : « [...]en cas de non-paiement de factures, seuls les fournisseurs d'électricité peuvent procéder à une réduction de puissance malgré la période hivernale, les distributeurs d'eau ne pouvant quant à eux réduire le débit de l'eau fournie, quelle que soit la période de l'année. [...] »

² Civ. 3^e, 19 novembre 2015, n°14-24.612, Bull. ; revue Administrer, décembre 2015, p. 27, note Danielle Lipman-W. Boccara ; revue Loyers et copr. 2016, comm. 2, note Béatrice Vial-Pedroletti (le preneur choisit d'évacuer les locaux le temps des travaux de désamiantage en raison du risque de propagation de l'amiante pour les salariés : « le preneur avait opposé à bon droit l'exception d'inexécution »).

Enfin, une troisième condition est exigée, spécifique à l'article 1220 c. civ.¹ : la suspension du contrat décidée unilatéralement par l'un des contractants doit être « *notifiée dans les meilleurs délais* ». La notification n'est pas une signification (effectuée par acte d'huissier) : il s'agit uniquement d'informer l'autre des causes de l'exception d'inexécution. L'exigence se comprend : face à un simple risque d'inexécution, l'autre doit savoir de quoi il retourne. La notification devra être prouvée par le contractant invoquant l'exception d'inexécution : une notification écrite (accusé-réception) est donc conseillée.

909. Les **conditions** posées à l'exception d'inexécution, en présence d'une inexécution avérée (art. 1219 c. civ.) ou d'un risque d'inexécution (art. 1220 c. civ.), ne sont donc pas, au final, très contraignantes. La suspension de l'exécution de sa propre prestation est légitime en droit français, lorsque le contractant veut éviter de subir une perte unilatérale en devenant créancier économique (exécution trait pour trait) et lorsque le contractant (créancier économique) crée un déséquilibre pour inciter l'autre à s'exécuter correctement. Le donnant-donnant permet alors à l'un de suspendre sa prestation.

II/ Les effets de l'exception d'inexécution : la suspension provisoire du contrat

910. Les **effets de l'exception d'inexécution** mentionnées aux articles 1219 et 1220 c. civ. sont similaires : l'autre refuse d'exécuter sa prestation (art. 1219 c. civ.²) ou suspend l'exécution (art. 1220 c. civ.³). Dans les deux cas, la *suspension* est une mesure provisoire, mais qui a vocation à durer.

La suspension dure aussi longtemps que le cocontractant ne fournit (correctement) pas sa prestation.

- Tant que le bailleur ne communique pas le montant des charges au locataire, ce dernier ne paiera pas les charges⁴. Dès que le montant des charges sera communiqué, le locataire les paiera.

¹ Art. 1220 c. civ. : « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. »

² Art. 1219 c. civ. : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, (...) ».

³ Art. 1220 c. civ. : « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation (...) ».

⁴ Civ. 3^e, 5 novembre 2014, n°13-24.451, Bull. ; revue Administrer, n°482, décembre 2014, Jurisprudence, p. 32-33, note Jehan-Denis Barbier ; Revue des loyers, n°952, décembre 2014, Jurisprudence, p. 517-518, note Bertrand de Lacger : « L'absence de régularisation des charges dans les conditions prévues dans un bail commercial rend sans cause les appels trimestriels de provision à valoir sur le paiement de charges, dont le locataire peut dès lors obtenir remboursement. »

- Pendant les travaux de désamiantage, le local est indisponible : le locataire ne verse pas les loyers¹.

Le caractère provisoire de la suspension signifie donc que l'exécution (trait pour trait) du contrat (synallagmatique) reprendra si le cocontractant exécute.

L'exception d'inexécution sera également opposée aussi longtemps que le cocontractant *n'exécute pas correctement, c-à-d. intégralement*, sa prestation. Tant que le prêteur, créancier gagiste (ayant obtenu en contrepartie du prêt la remise, effective ou fictive, d'un bien par le débiteur), n'est pas intégralement remboursé, il refusera de restituer le bien, quelle que soit sa valeur par rapport au montant résiduel de la dette. L'exception d'inexécution se transforme alors : cette technique de blocage est une mesure de rétorsion, destinée à *maximiser une gêne*. Le créancier gagiste retiendra un bien de valeur (100), face à une dette résiduelle (de 10) ou bien il retiendra un bien nécessaire à l'activité de son débiteur (sa voiture, une machine), afin d'être payé des travaux. De même, tant que les travaux de rénovation du logement (justifiant l'arrêté de péril) et tant que la mainlevée de l'arrêté de péril ne sera pas obtenue, le locataire ne paiera pas les loyers du logement qu'il occupe pourtant (art. L 521-2 al. 3 c. constr. et hab.²). L'exception d'inexécution justifie un déséquilibre au détriment d'un débiteur, qui subit une rétorsion disproportionnée, afin de le contraindre à exécuter. L'exception d'inexécution possède donc différentes fonctions : elle justifie un gel de l'exécution, afin d'éviter un déséquilibre (contrat synallagmatique) ou afin d'exercer une pression sur le cocontractant. Mais plus le blocage dure, plus le contractant ayant subi l'inexécution peut estimer que son cocontractant perd de sa fiabilité et surtout que l'exécution du contrat devient sans intérêt : l'un des contractants pourra alors prendre une option plus radicale.

(911- à 914. : réservés)

¹ Civ. 3^e, 19 novembre 2015, n°14-24.612, Bull. ; revue Administrer, décembre 2015, p. 27, note Danielle Lipman-W. Boccara ; revue Loyers et copr. 2016, comm. 2, note Béatrice Vial-Pedroletti : (abstrat) « Viole l'article 1719 du code civil une cour d'appel qui condamne un preneur à bail commercial à payer les loyers correspondant à une période pendant laquelle il n'a pas occupé les locaux, aux motifs qu'il avait choisi d'évacuer les locaux le temps des travaux de désamiantage de la toiture des lieux loués diligentés par le bailleur sans y être contraint par une décision administrative, alors qu'elle avait constaté que l'inspecteur du travail avait indiqué par lettre au preneur que tout risque de propagation de l'amiante n'était pas écarté pour les salariés, ce dont il se déduisait que le preneur avait opposé à bon droit l'exception d'inexécution. »

² Art. L 521-2 al. 3 c. constr. et hab. : « I.- (...) Pour les locaux visés par une déclaration d'insalubrité (...) ou par un arrêté de péril (...) le loyer en principal ou toute autre somme versée en contrepartie de l'occupation du logement cesse d'être dû à compter du premier jour du mois qui suit l'envoi de la notification de l'arrêté ou de son affichage à la mairie et sur la façade de l'immeuble, jusqu'au premier jour du mois qui suit l'envoi de la notification ou l'affichage de l'arrêté de mainlevée. »

§2°/ L'inexécution (définitive) imputable au débiteur :

les options du créancier

915. L'inexécution imputable au débiteur (contractant responsable de l'inexécution) conduira le créancier à tirer la conséquence de l'absence de fiabilité de son débiteur. Le créancier dispose alors d'une option : il choisira l'une des quatre mesures à prendre face à une inexécution définitivement acquise (art. 1217 al. 1^{er} c. civ.¹). Une procédure sommaire doit être suivie : le créancier a préalablement mis le débiteur en demeure d'exécuter, et cette mise en demeure est restée infructueuse. Le créancier optera alors pour une mesure adéquate, qu'il choisira en fonction du contexte.

Le contractant peut résoudre le contrat, lorsque l'exécution ne présente plus d'intérêt (après l'heure, ce n'est plus l'heure : transporter une personne alors que l'examen a déjà eu lieu). À l'inverse, le contractant peut demander l'exécution en nature aux frais du débiteur, parce qu'il a besoin de la prestation : la chose sera réparée aux frais du débiteur. Le contractant peut encore demander une exécution par équivalent : les dommages-intérêts représenteront la valeur de la prestation inexécutée. Ces trois premières options sont mathématiquement équivalentes. L'ordonnance de 2016 en prévoit une quatrième : le contractant peut demander une réduction de prix, lorsque l'inexécution est partielle (qualité moindre, quantité partielle).

Ces quatre mesures (prévues en droit communautaire²), centrées sur le transfert de valeur, sont *alternatives* : le contractant choisira la mesure la plus conforme à ses intérêts. Incidemment, on remarquera que si la question est centrée sur le dommage causé par l'inexécution (le retard dans la livraison de l'immeuble imposant au contractant de se loger à l'hôtel ; le dommage causé par une prestation dangereuse ; le dommage causé par la résolution du contrat), le créancier (contractant ou non : ici, peu importe) réclamera réparation (art. 1217 al. 2 c. civ.³) : la mesure se cumule avec

¹ Art. 1217 al. 1^{er} c. civ. : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; solliciter une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution. »

² Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, art. 3-2 Droits du consommateur : « 2. En cas de défaut de conformité, le consommateur a droit soit à la mise du bien dans un état conforme, sans frais, par réparation ou remplacement, conformément au paragraphe 3, soit à une réduction adéquate du prix ou à la résolution du contrat en ce qui concerne ce bien, conformément aux paragraphes 5 et 6. (...) »

³ Art. 1217 c. civ. : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; solliciter une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution.

« Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

l'option, centrée sur la valeur contractuelle. De même, en cas de pollution, le pollueur devra à la fois remettre en état le site pollué et indemniser à raison des dommages passés¹.

I/ La résolution du contrat : le contrat devenu inutile

916. La **résolution du contrat** est une mesure prise unilatéralement par le contractant ou réclamée par lui, en présence d'une inexécution grave commise par son cocontractant (« en cas d'inexécution suffisamment grave » : art. 1224 c. civ.²). L'équilibre du contrat est complètement détruit par l'inexécution, ce qui rend la poursuite de l'exécution du contrat sans intérêt (il est inutile de livrer un bien après la foire) ou trop risquée.

L'« inexécution suffisamment grave » est le plus souvent causée par un manquement grave commis par l'un des contractants (malhonnête), mais la crise du covid a montré que la résolution s'applique également envers le contractant non fautif. Si un acompte a été versé à un traiteur, alors que les réceptions sont désormais interdites, le traiteur (non fautif) se verra imposer la résolution du contrat (Com., 18 janvier 2023³).

La résolution sera prononcée parce que l'exécution du contrat est devenue inutile. Lorsqu'une des prestations ne sera pas exécutée correctement, l'autre n'aura pas à exécuter la sienne. La préservation de l'équilibre de l'échange est la préoccupation centrale : le contrat perd sa raison d'être si l'autre ne reçoit pas sa contrepartie.

La résolution du contrat consiste donc à prendre acte de l'inexécution grave commise par le cocontractant (1) : elle rend l'exécution du contrat inutile, de sorte qu'il faudra (rétroactivement) le détruire (2).

1/ L'inexécution grave du cocontractant : le manque de fiabilité

917. L'**inexécution grave** du contractant est établie conformément à la liberté contractuelle qui régit les contractants. Ils sont libres de décider par eux-mêmes, explicitement ou implicitement. Trois cas de figure peuvent être distingués :

¹ Crim., 22 mars 2016, n°13-87.650. , Bull. ; Dalloz 2016, somm., p. 711 ; JCP G 2016, Act., 398, note Nicolas Catelan ; revue Dr. pénal 2016, comm. 83, note Jacques-Henri Robert : « La remise en état prévue par l'article L. 162-9 du code de l'environnement n'exclut pas une indemnisation de droit commun, que peuvent solliciter les associations habilitées (...), en particulier au titre du préjudice écologique, qui consiste en l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'infraction. »

² Art. 1224 c. civ. : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. »

³ Com., 18 janvier 2023, n° 21-16.812 (n° 40 F-B), Bull. ; D. 2023 p.587 : l'arrêt constate que « l'annulation du salon du marché international des professionnels de l'immobilier (MIPIM) avait empêché la société Le Pavillon d'exécuter sa prestation de traiteur ». L'inexécution grave est établie : le traiteur subira la résolution.

- parfois, les parties conviennent explicitement du degré d'exigence qui s'impose au contractant (clause résolutoire expresse) ;
- dans le silence du contrat, il est tacitement convenu qu'un manquement grave communément tenu comme tel entraîne une perte de confiance de la part de l'autre (clause résolutoire tacite) :
- en cas de doute, et en tout état de cause, un contractant peut toujours saisir le juge, pour qu'il ordonne la résolution (résolution judiciaire).

918. La **clause résolutoire expresse** est une clause spéciale du contrat (valide en application de la liberté contractuelle reconnue aux parties) qui décrit précisément ce que les parties tiennent pour un manquement grave. Par cette clause, le cocontractant doit comprendre le degré particulier d'exigence qui pèse sur lui : le manquement (retard dans l'exécution ; qualité moindre des matériaux employés¹) est décrit et son statut (grave) est contractuellement convenu. En vertu de la liberté contractuelle, les parties peuvent ainsi convenir :

- d'une clause se bornant à affirmer que le moindre retard de paiement entraîne la résolution. Ce retard sera établi par la mise en demeure préalable du créancier. Dès qu'il reçoit la mise en demeure, l'emprunteur doit alors comprendre que faute de régularisation dans le (bref) délai imparti, il sera l'auteur d'un manquement grave (le retard) et qu'il faudra rembourser immédiatement l'intégralité du prêt octroyé.
- d'une clause précisant également que la *mise en demeure préalable n'est pas nécessaire*. Le moindre retard de paiement commis par l'emprunteur n'est alors pas régularisable : le contrat de prêt est alors résolu automatiquement (de plein droit), la banque se contentant de porter l'ensemble des échéances à venir au débit du compte de l'emprunteur défaillant, sans avoir à l'en informer². Mais la clause ne doit pas être abusive³ : elle le sera si le prêteur ne l'a pas négocié avec l'emprunteur (ce qui sera le cas quand elle figure parmi les conditions générales du prêt).

¹ Pour la construction d'une centrale nucléaire, il est impératif que la qualité de l'acier de la cuve soit irréprochable. L'incapacité du contractant à fournir la qualité exigée entraînera la résolution du contrat : le cocontractant n'est pas suffisamment fiable.

² Une clause expresse et claire est nécessaire et suffisante. Voir : Civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n°16-18.418, Bull. ; RD bancaire et financier 2017, comm. 156, note Nicolas Mathey ; D. 2017. 1356 ; AJDI 2017. 859, obs. L. Lang, J. Moreau et O. Poindron ; AJ contrat 2017. 386, obs. J. Lasserre Capdeville: (abstrat) « Si le contrat de prêt d'une somme d'argent peut prévoir que la défaillance de l'emprunteur non commerçant entraînera la déchéance du terme, celle-ci ne peut, *sauf disposition expresse et non équivoque*, être déclarée acquise au créancier sans la délivrance d'une mise en demeure restée sans effet, précisant le délai dont dispose le débiteur pour y faire obstacle. » ; Civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n°14-15.655, Bull. n°131 ; D. 2015, p.1677, note G. Poissonnier ; RTD civ. 2015. 875, obs. H. Barbier.

³ Cjue, 9e ch., 8 déc. 2022, n° C-600/21 : la clause de déchéance du terme de plein droit est abusive « dans la mesure où cette clause n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat. »

La clause résolutoire convenue expressément entre les parties signale le degré élevé d'exigence du cocontractant et donc la *particulière rigueur* qu'un cocontractant doit apporter dans l'exécution de sa prestation. La relation de confiance nouée entre les contractants sera irrémédiablement détruite, en présence d'un manquement dont le statut (grave) est précisé : l'attente spéciale du cocontractant est décrite, conformément à ce qu'exige le consensualisme (sauf en matière commerciale¹).

En effet, la clause résolutoire expresse doit faire apparaître une exigence particulière, qui est habituellement tenue pour secondaire : le moindre retard devient grave ; le léger manque d'attention dans le contrôle de la qualité du béton risque spécialement d'avoir des conséquences lourdes. On en déduira que le silence du contrat n'est pas vide de sens.

919-1. La **liberté contractuelle** régit le fonctionnement de la clause résolutoire explicite. Mais la loi encadre également cette résolution, en précisant parfois ce qu'il faut entendre par manquement grave.

L'article 1230 c. civ.² précise que la clause résolutoire peut prévoir une procédure spéciale de règlement des différends³. L'accès au juge n'aura lieu que si une *procédure de conciliation* a été préalablement suivie, ou si une commission arbitrale quelconque est saisie. La clause peut également prévoir la suite d'une résolution : comme en présence d'une négociation rompue, le cocontractant sera soumis à confidentialité (lorsque l'exécution du contrat a conduit à livrer des secrets de fabrication ou des fichiers de clientèle).

La loi précise parfois ce qu'il faut entendre par manquement grave : le bailleur ne peut obtenir la résolution du contrat pour défaut de paiement du loyer que par un commandement de payer demeuré infructueux pendant deux mois⁴. Les parties ne sont alors plus libres de décider que le moindre retard dans le versement du loyer est un manquement grave.

919. La **clause résolutoire tacite** est systématiquement convenue, en application du consensualisme. Selon la formulation jurisprudentielle classique, « la clause résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques »⁵. Le silence signifie que le contractant qui manque gravement à ses obligations pourra se voir imposer la résolution. Un manquement grave

¹ Le droit cambiaire exige la ponctualité : le paiement de la lettre de change à échéance est de rigueur.

² Art. 1230 c. civ. : « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence. »

³ « L'article 25 du décret n°80-217 du 20 mars 1980 portant code des devoirs professionnels des architectes, aux termes duquel tout litige entre architectes concernant l'exercice de la profession doit être soumis au conseil régional de l'ordre aux fins de conciliation, avant la saisine de la juridiction compétente, fixe une obligation générale et préalable de conciliation, en la subordonnant à la seule condition que le litige en cause porte sur l'exercice par les architectes de leur profession. » (Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n°16-16.585, Bull.).

⁴ Selon l'art. 24-I de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 (mod. par loi n°2014-366 du 24 mars 2014), al. 1^{er} : « Toute clause prévoyant la résiliation de plein droit du contrat de location pour défaut de paiement du loyer ou des charges aux termes convenus ou pour non-versement du dépôt de garantie ne produit effet que deux mois après un commandement de payer demeuré infructueux ».

⁵ Civ. 3^e, 10 décembre 2014, n°13-27.332, Bull. : « (...) la condition résolutoire (...) était toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à son engagement (...) ».

non décrit, c-à-d. communément retenu comme tel, conduira le cocontractant à notifier unilatéralement la résolution à l'autre.

Conformément au consensualisme, toute *inexécution habituellement tenue comme grave* justifie la résolution unilatéralement décidée par le cocontractant.

- Si le client découvre que l'entrepreneur utilise un béton de mauvaise qualité ou que le bureau d'études est malhonnête (Civ. 3^e, 10 déc. 2014¹), la fraude commise par le contractant justifie la perte de confiance de l'autre.
- De même, si l'emprunteur surexploite l'immeuble hypothéqué, et altère donc sa valeur, il sera soumis à la déchéance du terme, qui n'est qu'une variété de résolution.
- L'inexécution grave ne signifie toujours que le contractant a commis une faute. Lorsque le traiteur ne peut pas réaliser sa prestation (en raison du confinement décidé par les autorités publiques), il est objectivement l'auteur d'une inexécution majeure, alors même qu'elle ne lui est pas imputable à faute : le client (organisant un salon) invoquera ce manquement grave pour obtenir la résolution (Com., 18 janvier 2023, préc.²).
- À l'inverse, ce qui est habituellement tenu comme une inexécution mineure (un retard à terminer un chantier ; petit retard de paiement d'une facture³, sauf si c'est une lettre de change) ne justifie pas la résolution. Le manquement habituellement tenu pour grave se surajoute au manquement spécialement décrit comme grave⁴.

Lorsque l'inexécution suffisamment grave est établie, le cocontractant doit suivre la *procédure* en deux temps, décrite à l'article 1226 c. civ.⁵ :

- une mise en demeure préalable (contenant la mention du délai pour régulariser) est délivrée au débiteur. La mise en demeure préalable est un avertissement solennel adressé au débiteur qu'il est temps d'exécuter, mais ce n'est pas une formalité. Elle n'est pas nécessaire en cas d'urgence, ce que précise l'article 1226 c. civ., ni lorsqu'elle est inutile, lorsque

¹ Civ. 3^e, 10 décembre 2014, n°13-27.332, Bull. : (abstrat) « contrairement à ce qu'imposait un contrat, un bureau d'études de structure n'avait pas proposé la solution la plus économique dans deux chantiers ».

² Com., 18 janvier 2023, n°21-16.812 (n° 40 F-B), Bull. ; D. 2023 p.587 : l'arrêt constate que « l'annulation du salon du marché international des professionnels de l'immobilier (MIPIM) avait empêché la société Le Pavillon d'exécuter sa prestation de traiteur ».

³ Civ. 3^e, 15 sept. 2015, n°13-24.726, un simple retard de règlement d'une facture ne suffit pas.

⁴ Civ. 3^e, 10 déc. 2014, préc. : la clause résolutoire tacite (manquement habituellement tenu pour grave) s'ajoute à la clause résolutoire expresse (« soit à cause du non-respect des délais de fourniture de plans, soit du non-paiement des honoraires de la part du promoteur »).

⁵ Art. 1226 c. civ. : « Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

« La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

« Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

« Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. »

l'exécution du contrat ne présente plus d'intérêt pour le contractant (il est inutile de livrer une marchandise après la foire).

– Si la mise en demeure est demeurée infructueuse dans le délai imparti, le contractant notifie unilatéralement à l'autre la résolution (accompagnée des motifs)¹. Cette décision unilatérale de résoudre le contrat ne nécessite pas de saisir le juge. Dans ce cas, le contractant agit « à ses risques et périls » : il estime qu'il n'y a pas de doute sérieux sur le caractère grave du manquement commis par son cocontractant, ni sur la régularité de la procédure suivie ; en cas de litige, le juge constatera la résolution décidée unilatéralement. En cas de doute, le contractant saisira le juge.

920. La **résolution judiciaire**, troisième cas de figure, peut être demandée par tout contractant : l'article 1227 c. civ.² est impératif, et aucune clause contractuelle ne peut interdire à un contractant de la demander.

La résolution judiciaire sera demandée par le contractant quand il éprouve un doute sur la gravité du manquement commis par l'autre. Par exemple, le client d'un entrepreneur demandera la résolution, si les travaux n'ont pas commencé dans les trois mois de l'envoi du devis, lorsque le contrat ne précise pas la date de début des travaux (Civ. 3^e, 29 septembre 2016³).

Saisi d'une demande en résolution par l'un des contractants, le juge dispose de *plusieurs options* (art. 1228 c. civ.⁴) : il « prononce » la résolution ou décide d'« ordonner l'exécution du contrat » ou d'« allouer seulement des dommages et intérêts » (en présence d'une inexécution mineure). Le contractant qui saisit le juge d'une demande de résolution n'est donc pas certain du résultat de sa démarche : le juge apprécie à la fois le caractère du manquement (grave ou secondaire), ainsi que la mesure adéquate.

921. Les **trois cas de résolution** sont, en réalité, cumulatifs. Le manquement grave commis par le cocontractant correspond normalement à ce qui se fait habituellement : la clause résolutoire est tacitement convenue. Le manquement grave est aussi ce qui est décrit comme une exigence spéciale : la clause résolutoire est explicitement convenue, pour signaler le degré particulier d'exigence

¹ Civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n°14-15.655, D. 2015. 1677, note G. Poissonnier ; 22 juin 2017, n°16-18.418

² Art. 1227 c. civ. : « La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice. »

³ Civ. 3^e, 29 septembre 2016, n°15-18.238, Bull. (devis du 4 mars 2014 ne contenant aucun délai d'exécution, mise en demeure infructueuse du 28 juin 2014 : la résolution judiciaire est justifiée).

⁴ Art. 1228 c. civ. : « Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts. »

pesant sur le cocontractant. En tout état de cas, un contractant peut saisir le juge, notamment si le premier éprouve un doute sur le caractère grave du manquement commis par son cocontractant.

Dans tous ces cas, le manquement grave commis par le contractant conduit le cocontractant à estimer que l'exécution du contrat ne présente plus d'intérêt. La relation contractuelle est trop dégradée pour envisager de la poursuivre¹.

2/ Les effets de la résolution : la destruction, totale ou partielle, du contrat

921. Les effets de la résolution consistent à « mettre fin au contrat » (art. 1229 al. 1^{er} c. civ.²), en tenant spécifiquement compte de l'échange, réalisé ou non dans le cadre du contrat. Réclamée par le contractant, la résolution signifie que l'exécution du contrat ne présente plus d'intérêt : soit parce que le temps d'exécution est passé ; soit parce que la déloyauté du cocontractant conduirait à se méfier de son exécution ; soit encore parce que le contractant craint qu'un manquement en entraîne un autre, et, de fil en aiguille, ne débouche sur l'insolvabilité (le prêt sera donc remboursé immédiatement). La destruction du contrat présente quelques singularités par rapport à la destruction d'un autre acte juridique : il s'agit d'identifier la date exacte de la résolution, car des échanges réciproques ont pu avoir lieu.

La *date d'effet de la résolution* (art. 1229 al. 2 c. civ.³) dépend du cas de résolution. Une clause résolutoire explicite précisant l'absence de toute mise en demeure préalable sera acquise dès la survenance du manquement grave commis par le contractant. Lorsque la mise en demeure préalable est exigée, la décision unilatérale du cocontractant prend effet à la date de la notification : il peut d'ailleurs renoncer à l'application de la clause résolutoire⁴. Lorsque la résolution est prononcée par le juge, le juge précisera la date d'effet.

La date à laquelle le contrat sera détruit possède une singularité (liée au transfert bilatéral des valeurs) en droit du contrat, ce qui conduit à distinguer résolution au sens strict et résiliation :

¹ Voir, Civ. 3^e, 6 septembre 2018, n°17-22.026, Bull.; RLDAff. 2018, n°6541 ; Ann. loyers, novembre 2018, p. 82, note Christelle Coutant-Lapalus, et p. 94, note Julien et Michel Zavaro : « Une cour d'appel qui relève que les parties n'ont ni l'une ni l'autre voulu sérieusement poursuivre l'exécution du contrat après le dépôt du rapport d'expertise peut prononcer la résiliation du marché de travaux à leurs torts réciproques. »

² Art. 1229 al. 1^{er} c. civ. : « La résolution met fin au contrat. »

³ Art. 1229 al. 2 c. civ. : « La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice. »

⁴ Civ. 3^e, 27 avril 2017, n°16-13.625, Bull. ; revue Administrer, mai 2017, p. 17, note Jehan-Denis Barbier. Voir également la revue Ann. loyers, juin 2017, p. 55, note Adeline Céрати-Gauthier, la revue Loyers et copr. 2017, comm. 139, note Emmanuel Chavance, le JCP 2017, éd. G, chron. 842, spéc. n°5, note Paul Grosser, et le JCP 2017, éd. E, II, 1352, note Bastien Brignon : (abstrat) « La locataire ne peut se prévaloir de l'acquisition d'une clause résolutoire, stipulée au seul profit du bailleur, lorsque celui-ci demande la poursuite du bail. »

- La *résiliation* met fin au contrat uniquement pour l'avenir, lorsque l'exécution du contrat a été correcte dans le passé (art. 1229 al. 3 c. civ.¹) : les obligations de l'un et celles de l'autre ont pu se compenser. Le donnant-donnant qui a eu lieu conduit à extinction réciproque (par compensation) des obligations payées. L'emprunteur a remboursé correctement les échéances du prêt, jusqu'au moment où il a surexploité son immeuble, et donc réduit la valeur de son bien, en portant préjudice à son créancier hypothécaire. La résiliation imposera à l'emprunteur de rembourser immédiatement toutes les échéances futures du prêt.
- La résolution au sens strict détruit rétroactivement le contrat. Le contrat ne présente aucun intérêt, ni pour le passé, ni pour l'avenir : les travaux réalisés par le contractant malhonnêtes seront détruits (à ses frais) et il devra rembourser les sommes perçues, en raison de la défiance que suscite également ce qui a été réalisé. Les restitutions sont traitées en régime général des obligations (art. 1229 al. 4 c. civ.²).

L'article 1230 c. civ.³ précise que la résolution sera, comme la nullité, partielle ou intégrale, selon que la clause est divisible ou indivisible. L'inexécution du contractant porte sur un aspect essentiel du contrat, non divisible. La vente de marchandise sera résolue, si le client ne paye pas le fournisseur.

(922- à 924. : réservés)

II/ L'exécution en nature aux frais du débiteur : *le besoin du contrat*

925. L'**exécution en nature** (art. 1221 et suiv. c. civ.) est une mesure prise par le créancier qui fait exécuter la prestation par un tiers aux frais du débiteur. Le débiteur est mis en demeure : il est averti que le créancier a besoin du contrat, et qu'en cas de carence, la prestation sera réalisée par un tiers. Les conditions de l'exécution en nature (art. 1221 c. civ.⁴) sont au nombre de deux : l'exécution en nature doit être possible et effectuée à coût raisonnable.

¹ Art. 1229 al. 3 c. civ. : « (...) 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. »

² Art. 1229 al. 4 c. civ. : « Lorsque 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. 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. »
« Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. »

³ Art. 1230 c. civ. : « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence. »

⁴ Art. 1221 c. civ. : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. »

- L'exécution est possible quand la prestation est suffisamment standardisée pour pouvoir être exécutée par un tiers (art. 1222 c. civ. permet au créancier de « faire exécuter lui-même l'obligation »). Un tiers, interchangeable avec le contractant initial, sera chargé de ravaler la façade ou de nettoyer l'immeuble. En revanche, l'exécution par un tiers sera « impossible », lorsque le débiteur est seul apte à réaliser la prestation (pour réaliser une œuvre, tel artiste, et non tel autre).
- L'exécution en nature doit être effectuée à un *coût raisonnable*. Selon l'article 1221 c. civ., il ne doit pas exister « une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. » Si le transporteur de personnes (snf) ne peut pas assurer le transport, le client ne pourra pas prendre le taxi et être conduit à destination (sauf, évidemment, si la snf accepte de prendre à sa charge les frais de taxi). La disproportion entre les frais de taxi et le prix d'un billet de train ne permet pas au client d'imposer la prise en charge des frais de taxi par la snf.

Les conditions de l'exécution en nature (possibilité et coût raisonnable) supposent donc que la prestation est standardisée. La personnalité du contractant, auteur de l'inexécution, est interchangeable ; le bien sur lequel porte la prestation est pareillement interchangeable. Reste à faire payer le contractant, auteur de l'inexécution.

926. Les **frais de l'exécution en nature** sont supportés par le débiteur. Mais le créancier confronté à un débiteur récalcitrant sera parfois confronté à une difficulté d'exécution. C'est la raison pour laquelle le créancier peut obtenir le versement préalable de la somme destinée à payer le tiers.

Lorsque le créancier décide unilatéralement de faire exécuter en nature, il devra payer le tiers, chargé de réaliser la prestation (ou de détruire ce qui a été mal fait). Le créancier devra alors exercer une *action en remboursement* contre le débiteur (art. 1222 al. 1^{er} c. civ.¹) : sauf exécution volontaire (par un débiteur conciliant), le créancier devra faire procédure à une exécution forcée, en avançant également les frais de saisie. Cela peut se concevoir, puisque l'exécution en nature suppose que le créancier a besoin du contrat.

L'article 1222 al. 2 c. civ. prévoit une *action préventive*, afin d'éviter au créancier cette cascade de frais. Le créancier peut faire condamner en justice le débiteur pour obtenir le versement préalable de

¹ Art. 1222 c. civ. : « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.

« Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction. »

la somme nécessaire à l'intervention du tiers, chargé d'exécuter le service (ou de détruire ce qui a été bâti de façon illégale¹).

(927- à 929. : réservés)

III/ La réduction de prix : une exécution incomplète

930. La **réduction de prix** (art. 1223 c. civ.²) est une mesure destinée à proportionner le paiement de l'un avec l'exécution partielle de l'autre. Le contractant confronté à « une exécution imparfaite du contrat » (quantité partielle livrée ou de moindre qualité) pourra retenir une partie du prix (« une réduction proportionnelle du prix »).

La réduction du prix peut ainsi avoir deux objets : soit la prestation est divisible, et le contractant créancier se satisfait de la quote-part obtenue ; soit la prestation est d'une qualité moindre, et le contractant se contente de la moindre qualité en contrepartie d'une baisse de prix³. En droit spécial de la vente, on parle d'action estimatoire⁴. La diminution du prix est légalement prévue à proportion de la surface manquante, dans la vente d'immeuble en appartement.

Cette mesure est spécialement efficace quand le créancier n'a pas déjà payé (art. 1223 al. 2 c. civ.) : de sa propre autorité, il retient une partie du prix⁵. Il doit alors notifier sa décision à l'autre, en la motivant (art. 1223 al. 2 c. civ.⁶). Si le cocontractant conteste, il devra saisir le juge, et obtenir une décision exécutoire.

Si le créancier a déjà payé ou en cas de doute sur la valeur estimée de l'exécution imparfaite, le créancier devra saisir le juge d'une demande de réduction de prix (comme en présence d'un dol incident⁷, lorsque la qualité anormale demeure secondaire).

¹ Une action spéciale est prévue par l'art. 1792-6 c. civ., en cas de désordre affectant la construction. Selon ce texte, « (...) en cas d'inexécution dans le délai fixé, les travaux peuvent, après mise en demeure restée infructueuse, être exécutés aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant. »

² Art. 1223 c. civ. : « Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix.

« S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais. »

³ Civ. 3^e, 7 mars 2019, n°18-16.182, Bull. ; D. 2019 p.535 (position, à une hauteur excessive, des fenêtres des chambres ne permettant ni une vision aisée vers l'extérieur ni la manoeuvre des poignées par une personne à mobilité réduite) : le contractant assigne la société pour réclamer l'exécution de travaux et une diminution du prix (à hauteur de 30 000 € au titre de la diminution du prix de vente de l'immeuble).

⁴ Avec l'action estimatoire, en cas de vente d'un bien affecté d'un vice caché, le vice de la chose réduit simplement la valeur du bien vendu, l'acquéreur a le choix (art. 1644 c. civ.) entre un remboursement (action rédhibitoire : art. 1648 c. civ.) ou une réduction de prix (action estimatoire). Voir : Com., 11 décembre 2012, n°11-25.493.

⁵ Pierre Lemay, *La réduction du prix du contrat en cas d'exécution imparfaite : un pas en avant, deux pas en arrière ?*, Dalloz 2018 p.567

⁶ Art. 1223 al. 2 c; civ. : « S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais. »

⁷ Le contractant dolosif engage sa responsabilité civile. Voir Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, n°12-20.504, Bull.

(931- à 939. : réservés)

IV/ Les dommages-intérêts : l'équivalent de la valeur contractuelle manquante

940. Les **dommages-intérêts** réclamés par le créancier représentent l'équivalent monétaire de la prestation que le débiteur aurait dû fournir à son cocontractant. Il s'agit de rembourser le billet de train qui n'est pas parti ou de le rembourser partiellement en cas de retard. Les dommages-intérêts ont également pour fonction de réparer le dommage que subit le contractant, lorsque son débiteur a, par exemple, manqué à son devoir d'information : si la caution avait été mise en garde par le banquier, elle aurait eu une chance de ne pas s'engager ou de ne pas s'engager pour un tel montant. Les dommages-intérêts remplissent donc plusieurs fonctions distinctes : la première est centrée sur le transfert de la valeur contractuelle, la seconde sur le dommage que subit spécifiquement le contractant qui n'a pas été correctement informé.

941. La fonction classique des dommages-intérêts octroyés au créancier (contractant victime de l'inexécution) est **centrée sur la valeur de la prestation** qui n'a pas été exécutée, qui l'a été de manière incorrecte ou avec retard. En droit des obligations, l'expression « dommage-intérêts » est à comprendre au sens littéral : tout créancier (contractant ou non) qui subit l'inexécution de son débiteur pourra obtenir un équivalent monétaire à la prestation qui n'a pas été exécutée, ainsi que la réparation des conséquences du retard (les « intérêts »¹). L'inexécution imputable au contractant (débiteur) ne présente pas ici de spécificité, sauf à remarquer que, en droit du contrat, la question relève de la liberté contractuelle.

En *droit des obligations*, l'indemnisation due au créancier (impayé) imposera au débiteur de verser un équivalent à la prestation qu'il n'a pas réalisée. Or, il arrive fréquemment que le coût de remplacement et celui de réparation d'un bien soient différents. Parfois le coût de remplacement du bien est plus faible que celui de sa réparation (réparation d'une machine à laver); parfois, c'est l'inverse (le remboursement d'un billet de train pris à l'avance est moins cher que son remplacement par un billet pris au dernier moment). Le créancier impayé a-t-il droit au *remboursement ou au remplacement* de la prestation inexécutée ?

¹ En cas d'inexécution d'une obligation de somme d'argent, l'existence de ce dommage est présumée en régime général des obligations. Voir : art. 1231-6 c. civ. : « Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure.

« Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

« Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire. »

- Lorsqu'un bien est interchangeable, la plus faible des deux sommes représentant la réparation ou le remplacement sera fréquemment le montant retenu. La solution, également prévue en droit de la consommation (art. L 217-9 c. conso.¹), impose de proportionner le coût d'une réparation avec le remplacement par un bien équivalent. Si la réparation d'un véhicule accidenté coûte notablement plus cher que son remplacement par un autre véhicule équivalent, le contractant, auteur de l'inexécution, pourra s'opposer à l'exécution en nature. Normalement, un bien est standardisé : peu importe les attaches sentimentales qu'un acheteur peut éprouver.
- La réparation d'un bien qui n'est pas interchangeable (comme la remise en état d'un terrain, imposant la destruction du bâtiment mal construit ; chien de compagnie atteint d'une maladie nécessitant une opération coûteuse : Civ. 1^{ère}, 9 déc. 2015²) imposera au responsable (débitaire de la réparation : mauvaise exécution du contrat) une charge sans commune mesure avec le prix convenu de la prestation ou celui du terrain. Les frais de démolition d'un bâtiment mal construit et de remise en état du terrain ne sont corrélés ni à la valeur du bien (valeur du terrain), ni à celle de la prestation (construire un bâtiment). Il en va de même pour le chien de compagnie : le coût des soins (analogues au coût de réparation) pourra être bien supérieur au coût de remplacement.

En *droit du contrat*, les solutions prévues en droit des obligations relèvent de la liberté contractuelle. Soit on applique le droit commun des obligations (simplement repris en droit du contrat), soit les parties conviennent d'une clause chiffrant le dommage subi par le cocontractant. En droit du contrat, on distinguera donc entre le dommage prévisible (supplétif de volonté) et le dommage prévu (par une clause explicite).

- Le *dommage prévisible* (art. 1231-2 c. civ.³) est dû par le contractant débiteur à défaut de clause contraire. Lorsque le moteur du navire n'est pas réparé correctement, le propriétaire du navire obtiendra le remboursement des frais de réparation exposés ainsi que

¹ Art. L 217-9 c. conso. : « En cas de défaut de conformité, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien. Toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut. Il est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur. »

² Civ. 1^{ère}, 9 déc. 2015, n°14-25.910, Mme X c/ Mme Y, D. 2016. 360, note S. Desmoulin-Canselier, à propos de la vente d'un chien (race des Bichons) : « Ayant relevé que le chien en cause était un être vivant, unique et irremplaçable, et un animal de compagnie destiné à recevoir l'affection de son maître, sans aucune vocation économique, le tribunal qui a ainsi fait ressortir l'attachement de Mme Y pour son chien, en a exactement déduit que son remplacement était impossible, au sens de l'article L. [217-9] 211-9 du code de la consommation »

³ Art. 1231-2 c. civ. : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. »

l'indemnisation de la perte d'exploitation (liée à l'immobilisation du bateau pendant six mois)¹.

– Le dommage prévu (art. 1231-3 c. civ.²) suppose l'adoption d'une clause explicite par les parties. Elles conviennent d'évaluer au forfait les dommages-intérêts (art. 1231-5 c. civ.³), soit par une clause pénale destinée à inciter le contractant défaillant (200€ par jour de retard), soit par une clause limitative de responsabilité qui a pour objet de plafonner le dommage subi par le créancier. Mais on sait que ces clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont potentiellement dangereuses pour le cocontractant, si l'autre cherche à s'exonérer de tout professionnalisme dans l'exécution de sa prestation (Com., 22 oct. 1996, *Chronopost*⁴). Ces clauses ayant « *pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* » sont abusives, et désormais proscrites à l'article 1171 c. civ.⁵ (en droit général du contrat) et à l'article L 212-1 c. conso. On sait également que le manquement à une obligation essentielle est sanctionné par l'article 1170 c. civ. (supra).

En droit français du contrat, les dommages et intérêts alloués au contractant qui subit l'inexécution imputable à l'autre donnent lieu à une perception extensive. Il s'agit aussi bien de remboursement (« dommage » au sens strict), que de réparer les conséquences du retard (les « intérêts » qu'aurait rapporté le placement d'une somme d'argent, le bénéfice qu'aurait rapporté la revente du bien si la livraison avait eu lieu à temps).

¹ Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2012, n°11-22399, Bull. n°192 : somme de 9 216,76 € au titre des frais de réparation du moteur ; somme de 25 830 € à titre de remboursement des frais générés par l'immobilisation du navire pendant près de 6 mois.

² Art. 1231-3 c. civ. : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. »

³ Art. 1231-5 c. civ. : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

« Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

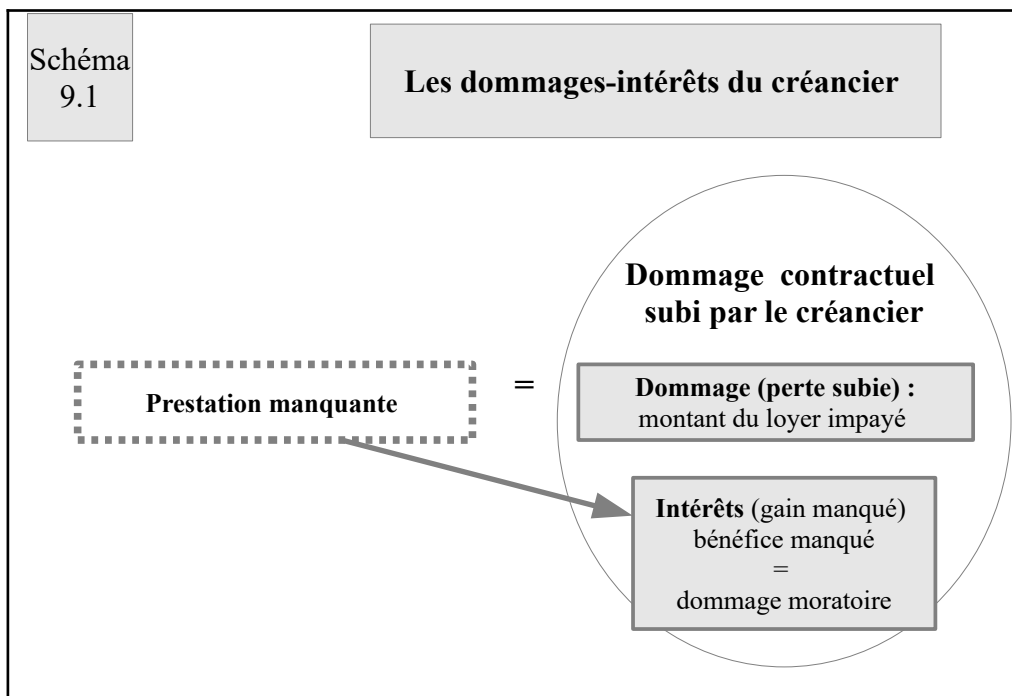
« Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

« Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure. »

⁴ Com., 22 oct. 1996, n°93-18632, Bull. n°261 ; D. 1997, p.147, note Christian Larroumet ; D. 1997, p.121, note Alain Sériaux ; Contrats, conc. consom. févr. 1997, p. 9, note Laurent Leveuveur ; RTD civ. 1997, p. 419, obs. Jacques Mestre ; Defrénois 1997, art. 36516, n°20, p. 333, obs. Denis Mazeaud ; JCP 1997, I, n°4025, obs. Geneviève Viney, n°17 ; adde RTD civ. 1998, p. 213, note Nicolas Molfessis ; JCP 1998.I.152, chron. J.-P. Chazal.

⁵ Art. 1171 c. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »



942. La seconde fonction remplie par les dommages-intérêts permet d'**indemniser un contractant**, notamment quand il a perdu une chance en raison d'un manque d'information que le cocontractant devait lui délivrer au titre du devoir de loyauté. Là encore, d'ailleurs, le droit français s'est montré extensif dans la perception de ces dommages que le contractant peut subir.

On sait que certains contractants sont tenus d'un devoir de loyauté (supra n°435) qui prend la forme d'un *devoir d'information* (art. 1112-1 c. civ.¹). La banque doit s'informer du caractère adapté du prêt aux capacités de remboursement de l'emprunteur (art. 312-14 c. conso.²). Une banque doit s'informer sur la fortune et les revenus de la caution qui s'engage. En présence d'un risque spécifique (risque de change en présence d'un emprunt comportant une clause d'indexation sur le

¹ Art. 1112-1 c. civ. : « 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.

« 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. »

² Art. L 312-14 c. conso. : « Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière, notamment à partir des informations contenues dans la fiche mentionnée à l'article L. 312-12. Il attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement. Ces informations sont données, le cas échéant, sur la base des préférences exprimées par l'emprunteur. Lorsque le crédit est proposé sur un lieu de vente, le prêteur veille à ce que l'emprunteur reçoive ces explications de manière complète et appropriée sur le lieu même de la vente, dans des conditions garantissant la confidentialité des échanges.

franc suisse ; financement d'une opération vouée à l'échec), une banque est également tenue d'un devoir de mise en garde envers l'emprunteur (et sa caution). Le contractant victime d'un manque d'information subira un dommage contractuel dont le montant sera ou non corrélé à la valeur de la prestation :

- Le *dommage contractuel* sera corrélé au montant de la prestation. S'il avait disposé de l'information correcte, l'emprunteur aurait limité le montant de son emprunt¹ ou ne serait pas exposé à ce risque² ; la caution aurait limité son engagement³. On notera que l'information manquante ne correspond pas à une prestation véritable (ce n'est pas un service qui enrichit) ; mais l'évaluation de l'information manquante sera corrélée avec la valeur de la prestation principale. Le client aurait évité la pose d'un parquet inadapté (Civ. 3^e, 15 avril 2021⁴). L'emprunteur se serait moins exposé au risque ou la caution se serait moins engagée (Com., 6 juillet 2022⁵ ; Com., 1997⁶). Le montant de l'indemnisation correspond fréquemment à une fraction de la contrepartie.
- Lorsque le manquement d'un contractant à son devoir de conseil conduit le cocontractant à être exposé à un risque (qui s'est réalisé), le contractant fautif devra fréquemment assumer les conséquences de la réalisation du risque. Si l'assureur avait proposé (conformément à la demande des clients) une assurance adaptée, les clients auraient été protégés contre le risque (Civ. 2^e, 15 septembre 2022⁷).

¹ Com. 1^{er} juill. 2020, n°18-21.739, inédit, RDI 2021. 80, obs. J. Bruttin ; LPA 2021, n° 157, p. 18, obs. J. Lasserre Capdeville (responsabilité contractuelle de la banque qui prête sur vingt ans sans mettre en garde son client de 56 ans sur la baisse de ses revenus liée à sa retraite).

² Civ. 2^e, 20 mai 2020, n°18-25.440, D. 2020. 1100, et 2021. 46, obs. C. Quézel-Ambrunaz ; RDI 2020. 524, obs. H. Heugas-Darraspen ; AJ contrat 2020. 385, obs. C. François ; RTD civ. 2020. 629, obs. H. Barbier : « toute perte de chance ouvre droit à réparation » (correctement informé, l'emprunteur aurait peut-être choisi une assurance le couvrant mieux contre le risque d'incapacité de travail).

³ Com., 17 juin 1997, n°95-14105, *Macron*, Bull. n°188, p.165 ; D; 1998, p. 208, note J. Casey ; JCP E 1997, p. 235, note D. Legeais : un dirigeant d'entreprise s'était porté caution envers sa société, pour une somme de plusieurs millions d'euros, alors que son patrimoine personnel n'atteignait que le demi-million. Le cautionnement était manifestement disproportionné.

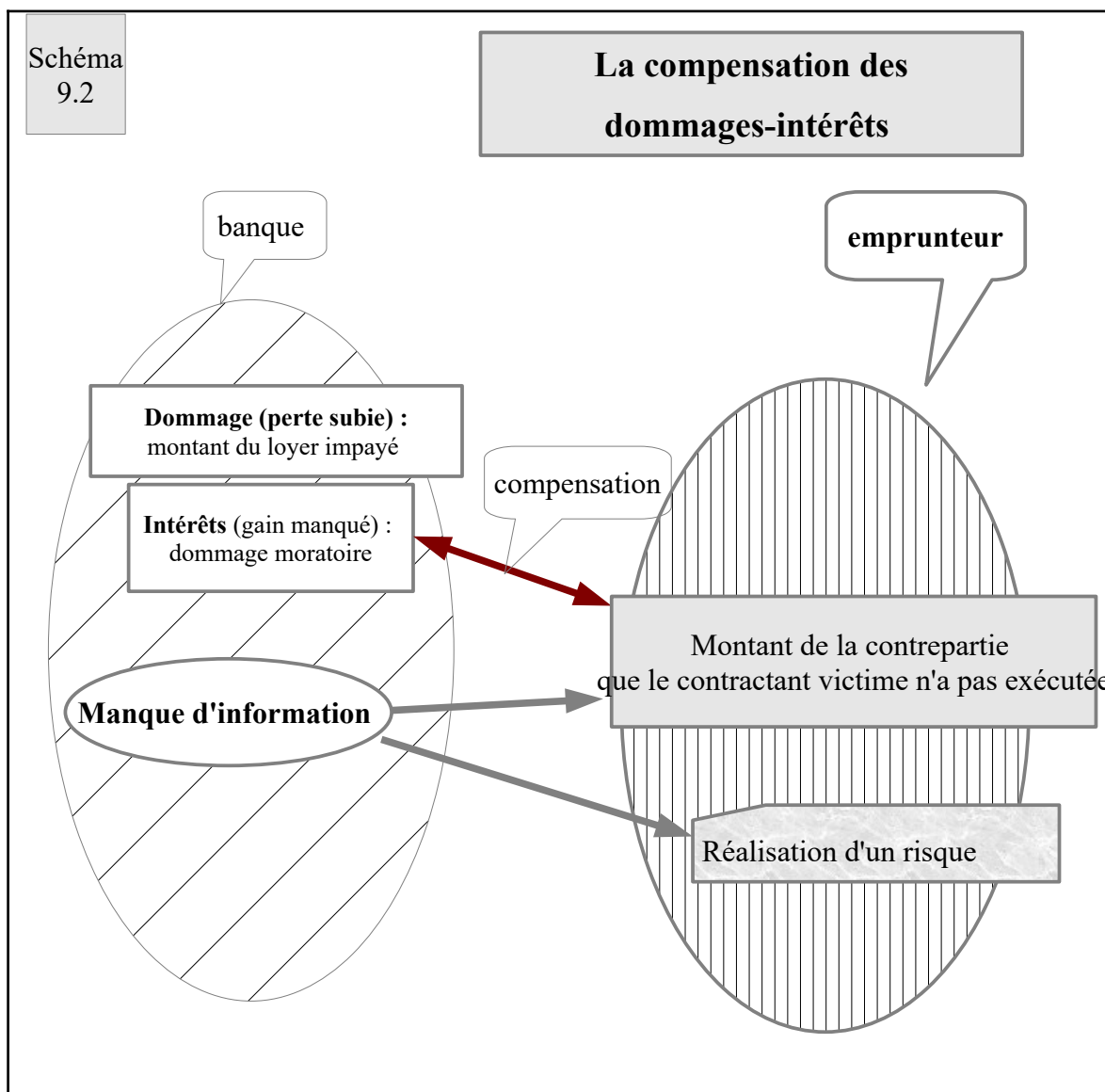
⁴ Civ. 3^e, 15 avril 2021, n°19-25.748 (n° 361 FS-P), Bull. ; D. 2021 p.799 : indemnisation du client devant remplacer le parquet inadapté aux lieux accueillant du public, d'où sa dégradation rapide : le professionnel engage sa responsabilité pour avoir « manqué à son devoir d'information et de conseil sur le parquet choisi au regard de l'usage auquel il était destiné ».

⁵ Com., 6 juillet 2022, n°20-17.279, Bull. (la caution, condamnée « à payer diverses sommes à la banque, cette dernière étant elle-même condamnée à [lui] payer, à titre de dommages-intérêts, une somme d'un montant égal à celui au paiement duquel [la caution] était condamné[e]. » ; Com., 13 mars 2012, n°10-28.635, Bull. n°51 (« compensation opérée entre une créance de dommages-intérêts résultant du comportement fautif du créancier à l'égard de la caution lors de la souscription de son engagement, et celle due par cette dernière, au titre de sa garantie envers ce même créancier »).

⁶ Com., 17 juin 1997, n°95-14105, *Macron*, préc. Bull. n°188, p.165 ; D; 1998, p. 208, note J. Casey ; JCP E 1997, p. 235, note D. Legeais : la banque dût plus de deux millions d'€ (quinze millions de francs) de dommages-intérêts, lesquels venaient se compenser avec la dette de la caution (c-à-d. le montant exact que la caution pouvait payer au créancier).

⁷ Civ. 2^e, 15 septembre 2022, n°21-15.528, Bull. : « le courtier avait admis que les risques que les assurés lui avaient demandé de faire garantir ne se limitaient pas aux risques automobiles (...) ; il avait ainsi manqué à son obligation de conseil en n'attirant pas spécialement leur attention sur la nécessité de souscrire une assurance facultative complémentaire »

Schéma
9.2



Par ailleurs, lorsque le contractant est blessé au cours de l'exécution du contrat, les juges français ont inventé une *obligation contractuelle de sécurité* (au titre des suites sous-entendues : art. 1194 c. civ.¹). Le contractant doit alors réparer l'atteinte à la personne (blessure) et/ou aux biens subie par son cocontractant : il va de soi que le montant de ce dommage est complètement indépendant de la valeur de la prestation. Le bras cassé du passager blessé lors de l'exécution du contrat de transport n'a aucune commune mesure avec le prix du billet.

Les dommages-intérêts octroyés au créancier (contractant, victime de l'inexécution) sont des réparations similaires au dommage moratoire subi par le contractant. Ces réparations sont

¹ Art. 1194 c. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. » Supra, n°480 et suiv.

entièrement distinctes de la valeur que représente la prestation contractuelle : l'évaluation du manquement au devoir de loyauté est simplement corrélé à la valeur de la prestation, mais ce n'est pas le cas en présence d'un manquement à l'obligation contractuelle de sécurité. Dans les deux cas, l'inexécution cause un dommage : ces dommages-intérêts se cumuleront donc avec les options du créancier.

943. Les dommages-intérêts octroyés au contractant, victime de l'inexécution, ont en réalité plusieurs **fonctions distinctes**. Il s'agit de rembourser, d'indemniser le dommage lié au retard ou d'infliger une déchéance à l'auteur d'une déloyauté. Or, seul le remboursement est centré sur la prestation ; l'indemnisation du retard, de la déloyauté et de la blessure ont un domaine d'application différent.

L'extension prise par les « dommages-intérêts » s'explique par le fait que le contractant victime réclame l'application cumulative de différentes mesures (sans parler, dans un contrat synallagmatique, de l'exception d'inexécution¹ opposée par le contractant). L'acquéreur du bateau (dont le moteur ne fonctionne pas) ou l'emprunteur peut réclamer :

- premièrement, une exécution en nature (réparation du moteur du bateau ; versement des fonds prêtés) ou un remboursement du prix du moteur. C'est le domaine des options du créancier ;
- deuxièmement, une indemnisation pour l'immobilisation du bateau (dommage moratoire), ce qui suppose une inexécution de la prestation ; en présence d'une obligation de somme d'argent (fonds prêtés, loyer à verser), ce sera le taux légal ;
- troisièmement, une indemnisation pour violation du devoir de loyauté (lorsque le vendeur a commis un dol incident : âge réel du bateau ; absence de mise en garde sur les risques d'un surendettement). En l'espèce, le contractant a pu exécuter sa prestation principale (remise des fonds prêtés).
- quatrièmement, une indemnisation pour violation de l'obligation contractuelle de sécurité, lorsque le contractant est blessé lors de l'exécution du contrat. Le passager blessé lors de l'exécution du contrat de transport a pu être transporté en temps et en heure.

¹ Civ. 3^e, 14 février 2019, n°17-31.665, Bull. ; RLDC 2019, n°6559, p. 4, note Pauline Fleury ; Ann. loyers, avril 2019, p. 97, note Christelle Coutant-Lapalus ; JCP G 2019.II.363, note Olivier Deshayes : « La stipulation de sanctions à l'inexécution du contrat n'exclut pas la mise en œuvre des solutions issues du droit commun des obligations. [...] La stipulation de pénalités contractuelles en cas de retard de paiement [ne fait pas] obstacle à ce que le cocontractant puisse opposer l'exception d'inexécution aux retards de paiement. »

L'importance prise par les dommages-intérêts s'explique donc. Le contractant, victime de l'inexécution, considère que le versement d'une somme d'argent représente aussi bien la valeur de la prestation payée (remboursement), que le prix d'une déloyauté ou encore que la réparation d'un dommage corporel ou matériel. On aborde alors la question du domaine de l'option.

(944- à 948. : réservés)

Conclusion §2^{ème}/ L'inexécution imputable au débiteur : les options du créancier

949. Le **domaine d'application** des options du créancier est précisé par l'article 1217 al. 2 c. civ.¹ : « les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ».

Les *options du créancier* sont mathématiquement équivalentes : soit on exécute en nature (ou on réduit le prix), soit on supprime l'exécution, soit on rembourse. Ces options sont logiquement alternatives, puisqu'elles sont centrées sur la valeur contractuelle à transférer ou à ne pas transférer.

Les autres mesures peuvent donner lieu à une *application cumulative*. Le retard à exécuter, le dommage subi par le contractant blessé lors de l'exécution du contrat donnent lieu à indemnisation : le préjudice est indépendant de la prestation. Il en va différemment avec une somme d'argent : le taux d'intérêt est fixé au regard du montant de la somme. Le contractant, auteur d'une déloyauté de l'autre (violation du devoir de mise en garde, d'information ...), subira une déchéance proportionnée à ce que l'autre lui doit encore : c'est une manière très spécifique de rééquilibrer un contrat.

En droit du contrat, ces mesures sont prises en présence d'une inexécution imputable au contractant. Lorsqu'il n'est pas responsable de l'inexécution, le cocontractant cherchera à éviter unilatéralement une perte.

§3^{ème} / L'inexécution causée par la force majeure : la charge

de la perte de la prestation

950. L'**inexécution causée par la force majeure** ne donne lieu à aucun reproche envers le débiteur. Mais, la question de l'équilibre reste la même dans le contrat synallagmatique : il s'agira de déterminer sur qui doit peser le risque de perte. Face à la perte du local, vendu ou loué, il s'agira de déterminer si le locataire cesse de verser le loyer, lorsque le local est détruit ; et pourquoi

¹ Art. 1217 al. 2 c. civ. : « Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

l'acquéreur continue de rembourser son emprunt, lorsque le bien vendu est détruit après la vente. Les effets de la force majeure conduisent ainsi à identifier celui qui subit la perte : c'est ce à quoi correspond la théorie des risques. Elle a pour fonction d'identifier celui qui subit la perte de la prestation, lorsque l'autre (souvent le cocontractant) bénéficie d'une libération définitive pour cause de force majeure (art. 1218 c. civ.¹). En thèse générale, la contreprestation est perdue pour le contractant subissant la force majeure ; mais la perte du bien (objet de la prestation) est subie par celui à qui les risques ont été transférés.

951. En droit du contrat, la **perte de la contrepartie** est subie par le contractant, débiteur de la prestation, subissant la force majeure. En revanche, le créancier de la prestation (qui ne peut plus profiter de la prestation pour cause de force majeure) n'est pas concerné.

En présence d'un contrat synallagmatique, le *service qui n'est pas rendu n'est pas payé*. Le local détruit par force majeure interdit au bailleur de rendre service (le bailleur étant le débiteur de la jouissance du local) : le bailleur n'encaisse pas le loyer. Cette solution, expressément prévue par l'article 1722 c. civ.², a été généralisée à tous les contrats de service. Si le salarié ne peut se rendre à son travail pour cause de force majeure (neige, verglas ...), sa journée d'absence ne lui sera pas payée. La force majeure obéit ainsi à la logique du donnant-donnant, également applicable en cas d'inexécution. L'exception d'inexécution, la résolution, la réduction de prix ou l'exécution aux frais du débiteur sont des applications de l'idée de donnant-donnant : il s'agit de préserver l'équilibre dans l'échange. Le risque de perte est donc minimisé : pas de local, pas de loyer.

En revanche, le *prix du séjour payé n'est donc remboursable*. Le créancier qui ne peut pas profiter du service qu'il a payé pour cause de force majeure reste tenu de la contrepartie. Le client d'un hôtel, victime d'une maladie, et qui ne peut pas profiter de son séjour subit une force majeure : mais il est seulement empêché de profiter de la prestation (Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2020³).

¹ Art. 1218 c. civ. : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

« Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »

² Art. 1722 c. civ. : « Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit [...]. Il n'y a lieu à aucun dédommagement. » Voir : Civ. 3^e, 8 mars 2018, n°17-11.439, Bull. ; Loyers et et copr. 2018, comm. 94, note Emmanuelle Chavance ; Ann. loyers, mai 2018, p. 49, note Adeline Cérati-Gauthier ; RJDA 2018, n°398 ; Rev. loyers 2018, p. 244, note Christine Lebel ; D. 2018, pan., p. 1125, note Nicolas Damas : (abstrat) « Selon l'article 1722 du code civil, si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit. Doit être assimilée à la destruction en totalité de la chose l'impossibilité absolue et définitive d'en user conformément à sa destination ou la nécessité d'effectuer des travaux dont le coût excède sa valeur. »

³ Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2020, n°19-21.060, Bull. ; D. 2021, p.1143 : « le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure. »

952. La **perte du bien** est donc également subie par son propriétaire, et plus généralement par celui à qui les risques sont transférés.

En présence d'un *contrat translatif de propriété*, le bien vendu sera aux risques de son propriétaire. Res perit domino signifie que la perte est subie par le propriétaire (art. 1196 c. civ.²). Tout dépend donc du moment auquel la propriété est transférée : sauf clause contraire, le transfert de propriété (et donc celui des risques : art. 1196 al. 3 c. civ.) s'opère dès l'échange des consentements ; en présence d'une chose de genre, les risques sont transférés sur l'acquéreur à compter de l'identification de la chose vendue. L'acquéreur du bien détruit par la force majeure après la conclusion du contrat doit en payer le prix.

Le contrat peut néanmoins prévoir, par une clause expresse, qui subit le risque de destruction de la chose pour cause de force majeure. Ainsi, dans le contrat de crédit-bail, une clause de style prévoit systématiquement que la banque, propriétaire des biens loués, ne subit pas le risque de perte, qui sera donc assumé par le loueur, possesseur du bien. Si le bien est perdu, le crédit-preneur devra néanmoins continuer à verser les loyers. La solution peut se justifier : le crédit-preneur a vocation à devenir ultérieurement propriétaire. Le contrat prévoit qu'il assume immédiatement le risque de perte de la chose, mais que le transfert de propriété aura lieu plus tard, lorsque le prix sera intégralement payé (supra, exception d'inexécution). Le contrat de vente peut également prévoir que les risques (de perte du bien) seront transférés à l'acquéreur à compter du paiement.

Le propriétaire actuel d'un bien est celui qui tire profit (de l'inflation monétaire dont son bien fait l'objet) et qui se charge donc des risques (de perte) de sa chose. La question est ici étrangère au contrat proprement dit : le contrat a simplement pour objet d'identifier le moment auquel s'effectue le transfert des risques. Dans le silence du contrat, les risques sont transférés en même temps que la propriété. Une clause contraire peut transférer les risques (de perte) au locataire.

953. La **théorie des risques** a donc pour fonction d'identifier celui qui subit la perte de la contrepartie, quand elle est prévue, lorsque la prestation n'est pas exécutée pour cause de force majeure.

² Art. 1196 c. civ. : « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.

« Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.

« Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1. »

Anc. art. 1138 c. civ. : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul échange des consentements./ Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ».

En principe, et sauf clause contraire, la perte de la contrepartie est subie par le contractant qui subit la force majeure. Le bailleur, propriétaire du bien, subit la perte des loyers ; il subit la perte de son bien, car il en assume les risques en sa qualité de propriétaire. L'acquéreur, en sa qualité de propriétaire, subit la perte de sa chose, et il doit en payer le prix, car il a obtenu la contrepartie (la propriété du bien, ultérieurement perdu).

Une clause explicite peut modifier la date à laquelle les risques seront transférés. Ainsi, le créditpreneur sera-t-il tenu de verser le loyer, même si le bien est détruit par force majeure : la date de transfert des risques est dissociée de la date de transfert de la propriété. Il est donc possible de modifier la date de transfert des risques : la loi prévoit d'ailleurs ponctuellement la solution lorsque le débiteur est mis en demeure.

PLAN DE COURS :
droit du contrat

Introduction au droit du contrat

§1er/ Le verrou du consentement : économie et politique d'une relation

I/ L'économie du contrat : les modalités de l'équation contractuelle

1/ La précision suffisante du contrat : la liberté contractuelle des contractants

2/ Le créancier économique : la spécificité du contrat synallagmatique

II/ La politique contractuelle : la relation nouée entre les contractants

1/ La distance contractuelle : les modèles anthropologiques du contractant

2/ La bonne foi contractuelle : la standardisation de la relation personnelle

§2ème/ Le droit du contrat : l'organisation de la liberté contractuelle

I/ Les théories générales : le libéralisme versus le dirigisme

1/ Le contrat selon l'autonomie de la volonté : une liberté individuelle

2/ Le contrat selon le solidarisme : une liberté dirigée

II/ Le droit positif du contrat : la réglementation (impérative) de la liberté contractuelle

1/ Le champ d'application du droit du contrat : le tronc commun applicable à tout contrat

2/ L'exigence de bonne foi : les attentes contractuelles légitimes des contractants

I^{ère} partie
La formation du contrat

Chapitre 1^{er}/ Le consentement mutuel
des contractants

Section 1^{ère}/ L'existence du consentement

§1^{er}/ La volonté certaine de contracter : une décision libre et ferme

I/ La décision de contracter : la capacité et le pouvoir de vouloir

1/ La capacité de conclure un contrat

2/ Le pouvoir d'engager le patrimoine

II/ La décision libre : la liberté de contracter ou non

1/ Le principe (libéral) fixé en droit du contrat : un libre choix individuel

2/ Les exceptions (solidaristes) à la liberté de contracter : la volonté contrainte ?

a/ L'obligation d'offrir

b/ Le contrôle des motifs d'un refus

c/ L'obligation de contracter

III/ La décision ferme de contracter : l'engagement envers l'autre

1/ Les offres faites avec réserves

2/ Les promesses de contrat

§2^{ème}/ La conclusion du contrat : la rencontre des volontés

I/ Le principe : la formation instantanée du contrat

1/ La rétractation (illicite) de l'offre faite avec délai

a/ Le principe (libéral) : l'indemnisation

b/ L'exception (solidariste) : la nullité du refus illicite

2/ L'absence d'un détail ou d'une formalité : l'accord sur l'essentiel

a/ L'absence d'un détail : la distinction entre le secondaire et l'essentiel

b/ L'absence d'une formalité à accomplir

3/ La date de conclusion du contrat conclu à distance

a/ La conclusion du contrat par échange de courriers : la théorie de la réception

b/ La date de conclusion du contrat conclu par voie électronique

II/ L'exception de la temporisation : la formation retardée du contrat

1/ L'offre avec délai minimal de maintien

2/ Le délai d'acceptation du contrat

Section 2^{ème} / L'expression de la volonté

§1^{er} / Le principe : l'exigence d'un signe

I/ Le principe consensualiste : « il suffira d'un signe ... »

1/ L'exigence d'une volonté explicite : la garantie de l'égalité des contractants

2/ L'exigence indirecte d'un signe : la preuve du contrat

II/ L'exception du formalisme : l'exigence d'un signe formel

1/ La variété des conditions de forme : l'échelle de gravité des contrats formalistes

a/ Le contrat solennel : l'écrit signé

b/ Les contrats réels : la remise de la chose

2/ La sanction du vice de forme : la nullité du contrat

§2^e / L'exception : l'admission d'un indice

I/ L'expression d'une volonté tacite : la présomption issue d'une habitude

1/ L'usage professionnel : l'acceptation ponctuelle d'un contrat (à exécution instantanée)

2/ La tacite reconduction du contrat à exécution successive : le renouvellement du contrat

II/ L'expression d'une volonté implicite : la fiction du consentement mutuel ?

Section 3^{ème} / Les vices du consentement

§1^{er} / L'erreur : l'absence d'une information déterminante du consentement

I/ L'erreur simple : le contractant qui se trompe

- 1/ La qualité essentielle : la présence d'un défaut majeur
- 2/ La qualité convenue : entrée dans le champ contractuel
- 3/ L'erreur (morale) excusable : la cause de l'information manquante

II/ Le dol : le cocontractant qui trompe

- 1/ La tromperie : le contractant malhonnête
 - a/ L'auteur du dol : le cocontractant ou son complice
 - b/ L'élément moral : l'intention de tromper
 - c/ L'élément matériel : le mensonge et la réticence
- 2/ La violation du devoir de loyauté contractuelle : le domaine des silences parlants
- 3/ L'admission large de l'erreur provoquée par le dol : l'annulation extensive
 - a/ L'erreur inexcusable : l'indifférence envers le consensualisme
 - b/ L'admission de l'erreur provoquée sur la valeur : la manipulation de cours
 - c/ L'erreur provoquée sur le mobile : la qualité attendue par l'un et connue de l'autre

§2^e/ La contrainte

I/ La violence : la contrainte par l'emploi de procédés brutaux

- 1/ La menace de violence : le rapport de force excessivement brutal
 - a/ Les menaces admises : l'exercice d'une liberté ou d'un droit
 - b/ Les comportements interdits : les pressions et les menaces de représailles illicites
- 2/ La crainte (généralisant le consentement) : le vice de contrainte

II/ Le chantage : la menace d'exercer une prérogative de manière abusive

- 1/ La menace abusive : l'obtention d'un avantage "manifestement excessif"
 - a/ L'exercice d'une voie de droit : l'abus ou le détournement
 - b/ La contrainte économique : la menace de rupture envers le contractant dépendant
- 2/ La crainte résultant du chantage : la crainte d'un dommage légal

Chapitre 2^{ème}/ Le contenu du contrat

Section 1^{ère}/ Le contenu certain : la prestation suffisamment déterminée

§1er/ La détermination explicite de la prestation

I/ Les clauses essentielles : l'exigence d'une clause explicite

1/ Le prix explicitement convenu : le principe consensualiste et libéral

a/ Le silence sur le prix : un manque essentiel

b/ L'exigence d'un prix objectivement chiffrable : la logique consensualiste

2/ Le prix fixé unilatéralement par le cocontractant : les exceptions solidaristes

a/ Le tarif-fournisseur : les contrats-cadre de distribution en droit du contrat

b/ Le contrat de service conclu sans forfait : un contrôle judiciaire a posteriori

II/ Les attentes contractuelles spéciales

1/ Le principe : la condition explicite

2/ L'exception : la loyauté contractuelle (la confiance relative)

a/ L'information sur le caractère adapté de la prestation aux besoins du cocontractant

b/ Le devoir de conseil et de coopération

§2ème/ La détermination implicite de la prestation : le domaine des silences parlants

I/ Les aspects secondaires de la prestation (principale) : les clauses tacitement convenues

1/ La qualité tacite de la prestation : en fonction de « l'attente légitime des parties »

2/ La durée du contrat à exécution successive et sa rupture

3/ La révision du contrat pour cause d'imprévision

II/ Les suites sous-entendues de la prestation principale : les prestations accessoires

1/ Les suites tacitement sous-entendues : le devoir d'exécuter de bonne foi

2/ L'obligation contractuelle de sécurité : le forçage du contrat ?

**Section 2^{ème} / Le contenu licite : la fonction
du contrat**

§1er/ Le caractère équilibré des prestations : un contrat normalisé par le juge

I/ Le déséquilibre principal du contrat : le contrôle ponctuel du juge

1/ La lésion : des cas spéciaux légalement prévus

2/ La contrepartie dérisoire : l'annulation intégrale du contrat

II/ Le déséquilibre secondaire créé par une clause du contrat : la clause réputée non écrite

1/ Le manquement à une obligation essentielle : le manque de professionnalisme

2/ Les clauses abusives : l'attente légitime du cocontractant

a/ La détermination de la clause abusive : les autorités compétentes

b/ Le contenu des clauses abusives : un déséquilibre significatif mais accessoire

c/ La sanction de la clause abusive : réputée non écrite

§2ème / L'ordre public contractuel : objet et but illicites

I/ L'objet licite de la prestation : les clauses restreignant l'exercice d'une liberté

II/ Le but illicite de la prestation : la mauvaise raison du contrat

1/ La définition extensive du but illicite : le mobile secret à l'un des contractants

2/ L'élément illicite du but : une liberté contractuelle transformée en droit-fonction ?

Deuxième Partie
Les effets du contrat

**chapitre 1^{er}/ La valeur des obligations
contractuelles**

Section 1^{ère}/ La nullité du contrat

§1^{er}/ Les cas de nullité : les vices de formation d'un contrat

- I/ Le régime procédural de la nullité : la validation conditionnelle de l'obligation viciée
 - 1/ La prescription applicable au constat du vice : le comportement des contractants
 - a/ La nullité invoquée par voie d'action ou d'exception : le critère de l'exécution
 - b/ L'action en nullité relative ou absolue : la catégorisation des vices
 - 2/ Le délai de forclusion : le critère objectif de la conclusion du contrat
 - a/ La forclusion à compter de la conclusion du contrat : des dispositions spéciales
 - b/ La forclusion selon l'article 1183 : une confirmation implicite
- II/ Le domaine de la nullité : la qualification d'un défaut du contrat
 - 1/ Le domaine général de la nullité, en droit positif : tout défaut est un vice
 - 2/ La distinction entre nullité et inexistance : la notion spécifique de vice

§2^e / L'annulation : l'inexistence du contrat

- I/ L'étendue d'annulation : nullité intégrale ou partielle
 - 1/ Le principe : la distinction entre l'essentiel et le secondaire
 - 2/ La clause réputée non écrite : sanction ou modification du contrat
- II/ Les effets de l'annulation : restitutions et rétroactivité
 - 1/ Les restitutions : la conséquence de la destruction du titre contractuel

2/ La fiction de la rétroactivité : le titre réputé inexistant

Section 2^{ème}/ La force obligatoire du contrat

§1er/ L'exécution par les seules parties

I/ L'exécution loyale de la promesse contractuelle

1/ La caducité du contrat : le contrat devenu inutile

2/ L'exécution de mauvaise foi : l'abus de littéralisme

II/ L'interprétation du contrat : les obligations mal exprimées

1/ L'interprétation loyale : le rejet du littéralisme

2/ L'interprétation contre

§2e/ L'effet relatif du contrat sur les tiers

I/ La connaissance de l'obligation par les tiers : le contrat en tant qu'acte juridique

1/ Les techniques d'information : publicité et information individuelle

2/ La respectabilité du contrat envers les tiers : opposabilité et inopposabilité

II/ L'impact de l'exécution de la prestation sur les tiers : le fait juridique de l'exécution

chapitre 2e/ L'exécution du contrat

Section 1^{ère}/ Le remplacement du contractant par un tiers : changement majeur ou mineur

§1^{er}/ Le remplacement d'un contractant par certains ayants cause : un changement mineur

I/ La distinction entre contractants et tiers

1/ Les contractants : ceux qui ont voulu

2/ Les tiers : ceux qui n'ont rien voulu

II/ Le remplacement d'un contractant par un ayant cause : un tiers qui devient contractant

- 1/ L'ayant cause universel : la transmission du patrimoine
- 2/ L'ayant cause à titre particulier : la transmission d'un bien

§2e/ La cession de contrat : un changement majeur

I/ L'acceptation de la cession de contrat par le cédé

1/ Le remplacement du contractant par un tiers : un changement majeur dans la relation personnelle

2/ La cession de contrat

II/ L'effet de la cession de contrat

1/ Les modalités du remplacement : l'acceptation avec ou sans décharge

2/ L'opposabilité des exceptions

**Section 2e/ L'inexécution du contrat : le
risque de contrepartie lors de l'échange**

§1er/ L'exception d'inexécution : la suspension (provisoire) de l'exécution

§2e/ L'inexécution imputable au contractant : les options du créancier

I/ La résolution : l'inutilité du contrat

1/ L'inexécution grave du contractant

2/ La destruction du contrat devenu inutile

II/ L'exécution en nature aux frais du débiteur : le besoin du contrat

III/ La réduction de prix : une exécution incomplète

IV/ Les dommages-intérêts

§3e/ L'inexécution non imputable : la force majeure

I/ Les caractères de la force majeure

II/ Les effets de la force majeure : la théorie des risques